Luciana dos Santos Martorano

Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Doutora Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2013

Luciana dos Santos Martorano

Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Comercial

Orientadora: Professora Doutora Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: MARTORANO, Luciana dos Santos.

Título: Obrigação de não concorrência nos contratos empresariais: do trespasse de estabelecimento aos contratos associativos.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Comercial

Orientadora: Professora Doutora Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca

Banca Examinadora:

_____

_____

_____

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado à memória do sempre gentil e generoso Dr. Gilberto Tamm Barcellos Corrêa.

AGRADECIMENTO

Agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca, pela oportunidade de desenvolver este trabalho e pela orientação firme e paciente com a qual me guiou durante a pesquisa e a execução desta Dissertação.

RESUMO

A presente dissertação trata da obrigação de não concorrência nos contratos empresariais. O trabalho divide-se em duas partes. A primeira será dedicada a introduzir os fundamentos teóricos necessários à compreensão da função exercida pela obrigação de não concorrência em cada um dos tipos contratuais que será individualmente analisado na segunda parte. Assim, a primeira parte traçará um panorama geral sobre os princípios e conceitos essenciais à compreensão da função jurídica e econômica que a obrigação de não concorrência exerce nos contratos empresariais. Inicialmente, dissertaremos sobre os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, informando o papel que eles desempenham na proteção dos mercados e no desenvolvimento econômico nacional. Em seguida, apresentaremos um breve escorço histórico das políticas de defesa da concorrência engendradas pela legislação infraconstitucional pátria na consecução dos referidos princípios constitucionais. A partir da definição desses princípios e da análise da evolução histórica da defesa da concorrência, exporemos conclusões sobre o objetivo e os objetos mediatos e imediatos de tutela da concorrência. Em seguida, trataremos da atividade empresarial desempenhada nos mercados concorrenciais, dissertando de forma breve sobre a teoria geral da empresa e sobre os conceitos de empresário, empresa e estabelecimento empresarial, dedicando atenção especial ao estudo dos elementos e atributos da *azienda*, principalmente no que se refere ao aviamento e à clientela. Por fim, encerraremos a primeira parte com um capítulo dedicado à definição do conceito da obrigação de não concorrência, dissertando sobre a sua natureza jurídica, histórico doutrinário e jurisprudencial, aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e alienígena, teorias justificadoras, hipóteses de incidência e limites de aplicação nos contratos empresariais. A segunda parte será dedicada à análise efetiva dos contratos empresariais e terá como objetivo demonstrar a função que a obrigação de não concorrência exerce nos negócios jurídicos e como ela pode ser determinante para conferir eficácia às obrigações principais assumidas pelos contratantes. Por fim, apresentar-se-á conclusão ao trabalho, buscando-se evidenciar a importância da incidência da obrigação de não concorrência em determinados contratos empresariais como ferramenta essencial ao exercício da livre concorrência e da livre iniciativa.

Palavras-chave: Livre concorrência. Livre iniciativa. Estabelecimento empresarial. Aviamento. Obrigação de não concorrência. Contratos empresariais.

ABSTRACT

This dissertation addresses the non-compete obligation in company contracts. The paper is divided into two parts. The first part will introduce the theoretical fundaments required to understand the function of the non-compete obligation in each contract type, which will be individually analyzed in the second part. Thus, the first part will trace an overall scenario of the principles and concepts required for understanding the legal and economic function of the non-compete obligation in corporate contracts. Initially, we will discuss the constitutional principles of free competition and free initiative, informing the role played by each in market protection and in the national economic development. Next, we will present a brief historical background on anti-trust policies adopted by the national infra-constitutional laws in meeting said constitutional principles. From the definition of these principles and the analysis of the historical course of anti-trust practice, we will present conclusions on the aims and mediate and immediate objects of anti-trust protection. Next, we will address business activities performed in competitive markets, briefly discussing the general theory of company and the concepts of company owner, company and business establishment, with emphasis on the study of the elements and attributes of the *azienda*, mainly goodwill and customer base. The first part will conclude with a chapter dedicated to defining the concept of the non-compete obligation, discussing the legal nature, doctrine and jurisprudence background, application in the Brazilian and international legal order, justifying theories, hypothesis of application and limitations on the application in company contracts. The second part will address the analysis of company contracts and will aim at demonstrating the function of the non-compete obligation in legal transactions and how decisive it can for the effectiveness of the main obligations undertaken by the contracting parties. In conclusion, this paper will highlight the importance of the application of the non-compete obligation in certain company contracts as an essential instrument for free enterprise and free initiative.

Keywords: Free Competition. Free Initiative. Business Establishment. Goodwill. Non-Compete Obligation. Company Contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9
PRIMEIRA PARTE: CONCORRÊNCIA 11
Objeto e objetivo da primeira parte 11
1 IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA 14
1.1 Princípios constitucionais da livre iniciativa e da concorrência 14
1.2 Características dos princípios 18
1.3 A livre iniciativa como fundamento da Ordem Econômica 21
1.4 Princípio constitucional da livre concorrência 27
1.5 Livre iniciativa *versus* livre concorrência 29
1.6 Atuação e intervenção do Estado na economia e na autonomia privada 34
1.7 Evolução legislativa da concorrência no Direito brasileiro: breve escorço histórico 40
1.8 Exercício do papel preventivo do CADE por meio da análise de contratos empresariais 57
1.9 Os objetos mediato e imediato de proteção pela concorrência 59
2 EMPRESA, EMPRESÁRIO E ESTABELECIMENTO: BREVES CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS À COMPREENSÃO DO CONCEITO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA 66
2.1 O empresário e a atividade econômica 67
2.2 Empresa 71
2.3 Estabelecimento empresarial 76
2.3.1 Elementos corpóreos e incorpóreos 79
2.3.2 Aviamento 80
2.3.2.1 Aviamento objetivo e subjetivo 83
2.3.2.2 Avaliação do aviamento 88
2.3.3 Clientela 89
3 OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA 94
3.1 Histórico jurisprudencial 94
3.1.1 O caso da Companhia Nacional de Tecidos de Juta 94
3.1.2 O caso da Rua da Consolação 98
3.1.3 Evolução da jurisprudência 99
3.2 Teorias justificadoras 103
3.2.1 Teoria da evicção 103
3.2.2 Teoria da turbação 104
3.2.3 Teoria da boa-fé contratual 105
3.2.4 Teoria da concorrência desleal 107
3.2.5 Teoria da concorrência qualificada 111
3.3 Inclusão da obrigação no art. 1.147 do Código Civil de 2002 111
3.4 Não concorrência e não estabelecimento 114
3.5 Conceito de obrigação de não concorrência 115
3.6 Natureza jurídica da obrigação de não concorrência 119
3.7 Interpretação restritiva da obrigação de não concorrência 122
3.8 Harmonização da obrigação de não concorrência com os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência 124
3.9 Binômio necessidade/acessoriedade 127

3.10 Limites de incidência 130
3.10.1 Limite material 130
3.10.2 Limite espacial..... 132
3.10.3 Limite temporal 132
3.10.4 Definição de mercado relevante 133
3.11 Descumprimento da obrigação de não concorrência 140

SEGUNDA PARTE: OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS 147

Objeto e objetivo da segunda parte 147

4 NÃO CONCORRÊNCIA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS ENVOLVENDO O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL 148
4.1 Contrato de trespasse..... 149
4.2 Contrato de alienação de participação societária..... 157
4.3 Contrato de arrendamento 161
4.4 Contrato de usufruto..... 168

5 NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS..... 176
5.1 Contratos associativos (ou de colaboração) 176
5.2 Contratos de parceria: as *joint-ventures* 181
5.3 Contrato de franquia..... 186

CONCLUSÃO 196

REFERÊNCIAS..... 209

INTRODUÇÃO

Sem a pretensão de ser um trabalho totalmente inovador, mas com a intenção de contribuir para o estudo da obrigação de não concorrência no Brasil, procurar-se-á evidenciar o papel que ela desempenha nos negócios jurídicos celebrados pelos agentes econômicos, análise esta que não encontra precedentes na doutrina nacional, principalmente no que se refere à sua incidência nos contratos empresariais de forma individualizada.

A partir de uma análise dos aspectos econômicos, contratuais e obrigacionais que norteiam os negócios jurídicos, destacar-se-á a incidência e os limites desempenhados pela obrigação de não competição nos contratos de sociedade, de intercâmbio e nos contratos híbridos.

No capítulo 1, dissertaremos sobre o papel que a concorrência desempenha no funcionamento dos mercados e sobre a importância de ela ser tutelada pelo Direito. Para isso, discorreremos sobre os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, insculpidos no art. 170 da Constituição Federal, contextualizando-os com outros fundamentos da ordem econômica. Em seguida, apresentaremos um breve escorço histórico da defesa da concorrência na legislação constitucional e infraconstitucional e, após, informaremos as nossas conclusões sobre quais seriam, afinal, os objetos de proteção mediata e imediata da concorrência.

O capítulo 2 estudará os conceitos de empresa, empresário e estabelecimento comercial, sem os quais não seria possível delinear um conceito de obrigação de não concorrência, dedicando-se, principalmente, à definição de aviamento e clientela.

O capítulo 3 esmiuçará o conceito da obrigação de não concorrência, explorando o seu conceito e natureza jurídica, resgatando o seu histórico doutrinário e jurisprudencial, a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e alienígena, bem como as teorias justificadoras da sua aplicação nos contratos. Também abordaremos a questão dos limites de incidência subjetiva, material, temporal e espacial inerentes à obrigação de não competição, essenciais para que não haja deturpação da sua utilização em negócios

jurídicos, ou seja, para que não prejudique, ao invés de proteger, os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa.

O capítulo 4 analisará a aplicação da obrigação de não concorrência nos contratos empresariais constitutivos e translativos relacionados ao estabelecimento empresarial (trespasse, alienação de participação societária em sociedades, arrendamento e usufruto).

O capítulo 5, por fim, estudará a incidência e os limites do dever de não competição nos contratos associativos (ou "de colaboração") e nos de franquia. Apesar de interessante tema, consignamos a ausência de uma teoria contratual sobre os ditos contratos associativos que, apesar de serem atualmente utilizados de forma massiva pelas sociedades empresárias para o desenvolvimento da atividade econômica, ainda contam com pouca bibliografia específica.

Primeira Parte:
CONCORRÊNCIA

Objeto e objetivo da primeira parte

A exploração direta do tema central do presente trabalho não seria possível, nem fluente, se não dedicássemos prévia atenção a conceitos que são fundamentais à compreensão da função jurídica e econômica que a obrigação de não concorrência exerce nos contratos empresariais. Ousamos afirmar (afirmação que será oportunamente justificada no decorrer desta dissertação) que o papel exercido pelas cláusulas de não concorrência nos contratos empresariais transcende a coadjuvação inerente às cláusulas obrigacionais acessórias para se concretizar como verdadeiro instrumento de eficácia do negócio jurídico principal.

Para lograrmos êxito na demonstração da importância real que a obrigação de não competição desempenha nos mais diversos tipos contratuais e na demonstração de como a sua incidência confere eficácia a determinados negócios jurídicos, faz-se necessário apresentar as bases primordiais nas quais esse tipo obrigacional de *non facere* se fundou, bases essas que a promoveram dos usos e costumes mercantis aos anais jurisprudenciais dos tribunais superiores brasileiros e, posteriormente, à sua inclusão na legislação civil. Nesse compasso, será importante expormos introdutoriamente o porquê de a previsão contratual da cláusula de não competição cumprir papel fundamental para que os negócios jurídicos engendrados pelos agentes atuantes nos mercados[1] possam encontrar a racionalidade econômica justificadora da celebração de cada transação.

---

[1] No decorrer da presente dissertação, utilizaremos a palavra "mercado" tanto no singular quanto no plural. Apesar de ser tema interessantíssimo e que se reveste de extrema importância para o Direito Empresarial, o estudo do mercado não será diretamente enfrentado por esse trabalho. Contudo, acreditamos ser importante tecer breves considerações, ainda que em nota de rodapé, sobre esse instituto multifacetário, jurídico e econômico, que se constitui no lugar ou, como diria a professora Paula Forgioni, na "arena de disputas" onde ocorre a atividade empresarial. (FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 205). "A existência do mercado — na verdade, de múltiplos 'mercados' — é necessariamente ligada ao regime de produção, circulação e consumo de massa [...]." (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**: v. 1: teoria geral do Direito Comercial e das atividades empresariais mercantis: introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140). A compreensão do conceito de "mercado" não prescinde apenas da análise e da conceituação prévia de outros institutos sociais, econômicos e jurídicos, os

O objetivo do capítulo 1 será o de dissertar sobre o papel que a concorrência desempenha no funcionamento dos mercados e sobre a importância da sua tutela pelo Direito. Para isso, discorreremos sobre os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, insculpidos no art. 170 da Constituição Federal, contextualizando-os com outros fundamentos da ordem econômica.

Em seguida, apresentaremos um breve escorço histórico da defesa da concorrência na legislação constitucional e infraconstitucional, demonstrando que ao passo que transações econômicas evoluíram ao longo dos tempos, tornando-se cada vez mais complexas e desprovidas de fronteiras, exigiu-se do ordenamento jurídico pátrio respostas rápidas e coerentes à regulamentação das trocas realizadas nos mercados visando conferir segurança jurídica às relações comerciais e, dessa forma, fomentar o fluxo mercantil e, consequentemente, promover o desenvolvimento econômico do país.

Por fim, encerraremos o capítulo 1 com as nossas conclusões sobre quais seriam, afinal, os objetos de proteção mediata e imediata da concorrência.

O capítulo 2 traça, em breves linhas, os conceitos de empresa, empresário e estabelecimento empresarial, sem os quais não seria possível delinear um conceito de obrigação de não concorrência.

O capítulo 3 será dedicado a esmiuçar o conceito da obrigação de não concorrência, explorando as suas origens e a sua natureza jurídica, resgatando o seu histórico doutrinário e jurisprudencial, a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e alienígena, bem como as teorias justificadoras da sua aplicação nos contratos.

---

quais, por si só, já são bastante complexos, mas, também, de uma estruturação lógica e ordenada apta a justificar a inter-relação e a harmonia desses institutos em si. Segundo Natalino Irti, a intervenção do Direito no funcionamento do mercado desmistificou a concepção naturalista que menosprezava a essencial e determinante participação da decisão política na construção da ordem econômica dos mercados. Para Irti, o mercado, portanto, pode ser definido como uma "unidade jurídica de relações de troca", na qual a função do Direito é reconhecer a dinâmica das trocas operadas nos mercados e adequar-se a ela, desenvolvendo modelos "mais ou menos rígidos ou flexíveis" que sejam aptos a formalizar essas relações de trocas da forma mais eficiente, segura e previsível possível. Assim, todo o mercado revela-se como sendo um *locus aritificialis* regulado por um estatuto de normas ou um conjunto de normas jurídicas. (IRTI, Natalino. **Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato**. Tradução Rachel Sztajn. Roma: Laterza, 1999, p. 4-5).

Na sequência, discorrer-se-á sobre os limites de incidência subjetiva, material, temporal e espacial inerentes a toda obrigação de não competição, os quais têm como função mitigar o risco de haver o desvirtuamento do instituto para que a concorrência não seja ceifada em vez de garantida e, com isso, acabe por causar efeito inverso, prejudicando a livre iniciativa tão salutar aos mercados competitivos.

O resgate doutrinário, legislativo e jurisprudencial da obrigação levado ao cabo na primeira parte será útil para evidenciar o fato de que a imposição de dever de não competição já era prática ampla e comumente utilizada nos contratos de compra e venda de estabelecimento empresarial, em decorrência dos usos e costumes mercantis, por adquirentes e alienantes que não abdicavam dessa garantia para conferir efetividade aos negócios jurídicos celebrados.

Nesse contexto, emergindo como verdadeiro estandarte da perpetuação dos princípios constitucionais da livre concorrência e da liberdade de iniciativa, a elevação da obrigação de não concorrência ao *status* de lei infraconstitucional (art. 1.147 do Código Civil) representou a consagração dessa obrigação contratual como ferramenta essencial à celebração de negócios de trespasse, estendendo-se, mais tarde, a outros tipos de negócios jurídicos — os quais serão mais bem estudados na segunda parte da dissertação.

Portanto, acreditamos restar justificada a explanação preliminar do escorço histórico sobre o dever de não competição na jurisprudência e na legislação brasileira e da breve exposição introdutória sobre o papel fundamental que a concorrência exerce para o funcionamento (satisfatório) do mercado. A primeira parte deste trabalho é, portanto, dedicada a cumprir esse mister: introduzir o leitor no tema para que, a partir da sucinta exposição dos conceitos teóricos que permeiam o tema, possa lhe ser possível a ampla compreensão da função exercida por essa obrigação em cada um dos tipos contratuais que serão individualmente analisados na segunda parte.

1 IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA

1.1 Princípios constitucionais da livre iniciativa e da concorrência

A Constituição de 1988, seguindo os preceitos do texto constitucional de 1946, determinou, em seu art. 173, § 4º, que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". Para instrumentalizar a repressão estatal à utilização abusiva do poder econômico, o legislador houve por bem elevar os preceitos da liberdade de iniciativa e da livre concorrência ao *status* de princípios constitucionais da Ordem Econômica (art. 170 da CF/1988).[2]

O Título VII da Constituição Federal (CF/1988), "Da Ordem Econômica e Financeira", enuncia o Capítulo I, "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica", dentre os quais estão os princípios fundamentais que regem a modulação do mercado pelo Estado[3]: liberdade de contratar, direito de propriedade, defesa do consumidor, livre iniciativa e livre concorrência (os dois últimos a serem tratados em seguida).

> TÍTULO VII
> Da Ordem Econômica e Financeira
> PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

---

[2] A expressão "ordem econômica" somente foi incorporada à linguagem jurídica a partir da primeira metade do século XX. A despeito disso, a ordem econômica, como parcela da ordem jurídica, esteve sempre presente nas Constituições escritas, as quais já continham em seu bojo um conjunto de dispositivos pertinentes à normatização da ordem econômica e, portanto, capaz de já fazer jus à "nova" expressão. A ordem econômica a que a CF/1988 refere-se diz respeito à concretude das transações econômicas, à arena das relações mercantis (mundo do ser) que, a partir do momento em que passa a ser modulada pela letra da lei, transforma-se em abstração ideal da realidade (mundo do dever-ser) (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 63-65; p. 69-70). O Título VII da Constituição Federal (CF/1988), "Da Ordem Econômica e Financeira", enuncia o Capítulo I, "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica", dentre os quais se enumeram os principais princípios que regem a modulação do mercado pelo Estado: liberdade de contratar, direito de propriedade, livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor (FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**. Op. cit., p. 204-205). Na equação de Eros Roberto Grau: "A noção de mercado como atividade — conjunto de operações econômicas e modelo de trocas; conjunto de contratos, convenções e transações relativas a bens ou operações realizadas no lugar/mercado — supõe a livre competição". O autor ainda destaca a inutilidade da conceituação da expressão "Ordem Econômica" (GRAU, Eros Roberto; **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 34; p. 174).

[3] "[...] os princípios constitucionais que são a fôrma que primeiramente moldará o mercado. Nessa perspectiva 'molde de mercado' devem ser vistos os princípios classicamente ligados ao seu funcionamento: livre iniciativa, livre concorrência, liberdade de contratar, direito de propriedade e também a defesa do consumidor". (FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro**. Op. cit., p. 204-205).

> digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I - soberania nacional;
> II - propriedade privada;
> III - função social da propriedade;
> IV - livre concorrência;
> V - defesa do consumidor;
> [...]
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.[4]

A ordem econômica a que a CF/1988 se refere diz respeito à concretude das transações econômicas, à arena das relações mercantis (mundo do ser) que, a partir do momento em que passa a ser modulada pela letra da lei, transforma-se em abstração ideal da realidade (mundo do dever-ser).

> A transformação que refiro se dá no instante em que as precedentes ordens econômicas (mundo do dever-ser) passam a instrumentar a implementação de políticas públicas. Vale dizer: no instante em que a ordem econômica — parcela da ordem jurídica —, já instalada no nível constitucional, passa a predicar o aprimoramento da ordem econômica (mundo do ser), visando à sua preservação. O direito é afetado, então, por uma transformação justamente em razão de instrumentar transformação da ordem econômica (mundo do ser). Que essa transformação, no mundo do ser, é perseguida, isso é óbvio. Retorno à leitura do art. 170 da Constituição de 1988: a ordem econômica (mundo do ser) deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa... A ordem econômica liberal é substituída pela ordem econômica intervencionista.[5]

Segundo Eros Grau, a previsão expressa no bojo da CF/1988 sobre a existência de uma "ordem econômica" é desnecessária, na medida em que a simples regulamentação constitucional de normas atinentes à propriedade privada e à liberdade contratual, somadas às disposições infraconstitucionais, já seria suficiente para convalidar a *ordem econômica liberal* e, ao mesmo tempo, confirmar o capitalismo concorrencial.

> Com efeito, ainda que a ordem jurídica sempre tenha estado voltada à regulação da ordem econômica (mundo do ser), o momento no qual aquela contemplação se dá é marcado, precisamente, pela transformação que referi. Explico-me. As Constituições liberais não necessitavam, no seu nível (delas, Constituições liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem

---

[4] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011.
[5] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 72.

> econômica existente no mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentavam-se umas poucas outras disposições veiculadas no nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que se tivesse composta a normatividade da ordem econômica liberal.[6]

Para Max Weber,[7] a ordem jurídica referir-se-ia ao plano ideal, ao mundo do dever-ser, àquilo que o Direito projeta para a realidade, enquanto a ordem econômica referir-se-ia ao plano real, ou seja, ao mundo do ser.[8]

A ordem jurídica consiste num conjunto de regras e princípios jurídicos reguladores das ordens pública, privada, econômica e social. Essas, portanto, compreenderiam uma parcela da ordem jurídica, reguladora de todas as demais ordens.[9]

Para Gérard Farjat,[10] a concepção de ordem econômica, na definição clássica, é uma noção funcional que compreende o conjunto de medidas estatais com o escopo de organizar e manter as estruturas econômicas. No caso brasileiro, os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa constituem os pilares estruturantes fundamentais da ordem econômica. Ambos visam garantir a todos, respeitadas as ressalvas legais, o livre exercício do trabalho e a liberdade de empreender em qualquer atividade econômica, ou seja, franquear o acesso do maior número possível de cidadãos aos mercados, seja o de trabalho e/ou o de consumo (escopo imediato), e, ao mesmo tempo, garantir a todos uma existência digna (escopo mediato).

Nesse sentido, pode-se afirmar que os postulados da livre concorrência e da livre iniciativa são complementares, pois visam à tutela dos mesmos objetivos imediatos e

---

[6] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 71

[7] Max Weber ensina que "a própria idéia de dominação, em que radica a ontologia do poder, atinge o estágio do racionalismo mediante o processo de legalização, passando a identificar- se com a noção de ordem legal". (WEBER, Max, *apud* CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de janeiro: Forense, 1989, p. 81).

[8] WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Tradução José Medina Echeverria *et al*. México: Fondo de Cultura Económica, v. 1, 1969, p. 251 *et seq*., *apud* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 30.

[9] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 58.

[10] FARJAT, Gérard. **L'Ordre Public Économique**. Paris: LGDJ, 1963, especialmente p. 77-125. *Vide* também FARJAT, Gérard. **Droit Économique**. Paris: PUF, 1971, p. 41-49.

mediatos. Nas palavras de Eros Grau: "a livre iniciativa encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre concorrência".[11]

A livre iniciativa constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, assim como o são a soberania (art. 1, I), a cidadania (art. 1, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1, III), os valores sociais do trabalho (art. 1, IV) e o pluralismo político (art. 1, V), bem como um dos fundamentos (ao lado da valorização do trabalho humano) da Ordem Econômica que tem por fim assegurar a todos existência digna — também fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88), conforme os ditames da justiça social.[12]

A livre concorrência é um princípio da ordem econômica, considerado um instrumento para a organização de uma sociedade em que todos os cidadãos tenham a oportunidade de ter uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. A existência digna somente é possível através de políticas públicas que garantam, de alguma forma, o acesso de todos ao consumo de bens essenciais à manutenção da vida, fato que depende, naturalmente, da utilização eficiente de recursos escassos e de melhoria na qualidade de produtos e serviços oferecidos a preços mais baixos ao consumidor.

Garantir um nível cada vez mais amplo de satisfação da demanda dos cidadãos aos bens de consumo significa ter que garantir — na outra ponta — o acesso facilitado dos indivíduos ao mercado de trabalho, bem como o acesso ao mercado a uma vasta gama de agentes econômicos interessados em produzir e ofertar os bens de consumo necessários à manutenção digna da vida. É neste ponto que a livre concorrência se encontra com a liberdade de iniciativa.

Ambos os princípios não encerram, portanto, um fim em si mesmos, ao contrário: estão voltados à consecução dos objetivos contidos pelos demais princípios e fundamentos da Constituição, como a citada garantia da dignidade da pessoa humana.

---

[11] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 203

[12] "Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso." (Ibidem, p. 202)

Assim, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não exprimem valores absolutos, pois, como todos os demais preceitos constitucionais, devem ser observados dentro dos limites impostos pela própria Constituição e aplicados em harmonia tanto com os demais fundamentos e princípios da Ordem Econômica elencados no art. 170 da Constituição Federal quanto com os fundamentos da República Federativa do Brasil previstos no art. 1º

Esses limites à livre iniciativa e à livre concorrência podem decorrer de (i) imposição normativa, quando a restrição ao exercício dessas prerrogativas estiver insculpida em texto legal ou constitucional, como, por exemplo, a previsão Constitucional de regulação da atuação estatal na Ordem Econômica (art. 174 da CF/1988) e as hipóteses de sua intervenção direta na atividade econômica para preservar os interesses coletivos (art. 173 da CF/1988), ou (ii) podem ser contratuais, ou seja, pactuados por estipulação dos próprios concorrentes como obrigação acessória de contratos empresariais, como é o caso das cláusulas de não concorrência.[13]

1.2 Características dos princípios

Antes de adentrarmos na exposição doutrinária sobre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência — que nos servirá de pano de fundo para a posterior explanação sobre a sua harmonização com a obrigação de não concorrência —, faz-se necessária uma breve explicação sobre o significado do termo "princípio" e da função que ele exerce no ordenamento jurídico.

Para Ronald Dworkin, a primeira distinção a ser feita na análise de ordenamentos jurídicos é identificar e separar as diretrizes dos princípios propriamente ditos. Diretrizes são pautas que estabelecem objetivos econômicos, políticos e/ou sociais a serem alcançados. Princípios, por outro lado, não definem metas a serem alcançadas, mas ditam imperativos de justiça, honestidade ou outra dimensão moral na qual devem estar pautadas

[13] A obrigação de não concorrência pode também decorre de força legal, a exemplo dos negócios jurídicos envolvendo trespasse, usufruto e arrendamento de estabelecimentos empresariais, nos termos determinados pelo art. 1.147 do CC/2002. No entanto, há uma vasta gama de negócios jurídicos nos quais essa obrigação de não competição somente vigorará caso seja inserida nos dispositivos contratuais por vontade das partes envolvidas na transação e não por força legal, conforme veremos com mais detalhes adiante.

as ações praticadas para a consecução do cumprimento das diretrizes.[14] Como exemplo, ensina o autor: "A pauta de acordo com a qual deve ser reduzido o número de acidentes de automóvel é uma diretriz e a pauta que estipula que a ninguém aproveita sua própria fraude (torpeza) é um princípio."[15]

José Joaquim Gomes Canotilho,[16] por sua vez, inicia a explicação do conceito afirmando que "[o] sistema jurídico é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras".[17]

Segundo o doutrinador, o Direito visa "conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade", compreendendo-se como "um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições".[18]

Canotilho afirma que a distinção entre princípios e regras pode ser determinada por graus de hierarquia. Enquanto os princípios são considerados normas com alto grau de abstração — devido ao seu caráter "generalista" —, as regras, por sua vez, são mais precisas e específicas e, portanto, possuem menor grau de abstração.

Neste passo, as regras são passíveis de direta aplicação, por especificarem em suas sentenças concretude maior do que os princípios, caracterizados pela determinação vaga e abrangente: "[o]s princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes [...] ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico".

---

[14] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 156

[15] DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Londres: Duckworth, 1987, p. 44.

[16] Canotilho, baseando-se na análise da Constituição de Portugal, ainda classifica os princípios de acordo com as suas funções: (i) princípios jurídicos fundamentais (aqueles que têm origem histórica e que são progresivamente incutidos na consciência jurídica geral), (ii) princípios políticos constitucionalmente conformadores (explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte), princípios constitucionais impositivos (preceitos definidores dos fins do Estado) e (iv) princípios garantia (visam conferir de forma direta e imediata, garatias aos cidadãos). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1983, p. 200 a 203).

[17] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 165.

[18] Ibidem, p. 239.

A distinção entre regras e princípios revela-se, por vezes, uma tarefa particularmente complexa que pode ser realizada de acordo com os critérios de análise abaixo sugeridos por Canotilho:

> a) O grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
> b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.
> c) Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
> d) "Proximidade da ideia de Direito": os princípios são s*tandards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (Dworkin) ou na "ideia de Direito" (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.
> e) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.[19]

José Afonso da Silva, por sua vez, salienta a necessidade de classificação das normas constitucionais nos seguintes tipos: (i) *normas constitucionais de princípio*, que contêm o início ou o esquema de um determinado órgão ou instituição, deixando as especificidades da sua efetiva criação para leis complementares ou ordinárias; (ii) *normas - princípio*, que são as normas fundamentais nas quais estão contidos os princípios gerais que informam toda a ordem jurídica nacional.

As *normas constitucionais de principio* são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, uma vez que dependem da edição de legislação específica para serem aplicadas, enquanto que as *normas- princípio* são de eficácia plena e de aplicabilidade imediata.[20]

Robert Alexy, por seu turno, compreende a diferença essencial entre princípios e regras de acordo com a sua estrutura e forma de aplicação, e não de acordo com a

---

[19] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Op. cit., p. 165.
[20] SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 107-108.

amplitude de incidência de seus ditames, entendendo os princípios como "mandamentos de otimização".[21]

Para Miguel Reale, princípios são "verdades fundantes", "enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber".[22] Em outras palavras, o autor sugere que os princípios sejam os vetores indicadores dos fundamentos dogmáticos nos quais o legislador deve se basear para a criação de leis e nos quais o leitor deve se guiar para interpretar determinado ordenamento jurídico.

Princípios precisam ser normatizados pela edição de leis infraconstitucionais. O fato de a livre iniciativa e a livre concorrência constarem como princípios da Ordem Econômica na Carta Magna de 1988 impôs obrigações, tanto ao Poder Público (no sentido de legislar e implementar políticas públicas aptas à sua consecução) quanto aos particulares (que devem pautar as suas ações em observância às disposições legais relativas à concretização desses princípios).

1.3 A livre iniciativa como fundamento da Ordem Econômica

A normatização constitucional da liberdade de iniciativa econômica representa a substituição das antigas corporações de ofício reguladoras das regras de entrada e de saída dos mercados pelo Estado. Eros Roberto Grau é quem melhor explica as origens do princípio da livre iniciativa:

> O princípio da liberdade de iniciativa econômica — originariamente postulado no édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776 — inscreve-se plenamente no decreto d'Allarde de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse [...]. Mesmo após, na chamada Lei de Le Chapelier — decreto de 14-17 de junho de 1791 — que proíbe todas as espécies de corporações, o princípio é reiterado.[23]

---

[21] ALEXY, Robert. **Teoria de lós derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993, *passim.*
[22] REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 1985, p. 299.
[23] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 205.

A livre iniciativa é o pilar estrutural da proteção à ordem pública econômica e a expressão máxima da liberdade de contratar dos agentes econômicos *lato sensu*, o que reforça o seu caráter de instrumento essencial da política pública de defesa dos interesses sociais e coletivos. Ao consagrar a livre iniciativa como princípio da ordem econômica, o texto da Carta Magna elevou ao *status* constitucional a autonomia de vontade das partes, bem como a liberdade de contratar e, por consequência, de usar, gozar, dispor (e não ser desapropriado) da propriedade.

Para Francesco Galgano, a livre iniciativa representa a liberdade dos agentes econômicos de organizarem os seus bens materiais e a sua unidade produtiva (empresa) da maneira que melhor lhes aprouver, tendo o poder de decisão sobre quanto, como e onde vão produzir e ofertar o seu produto/serviço.[24] Para Modesto Carvalhosa, significa um "direito subjetivo dos residentes de, preferencialmente, organizarem e exercitarem qualquer modo de atividade econômica voltada à obtenção de um rendimento de capital".[25]

Paula Forgioni, por sua vez, considera que:

> [o] princípio da livre iniciativa, tradicionalmente identificado com a "liberdade de comércio e de indústria", "liberdade econômica, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa", garante aos agentes econômicos ingresso ao mercado, à arena de disputas. A existência de adequado fluxo de trocas depende do acesso dos indivíduos à oportunidade de oferecer oportunidades de troca, estabelecendo contratos. Eis o papel central do princípio da livre iniciativa na economia capitalista: garantir que os agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam nele permanecer.[26, 27]

Parte importante da doutrina, a exemplo de Eros Grau e Paula Forgioni, considera que a liberdade de iniciativa[28] e a livre concorrência[29] constituem face da mesma moeda,

---

[24] GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 5. ed., Padova: Cedam, 1988, p. 473.
[25] CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: RT, 1972, p. 116.
[26] FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro**. Op. cit., p. 205.
[27] Além do direito de entrada e permanência do agente econômico em determinado mercado, o princípio também garante o direito desse agente de se retirar do mercado em qualquer tempo, de acordo com a sua melhor conveniência. "Livre iniciativa é a faculdade que se dá às pessoas para entrarem, permanecerem ou saírem, a qualquer tempo, do ou de algum mercado". (SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 28).
[28] Segundo Luís Roberto Barroso, a livre iniciativa como princípio constitucional decompõe os quatro elementos jurídicos: propriedade privada, liberdade de empresa, liberdade de lucro e liberdade de contratar. (BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 394).
[29] Segundo Eros Grau, "inúmeros sentidos que podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência". O autor revela esses

ou seja, uma implicaria a outra e vice-versa, motivo pelo qual "não seria necessária a consagração do princípio da livre concorrência, bastando a livre iniciativa".[30] Nesse sentido, ressaltam a *dupla face* ou o *caráter dúplice* da livre iniciativa.

A primeira face referir-se-ia ao direito conferido a todos os cidadãos de iniciativa ao trabalho, ou seja, de oferecer os seus dotes, habilidades e disposição para servir a outros cidadãos com tarefas que lhes forem úteis ou, ainda, como força motriz operacional das empresas. Não por outro motivo a livre iniciativa estaria sempre conjugada à valorização do trabalho humano, tanto no *caput* do art. 170 da CF/1988, onde ambas figuram como os fundamentos da Ordem Econômica, quanto no inciso IV do art. 1º da CF/1988, no qual ela está elencada juntamente com os "valores sociais do trabalho" como um dos fundamentos República Federativa do Brasil.

A segunda face referir-se-ia, por sua vez, à liberdade empresarial e à liberdade de concorrência, ou seja: (i) ao direito de qualquer indivíduo e/ou sociedade empresária de livremente entrar, permanecer ou sair de um determinado mercado e, (ii) uma vez nele estando, poder exercer a atividade econômica sem ser obrigado a se sujeitar a qualquer restrição ou sofrer turbação e ameaça por parte do Estado e/ou de seus concorrentes, exceto aquelas advindas da própria dinâmica inerente ao jogo concorrencial.

Eros Grau afirma que, no caráter "duplo" da livre iniciativa, uma face se acopla à outra, levando à distinção entre a liberdade pública e a liberdade privada, de forma que se pode equacionar o quadro que ilustramos abaixo para a exposição de tais sentidos:[31]

---

sentidos como (i) liberdade de comércio e indústria (autonomia privada isenta de interferência estatal desmotivada e sem a observância do princípio da legalidade); (ii) livre concorrência e autonomia para angariar clientela sem sofrer concorrência desleal ou outras de turbação praticadas por outros agentes econômicos; além de condições igualitárias de tratamento pelo Estado em relação aos concorrentes. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 224-225).

[30] FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 228. No mesmo sentido: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. Op. cit., p. 230.

[31] Ibidem, p. 205/206

A) Liberdade empresarial[32] (Não ingerência do Estado na atividade econômica)
a.1) Faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado — liberdade pública
a.2) Não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei — liberdade pública
B) Liberdade de concorrência
b.1) Faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal — liberdade privada
b.2) Proibição de forma de atuação que deteria a concorrência — liberdade privada
b.3) Neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes — liberdade pública

*Quadro estruturado de acordo com as exposições de Eros Grau.[33]

Modesto Carvalhosa[34] diverge da visão abrangente do princípio tecida por Eros Grau, sendo contrário à interpretação de inclusão da iniciativa para o trabalho como característica da livre iniciativa, ao afirmar que

> "[...] a prerrogativa é voltada à obtenção de um rendimento de capital e não de trabalho, na medida em que não se pode confundir uma atividade com a outra, inclusive sob o ponto de vista constitucional que, apartada e especificamente, assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão. Assim, o trabalho, seja autônomo, ou seja subordinado, escapa aos contornos do direito à livre iniciativa econômica, reservada esta aos investimentos de capital oriundos de recursos poupados".[35, 36]

Sem deixar o nosso entendimento escapar à divergência da interpretação doutrinária estabelecida, consigne-se que ousamos discordar da posição de Modesto Carvalhosa para nos aliarmos à posição de Eros Grau. Explica-se o porquê. No nosso entendimento, garantir o acesso da sociedade empresária ao mercado significa garantir não apenas o fomento e o desenvolvimento de atividades empresariais capitalistas, mas também o acesso de mais força humana ao mercado de trabalho, além da própria atuação do Estado na

---

[32] Alcunhada originalmente pelo autor de "Liberdade de Comércio e Indústria". (Ibidem, p. 205/206).

[33] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 206

[34] Em contraponto à visão de Carvalhosa, temos a interpretação diametralmente oposta de José Afonso Silva, segundo a qual a valorização do trabalho humano prevaleceria na conformação da ordem econômica, sobressaindo-se, inclusive, como prioridade sobre os demais valores da economia de mercado. (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 788). Entre as linhas de Carvalhosa e Silva, nota-se que a doutrina de Eros Grau é a mais "moderada" e abrangente das três, visto que não adota o radicalismo de nenhuma das duas outras correntes, situando-se no meio delas, o que lhe permite uma interpretação abrangente, ou "dupla face", conforme o próprio autor conceitua dos escopos do princípio da livre iniciativa.

[35] CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. Op. cit., p. 118.

[36] A teoria econômica alinha-se a pensamento contrário do formulado por Modesto Carvalhosa, uma vez que considera o trabalho como parte integrante da livre iniciativa econômica. De acordo com ela, podem-se dividir as unidades econômicas individuais em dois grandes grupos conforme a sua função — compradores (consumidores: adquirentes de bens e serviços, empresas: adquirentes de trabalho, capital e matérias-primas que utilizam para produzir bens e serviços) e vendedores (empresas: que vendem bens e serviços; trabalhadores: que vendem seus serviços por meio do trabalho; e proprietários dos recursos: que arrendam terras ou comercializam recursos minerais para as empresas). (PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 6. ed. Nova York: Prentice Hall, 2006, p. 13).

economia em casos específicos para contribuir com a administração e a distribuição dos recursos da sociedade com o fito de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.[37]

Com efeito, o escopo da livre iniciativa não se limita, apenas, ao exercício da liberdade de empresa como um todo,[38] não devendo ser interpretado, portanto, como mera "afirmação do capitalismo".[39] Afinal, não se pode admitir que, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, a livre iniciativa seja interpretada como expressão individualista, "mas sim no quanto expressa de socialmente valioso".[40]

A livre iniciativa, portanto, não tem somente o fito de garantir a liberdade de indústria, comércio e concorrência, traduzida na permanência e saída de qualquer agente econômico[41] em determinado mercado, mas, também, tem o fim de garantir o exercício e promover o desenvolvimento de toda a forma lícita de produção, coletiva ou individual, pública ou privada. "Assim, entre as formas de iniciativa econômica encontramos, além da iniciativa privada, a iniciativa cooperativa (art. 5º, XVIII e, também, art. 174, §§ 3º e 4º da CF/1988), a iniciativa autogestacionária e a iniciativa pública (arts. 173 e 177 da CF/1988)".[42]

Importante esclarecer, entretanto, que, como toda garantia constitucional, a liberdade de iniciativa não é irrestrita, pois encontra limites: (i) na própria prerrogativa de terceiros para o exercício da atividade empresarial e (ii) na intervenção do Estado na autonomia privada, que, por vezes, pode ser necessária para garantir a efetividade da própria liberdade de iniciativa, conforme veremos com mais detalhes no item 1.6.

---

[37] "[...] o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, ainda que se o negue ou se pretenda enunciá-los como convergentes. Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e composição entre ambos. Essa pretensão é instrumentalizada através do exercício, pelo Estado – pelo Estado, note-se -, de uma série de funções [...] capaz de administrar e distribuir os recursos da sociedade" (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. Op. cit., 2010, p. 204).

[38] COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição de 1988. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: RT, v. 80, 1990, p. 71.

[39] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. Op. cit., p. 204.

[40] Ibidem, p. 202

[41] "**Agente econômico:** qualquer pessoa física ou jurídica (empresa privada ou pública, com fins lucrativos ou não, indústria, comércio, profissional liberal, etc.) que participa, independentemente, como sujeito ativo na atividade econômica". (BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MJ). **Glossário**. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 10 out. 2010).

[42] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. Op. cit., p. 204.

No primeiro caso, a livre iniciativa não garante ao agente econômico que ele ficará incólume ao jogo de disputas do mercado, mas, sim, que a legislação e o conjunto de políticas de defesa da concorrência existentes servirão de aparato para que a sua entrada em determinada atividade empresarial não encontre resistências de quaisquer agentes econômicos que pratiquem concorrência desleal nesse mesmo mercado.

No segundo caso, a imposição de restrições à livre iniciativa poderá ser determinada por meio da atuação estatal na economia e na esfera dos negócios jurídicos celebrados entre particulares, cujos parâmetros encontram-se previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Apesar de o modelo de liberalismo econômico adotado pela Constituição Federal de 1988 privilegiar a reserva das atividades econômicas à iniciativa privada, a previsão constitucional também permite a atuação e/ou a intervenção Estatal quando ela for necessária aos imperativos da segurança nacional, ao relevante interesse coletivo (arts. 173 e 175 da CF/1988) e à preservação da competitividade nas estruturas dos mercados concorrenciais internos (§§ 4º e 5º do art. 173 da CF/1988).[43]

Assim, embora desempenhe papel de suma importância, a liberdade de iniciativa da qual a autonomia privada se reveste não é, portanto, absoluta, visto que pode sofrer restrições em prol de um bem jurídico maior, como a manutenção do bom funcionamento dos mercados[44] ou, ainda, da observância de direitos fundamentais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.[45]

---

[43] A liberdade de iniciativa, portanto, não pode ser absoluta, sob pena de comprometer a própria garantia. A esse respeito, discorre o art. 2595 do "Codice Civile" italiano, intitulado "*Limiti legali della concorrenza*" que dispõe: "*La concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge [e dalle norme corporative]*", tradução livre: "Limite legal da concorrência. A concorrência deve desenvolver-se de modo a não lesar os interesses da economia nacional e nos limites estabelecidos por lei". Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36506>. Acesso em: 01 abr. 2012.

[44] "[...] a disciplina dos mercados que privilegiam a concorrência leva a adotar políticas públicas que fixem os limites dentro dos quais a liberdade de iniciativa é admitida". (SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. 2. ed. Op. cit., p. 47).

[45] "Livre iniciativa e livre mercado são valores recepcionados pelo legislador pátrio em 1988 e, por isso, a análise dos mercados deve considerar duas vertentes: a liberal, em que a livre iniciativa e livre concorrência são vistas como favorecedoras das eficiências alocativa e produtiva e a social, que impõe limites à livre iniciativa para privilegiar outros valores." (Ibidem, p. 11).

1.4 Princípio constitucional da livre concorrência

A Constituição Econômica de 1988 determinou em seu art. 173, § 4º, a repressão ao abuso do poder econômico visando à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Nesse sentido, o texto constitucional é claro: não reprime a existência de poder econômico *per se*, mas apenas o seu uso abusivo, de forma a dominar mercados e a prejudicar os concorrentes e os consumidores.

A doutrina é cordata ao entender que nem toda a restrição à livre concorrência implica necessariamente o domínio de mercado ou o uso abusivo de posição dominante. Por outro lado, todo o exercício abusivo de poder dominante implica limitação à livre concorrência.[46]

Há exceção em relação à repressão ao lucro arbitrário enquanto analisado como prática ilícita isolada que não esteja conjugada ou seja resultante do domínio de mercado ou do uso abusivo de posição dominante, como é o caso da prática de preços predatórios[47]. Isso porque o lucro arbitrário, por si só, não confronta diretamente a concorrência no mercado, mas, sim, o bem-estar do consumidor. Nas palavras de Paula Forgioni, "seria mesmo fechar-se em uma teórica torre de marfim não admitirmos que essa repressão visa, precipuamente, à proteção do consumidor".[48]

Reprimir o abuso do poder econômico e a dominação dos mercados foi a forma mais eficiente que o legislador encontrou para garantir a livre concorrência,[49] fazendo com

---

[46] FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. Op. cit., p. 324-235.

[47] "**Preços Predatórios:** situação em que uma firma reduz o preço de venda de seu produto, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos a longo prazo. Em muitas definições existentes na literatura microeconômica, a firma reduz o preço de seu produto abaixo de alguma medida de custo, como por exemplo, o custo marginal. Em mercados em que as firmas são idênticas (isto é, igualmente eficientes, com custos marginais parecidos), a prática de preços predatórios não é uma estratégia que deverá ser adotada, pois a "firma predatória" não terá certeza se as outras realmente sairão do mercado. Já em mercados em que as firmas não são idênticas, a mais eficiente poderá ter incentivo em abaixar preço, fixando-o entre (ou até) o custo marginal dela (mais baixo) e o das outras (mais altos), pois ela terá, no máximo, lucro zero no curto prazo, enquanto as outras, se a seguirem, poderão ter grandes prejuízos". (BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MJ). **Glossário**. Op. cit.).

[48] FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. Op. cit., p. 324-235.

[49] Ascarelli interpreta a concorrência como fenômeno que deve ser estimulado, pois, assim como os limites ditados pelo Estado, ela também persegue a tutela do interesse público e dos consumidores. Para o jurista, o

os agentes econômicos atuantes nos mercados rivalizem entre si, forçando-se ao constante aprimoramento dos métodos produtivos e organizacionais e, desta forma, proporcionando a melhoria dos produtos e serviços ofertados no mercado, a redução de preços e a variedade de opções aos consumidores.[50]

Na inteligência de Paula Forgioni, "[...] a concorrência, ainda que lícita, prejudica os concorrentes, pois faz com que o empresário acabe por auferir lucros menores, força o cuidado com a qualidade do produto e gera a necessidade de investimentos para que o agente econômico possa manter-se no mercado, competindo".[51]

O modelo da concorrência perfeita[52] é utilizado como parâmetro para o desenvolvimento de políticas públicas de defesa da concorrência aptas a reprimir o uso abusivo do poder econômico.[53] No mercado de concorrência perfeita, a economia produzirá no máximo da sua capacidade, com a melhor tecnologia disponível ou através do melhor processo de inovação, utilizando-se da melhor e mais barata matéria-prima,

---

funcionamento dos mercados é pautado por algumas afirmações: "(i) necessidade de imposição de limites aos pactos privados restritivos da concorrência, (ii) a disciplina da concorrência desleal encontra seu embasamento nas mesmas finalidades da liberdade da concorrência e (iii) a exclusividade que deriva da propriedade de bens imateriais encontra a sua justificativa na promoção do progresso cultural e econômico, independentemente da qual não poderiam existir". (ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**: lezioni di Diritto Industriale. Milano: Giuffre, 1956, p. 31, *apud* FORGIONI, Paula Andréa. Tullio Ascarelli, a teoria geral do Direito e os contratos de distribuição. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 44, n. 137, p. 30-48, jan./mar. 2005).

[50] "A concorrência obriga os produtores a procurarem, constantemente, a melhoria de seus produtos e a diminuição do preço de custo". (ASCARELLI, Tullio. Os contratos de cartel e os limites da sua legitimidade no direito brasileiro. *In*: **Ensaios e pareceres**. São Paulo: Saraiva. 1952, p. 223).

[51] FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**, p. 324 e 325. Em outro artigo, em parceria com Eros Roberto Grau, a autora continua o mesmo raciocínio: "Em conseqüência, lucros menores e maiores preocupações com os concorrentes, consumidores, e fornecedores". (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites: Lei 8.884, de 1994 e Lei 6.729, de 1979 (Lei Ferrari). **Revista de Direito Mercantil**, n. 114, p. 259-272, abr./jun. 1999, p. 263) .

[52] "O modelo de mercado de concorrência perfeita descreve estrutura em que: (a) há muitos participantes (empresas e adquirentes) de forma que nenhum deles, isoladamente, pode alterar a oferta ou a demanda do bem; (b) os bens são homogêneos, isto é, fungíveis, suas características não mudam conforme o produtor. (c) não há barreiras à entrada ou à saída de qualquer participante; (d) a receita marginal é igual ao custo mínimo do que resulta a maximização do lucro." (SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. 2. ed. Op. cit., p. 33).

[53] Note-se que a Constituição não repudia o poder econômico em si, mas, sim, o seu uso abusivo, ou seja, a utilização de ardis por agentes econômicos para prejudicar/excluir os seus concorrentes e promover o seu aumento arbitrário de lucros. Nessa linha: "Nada já de ilícito na eliminação de um concorrente, desde que a expulsão do mercado, ou mesmo o prejuízo a ele infligido, derivem de uma vantagem competitiva, i.e., da superioridade de um dos agentes econômicos em relação aos outros". (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. Restrição à concorrência... Op. cit., p. 263). No mesmo sentido, o § 1º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011: "A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo". (BRASIL. **Lei n. 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 13 ago. 2012).

alcançando simultaneamente, como resultado, a maior margem de lucro advinda da produção e a máxima satisfação do consumidor em relação ao preço e à qualidade do produto.[54]

Embora seja rara a existência atual de mercados de concorrência perfeita, a utilização desse modelo como um retrato ideal de competição entre agentes econômicos auxilia a identificação de falhas e de anomalias no funcionamento dos mercados, permitindo ao Estado a proposição de medidas estruturais e/ou comportamentais para corrigi-las.[55]

Em conclusão, podemos afirmar que o escopo do princípio da livre concorrência não é o de neutralizar a rivalidade entre os agentes econômicos, mas, sim, afastar o abuso do poder econômico e a dominação dos mercados, de forma a viabilizar o exercício empresarial por quem quer que seja sem que haja a intervenção do Estado e/ou a interferência de concorrentes que eventualmente possam interferir na dinâmica concorrencial por meio da prática de ilícitos contra a ordem econômica.

1.5 Livre iniciativa *versus* livre concorrência

De acordo com o exposto no item 1.3, parte da doutrina entende a livre iniciativa e a livre concorrência como postulados equivalentes e, portanto, a utilização de ambos os termos no texto constitucional (arts. 1º e *caput* e inciso IV do art. 170 da CF/1988[56]) não passaria de redundância.[57]

Ousamos, neste ponto, discordar humildemente desse posicionamento. No nosso ponto de vista, embora "a livre iniciativa encontre necessária complementação na

---

[54] Nas palavras de Robert Bork: *"[...] the exclusive goal of antitrust adjudication, the sole consideration the judge must bear in mind, is the maximization of consumer welfare. The judge must not weight against consumer welfare any other goal, such as the supposed social benefits of preserving small business against superior efficiency*". (BORK, Robert H. **The antitrust paradox**: a policy at war with itself. New York: Free Press, 1993, p. 11).

[55] SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. 2. ed. Op. cit., p. 33.

[56] BRASIL. **Constituição de 1988**. Op. cit.

[57] Vide nesse sentido FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. Op. cit., p. 228. No mesmo sentido: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. Op. cit., p. 230. BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997, p. 135.

ponderação do princípio da livre concorrência",[58] tratam-se, em verdade, de preceitos com conceitos e funções diferentes entre si.[59] Explica-se.

Conforme visto, a liberdade de iniciativa tem a função de viabilizar o exercício mercantil por quem quer que seja, garantindo o desenvolvimento de toda a forma lícita de produção, coletiva ou individual, pública ou privada, repelindo a intervenção direta do Estado e/ou a interferência de concorrentes que eventualmente queiram ameaçar a entrada de novos competidores no mercado mediante determinadas práticas anticoncorrenciais ilícitas.[60]

Da mesma forma que a livre iniciativa garante a entrada de agentes econômicos no mercado, ela também lhes assegura a saída, no momento que lhes aprouver, pois ninguém pode ser obrigado a exercer atividade empresarial — a não ser nas situações previstas em lei com o fito de proteger o mercado[61] e a função social da empresa. [62]

Nos casos de alienação de estabelecimento empresarial, por exemplo, a saída do alienante e a sua permanência temporária fora do mercado de atuação decorrente de estipulação legal (art. 1.147 do Código Civil) ou contratual, tem como escopo primordial preservar a livre iniciativa do adquirente, que poderia vir a ser turbada pela livre iniciativa do alienante, conforme veremos nos capítulos 2 e 3.

De outra banda, a livre concorrência exerce a função primordial de preservação do ambiente de *fair play* nos mercados, a fim de viabilizar a rivalidade entre concorrentes de acordo com as regras do jogo conhecidas e preestabelecidas, ou seja, aquelas determinadas pela legislação e pelos usos e costumes empresariais que permeiam a concorrência leal.

---

[58] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. Op. cit., p. 203.

[59] Nesse sentido, vide: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O dumping como forma de abuso do poder econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro**, nova série, v. 32, n. 91, p. 5-15, jul./set. 1993, p. 7-8. SZTAJN, Rachel. Os custos provocados pelo Direito. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro**, nova série, v. 36, n. 112, p. 75-78, out./dez. 1998, p. 78). "Livre iniciativa e livre concorrência são duas faces de uma mesma moeda, distintas, mas indissociáveis, que consagram o estado liberal, fundado em um modo de produção capitalista e na economia de mercado". (CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de não concorrência em shopping centers e a proteção à livre concorrência. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 10, n. 3, 2003, p. 277).

[60] Constituem infração da ordem econômica, nos termos do art. 36 da Lei n. 12.529/2011.

[61] Art. 36, inciso XVII, da Lei n. 12.529/2011: "Cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada". (BRASIL. **Lei n. 12.529/2011**. Op. cit.).

[62] Sobre o tema da função social da empresa, vide: BOITEUX, Fernando Netto. Função social da empresa e o Novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**, n. 125, p. 48-57.

Ambos os postulados estão previstos na Constituição Federal, sendo o primeiro (livre iniciativa) fundamento da ordem econômica e princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 170, *caput*, e art. 1, CF/1988), e, o segundo (livre concorrência), princípio geral da atividade econômica (art. 170, IV, CF/1988). Sob a ótica concorrencial, pode-se afirmar que ambos têm como escopo a preservação do bom funcionamento dos mercados. No entanto, em nossa opinião, cada um exerce função distinta para cumprir esse mister.

Enquanto a *livre iniciativa* protege a prerrogativa de *entrada e saída* do mercado propriamente ditas, a *livre concorrência* garante *condições de permanência* nesse mesmo mercado.

Atos que constituam infração contra a ordem econômica podem tanto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar tanto a livre concorrência quanto a livre iniciativa. O art. 36 da Lei n. 12.529/2011[63] apresenta um rol exemplificativo de condutas atentatórias contra ambos os princípios constitucionais.

Os incisos III (limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado), V (impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição) e XIV (açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia) descrevem condutas típicas de práticas atentatórias contra a livre iniciativa e, portanto, prejudiciais aos potenciais entrantes que podem ter que enfrentar dificuldades causadas por concorrentes que, mediante a prática de condutas ilícitas, aumentam artificialmente as barreiras (regulatórias e econômicas) à entrada[64] de novos concorrentes em determinado mercado.

---

[63] BRASIL. **Lei n. 12.529/2011**. Op. cit.

[64] "*Barreiras à entrada*: qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Entre os fatores que constituem importantes barreiras à entrada, cita-se alguns: (a) custos fixos elevados; (b) custos afundados; (c) barreiras legais ou regulatórias; (d) recursos de propriedade das empresas instaladas; (e) economias de escala ou de escopo; (f) grau de integração da cadeia produtiva; (g) fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e (h) a ameaça de reação dos competidores instalados. *Barreiras legais ou regulatórias***:** as barreiras legais e regulatórias são exigências criadas pelo Governo para a instalação e o funcionamento de uma empresa, tais como as licenças comerciais. As barreiras legais podem representar, na prática, um incremento nos custos afundados, quando sua superação implicar custos elevados ou quando puderem simplesmente excluir a possibilidade de entrada para um determinado conjunto de agentes." (BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MJ). **Glossário**. Op. cit.).

Os incisos I (acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente), II (promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes) e XI (recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais) constituem práticas prejudiciais à livre concorrência, ou seja, aos agentes econômicos que já exerçam atividade empresarial em determinado setor e que tenham o ambiente de *fair play* característico de mercados concorrenciais artificialmente modificados pela conduta de concorrência desleal unilateralmente praticada por um competidor ou pela ação concertada de dois ou mais agentes econômicos.

A prática de atos inibitórios à livre iniciativa constituirá, em regra, prejuízo à livre concorrência, uma vez que práticas impeditivas à entrada de agentes econômicos no mercado implicarão a diminuição de concorrentes competindo entre si para a conquista da clientela, tornando determinado setor mais concentrado. Mercados menos pulverizados tendem a apresentar um ambiente competitivo com menor vigor de rivalidade entre os *players*, fator que pode resultar na diminuição da quantidade de oferta, na redução da diversidade e da qualidade de produtos e serviços, gerando perda de bem-estar do consumidor.

O contrário, no entanto, não é verdade: a prática de atos contra a livre concorrência não resultará necessariamente em prejuízo à livre iniciativa, já que os seus efeitos irradiam no âmago do mercado, ou seja, dentro da arena de disputas na qual não se encontram potenciais entrantes e sim e tão somente agentes econômicos que já atuem e rivalizem entre si naquele mercado.

A figura que elaboramos abaixo ilustra a diferença de suas funções sob a ótica do mercado: o círculo representa o mercado; as flechas horizontais inseridas dentro do círculo significam os jogos de oposição de forças competitivas entre concorrentes pela conquista da clientela e de participação do mercado inerentes à livre concorrência; as flechas verticais posicionadas fora da área de delimitação do círculo representam os movimentos de livre entrada e saída de agentes econômicos do mercado conforme os preceitos da livre iniciativa.

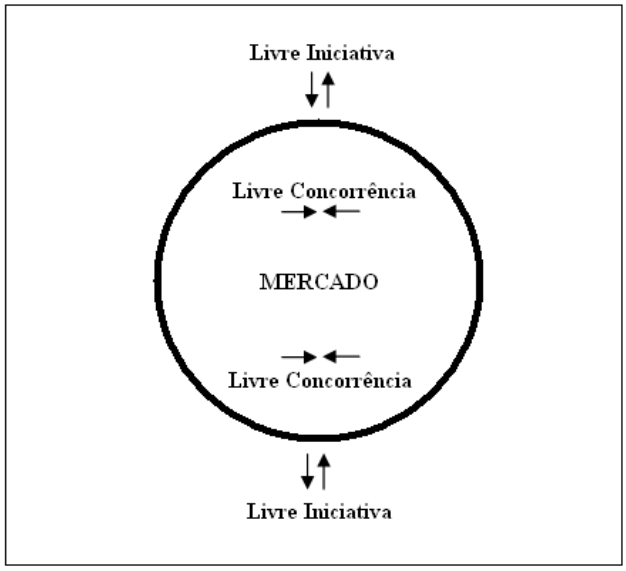

Figura 1 - Diferença das funções da livre concorrência e da livre iniciativa

Com efeito, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não são sinônimos e nem substitutos entre si, mas, sim, ferramentas complementares no mister de defesa do bom funcionamento dos mercados de forma a aproximá-los, tanto quanto possível, do modelo de concorrência perfeita e fomentar o desenvolvimento econômico brasileiro. Esse caráter complementar está comprovado no fato de que apenas a liberdade de iniciativa, por si só, não seria suficiente para garantir o funcionamento eficiente dos mercados concorrenciais, assim como o fomento da concorrência nos mercados não seria efetivo sem que houvesse mecanismos que garantissem o ingresso de entrantes.

Restam, portanto, comprovadas (do nosso ponto de vista) as funções distintas, mas igualmente importantes e insubstituíveis (ainda mais uma pela outra) que a livre iniciativa e a livre concorrência exercem no ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, é importante lembrar que, apesar da suma importância que esses preceitos constitucionais exercem na Ordem Econômica brasileira, eles não são absolutos e, tampouco, encerram um fim em si mesmos. A aplicação de ambos deve ser considerada caso a caso mediante a sua interpretação harmônica com os demais princípios e preceitos constitucionais, realizando, em caso de conflito direto de incidência de um princípio em relação ao outro, o juízo de ponderação necessário para se verificar qual deverá se sobrepor ao outro, observando-se o fim que se pretende alcançar.

A constitucionalização da defesa da concorrência também provoca a necessidade da edição de legislação infraconstitucional que normatize a consecução dos princípios pertinentes. Para tanto, é preciso que haja a atuação do Estado em duas frentes precípuas: (i) na criação e edição de leis que delimitem os objetivos a serem alcançados e os limites da própria atuação do Estado na persecução dessas finalidades e (ii) na criação de instituições e/ou autoridades reguladoras competentes para salvaguardar a execução das medidas necessárias para se atingirem os objetivos traçados e fiscalizar a própria atuação do Estado nesse processo.

1.6 Atuação e intervenção do Estado na economia e na autonomia privada

Antes de adentrarmos no tema, faz-se necessário, primeiramente, uma breve explanação sobre o uso indiscriminado do termo "intervenção" para qualificar a atuação estatal na economia.[65] Segundo Eros Grau, as palavras "intervenção" e "atuação" estatal podem parecer, *ab initio*, absolutamente intercambiáveis entre si, já que "toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção". No entanto, apesar da aparente sinonímia, tais termos não exprimem significados iguais. A palavra "atuação" deriva de "ato", que significa "exercício da faculdade de agir, aquilo que se faz ou se pode fazer",[66] enquanto que "intervenção" possui uma "conotação mais vigorosa".[67]

Essa diferença de significado dos dois termos se sobressai ao pensarmos, por exemplo, na atuação estatal no setor privado. Quando o Estado pratica atos no setor de serviços públicos, normatizando-o ou regulando-o, não está praticando uma intervenção, mas, apenas, atuando no setor público, cuja titularidade de atuação é de sua própria alçada. De outra banda, ao pensarmos no papel estatal no setor privado — cuja titularidade de

---

[65] A atuação estatal nos mercados pode se dar de três formas distintas: (i) *normativa e reguladora*, (ii) *fiscalizadora* e (iii) *econômica*, conforme classificou Eros Roberto Grau. No entanto, por não ser objeto do presente trabalho, não nos aprofundaremos na exploração deste instigante tema. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 90 *et seq.*).

[66] GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva; Instituto Antônio Houaiss, 2008, p. 336.

[67] "**Intervenção**: s.f. ato de intervir. 1. Ingerência de um indivíduo ou instituição em negócios de outrem, como intercessor, mediador, etc. [...] 3. Intervenção de um Estado em domínio que não seja de sua competência, embora constitucionalmente legítima, p.ex. para apuração de irregularidades em empresas, bancos etc." (Ibidem, p. 1.637). Importante observar, igualmente, que também não se deve confundir o verbete "intervenção" com "intervencionismo", cujo significado se aproxima da ideia de "dirigismo". Sobre o debate acerca da distinção semântica dos verbetes "intervenção", "intervencionismo" e "atuação", *vide* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 71, item 23.

atuação não é de sua competência —, sobressai uma espécie de interferência na área de outrem.[68]

> Daí se verifica que o Estado não pratica **intervenção** quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo **intervenção** é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: **intervenção** expressa **atuação estatal** em área de titularidade do setor privado; **atuação estatal**, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público.[69]

Assim, toda intervenção estatal implica a atuação do Estado em algo, sendo esse algo da sua competência estrita (setor público) ou da competência de outrem (setor privado). O contrário, entretanto, não é verdade.[70]

> Por isso que o vocábulo e expressão não são absolutamente intercambiáveis. **Intervenção** indica, em sentido forte [...] **atuação estatal**, simplesmente, ação do Estado, tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que **intervenção** conota **atuação estatal** no campo da atividade econômica em sentido estrito, **atuação estatal**, ação do Estado no campo da **atividade econômica em sentido amplo**.[71]

O escopo principal da atuação estatal, seja por meio de intervenção, seja por meio de regulação, é disciplinar juridicamente a atividade econômica visando à preservação do mercado. Essa disciplina dá-se, principalmente, por meio do controle preventivo e repressivo dos negócios jurídicos e do comportamento dos agentes econômicos.[72]

Superada a questão terminológica,[73] passemos à breve análise da função que a intervenção e a atuação Estatal desempenham na dinâmica de funcionamento dos mercados, tanto nos concorrenciais como nos regulados. A necessidade da intervenção estatal para garantir o funcionamento dos mercados se dá por meio do estabelecimento de

---

[68]GRAU, Eros Roberto; **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 91-92.
[69] Ibidem, p. 91-92.
[70] Ibidem, p. 91-92.
[71] Ibidem, p. 92.
[72] Conforme explica FARJAT, Gérard. **Pour un Droit Économique**. Paris: PUF, 2004, p. 180-199.
[73] E acatando as pertinentes considerações de Eros Grau sobre a correta aplicação dos termos "intervenção" e "atuação estatal", a presente dissertação utilizará o termo "intervenção" quando tratar de ações do Estado que interfiram no setor privado, bem como empregará a expressão "atuação estatal" para se referir às ações do Estado praticadas no âmbito da sua competência, como, por exemplo, no caso da regulação estatal dos serviços públicos.

normas que confiram segurança e previsibilidade[74] ao tráfico mercantil: "sem a calculabilidade e a previsibilidade[75] instaladas pelo direito moderno o mercado não poderia existir".[76]

A sociedade capitalista é intrinsecamente jurídica, atuando o Direito na regulação das relações de produção que lhe são inerentes e que não poderiam se reproduzir e perpetuar sem a forma do Direito positivo posto pelo Estado, Direito este que surge para disciplinar os mercados, permitindo a fluência do tráfico mercantil.[77]

O conjunto de regramentos que torna o ambiente mercadológico mais racional e, portanto, mais eficiente, depende de escolha e decisão política: "*Politics is a structure of complex Exchange among individuals, a structure within persons seek to secure collectively their own privately defined objectives that cannot be efficiently secured through simple market exchanges*".[78]

O conceito de mercado transmuda, portanto, da perspectiva meramente social para a perspectiva político-jurídica a partir do momento em que a complexidade do seu funcionamento passa a exigir do Estado um Direito que o regule, ao mesmo tempo em que garanta a sua liberdade econômica.[79]

Nesse diapasão, o intervencionismo pode ser definido como:

> um fenômeno típico da economia capitalista. Refere-se ao exercício, por parte da autoridade política, de uma ação sistemática sobre a economia,

---

[74] "Quanto maior o grau de segurança e previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas. A relação entre segurança, previsibilidade, e funcionamento do sistema, explicada por WEBER e base do pensamento de juristas modernos, é razão determinante da própria gênese do direito comercial e um dos principais vetores de funcionamento dos contratos empresariais." (FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 75-76).

[75] "Estabilidade e segurança jurídica são dois requisitos para o funcionamento do mercado, imprescindíveis na realização dos negócios. A presença de riscos significativos prejudica ou, até mesmo, impede a realização de operações. No primeiro caso, podem aumentar de forma significativa os custos de transação, penalizando-se os operadores do mercado." (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 144).

[76] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 30.

[77] Ibidem, p. 30.

[78] Tradução livre: "A política é uma estrutura de trocas complexas realizadas entre indivíduos, uma estrutura na qual pessoas buscam assegurar coletivamente os seus próprios objetivos privados definidos e que não pode ser eficientemente asseguradas através de simples transações efetuadas no mercado". (BUCHANAN, James M. The Constitution of Economic Policy. **Analytic Economic Review**, n. 77, p. 243-250, jun. 1987, p. 296).

[79] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 34.

> estabelecendo estreita correlação entre o subsistema político e econômico, na medida em que se exige da economia uma otimização dos resultados e do Estado a realização de uma ordem jurídica como ordem de bem-estar-social.[80]

A intervenção do Estado no funcionamento do mercado e, por conseguinte, na ordem econômica, representa a redução de riscos, inseguranças e incertezas provenientes da autorregulação, atendendo à *ratio* da maximização de lucro pregada pelo modo de produção capitalista.[81]

Além do escopo de regulação das relações econômicas, a estruturação do mercado com base no sistema jurídico também revela outra necessidade do afã capitalista: "o afastamento ou a redução de qualquer entrave social, político ou moral[82] ao processo de acumulação de capital".[83]Assim, ao mesmo tempo em que o mercado "Reclama atuação estatal para garantir a fluência de suas relações, [...] exige que essa atuação seja mínima".[84]

> [...] a intervenção do Estado não poderá entender-se, com efeito, como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objectivos das empresas (particularmente das grandes empresas), mas antes como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista.[85]

Essa desejada garantia de intervenção mínima do Estado na fluência da circulação mercantil justifica-se em duas medidas.

A primeira, para preservar a autonomia dos agentes econômicos na atividade mercantil e resguardá-los de quaisquer desmandos de poderes ou desvio da finalidade

---

[80] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Congelamento de preços: tabelamentos oficiais. **Revista de direito público**, n. 91, p. 76-86, 1989, p. 76.

[81] "O capitalismo é, sem dúvida, um sistema de livres mercados, pois o lucro é veículo para a produção. As empresas decidem o que produzir como, e quanto, visando à maximização de resultados. [...] Economias capitalistas privilegiam mercados sobre outras formas de estímulo à troca econômica, considerando que trocas livremente ajustadas serão eficientes e, sob tal perspectiva, os mercados promovem e facilitam a circulação dos bens na economia de forma eficiente, como instrumentos que são de estabilidade e previsibilidade de operações econômicas." (SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. Op. cit., p. 29).

[82] BALIBAR, Etienne, **L'Europe, l'Amérique, la guerre**. Paris: La Décoouverte, 2003, p. 117 *apud* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit, p. 35.

[83] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica**... Op. cit., p. 35. Destacou-se.

[84] Ibidem, p. 35. Destacou-se.

[85] AVELÃS NUNES, Antônio José. **Do capitalismo e do socialismo**. Coimbra: Atlântida, 1972, p. 125.

empresarial, como, por exemplo, a persecução de fins outros que não o lucro (fins políticos, sociais, ideológicos, morais, religiosos, etc.).[86]

A segunda, para garantir: (i) o estabelecimento de direitos de propriedade e o desenvolvimento da atividade empresarial por meio do uso, gozo, disposição de seus meios proprietários sem a turbação de terceiros; e (ii) a observância igualitária, por todos os agentes econômicos, do conjunto de normas homogêneas e uniformes que disciplinem todo o processo econômico de troca.

Assim, a intervenção estatal não funciona, apenas, como fomentadora da entrada e como reguladora da permanência da iniciativa privada no mercado, mas vai além, garantindo aos agentes econômicos empenhados no comércio uma "dupla garantia", tanto contra eventuais arbitrariedades do poder político como contra a atuação desregrada e potencialmente abusiva de outros agentes econômicos atuantes no mercado. Na síntese de Eros Grau:

> A garantia de fluência de suas relações (mercado) é uma **dupla garantia**, contra o Estado e contra os outros agentes econômicos que atuam no mercado. [...] Isto é, cada agente econômico necessita de garantias: (i) contra o Estado e (ii) contra outros agentes econômicos que atuam no mercado. Vale dizer, **cálculo e segurança inerentes à produção capitalista exigem uma dupla garantia: (a) contra o Estado** (= liberalismo político) **e (b) em favor do mercado** (= liberalismo econômico). A lei assegura a primeira garantia (correspondente ao liberalismo político) e, concomitantemente, é posta a serviço da preservação do mercado (= liberalismo econômico; a liberdade econômica em suas duas faces, liberdade pública e liberdade privada).[87]

Em suma, pode-se afirmar que a autonomia individual[88] dos agentes econômicos sobre a propriedade e a gestão[89] da sua atividade empresarial consiste em um dos bens jurídicos passíveis de tutela pela dupla garantia supramencionada.

---

[86] "A generalidade e a abstração da lei garantem o indivíduo contra a arbitrariedade estatal, porque isso é indispensável ao 'cálculo e segurança inerentes 'a segurança capitalista', mas o 'cálculo e segurança inerentes 'a produção capitalista' reclamam também previsibilidade no comportamento dos agentes econômicos". (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica**... Op. cit., p. 36).

[87] Ibidem, p. 35-36. Destacou-se.

[88] "Rosanvallon observará, acertadamente, que Hayek substitui a ideia de contrato social pela de mercado, nele encontrando o fundamento político da sociedade. A liberdade é o amálgama das relações econômicas, sem a qual estas não podem concretizar-se em seu objetivo de permitir a busca da satisfação da necessidade de todos." (FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**. Op. cit., p. 202).

[89] Em consecução do escopo de lucro.

> A racionalidade jurídica do direito moderno coincide com a afirmação jurídica da primazia das autonomias individuais, o que envolve as **declarações de direito**, o movimento do constitucionalismo liberal e suas técnicas, especialmente a da separação dos poderes e da legalidade [...]. Objetivamente: **liberalismo político** e **liberalismo econômico** se entrelaçam de modo tal que, sob pena de comprometimento da essência de um e de outro, não se os pode cindir.[90]

Essa autonomia privada[91] pode ser plenamente manifestada pelos agentes econômicos por meio da liberdade de contratar. O Estado, por seu turno, deve não apenas franquear a celebração dos contratos, mas, também, viabilizar a sua execução, já que, sem contrato, não há mercado (conforme explanado no capítulo 3): "*The legal principle of contractual liberty and the elaborate rules of contract law are the prerequisite for the development of complex economic market transactions*".[92]

Nesse sentido, a atuação do Estado na economia com o fim de garantir o bom funcionamento dos mercados também abrange a intervenção nos contratos celebrados entre agentes econômicos.[93] Na dicção de Orlando Gomes:

> A política interventiva do Estado atingiu, por sua vez, o contrato, na sua cidadela, ao restringir a liberdade de contratar, na sua tríplice expressão da liberdade de celebrar contrato, da liberdade de escolher o outro contratante e da liberdade de determinar o conteúdo do contrato.[94]

O controle que o Estado exerce nos contratos se dá através do Direito, e pode ser feito tanto via legislação quanto por meio de políticas públicas. No primeiro caso, o Estado impõe princípios jurídicos gerais e as regras específicas concernentes aos contratos e às obrigações que permearão as relações contratuais, bem como as políticas públicas necessárias ao controle do cumprimento dessas regras e princípios impostos. No segundo

---

[90] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica**... Op. cit., p. 35-36.

[91] Paula Forgioni explica o fenômeno da publicização do direito privado ocorrido a partir do segundo pós guerra por conta, principalmente, da consolidação da intervenção do Estado na economia que pôs em xeque o "dogma da autonomia privada" (FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral dos contratos empresariais**. Op. cit., p. 81-88).

[92] DAINTITH, Terence; TEUBNER, Gunther. Sociological Jurisprudence and Legal Economics: Risks and Rewards. In: AVV. **Contract and Organization**: Legal Analysis in the Light of economic and Social Theory. Berlin: Gruyter, 1986, p. 3, *apud* FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**. Op. cit., p. 211-212.

[93] Que, em última análise, representa exatamente o papel do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em âmbito de análise de Atos de Concentração econômica: a verificação dos potenciais efeitos lesivos ao mercado que contratos celebrados entre agentes econômicos possam acarretar ao mercado e, sendo positiva a análise, a correção desses "efeitos" se dará mediante a imposição pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica de restrição parcial ou total na vigência e eficácia desses negócios jurídicos.

[94] GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 9.

caso, o Estado exerce, por meio do poder de polícia das instituições governamentais e regulatórias, a fiscalização de determinados negócios jurídicos empresariais que possam causar potencial dano à concorrência e, consequentemente, ao mercado no qual a transação gerará seus efeitos.

O Estado privilegiou a defesa da concorrência no Brasil atuando nessas duas frentes: editou diversas leis responsáveis pela criação de políticas públicas e de órgãos governamentais com competência de regular o mercado por meio da fiscalização e da adoção de medidas preventivas e repressivas a eventuais atos de particulares (incluindo a celebração de contratos) que pudessem prejudicar a concorrência. É o que se demonstrará no próximo item.

1.7 Evolução legislativa da concorrência no Direito brasileiro: breve escorço histórico

As normas cogentes reguladoras da concorrência no Brasil são historicamente voltadas à proteção da concorrência e do consumidor por meio da tutela da regulação da economia popular, do controle de preços praticados nos mercados e do combate ao exercício abusivo do poder econômico.

> É bem antiga a convicção, afirmada em discursos pronunciados desde o final do século XVI, de que a livre concorrência é o antídoto natural contra os males do mercado, perfeitamente capaz de impedir a exploração do consumidor e o indevido aumento de preços e de fomentar a otimização da qualidade dos bens e serviços. [...] por isso a legislação antitruste deve ser aplicada de forma a impedir o falseamento da concorrência nos mercados. Em outros termos: não se pode admitir que agentes econômicos, seja através de ato unilateral, seja mediante a celebração de um contrato, impeçam que a livre concorrência exerça o seu papel no mercado.[95]

A Constituição de 1934 (CF/1934) foi o primeiro texto legal a trazer referência à liberdade econômica — no seu Título IV, denominado "Da Ordem Econômica e Social".[96] O artigo 115 merece destaque tanto pelo seu *caput*, que previa a organização da ordem econômica de acordo com os princípios da Justiça e em observância às necessidades da vida nacional de modo a possibilitar existência digna aos cidadãos, quanto pelo seu

[95] GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. Restrição à concorrência... Op. cit., p. 262.
[96] BRASIL. **Constituição de 1988**. Op. cit.

parágrafo único, que determinava a verificação periódica pelos Poderes Públicos do padrão de vida existente nas regiões geográficas do Brasil.

No bojo do mesmo artigo, previu-se a garantia ao exercício da liberdade econômica, desde que não houvesse transgressões aos interesses sociais e intervenção[97] estatal na economia — resquício das preocupações de regulação dos mercados pelos Estados advindas da Grande Depressão de 1929 —, além de já ter sido prevista a possibilidade de reserva ao Estado de exploração de indústria ou setor econômico afeitos ao interesse público, legitimando, portanto, o exercício monopolístico de determinadas atividades (art. 116) pelo ente estatal.

A Constituição ainda propugnou, em seu art. 117, pelo fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito.

Dando sequência aos postulados da ordem econômica inaugurados pela CF/1934, a Constituição de 1937 (CF/1937) relacionou a inovação ao desenvolvimento econômico e industrial,[98] tomando-a como estandarte de riqueza e de prosperidade nacional (art. 135).[99]

Nesse diploma, mais uma vez é franqueada ao Estado a possibilidade de intervenção mediata ou imediata no domínio econômico se e quando relacionada ao interesse público. Nota-se, porém, um tom mais brando em relação à previsão de intervenção contida na Constituição anterior com a existência de justificativas mais densas para fundamentar a atuação estatal que passa a ser considerada legítima apenas quando

---

[97] Deve-se deitar uma breve atenção ao uso indiscriminado do termo "intervenção" para qualificar a atuação estatal na economia. Segundo Eros Grau, as palavras "intervenção" e "atuação" estatal podem parecer, *ab initio*, absolutamente intercambiáveis entre si, já que "toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção". Essa diferença de significado dos dois termos se sobressai ao pensarmos, por exemplo, na atuação estatal no setor privado. Quando o Estado pratica atos no setor de serviços públicos, normatizando-o ou regulando-o, não está praticando uma intervenção, mas, apenas, atuando no setor público, cuja titularidade de atuação é de sua própria alçada. De outra banda, ao pensarmos no papel estatal no setor privado — cuja titularidade de atuação não é de sua competência —, sobressai uma espécie de interferência na área de outrem. Assim, toda a intervenção estatal implica a atuação do Estado em algo, sendo esse algo da sua competência estrita (setor público) ou de competência de outrem (setor privado). O contrário, entretanto, não é verdade. Vide dissertação sobre o tema em: GRAU, Eros Roberto; **A ordem econômica**. Op. cit., p. 91 *et seq*.

[98] "Enfatiza-se o exercício organizado de atividades intelectuais por conta da rápida transformação da economia que, no entender de muitos, se encaminha para uma era pós industrial, isto é, quando o setor terciário (serviços) tende a suplantar a indústria, e naquela, a produção intelectual é mais perceptível" (SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. Op. cit., p. 15).

[99] BRASIL. **Constituição de 1988**. Op. cit.

necessária para (i) suprir as deficiências da iniciativa privada, (ii) coordenar os fatores da produção para evitar ou resolver os seus conflitos e (iii) manter os interesses públicos acima dos interesses privados.

Em relação a esse último quesito, ressalte-se que, mesmo tímida, há uma nítida preocupação do legislador com que a autorregulação dos mercados concorrenciais não seja capaz de contemplar, por si só, os valores sociais do interesse público, restando ao Estado a função de introjetar valores coletivos na competição entre os agentes econômicos, conforme se sobressai no texto do final do art. 135: "A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para [...] introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado".

O artigo 141, por sua vez, estabeleceu o fomento da economia popular, equiparando os crimes contra ela praticados a crimes contra o Estado, estipulando que a lei deverá cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição. Essas garantias especiais conferidas à economia popular pelo dispositivo foram mais tarde reguladas pelo Decreto -Lei n. 869/1938.

A edição do Decreto- Lei n. 869/1938 — de autoria de Nelson Hungria e promulgação de Getúlio Vargas — cumpriu o desígnio de definir e regular os crimes contra a economia popular, tipificando as condutas ilícitas dessa natureza.

O Decreto-Lei previa em seu bojo uma série de dispositivos de caráter repressivo,[100] estipulando penas de "prisão celular"[101] cumulada com o pagamento de multa pecuniária para quem praticasse condutas de cunho declaradamente anticoncorrencial, tais como: destruir e o açambarcar matérias- primas, abandar lavouras, plantações e atividade econômica "mediante indenização paga pela desistência da competição", efetivar alianças ou fusão de capitais "com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio", dominar o mercado e provocar a alta dos preços, praticar preços predatórios "com o fim de impedir a concorrência", exercer influência relevante ou

[100] BRASIL. **Decreto-Lei n. 869**, de 18 de novembro de 1938. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=869&tipo_norma=DEL&data=19381118&link=s>. Acesso em: 13 mar. 2012.
[101] Pena restritiva de liberdade.

dominante em empresas atuantes no mesmo setor econômico com o escopo de impedir ou dificultar a concorrência, impor preços de revenda, transgredir as tabelas oficiais de preços de mercadorias etc.

Embora visasse à repressão contra fraudes ao consumidor,[102] de forma a proteger a então chamada "economia popular", não se pode negar que o Decreto-Lei representou a formalização legislativa da preocupação estatal em proteger a concorrência como forma de preservar o bom funcionamento dos mercados e, consequentemente, o bem-estar do consumidor, podendo ser considerado, em matéria de antitruste, como o primeiro compêndio de normas de defesa da concorrência.

O Decreto- Lei n. 1716/1939,[103] por sua vez, constitui-se praticamente em um desdobramento do Decreto- Lei anterior (n. 869/1938), pois, constituído de apenas sete artigos, tratou de definir brevemente o conceito de bens de primeira necessidade à população, bem como de estipular os procedimentos à formação do inquérito e ao processamento dos crimes contra a economia popular.

Em 1945, foi editado o Decreto-Lei n. 7.666,[104] dispondo sobre os atos contrários à ordem moral e econômica e prevendo a tipificação de ilícitos concorrenciais, tais como a formação de trustes, monopólios, e a concentração do poder de controle de diversos agentes econômicos nas mãos de apenas uma empresa ou grupo de empresas por meio da realização de incorporações, fusões, transformações, associações ou agrupamento de empresas.[105]

---

[102] Escopo confirmado pela definição dada pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 1.716/1939, que posteriormente regulamentou o processamento do Decreto-Lei n. 869/1938, donde se prestou definição aos artigos de primeira necessidade à população: "[...] considerar-se-ão de primeira necessidade, ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades"

[103] BRASIL. **Decreto-Lei n 1.716**, de 28 de outubro de 1939. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1716-28-outubro-1939-411646-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2012.

[104] BRASIL. **Decreto-Lei n. 7.666**, de 22 de junho de 1945. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7666-22-junho-1945-416494-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2012.

[105] "Art. 8º Não se poderão fundir, incorporar, transformar, agrupar de qualquer modo, ou dissolver: a) os estabelecimentos bancários; b) as emprêsas que tenham por objeto a produção ou distribuição de gêneros alimentícios; c) as emprêsas que operem em seguros e capitalização; d) as emprêsas de transportes ferroviário, rodoviário e as de navegação marítima, fluvial ou aérea; e) as empresas editôras, jornalísticas, de rádio e teledifusão, de divulgação e publicidade; f) as indústrias bélicas, básicas, de interêsse nacional e as emprêsas distribuidoras dos respectivos produtos; g) as indústrias químicas, de especialidades farmacêuticas ou de laboratório e de materiais odontológicos; h) as indústrias de tecidos e calçados; i) as emprêsas de

Nessa linha, apesar de aparentemente parecer uma mera repetição dos ilícitos contra a ordem econômica previstos nas legislações pretéritas (as supramencionadas Lei n. 869/1938 e Lei n. 4.137/1962), o Decreto-Lei n. 7.666/1945 trouxe, na verdade, uma evolução em termos de proteção das estruturas concorrenciais em setores de mercado considerados essenciais à prestação de serviços públicos à sociedade, tais como transportes, bancário, alimentos etc., denotando não apenas a intervenção discricionária e regulatória do Estado na economia, mas, além disso, uma preocupação com o bem-estar do cidadão consumidor de serviços essenciais.

Tratou-se, portanto, da primeira lei de efetiva proteção ao mercado por meio do controle prévio e obrigatório de estruturas de mercado com o escopo de permitir ao Estado a fiscalização do exercício do poder econômico, revelando a inserção na legislação pátria de medidas preventivas em complemento às já existentes medidas repressivas contra o abuso de poder econômico.

O Decreto-Lei n. 7.666/1945 representou um importante passo à formação de uma legislação antitruste no Brasil, na medida em que somou significantes esforços à, até então, tímida previsão constitucional e infraconstitucional de proteção ao bom funcionamento dos mercados por meio do fomento à concorrência, dando um passo em direção à institucionalização do Direito Antitruste com a previsão da criação da Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE),[106] que, embora nunca tenha sido efetivamente constituída, revelou a preocupação crescente do Estado com a defesa da concorrência. Esse Decreto-Lei tipificou a prática de aumento arbitrário de lucros como conduta de abuso do poder econômico, elevando o ilícito ao nível constitucional já na

---

mineração; j) a produção e distribuição de instrumentos de trabalho, de um modo geral; k) as emprêsas de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos e, em geral, os concessionários de serviços de utilidade". (BRASIL. **Decreto-Lei n. 7.666/1945**. Op. cit.).

[106] Como medida de eficácia ao cumprimento das determinações restritivas, o Decreto-Lei n. 7.666/1945 ainda previa, em seu art. 9º, a proibição do Departamento Nacional da Indústria e Comércio e das Juntas Comerciais de procederem ao registro das alterações nos contratos ou estatutos de quaisquer sociedades atuantes em setores da economia acima mencionados sem a prévia audiência e autorização da CADE, declarando como nulos de pleno direito os registros feitos à inobservância deste dispositivo. (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. **Lei e política de concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. Paris: OECD Publishing, 2005. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/12/45/35445196.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2012, p. 13).

Carta Magna de 1946 (art. 148), o que se manteve na Constituição de 1967 (art. 157, VI) e na atual de 1988 (art. 173, § 4º) .[107]

A Constituição Federal de 1946 introduziu no Direito brasileiro a repressão a toda forma de abuso de poder econômico, destacando o repúdio à prática de condutas concertadas e a formação de conluios entre concorrentes, conforme dita o art. 148 do Título V – Da Ordem Econômica e Social: "A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros".[108]

A Lei n. 1.521/1951[109] atualizou os dispositivos em relação aos crimes contra a ordem econômica, tipificando como crime a formação de cartel ou o conluio entre concorrentes efetuado com o propósito de impedir ou dificultar a livre concorrência (nos termos do seu art. 3º).

A Lei n. 1.522/1951,[110] de caráter intervencionista, assegurou ao Governo Federal a possibilidade de atuação no domínio econômico a fim de garantir a livre e eficaz distribuição de mercadorias essenciais à subsistência do consumidor sempre que delas houvesse carência.

A lei de concorrência (Lei n. 4.137/1962),[111] promulgada em 10 de setembro de 1962[112] por João Goulart, teve como escopo regular a política de repressão ao abuso do poder econômico, criando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) como órgão governamental responsável por tal mister. Em linhas gerais, relacionou os atos

---

[107] FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. Op cit., p. 236.
[108] BRASIL. **Constituição de 1988**. Op. cit.
[109] BRASIL. **Lei n. 1.521**, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm>. Acesso em 13 de março de 2012.
[110] BRASIL. **Lei n. 1.522**, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1522-26-dezembro-1951-362020-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 13 mar. 2012.
[111] BRASIL. **Lei n. 4.137**, de 10 de setembro de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em 12 de março de 2012.
[112] "A competition law (No. 4137) enacted in 1962 created the Administrative Council for Economic Defence (ConselhoAdministrativo de DefesaEconômica or "CADE"), but the Council had marginal economic impact because its authority extended only to private firms". (OECD. **Lei e política de concorrência no Brasil**. Op. cit., p. 13).

considerados abuso de poder econômico[113] e previu a instauração de processo administrativo pelo CADE para a investigação e comprovação de tais atos ilícitos, prevendo penas de cessação da prática e de aplicação de multa de duzentas mil a cinco milhões de vezes o valor do Bônus do Tesouro Nacional (BTN) para as empresas que os praticassem.

Apesar de ser considerada formalmente como a primeira lei de defesa da concorrência, a Lei n. 4.137/1962

> foi marcada por sua pouca efetividade, em especial por: 1) haver políticas públicas de incentivo à concentração empresarial (sobretudo no âmbito dos Planos Nacionais de Desenvolvimento); 2) pela escalada inflacionária que desorganizava a atividade econômica; 3) pelo instrumento de controle de preços efetivado pelo Poder Executivo Federal que acabava por incentivar práticas uniformes e concertadas entre as empresas.[114]

Por esses motivos, Pfeiffer[115] afirma ser inegável que as políticas concentracionistas então existentes (os Planos Nacionais de Desenvolvimento I e II e o advento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDES) representaram, à época, óbices naturais à implementação de controle de concentrações.

As Leis Delegadas n. 2[116] e 5,[117] ambas de 1962, fizeram praticamente um eco à Lei n. 1.522/1951, pois também previram a intervenção direta do Governo Federal na dinâmica econômica com o fito de assegurar a distribuição de bens de consumo necessários ao povo.

A Constituição Federal de 1967 elevou a repressão ao abuso do poder econômico a um dos princípios balizadores da ordem econômica com o fim de buscar a realização da justiça social (art. 157), mantendo no § 8º a possibilidade já prevista na Constituição

---

[113] Em resumo, assim considerados: I. Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência; II. Elevar sem justa causa os preços, no casas de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitràriamente os lucros sem aumentar a produção; III. Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços; IV. Formar grupo econômico, por agregação de emprêsas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores; e V. Exercer concorrência desleal.

[114] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 120.

[115] Vide a discussão a respeito em: Ibidem, p. 121-122.

[116] BRASIL. **Lei Delegada n. 2**, de 26 de setembro de 1962. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Ldl/Ldl02.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

[117] BRASIL. **Lei Delegada n. 5**, de 26 de setembro de 1962. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Ldl/Ldl05.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

Federal de 1946 de intervenção do Governo Federal no domínio econômico e de monopólio de determinada indústria ou atividade quando indispensável à segurança nacional ou à organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa.

O aprimoramento da tendência institucionalista e intervencionista do Governo Federal para a implementação de órgãos "reguladores" da economia de mercado revelou-se por meio das subsequentes criações de órgãos governamentais como, por exemplo, o Conselho Interministerial de Preços (CIP), criado em 1968 com a tarefa de fixação e execução de políticas reguladoras de preços, e o Conselho de Desenvolvimento Nacional Industrial (CNDI), órgão colegiado vinculado à Presidência da República, cuja principal atribuição era propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a promover o desenvolvimento industrial do país e a Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil (CACEX).

De acordo com a doutrina:

> A existência formal de uma legislação antitruste no Brasil desde pelo menos a década de 1960 não impediu que o desenvolvimento econômico brasileiro se constituísse em torno das seguintes características: (i) elevada concentração econômica e produção voltada para o exterior; (ii) dependência estrutural da economia em relação ao poder econômico; (iii) industrialização baseada no incentivo à grande empresa de capital nacional ou estrangeiro; (iv) surgimento do mercado interno apenas com a urbanização e industrialização; e (v) preponderância de estratégias de atuação concertada com Estado e setor empresarial.[118]

A intervenção regulatória do Estado nos mercados com a inserção do controle de preços, por exemplo, acabou por extrapolar o limite das exceções previstas nas Constituições então vigentes — atuação do Estado no cenário econômico apenas por questões de segurança nacional e fomento ao desenvolvimento de setores —, interferindo diretamente na dinâmica de mercados concorrenciais e, consequentemente, representou verdadeiro retrocesso em relação à tentativa de institucionalização da defesa da concorrência esboçada pelas então recentes criações de dois órgãos de defesa da concorrência: a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, instituída pelo Decreto-

[118] CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada**: Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 119-120.

Lei n. 7.666/1945, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, criado pela Lei n. 4.137/1962.

> *Brazil's economic policies after World War II relied on pervasive government intervention in market operations. The state controlled prices in many sectors, and most of the country's largest industrial, transportation, and financial enterprises were either state owned firms or publicly sanctioned private monopolies.*[119]

Foi apenas no final da década de 1980 e no decorrer dos anos 1990 que sobrevieram as ações governamentais decisivas ao desenvolvimento de uma economia de mercado efetiva e ao fomento da competição entre agentes econômicos.

A Constituição Federal de 1988[120] revela, em seu artigo 170, um progresso em direção à implantação de uma nova ordem econômica fundada nos princípios da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa que tem por fim assegurar a todos existência digna, consagrando um regime de economia de mercado organizado e admitindo a intervenção do Estado na economia apenas para coibir abusos e preservar a livre concorrência e a livre iniciativa de qualquer interferência estatal ou privada (formação de monopólios e abusos de poder econômico).

Nesse sentido, a CF/1988 abre caminho para a transformação da sociedade, já que coloca a ordem econômica a serviço da tarefa de assegurar a todos existência digna, dando espaço ao neoliberalismo e à abertura da economia brasileira aos investimentos estrangeiros, principalmente com as emendas constitucionais promulgadas a partir de 1995[121] no governo de Fernando Henrique Cardoso, além da implementação de políticas de privatização e de desregulamentação[122] dos mercados.

---

[119] OECD. **Lei e política de concorrência no Brasil**. Op. cit., p. 13.
[120] BRASIL. **Constituição de 1988**. Op. cit.
[121] Vide Emendas Constitucionais n. 5, 6, 7 e 9 de 1995, 10, 12, 13, 14 e 15 de 1996.
[122] Há doutrinadores que defendem a desregulação dos mercados como meio seguro de garantir a inevitável possibilidade do fenômeno de captura da agência por grupos de pressão. Dentre eles, destaca-se o norte-americano Sam Peltzman: *"Two main alternative views of regulation of industry are widely held. The first is that regulation is instituted primarily for the protection and benefit of the public at large or some subclass of the public [...] The second view is essentially that the political process defies rational explanation: 'polities' is an imponderable, a constantly and unpredictably shifting mixture forces of the most diverse nature, comprehending acts of great moral virtue [...] and of the most vulgar venality [...]. Indeed the problem of regulation is the problem of discovering when and why an industry (or other group of likeminded people) is able to use the state for its purposes, or is singled out by the state to be used for alien purposes.*" (PELTZMAN, Sam. The Theory of Econormc Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**. American Telephone and Telegraph Company, v. 2, n. 1, primavera 1971). Vide,

Da década de 1990 até hoje, emergem diversas medidas legislativas e políticas para regulamentar a defesa da concorrência que, a partir da reestruturação da organização econômica do Estado brasileiro,[123] passa a ser a principal fonte de intervenção estatal e de controle do Estado na economia.

O papel do Estado como agente regulador é destacado principalmente pelo advento do Programa Nacional de Desestatização — criado em abril de 1990 pela Lei n. 8.031,[124] posteriormente modificada pela Lei n. 9.491/1997[125] —, o qual formalizou o movimento

---

também, o seguinte texto: PELTZMAN, Sam. Toward a more general theory of regulation. **The Journal of Law & Economies**. Chicago: University of Chicago Law School, v. 19, n. 2, p. 211-240, ago. 1976).

[123] Como exemplos, podemos citar algumas importantes medidas adotadas pelo Governo Federal para iniciar o processo de reformulação do Estado (a denominada "Reforma Gerencial do Estado Brasileiro") como a constituição do Ministério da Administração e Reforma do Estado-MARE (Detalhes disponíveis em: <http://bresserpereira.org.br/RGP.asp>. Acesso em: 29 ago. 2012). (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Reforma Gerencial do Estado Brasileiro e o Projeto de Emenda Constitucional n. 173**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169506>. Acesso em: 29 ago. 2012).

[124] Segundo o art. 1º da Lei n. 8.031/1990, o Programa Nacional de Desestatização tinha os seguintes objetivos fundamentais: "I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa." O art. 2º, por sua vez, previa quais empresas poderiam ser privatizadas: "I - controladas, direta ou indiretamente, pela União e instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; ou II - criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle, direto ou indireto, da União." O art. 4º da mesma lei previa as formas operacionais de execução de privatização: "I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações junto ao público, empregados, acionistas, fornecedores e consumidores; II - abertura de capital; III - aumento de capital com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; IV - transformação, incorporação, fusão ou cisão; V - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; ou VI - dissolução de empresas ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a consequente alienação de seus ativos". (BRASIL. **Lei n. 8.031**, de 12 de abril de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031impressao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2011).

[125] A Lei n. 9.491/1997 revogou a Lei n. 8.031/1990 e justificou o propósito da desestatização, para as quais elencou os seguintes "objetivos fundamentais": "I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa." (BRASIL. **Lei n. 9.491**, de 9 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso

de redução da atuação direta do Estado no processo de industrialização da economia brasileira e na produção de bens e serviços, incentivando a desaceleração de investimentos de recursos públicos em setores da economia e a alienação do controle de empresas públicas a empresas privadas.

Como reflexo, acelerou-se o processo de privatização das funções estatais em setores econômicos de infraestrutura fundamentais para o desenvolvimento do país, como os de transporte público (aéreo, terrestre ou aeroviário), financeiro, saúde, etc., os quais passaram às mãos da iniciativa privada.

Em arremate ao Programa Nacional de Desestatização e acompanhando a abertura dos mercados a entes privados e a intensificação de investimentos estrangeiros no país, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado,[126] criado por Fernando Henrique Cardoso em 1995, proliferou a desestatização e a desmonopolização das atividades econômicas promovidas direta ou indiretamente pelo Estado. A necessidade crescente de criação de novas agências reguladoras teve o fito de seguir o propósito desenvolvimentista e aprimorar a vida em sociedade em vários níveis.

A defesa da concorrência passa a ser o principal instrumento do Estado para regular a economia por meio da intervenção no funcionamento dos mercados, possibilitando ao ente estatal o cumprimento dos desígnios constitucionais previstos nos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, tendo como objetivo final a função social da propriedade e o bem-estar do consumidor, sem ter que atuar diretamente no jogo dos *players* atuantes no mercado. Não provê ele mesmo os bens e serviços necessários, mas interfere na economia regulando a forma como o mercado deve funcionar para que o princípio constitucional sempre prevalesça em relação aos interesses privados dos próprios agentes econômicos.

---

em: 18 mar. 2011).

[126] Dentre os objetivos do Plano Diretor, destaca-se a criação das agências reguladoras "autônomas": "8.1.2 Agências Autônomas. A responsabilização por resultados e a conseqüente autonomia de gestão inspiraram a formulação desse projeto, que tem como objetivo a transformação de autarquias e de fundações que exerçam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, com foco na modernização da gestão. O Projeto das Agências Autônomas desenvolver-se-á em duas dimensões. Em primeiro lugar, serão elaborados os instrumentos legais necessários à viabilização das transformações pretendidas, e um levantamento visando superar os obstáculos na legislação, normas e regulações existentes. Em paralelo, serão aplicadas as novas abordagens em algumas autarquias selecionadas, que se transformarão em laboratórios de experimentação." (BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011).

Tercio Sampaio Ferraz Junior, afirma que:

> [...] a proposta de liberalização da economia trazida por um novo Governo, em março de 1990, tinha dois objetivos básicos: a renúncia do Estado às diferentes formas interventivas e o desbloqueio da iniciativa privada, pela implosão dos cartéis e dos "cartórios". E com essa finalidade, a ressurreição da lei antitruste era uma peça fundamental.[127]

O papel prioritário desempenhado pela defesa da concorrência nessa época implicou a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), com a promulgação da Lei n. 8.158/1991,[128] da qual se destacam dois propósitos gerais: (i) apurar e propor as medidas cabíveis à correção de anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de dificultar os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica; e (ii) adotar as providências necessárias à repressão das infrações atentatórias contra os direitos do consumidor previstas na Lei n. 8.002/1990.[129]

Esses dois principais escopos previstos na Lei para a SNDE reforçam o seu caráter protetivo tanto em relação à concorrência quanto em relação ao consumidor, como se, de fato, um se subsumisse ao outro, ou seja, como se o bom funcionamento dos mercados dependesse da defesa da livre concorrência e da livre iniciativa, impactando diretamente no bem-estar do consumidor.

Os artigos 2º e 3º da Lei n. 8.158/1991, que definem e enumeram as "distorções [que] podem ocorrer no mercado", representam um tímido, mas já bem -intencionado esboço das condutas que configurariam, mais tarde, o rol de infrações contra a ordem econômica enumerados nos futuros arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/1994.[130] O art. 12 inovou ao imprimir mais autonomia e poderes instrutórios ao novo órgão e ao CADE, facultando-lhes a adoção de medidas preventivas quando houver fundado receio e/ou indício de lesão

---

[127] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência: origem histórica e base constitucional. **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano 45, n. 180, 1992, p. 181

[128] BRASIL. **Lei n. 8.158**, de 8 de janeiro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8158.htm>. Acesso em 17 de março de 2012.

[129] BRASIL. **Lei n. 8.002**, de 14 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1989_1994/L8002.htm>. Acesso em 25 de março de 2012.

[130] BRASIL. **Lei n. 8.884**, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 25 de março de 2012.

grave e de difícil reparação à livre concorrência e ao direito de outrem, tornando inócuo o resultado final da averiguação preliminar do processo administrativo investigatório.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a SNDE melhorou a estrutura administrativa necessária à defesa da concorrência e da ordem econômica. O advento da SNDE representou mais celeridade às decisões do CADE, na medida em que representou um importante incremento em termos de auxílio técnico para o processamento e julgamento de processos.

A estabilidade da moeda e os movimentos de privatização, desregulamentação e neoliberalismo econômico que se desenvolveram a partir dos anos 1990 exigiram o desenvolvimento de uma nova política de defesa da livre concorrência capaz de atender à nova realidade do mercado competitivo:

> *The modern era of competition policy in Brazil began in 1994. In response to a period of hyperinflation, the "Real Plan" was implemented in that year. Its principal features were the introduction of tight fiscal and credit policies and a new currency (the real) pegged to the U.S. dollar.*[131]

Para cumprir este papel, foi promulgada a Lei n. 8.884/1994, que foi determinante para que a política de defesa da concorrência alcançasse a sua maturidade. A nova legislação ampliou os poderes anteriormente concedidos ao CADE, conferindo mais autonomia ao órgão após transformá-lo em uma autarquia federal, além de dotar-lhe de orçamento próprio e de aparato técnico instrumental mediante a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que estruturou a atuação de outros órgãos atuantes na defesa da concorrência no Brasil em uma base institucional: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda e a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça.

> *As a part of the 1994 reforms, a new competition law (No. 8884) was enacted with the expectation that it could be employed to deal with inflated prices. The new law also introduced merger control and made important institutional changes. CADE was re-configured as an independent agency, and certain aspects of enforcement authority were vested in two other agencies: the Secretariat of Economic Law in the Ministry of Justice (Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça or "SDE") and the Secretariat for Economic Monitoring in the*

[131] OECD. **Lei e política de concorrência no Brasil**. Op. cit., p. 13.

> *Ministry of Finance (Secretaria de Acompanhamento Econômico or "SEAE"). Collectively, the three agencies comprise the Brazilian Competition Policy System (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência or "BCPS"). Over the next few years, the pace of privatization increased; the government agency responsible for general administration of prices was abolished; and new, independent regulatory agencies for telecommunications, petroleum and natural gas, and electricity were created.*[132]

Na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o CADE foi eleito o órgão responsável pelo julgamento dos processos administrativos instaurados e cujo julgamento era, em regra, realizado com base na instrução efetivada pela SEAE e pela SDE, as quais emitiam pareceres técnicos não vinculativos opinando pela (i) existência ou não de infração à livre concorrência por parte de empresas ou de seus administradores nos casos de conduta e pela (ii) aprovação, reprovação ou aprovação com imposição de restrições ou reprovação de atos de concentração econômicas (fusões, aquisições e outros contratos empresariais específicos) submetidos à sua análise e aprovação.

O CADE desempenha três principais papéis na defesa da concorrência: (i) preventivo, (ii) repressivo e (iii) educativo.

O *papel preventivo* do CADE corresponde à análise das alterações estruturais do mercado, submetidas pelas partes interessadas ao crivo da Autarquia sob a forma do que se denominou "Atos de Concentração" que, em última análise, são negócios jurídicos celebrados entre agentes econômicos: fusões, incorporações, associações entre empresas, etc. A ação preventiva do CADE está insculpida nos artigos 54 e seguintes da Lei n. 8.884/1994 e no art. 88 e seguintes da Lei n. 12.529/2011.

O *papel repressivo* do CADE corresponde à investigação e à coibição das condutas anticoncorrenciais, nos termos previstos no art. 21 da Lei n. 8.884/1994, que elenca um rol não exaustivo de condutas que caracterizam infração à ordem econômica, tais como: cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, etc..

O *papel pedagógico* do CADE refere-se à difusão da cultura da livre concorrência e está previsto no artigo 7º, XVIII, da Lei n. 8.884/1994. A promoção da cultura da concorrência no Brasil envolve uma série de ações informativas, como, por exemplo, a

[132] OECD. **Lei e política de concorrência no Brasil**. Op. cit., p. 13.

realização de palestras, cursos, seminários, edição de material educativo, como revistas, relatórios e cartilhas, por exemplo. A difusão das regras de promoção da livre concorrência não se restringe apenas aos agentes econômicos, mas envolve também a sociedade acadêmica e civil.

Nesse contexto, o CADE representa a única e última e instância, em âmbito administrativo, responsável pelo julgamento de todos os casos relativos à matéria concorrencial.

De acordo com a revogada Lei n. 8.884/1994, o critério de submissão obrigatória (definido no § 3º do artigo 54 da Lei n. 8.884/1994) de negócios jurídicos celebrados entre agentes econômicos à aprovação do CADE (no exercício do seu papel preventivo) era balizado por duas regras fundamentais: (i) quando a operação implicasse participação individual ou conjunta dos agentes econômicos envolvidos em nível igual ou superior a vinte por cento do mercado relevante[133] em análise, ou (ii) quando pelo menos um dos grupos econômicos de sociedades empresárias envolvidas na operação tivesse obtido faturamento anual bruto igual ou superior a quatrocentos milhões de reais no Brasil no último balanço.

Os contratos sujeitos à análise do CADE deveriam ser submetidos no prazo de quinze dias úteis a contar da data de assinatura, sendo o controle antitruste feito após o fechamento do negócio jurídico.

O julgamento de Atos de Concentração pelo CADE envolvia a análise de possibilidade de criação de prejuízos ou restrições à livre concorrência e à livre iniciativa. Caso a operação fosse considerada lesiva ao mercado, ela poderia[134]: (i) ser aprovada com a imposição de restrições, como, por exemplo, a obrigação de alienação total ou parcial dos ativos envolvidos na operação (máquinas, fábricas, marcas, etc.); ou (ii) ser reprovada, o que implicará a desconstituição total da operação e o retorno das condições de concorrência entre os agentes econômicos envolvidos ao seu *status quo ante*.

---

[133] O conceito de mercado relevante será abordado com mais detalhes no item 3.10.4 desta dissertação.
[134] A Lei n. 12.529/2011 manteve como funções do CADE e do SBDC o controle de atos, condutas e papéis, modificando apenas a forma de análise e submissão desses processos, conforme será visto adiante.

A Lei n. 12.529/2011, denominada “Nova Lei de Defesa da Concorrência”, entrou em vigor em 30 de maio de 2012 e seguiu os mesmos preceitos da política de defesa da concorrência já estabelecidos pela Lei n. 8.884/1994 (papel preventivo, repressivo e pedagógico da autoridade antitruste), inovando, no entanto, em critérios de ordem estrutural, processual e, em menor escala, material, tendo como objetivo a modernização institucional do sistema antitruste a fim de conferir mais efetividade e celeridade no processamento e julgamento de processos de conduta e de Atos de Concentração.

Em relação à estrutura, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência passou a ser composto pela SEAE e pelo CADE, que, por sua vez, passou a ser integrado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE), pela Superintendência Geral (SG) e pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE).

A análise mais aprofundada da Lei n. 12.529/2011 no presente item será necessária para demonstrarmos as circunstâncias em que determinado contrato empresarial celebrado entre agentes econômicos — e, por consequência, as eventuais cláusulas de não concorrência nele compreendidas — será ou não objeto de análise obrigatória pelo CADE.

Uma das principais alterações em relação à análise de operações de concentração econômica foi a adoção do regime de análise prévia, ou seja, as transações sujeitas à notificação obrigatória ao CADE somente poderão ser concluídas após a sua apreciação e aprovação pelo órgão, não sendo lícito às partes envolvidas alterarem suas estruturas físicas e condições competitivas ou praticarem ações para a consumação da operação.

Nesse sentido, os negócios jurídicos celebrados entre agentes econômicos devem ser preferencialmente notificados ao CADE após a assinatura de documento formal que vincule as partes à transação. Porém, não há impedimento para que sejam aceitas notificações com base em instrumentos preliminares ou em minutas ainda não assinadas pelas partes.

O sistema de análise prévia de Atos de Concentração já vinha sendo utilizado pela maioria dos sistemas jurídicos antitruste no mundo por ser considerado mais eficiente do ponto de vista econômico do que o controle realizado *a posteriori*.

Houve também alteração referente aos critérios de submissão. O patamar de faturamento[135] passou a ser exigido de pelo menos duas ou mais partes envolvidas no negócio jurídico, além de ser a primeira exigência obrigatória para determinar se Atos de Concentração deverão ou não ser submetidos ao crivo do CADE: (i) pelo menos uma das Sociedades Empresárias ou dos Grupos Econômicos[136] envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a setecentos e cinquenta milhões de reais e, cumulativamente, (ii) pelo menos outra Sociedade Empresária ou Grupo Econômico envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a setenta e cinco milhões de reais.

O conceito[137] de Ato de Concentração também passou a ser informado pela Nova Lei de Defesa da Concorrência, tornando o critério de submissão de operações mais objetivo do que o anterior, que se resumia a levar ao conhecimento do CADE os "atos sob

---

[135] Os patamares de faturamento bruto poderão ser ajustados por meio da edição de portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça, a fim de ajustar os valores à valorização da moeda, conforme determina o art. 88, § 1º da Lei 12529/2011: "Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: [...] § 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça". (BRASIL. **Lei n. 12.529/2011**).

[136] De acordo com a Resolução n. 02/2012 do CADE, são consideradas integrantes de um único "grupo econômico": (a) as sociedades empresárias que estejam sob controle comum; e/ou (b) todas as empresas nas quais as sociedades envolvidas em determinada operação detenham o controle ou, pelo menos, 20% de participação no capital social ou votante. No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente: (i) os fundos que estejam sob a mesma gestão; (ii) o gestor; (iii) os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos que estejam sob a mesma gestão; (iv) as empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n. 02**, de 29 de maio de 2012. Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%202_2012%20-%20An%C3%A1lise%20Atos%20Concentra%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2012).

[137] Conforme art. 90 da Lei n. 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*. Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes." (BRASIL. **Lei n. 12.529/2011**).

qualquer forma manifestados que possam prejudicar a livre concorrência", aumentando a segurança jurídica dos agentes econômicos.

Por se tratar de legislação nova que, atualmente, conta com menos de um ano de aplicação, ainda não é possível determinarmos se os objetivos de modernização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foram alcançados.

1.8 Exercício do papel preventivo do CADE por meio da análise de contratos empresariais

O exercício do papel preventivo do CADE pressupõe a sua intervenção no âmbito da autonomia privada (negócios jurídicos realizados entre particulares) para preservar as estruturas de mercado e promover o desenvolvimento econômico do país.

Como vimos, não são todos os contratos empresariais que devem necessariamente ser submetidos ao crivo da autarquia (até mesmo porque não haveria justuficativa jurídico-econômica, nem, tampouco, estrutura administrativa capaz desse mister), mas apenas aqueles considerados potencialmente lesivos à concorrência, ou seja, os que forem celebrados por agentes econômicos detentores de certo poder econômico, poder este retratado no valor do faturamento bruto anual que tenham auferido por meio da realização de atividade econômica.

A função preventiva do CADE não isenta nem mesmo as operações realizadas nos setores regulados,[138] que não ficam isentos da análise antitruste.[139] O CADE tem

[138] Vide, por exemplo, os Atos de Concentração n. 08012.000810/2009-85, 08012.002745/2009-22 e 08012.011303/2008-96.

[139] As operações realizadas em mercados regulados têm sido necessariamente submetidas pelas partes ao CADE que, por seu lado, tem apreciado e se manifestado acercado dos aspectos concorrenciais dessas operações. No entanto, a briga para definição de competências entre CADE e as Agências Reguladoras tem sido intensa. Como exemplo, podemos citar a acirrada disputa que vem sendo travada ao longo de anos entre o CADE e o Banco Central (BACEN) em relação à análise de Atos de Concentração envolvendo o Sistema Financeiro Nacional. Em 2001, a Advocacia Geral da União (AGU) emitiu o Parecer GM-20 versando sobre o conflito de competência entre o BACEN e o CADE, o qual foi aprovado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso. De acordo com o documento, a competência para analisar e aprovar os Atos de Concentração envolvendo aas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa do BACEN, excluindo qualquer outra autoridade, inclusive o CADE. Para a AGU, esse é o modelo adotado pela legislação em vigor e qualquer outro exigiria modificar a Lei n. 4595/1964, o que só pode ocorrer mediante a edição de Lei Complementar. Em 2010, o Superior Tribunal de Justiça julgou pela primeira vez a competência para análise de uma operação de aquisição de um banco por outro. No REsp

discricionariedade não apenas para determinar a alteração de cláusulas contratuais privadas, como também para rejeitar eficácia a negócios jurídicos considerados nocivos à concorrência, podendo, inclusive, declarar a nulidade de atos praticados por sociedades empresárias sem que antes tenha havido a sua prévia análise e autorização,[140] apenando as partes envolvidas com multas que podem variar de sessenta mil a sessenta milhões de reais, além de determinar a abertura de processo administrativo para investigação de eventual ocorrência de ilícito concorrencial, conforme art. 88, § 3º, da Lei n. 12.529/2011.

As cláusulas de não concorrência constantes em instrumentos contratuais submetidos à Autarquia são sempre objeto de análise acurada, tendo em vista o seu potencial efeito lesivo à livre iniciativa quando desprovidas de limites ou com limites desarrazoados. Nesse sentido, não são raras as vezes em que o CADE tem determinado a alteração das cláusulas de não concorrência constantes em contratos empresariais que passam pela sua análise, a fim de aparar prolongamentos (temporais, espaciais ou materiais) desnecessários à proteção da concorrência.

Por esse motivo, embora a abordagem da presente dissertação se restrinja à análise da função jurídica e econômica da obrigação de não concorrência nos contratos

---

1094218/DF, a relatora do recurso, ministra Eliana Calmon, votou pela competência exclusiva do Banco Central do Brasil (Bacen) para apreciar Atos de Concentração envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. No acórdão do recurso em questão, explica a ministra que o que se busca definir, na verdade, é justamente de quem é a competência para decidir essas operações. Decidiu a Ministra pela solução hermenêutica do Parecer GM-20 da AGU, o qual considerou ter caráter vinculante para a administração e que, por tal motivo, sobrepor-se-ia à incidência da Lei n. 8.884/94 (art. 50). Ponderou, ademais, que o Sistema Financeiro Nacional não pode se subordinar a dois organismos regulatórios, motivo pelo qual deu provimento do Recurso Especial para declarar a competência privativa do BACEN. O que tem ocorrido desde então, é que o CADE tem analisado os aspectos concorrenciais dos Atos de Concentração envolvendo o Sistema Financeiro Nacional apenas no que concerne aos serviços não financeiros oferecidos pelas Instituições Bancárias, enquanto que o BACEN analisa os aspectos concorrenciais relativos aos serviços financeiros.

[140] O termo conhecido como *gun jumping* refere-se à prática de atos de consumação pelas partes envolvidas em uma operação antes do seu efetivo julgamento e aprovação pela autoridade antitruste. A jurisprudência e doutrina internacionais elencam algumas hipóteses que ensejariam *gun jumping*: (i) Paralisação da concorrência de fato e de marketing competitivo entre as partes envolvidas; (ii) Unificação de gestão; (iii) Compartilhamento de informações comercialmente sensíveis sobre preços, capacidade de produção e estratégias comerciais (Elenca-se um rol exemplificativo sobre informações comercialmente sensíveis: Preços e custos de Produtos e/ou Serviços, Quantidades e Condições de Venda, Faturamento (da LTDA. ou Setorizado da S.A.), Clientes e Fornecedores, Dados de Produção, Capacidade de Produção (instalada e ociosa), Estoque, Planos de investimentos, Estratégias de obtenção de Capital, Alocação/divisão de mercado, Política de descontos, Ajustes de participações em licitações, Planos de marketing, etc..); (iv) Alocação de clientes; (v) Ações que alterem os incentivos entre os concorrentes, como, por exemplo, a comercialização de produtos da empresa adquirida; (vi) Atos de gerência cruzada e a unificação do exercício de poder dentro das companhias, como, por exemplo, abrir mão de negócios e oferecer descontos em função da eventual operação; (vii) Compartilhar informações confidenciais (lista de clientes, preços, estratégias etc.) por razões outras que não as restritas aos procedimentos de *due diligence*.

empresariais, não podemos deixar de mencionar o papel que o CADE (representando o Estado) exerce no controle desses contratos mediante o exercício da sua função preventiva que o legitima a determinar ajustes (se necessários) em cláusulas contratuais pactuadas entre particulares, das quais se inclue a obrigação de não concorrência.

1.9 Os objetos mediato e imediato de proteção pela concorrência

A conclusão acerca da definição da importância da concorrência para o desenvolvimento econômico, assim como a identificação dos bens que são juridicamente protegidos através da sua tutela pelo Direito, depende da análise do papel que ela desempenhou na legislação nacional ao longo dos tempos.

O resgate do histórico legislativo que percorremos no item anterior nos permite observar que a legislação de defesa da concorrência no Brasil foi marcada por duas fases distintas. A primeira, que predominou até o final da década de 1980, caracterizou-se primordialmente pela tutela do consumo efetivada pela regulação da economia popular e do controle de preços praticados nos mercados. A segunda fase, inaugurada na década de 1990 e que predomina até os dias atuais, é basicamente marcada pela tutela da concorrência por meio do combate ao exercício abusivo do poder econômico, seja de forma estrutural (controle preventivo) ou comportamental (controle repressivo).

A transição da primeira para a segunda fase revela uma mudança de foco na legislação: da tutela do consumo passou-se à tutela da concorrência como forma de promover o desenvolvimento econômico, priorizando-se o combate ao exercício abusivo do poder de mercado em detrimento da precificação de produtos e serviços.

Isso não significa afirmar que o consumidor deixou de ser objeto de tutela da política de defesa da concorrência. Ao contrário: ao priorizar o combate ao exercício abusivo do poder de mercado como ferramenta para mitigar as falhas de mercado e para fomentar o desenvolvimento econômico, essa política também proporcionou a proteção do consumidor.[141]

---

[141] "Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos

> A lei de defesa da concorrência tem como objetivo imediato a lisura das relações negociais entre agentes econômicos, de molde a prevenir ou punir abusos em detrimento do livre mercado e da sadia concorrência entre eles; seu fim mediato e último, porém, é a defesa do consumidor, destinatário de tudo o que se produz em matéria de bens e serviços.[142]

A finalidade, portanto, da legislação de defesa da concorrência, conforme enuncia o art. 1º da vigente Lei n. 12.529/2011, é a "prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico".

Os parágrafos únicos dos arts. 1º de ambas as Leis definiram a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos por esses diplomas, bens jurídicos estes consistentes nos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Entende-se por "coletividade" pessoas indeterminadas e que se encontram unificadas em um mesmo grupo devido a uma situação fática específica que lhes leva a ser titulares de um mesmo direito.[143] O legislador, ao determinar a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei de Defesa da Concorrência, privilegiou o caráter difuso dos direitos por ela garantidos.[144]

---

agentes econômicos, como garantia de uma sociedade equilibrada". (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. A economia e o controle do Estado. Parecer publicado. **O Estado de São Paulo**, 04 jun. 1978).

[142] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 65

[143] Pode-se afirmar com certo conforto que doutrina nacional se satisfaz com os conceitos de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos apresentados art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), o qual se pede vênia para efetuar a transcrição na íntegra: "Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

[144] A diferença entre os interesses coletivos e os individuais homogêneos está na noção de indivisibilidade. A constatação da possibilidade de divisão ou não de um direito se dá por meio da indagação de que se a transgressão ao interesse em exame pode ser direcionada exclusivamente a um sujeito determinado ou se é possível a qualquer um dos integrantes do grupo de pessoas invocar, isoladamente, uma prestação jurisdicional que lhe assegure o bem jurídico para si". (CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Legitimidade do Ministério Público para defesa de interesses individuais homogêneos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 13, n. 50, p. 187-199, jan./mar. 2005, p. 189). Se desse exercício de verificação for

O *caput* do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor conceitua consumidor como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Diante desse conceito, podemos afirmar que a posição dos consumidores no mercado remete-se à ponta da cadeia produtiva, ou seja, ao final do sistema de trocas, já que são eles que adquirirão e consumirão o produto por fim.[145]

As regras de defesa da concorrência são essenciais à proteção deste destinatário final de bens e serviços — o consumidor, que os adquire para a manutenção da sua sobrevivência, seja para a subsistência ou para o ganho de conforto, conforme mencionamos acima —, pois são essas regras que irão tutelar as relações entre agentes econômicos atuantes no mercado.[146]

Cita-se, como exemplo, uma hipotética prática de preços predatórios engendrada por um agente econômico líder de um mercado caracterizado por elevadas barreiras à entrada, com o fim de eliminar os seus concorrentes — aqueles que seriam os únicos agentes atuantes no mercado capazes de rivalizar, a curto e médio prazo, com o predador.

---

constatado que o direito em questão pode ser pleiteado individualmente por qualquer integrante do grupo, estamos falando de direitos divisíveis, caso contrário, estamos diante de direitos indivisíveis.

[145] "Interpretação finalista: Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Considera-se que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já concede. [...] Interpretação maximalista: os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional, o CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art.2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza. (MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruni. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72).

[146] O bem-estar do consumidor refere-se aos "benefícios econômicos diretos e explícitos recebidos pelos consumidores de um produto específico que podem ser mensurados pelo seu preço e qualidade." (BRODLEY, Joseph F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress. **New York University Review**, v. 62, 1987, p. 1.033). Tradução livre do seguinte excerto: "*direct and explicit economic benefits received by the consumers of a particular product as measured by its price and quality*".

Se a conduta ilícita for exitosa, como resultado da turbação à concorrência, teremos um mercado altamente concentrado nas mãos desse único agente econômico, que poderá exercer o seu poder de monopólio mediante o aumento considerável e não transitório de preços, diminuição da oferta de produtos / serviços e consequente redução das possibilidades de escolha dos consumidores, provável queda na qualidade de produção / prestação de serviços e geração de ineficiências para o mercado, como a queda de empregos e a estagnação do desenvolvimento do processo produtivo, já que o predador monopolista, agora ileso às pressões da concorrência para competir no mercado, terá menos incentivos para investir parcela de seu lucro na melhoria de seus processos produtivos e na utilização de tecnologia e desenvolvimento de inovação.

No caso hipotético, os danos advindos dos efeitos da prática predatória teriam atingido não apenas os outros agentes econômicos excluídos, mas, também, os consumidores finais do mercado (que foram ceifados no seu direito de escolha e passaram a ter que pagar um preço maior pelo produto adquirido) e a sociedade (que foi privada das benesses do desenvolvimento econômico). Como resultado, observa-se que a diminuição da concorrência implicou danos a direitos difusos e a direitos individuais homogêneos.

> Pode ocorrer que um mesmo suporte fático desencadeie a incidência das normas de defesa do consumidor e de normas antitruste. Mas esse fato não pode forçar-nos a desconsiderar que os referidos diplomas protegem diretamente interesses diversos: a livre iniciativa e a livre concorrência de uma parte (lei antitruste) e o consumidor de outra (CDC).[147]

Nesse contexto, os lesados poderão buscar a reparação dos danos causados pela conduta predatória através da propositura das competentes ações coletivas e ações civis públicas, além das ações individuais. No entanto, o fato de a prática anticoncorrencial ter implicado prejuízo ao consumidor será considerado como agravante pela autoridade brasileira de defesa da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na dosimetria da sanção a ser aplicada ao agente econômico predador por infração à ordem econômica, resultando incremento no valor da multa pecuniária cabível à respectiva conduta, conforme prevê o art. 45, V, da Lei n. 12.529/2011.[148]

---

[147] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. cit., p. 248.

[148] Como exemplo de casos concretos julgados pelo CADE no qual houve a majoração da multa aplicada a agentes econômicos que praticaram infrações à ordem econômica, pode-se citar o Processo Administrativo n. 08012.004860/2000-01 e citar também o cartel dos gases.

> O consumidor que busca exclusivamente a sua satisfação em relações determinadas e específicas de consumo (contratuais ou não) vai buscar a proteção em primeiro lugar do direito do consumidor e os órgãos privilegiados para isso são os juízos civis e criminais do Poder Judiciário. O consumidor aí é, sobretudo, o indivíduo concreto. Mas no caso do direito da concorrência, o consumidor é um pouco como cidadão de Rosseau ou sujeito transcendental racional de Kant. Ele não é alguém em particular, mas uma figura hipotética. No CADE ele não vai obter uma satisfação imediata, mas apenas o instrumento para futuras satisfações, ou seja, vai obter a manutenção de um ambiente que se acredita (sim, acreditar no mercado é um ato de fé, ao fim e ao cabo) poder vir a ser-lhe favorável, por garantir eficiência alocativa e produtiva, preços mais baixos, produtos mais abundantes, alternativas.[149]

Na mesma linha, o art. 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011 somente autoriza a consumação de Atos de Concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante ou que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços quando puder ser repassada aos consumidores parte dos benefícios decorrentes das eficiências econômicas produzidas a partir dos referidos Atos.[150]

Com efeito, embora não se possa afirmar que a proteção ao consumidor constitua função primordial da defesa da concorrência,[151] não há dúvidas de que a legislação brasileira[152] privilegia essa garantia como um dos objetivos (ainda que indireto) da política de defesa da concorrência.

---

[149] LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 86-87.

[150] "§ 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."

[151] A jurisprudência do CADE também segue a linha de que a proteção aos consumidores constitua um objeto indireto da defesa da concorrência. Nesse sentido, há julgados que concluíram pela inexistência de conduta lesiva à concorrência e prática de crime contra a ordem econômica, mas verificaram a existência de prática lesiva ao consumidor, determinando o arquivamento do processo no âmbito concorrencial e, ao mesmo tempo, a remessa de cópia dos autos para análise e providências do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). (Processo Administrativo n. 08012.014991/1996-44, Relator Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho). Sobre a discussão da inclusão da proteção do consumidor na esfera de proteção da Autoridade de Defesa da Concorrência, vide também outros julgados: Processo Administrativo n. 46/1992, Relatora Conselheira Lúcia Helena Salgado; Processo Administrativo n. 08000.018299/1996-86, Relator Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho e Processo Administrativo n. 08012.018301/1996-26, Relator Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho.

[152] A legislação norte-americana também trata a tutela de defesa da concorrência e do consumidor de maneiras distintas: "*United States Law has generally distinguished sharply between competition policy and consumer protection policy, and does not see consumer protection as defined in our law as general antitruste goal. Nevertheless, antitruste generally uses consumer welfare in the technical sense relating to the maximizing of consumers'surplus and control of monopoly, while it uses the term consumer protection'to*

Nesse ponto, a conclusão da doutrina é uníssona ao afirmar não ser possível a adjudicação direta de direitos ao consumidor por meio da defesa da concorrência, tendo em vista: (i) a impossibilidade de a autoridade antitruste brasileira determinar a reparação da lesão individual ou coletiva; e (ii) que a condenação de condutas lesivas ao consumidor engendradas por agentes econômicos somente será efetivada se também constituírem atos concorrencialmente ilícitos, conforme entendimento expresso abaixo:

> Portanto, a política de defesa da concorrência não se presta à solução de conflitos individuais. Eventuais práticas abusivas cometidas contra os consumidores somente serão reprimidas caso possam ter efeitos sobre a concorrência em geral. Deste modo, a política de defesa da concorrência não é apta a adjudicar direitos aos consumidores ou reprimir condutas que afetem os seus interesses, mas não tenham o potencial de produzir efeitos sobre a concorrência.[153]

Como conclusão, podemos afirmar que o objeto imediato de tutela pela legislação de defesa da concorrência é proteger a livre concorrência e a livre iniciativa de forma a coibir o exercício abusivo do poder econômico e a promover o desenvolvimento econômico. Paralelamente, o objeto mediato da defesa da concorrência é a tutela do consumidor,[154] pois, ao garantir o bom funcionamento dos mercados, ela também evita a apropriação, pelos agentes econômicos, do excedente[155] do consumidor, preservado,

---

deal with such issues as fraud, false and misleading advertising, collection practices and like."(HOVENKAMP, Herbert. United States Antitrsut Law: Implementation of its Goals. *In*: EHLERMAN, C. D.; LAUDATI, L. L. **European Competition Law Annual 1997**: Objectives of Competition Policy. Oxford: Oxford, 1998, p. 426).

[153] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. cit., p. 135.

[154] A doutrina norte-americana segue essa mesma linha. Como exemplo, podemos citar texto de Richard Whish, professor da Universidade de Oxford, admitindo a aplicação das normas antitrustes para a maximização do bem estar do consumidor mediante a ressalva de que a proteção consumerista não pode passar a ser objeto central das políticas de defesa da concorrência: "*In recent years many competition authorities have stressed the central importance of consumer welfare when applying competition Law. A very statement to this effect can be found in a speech of the current European Commissioner for competition policy, Neelie Kroes, given in London in October 2005: Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies. Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources. Several different objectives other than the maximization of consumer welfare in the technical sense can be ascribed to competition law. The first is that its essential purpose should be to protect the interests of consumers, not by protecting the competitive process itself, but by talking direct action against offending undertakings, for example by requiring dominant firms to reduce their prices. It is of course correct in principle that competition law should be regarded as having a 'consumer protection' function: ultimately the process of competition itself is intended do deliver benefits to consumers. However the possibility exists that competition law might be invoked in a more 'populist' manner.*" (WHISH, Richard. **Competition Law**. 6. ed., New York: Oxford University Press, 2009, p. 19).

[155] Sobre o conceito de excedente do bem estar do consumidor: "Os consumidores adquirem mercadorias porque tais aquisições lhes proporcionam maior bem-estar. O excedente do consumidor mede quão maior

portanto, o seu bem-estar (*consumer welfare*) e o seu poder de escolha (*consumer choice*).[156]

será o bem-estar das pessoas em conjunto, por poderem adquirir um produto no mercado. Excedente do consumidor é a diferença entre o preço que um consumidor estaria disposto a pagar por uma mercadoria e o preço que realmente paga ao adquirir tal mercadoria". (PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. Tradução Pedro Catunda. São Paulo: Makron Books, 1994, p. 144).

[156] Nesse sentido: "Argumentar-se-á, desde logo, que a partir do momento em que a livre concorrência é protegida, tutela-se o consumidor, o que é, sem duvida, na maioria das vezes, verdadeiro. Ademais, em decisões antitruste em que se tem a preocupação (imediata) da tutela da livre concorrência, a proteção (mediata) ao interesse do consumidor, quando existente, é não raro utilizada como elemento argumentativo. Mas, como já dissemos, é apenas mediata, ao passo que a livre iniciativa e a livre concorrência são bens imediatamente tutelados. Lembremo-nos do exemplo referido no início deste capítulo: o dumping pode ser considerado ótimo para os consumidores, que passam a adquirir o produto por um preço inferior àquele que era praticado, mas na verdade, prejudica a livre concorrência e a livre iniciativa". (FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. Op. cit., p. 250).

2 EMPRESA, EMPRESÁRIO E ESTABELECIMENTO: BREVES CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS À COMPREENSÃO DO CONCEITO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA

No capítulo 1, dissertamos sobre o histórico legislativo, conceito e função da concorrência. O capítulo 2 será dedicado ao enfrentamento de outros conceitos essenciais à compreensão da dinâmica de funcionamento da obrigação de não concorrência: a empresa, o empresário e o estabelecimento. Isso porque é a atuação do empresário no mercado por meio da empresa e do estabelecimento que será objeto de restrição nas hipóteses de incidência da obrigação de não concorrência.

Por essa razão, não seria eficiente a tentativa de delinear um conceito da obrigação de não competição sem antes enfrentar, ainda que brevemente, os conceitos de empresa, empresário e estabelecimento.

Sintetizando os conceitos de empresa, empresário e estabelecimento empresarial, De Martini afirma que

> a empresa é a projeção cinematográfica do empresário, ou seja, de sua atividade em movimento; enquanto estabelecimento é a fotografia da empresa, momento a momento (portanto, projeção estática da atividade), apoiando-se sobre esses três fundamentos a teoria da empresa econômica e de sua disciplina.[157]

Erasmo Valladão, de forma ainda mais clara e objetiva, afirma que "O empresário, ou sociedade empresária o que é? É o *sujeito de direito*. O estabelecimento comercial é o *objeto de direito*. E a empresa, no sentido de atividade, é um *fato jurídico*".[158] Lembra o autor, ainda, que os conceitos são absolutamente interligados, e utiliza-se da figura geométrica abaixo (de autoria do professor Waldemar Ferreira), na qual aparecem três círculos concêntricos, para ilustrar essa conexão: no círculo maior temos a representação do empresário ou da sociedade empresária, que é o que dá impulso à atividade empresarial; a empresa aparece no segundo círculo, pois ela é a própria personificação dessa atividade;

---

[157] DE MARTINI, Angelo. **Corso di Diritto Commerciale**: parte generale. Milano: Giuffré, 1983, p. 100-111, *apud* VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**, p. 163.

[158] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa: empresário e estabelecimento: a nova disciplina das sociedades. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 71, p. 15-25, ago. 2003, p. 17.

e o estabelecimento no círculo menor, constituído no complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da atividade.[159]

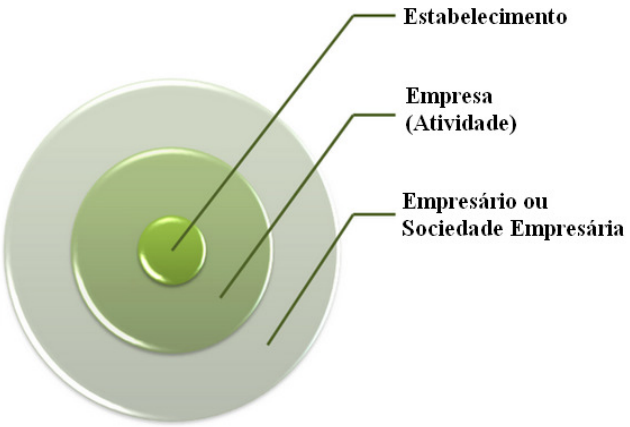

Figura 2 - Interligação dos conceitos de empresa, empresário e estabelecimento.
Fonte: Waldemar Ferreira[160]

Feita essa breve apresentação, passemos a tratar de cada um desses conceitos de forma mais detalhada.

2.1 O empresário e a atividade econômica

De acordo com o art. 966 do Código Civil, "considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços". A partir da definição dada pela legislação, verificamos que o conceito de empresário está necessariamente atrelado a outros conceitos: (i) exercício profissional; (ii) atividade econômica; (iii) organização e (iv) produção ou circulação de bens ou de serviços,[161] os quais serão individualmente analisados ao longo desse capítulo.

---

[159] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa... Op. cit., p. 17.
[160] Ilustração reproduzida em Ibidem, p. 17.
[161] Segundo De Martini, de acordo com o dispositivo do art. 2.082 do Código Civil Italiano, o qual, diga-se de passagem, serviu de base para a conceituação de empresário no Código Civil Brasileiro: "citar em italiano", os requisitos ou elementos qualificativos que distinguem o empresário são: (i) exercício de uma atividade; (ii) a natureza econômica da atividade; (iii) organização da atividade; (iv) profissionalidade do exercício da atividade (elemento subjetivo) e (v) finalidade da produção ou troca de bens ou de serviços (elemento objetivo). (DE MARTINI, Angelo. **Corso di Diritto Commerciale**, p. 97, *apud* VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**, p. 126).

Distinguem-se o *ato* e a *atividade* na medida em que o primeiro "se reveste da conotação de exaurimento, de completude, ou de resultado",[162] enquanto que a atividade somente ocorrerá após "a sequência orgânica de atos praticados"[163] prolongados no tempo, ou seja, enquanto que o ato atinge a finalidade para o qual foi praticado sem a necessidade de realização de outro ato, a atividade necessita da ocorrência sucessiva de diversos atos para atingir o seu objetivo.[164] Em outras palavras: "A atividade é a série de atos coordenados para uma determinada finalidade; é a finalidade que unifica os atos na atividade".[165]

A *atividade econômica* pode ser exercida como meio ou como finalidade. Na primeira hipótese, o lucro alcançado deverá ser integralmente revertido em benefício da própria atividade, não sendo possível a sua distribuição entre os seus titulares (citam-se, como exemplo, as associações e as fundações — art. 53 do Código Civil). Na segunda hipótese, encontram-se as sociedades empresariais que sempre terão fins econômicos, de sorte que o lucro obtido pelo exercício da atividade poderá ser revertido em benefício dela mesma e, também, destinado à distribuição entre os seus sócios.

Nesse sentido, atividade econômica, além do escopo de lucro,[166] tem como característica a prática habitual e repetitiva de diversos atos. E, na opinião de Buonocore, também completariam esse quadro a produtividade e a economicidade, uma vez que a criação de bens ou a prestação de serviços devem, obrigatoriamente, satisfazer necessidades do mercado, pois a produção para uso próprio não caracterizaria a atividade empresarial.[167]

Giuseppe Ferri divide a mesma opinião:

> *in tutti questi fenomeni economici infatti sussiste una funzione intermediaria, attuantesi attraverso il coordinamento di operazione*

---

[162] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**, p. 127-128.
[163] Ibidem, p. 128
[164] Ibidem, p. 128
[165] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa... Op. cit., p. 18.
[166] Sobre o necessário escopo de lucro das sociedades empresárias: ASCARELLI, Tullio. **O empresário**. Tradução Fábio Konder Cornparato. Revista de Direito Mercantil n. 109, p. 183-189. COMPARATO Fábio Konder. Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social. Revista de Direito Mercantil, n. 96, p. 67-72, especialmente p. 68-70.
[167] BUONOCORE, Vicenzo. L'Impresa. *In*: **Trattato di Diritto Commerciale**. Torino: Giappichelli, 2002, p. 65-66

> *contrapposte, in funzione dell'esigenze del mercato in considerazione del risultato economico che dalla intermediazione deriva.*[168]

Em outras palavras, afirma-se que a produção e/ou circulação de bens ou serviços, para configurar atividade empresarial, não pode ter os seus resultados voltados para o próprio proveito do empresário e, sim, ser destinada ao mercado, que é "elemento essencial na atividade da empresa".[169]

De Martini, por sua vez, ressalta que o exercício da atividade deve ser voluntário e consciente pelo empresário, não sendo possível a criação acidental de uma empresa.[170] Os aspectos da voluntariedade e da consciência de comportamento nessa análise são os elementos responsáveis para contrariar a teoria da empresa como sendo fato objetivo (fattispecie), pois relacionam a existência da empresa à vontade do empresário e não a uma mera circunstância fática que exista de forma independentemente e involuntária.[171]

O parágrafo único do art. 966 do Código Civil tem causado controvérsia por parte da doutrina: "não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa" (destacou-se do original). Isso porque a expressão "elemento de empresa" não encontra sentido jurídico próprio no âmbito do diploma civil.

Na inteligência de Priscilla M. P. Corrêa da Fonseca, "sempre que o exercício profissional e organizado da atividade intelectual ensejar a produção ou circulação de bens ou de serviços, será a mesma qualificada como empresa e, por conseguinte, aquele que a desempenha será tido como empresário".[172]

---

[168] Tradução livre: "em todos estes fenômenos econômicos, de fato, subsiste uma função intermediária, que atua através da coordenação de operações contrapostas, em função das exigências do mercado tendo em vista o resultado econômico que dessa intermediação deriva" (FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 11. ed., Torino: Utet, 2001, p. 4).
[169] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 145.
[170] DE MARTINI, Angelo. **Corso di Diritto Commerciale**. Op. cit., p. 103-105.
[171] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 138. Nesse sentido: BUONOCORE, Vicenzo. L'Impresa... Op. cit., p. 99-104
[172] FONSECA, Priscilla M. P. Corrêa da. Comentário ao artigo 966. *In*: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 87.

De acordo com Malheiros, a única possibilidade para a verificação das situações em que a atividade intelectual pode ou não ser considerada elemento de empresa e, com isso, caracterizar o exercício de atividade empresarial, está em adotar a seguinte interpretação: "atividade intelectual leva seu titular a ser considerado empresário se ela estiver integrada em um objeto mais complexo, próprio da atividade empresarial", ou seja:

> quando a atividade intelectual der lugar à circulação de bens, não haverá dúvida de que se trata de elemento de empresa. Mas, ao versar sobre serviços, deve-se entender que o agente os esteja fazendo circular, colocando no mercado um serviço que não se caracteriza como de natureza personalíssima, tendo em vista um cliente individualizado, mas, sim, um serviço objetivo direcionado a uma clientela indistinta.[173]

Para Galgano, o indivíduo que exerce atividade intelectual "transforma-se em empresário tão somente quando desenvolve uma atividade ulterior diversa da atividade intelectual — aquela, sim, considerada empresarial".[174] Em outras palavras, pode-se afirmar que não se considera empresário o profissional liberal que presta serviços *intuito personae* em favor de terceiros, mas que se reveste da qualidade de empresário aquele que oferece a terceiros a prestação de serviços intelectuais de pessoas que estejam a seu serviço.

Segundo Sylvio Marcondes, os profissionais intelectuais somente poderiam ser considerados empresários quando se encontrassem organizados como empresa. Como exemplo, cita um médico que, apesar de exercer a profissão liberal, o faz por meio de clínica médica de sua propriedade, na qual ele deverá organizar os fatores de produção (capital, trabalho, equipamentos hospitalares) para prestar serviços aos clientes desta clínica.[175]

A partir dos conceitos expostos acima, concluímos que o empresário, portanto, é o titular da empresa, pessoa natural ou jurídica que assume o risco da atividade econômica organizada, que não corresponda ao exercício de profissão intelectual *intuito personae*, com a finalidade de obtenção de lucro.

---

[173] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 151.
[174] GALGANO, Francesco. L'Impresa. *In*: **Trattato de Diritto Commerciale e di Diritto Publico dell'economia**, v. 2. Padova: Cedam, 1978, p. 29-35.
[175] MARCONDES, Sylvio, **Questões de Direito Mercantil**. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 11.

2.2 Empresa

Como vimos no item anterior, o Código Civil delineia o conceito de empresário (art. 966) e de estabelecimento empresarial (art. 1.142), deixando, no entanto, de apresentar um conceito de empresa, a exemplo do diploma civil italiano.

A empresa é atividade, sendo a organização elemento essencial para que o empresário possa sistematizar racionalmente os fatores de produção: matéria-prima, capital, força laborativa, tecnologia, propriedade intelectual, a fim de obter lucro através da realização de determinada atividade. A doutrina é uníssona ao conceber o conceito de empresa como uma combinação sistemática (organização) dos fatores de produção, conforme demonstram os entendimentos abaixo colacionados.

Para Cesare Vivante, a empresa é "um organismo econômico que recolhe e põe em prática sistematicamente os fatores necessários para obter um produto destinado à troca, ao risco do empresário".[176]

Segundo o entendimento de Spencer Vampré, a empresa revela-se como uma "organização econômica, que se propõe a obter, mediante a combinação da natureza, do trabalho e do capital, produtos destinados à troca, correndo os riscos por conta de uma pessoa, que reúne e dirige esses elementos sobre a sua responsabilidade".[177]

Nas palavras de J. X. Carvalho de Mendonça, empresa significa:

> a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca, com a esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade.[178]

---

[176] VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. Milano: Giufrèe, 1922, p. 100.
[177] VAMPRÉ, Spencer. **Tratado elementar de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1921, p. 70.
[178] MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 492.

Giuseppe Ferri, por sua vez, entende a empresa como "uma organização dos fatores de produção que se propõe a satisfazer as necessidades alheias e as exigências do mercado em geral".[179]

Ronald Coase entende a empresa como um centro economizador de custos de transação. O conceito foi inaugurado em 1937 pelo economista britânico no seu célebre artigo "*The Nature of the Firm*", segundo o qual as transações humanas, comerciais e de trocas, não são reguladas exclusivamente pelo sistema de preços, mas, também, pelos custos de transação referentes aos ônus: (i) *ex ante* de preparar, negociar e salvaguardar um contrato e (ii) *ex post* dos ajustamentos e adaptações que resultam, quando a execução de um contrato é afetada por falhas, erros, omissões e alterações inesperadas. Em suma, são os custos de conduzir o sistema econômico.[180]

A obtenção de informações implica investimento de tempo, energia e dinheiro. O equacionamento de todos esses fatores também é considerado um custo de transação que extrapola a simplicidade do sistema de preços.

> Diferentes técnicas são empregadas pelos agentes econômicos para exercer domínio sobre a informação e o conhecimento disseminados em ambiente social que muda rapidamente. Por isso, para superar essas dificuldades, reduzir riscos e custos inerentes à produção de bens e serviços destinados a mercados, os agentes optam por criar uma outra estrutura, destinada a facilitar o tráfico negocial, organização essa que é a empresa, estrutura hierárquica em que se procura harmonizar esses diversos interesses, ao mesmo tempo em que se diminuem custo de transação.[181]

Coase destaca, ainda, que o empresário sempre estará sujeito às regras próprias do mercado, que funciona de forma independente da sua vontade, sendo moldado pelas leis de oferta e de procura incidentes sobre a formação dos preços. Nesse sentido, depender "de mercados para produzir gera riscos que podem não convir aos particulares que, por isso, organizam fatores de produção como meio de dar maior estabilidade a suas operações".[182]

---

[179] FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. Torino: Utet, 1971, p.27.
[180] WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. **The Nature of the Firm**: Origins, Evolution and Development. Londres: Oxford University Press, 1993, p. 18.
[181] SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo, 2004, p. 72.
[182] SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. Op. cit., p. 73.

Segundo o autor, a realização da atividade empresária resulta na constante necessidade de contratar: tanto internamente (funcionários, mão de obra, corpo administrativo) — ao que se denomina contratação via hierárquica — quanto externamente, ou seja, no mercado (fornecedores, distribuidores e consumidores) — ao que se denomina contratação via mercado. A realização de um contrato envolve custos, denominados custos de transação, que são os custos inerentes à tomada de decisões que, por sua vez, implicam tempo gasto em estratégia, busca por informações.[183]

Ao realizar um contrato, a empresa[184] atuará racionalmente (*rational choice*) visando obter o maior proveito (escopo de lucro) deste negócio e, ao mesmo tempo, tentando evitar prejuízos. O êxito da busca pela eficiência econômica dependerá da quantidade de informações necessárias sobre o contratante, o mercado e o objeto do contrato para guiar o empresário na tomada eficiente de decisão. Os contratos,[185] portanto, são estabelecidos entre e pelas empresas para atuação no mercado.

A empresa nasce como um agente organizador desses diversos contratos necessários à sua atuação em mercados concorrenciais: desde aquele inicialmente firmado entre os sócios, seguindo até os consumidores, passando pelos trabalhadores, fornecedores e instituições financeiras, entre outros. A organização empresarial surge, portanto, como instrumento que se presta a regular as relações contratuais do empreendedor na busca pela melhor alocação de recursos (eficiência).[186]

> Quem quer oferecer bens ou serviços no mercado, de forma eficiente e lucrativa, pode escolher entre organizar a empresa, isto é, organizar a produção, criar vínculos mais ou menos duradouros entre trabalhadores e fornecedores de matérias-primas e recursos ou recorrer pontualmente ao mercado quando houver necessidades de adquirir matérias-primas,

---

[183] "As firmas são necessárias para diminuir custos de contratação que recaem sobre o empreendedor por conta de imperfeições ou falhas de Mercado. Quer dizer, se para produzir fosse necessário contratar pontual e reiteradamente nos mercados, seria preciso encontrar, a cada um desses momentos, fornecedor que oferecesse o menor preço e tivesse o insumo para pronta entrega; que o prestador de serviços, além de habilitado a executar a tarefa, estivesse disponível e, também ele, cobrasse o menor valor; que o comprador, pronto para receber o bem, estivesse disposto a pagar o maior preço; e que, em toda essa cadeia, as etapas se seguissem, umas às outras, com segurança." (Ibidem, p. 158).

[184] Para Rachel Sztajn, os conceitos de "firma" e "empresa" são fungíveis. (SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. 2. ed., Op. cit., p. 158).

[185] O conceito de contrato para a economia é mais abrangente do que a do direito: no primeiro caso, contrato seria o equivalente à transação econômica, enquanto que para o direito, seria considerado negócio jurídico.

[186] Enzo Roppo explica com bastante clareza a realização das atividades interna e externas da empresa por meio da celebração de diversos contratos. (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 68).

> contratar mão-de-obra ou qualquer dos outros fatores de produção. Essa segunda alternativa é mais arriscada do que a primeira, uma vez que não garante estabilidade nem regularidade de obtenção, para satisfazer às necessidades da produção, de qualquer dos fatores produtivos no mercado. Por isso, a doutrina econômica parte da produção, que se desenvolve ao longo do tempo, pode variar e resulta do trabalho de organização do empresário.[187]

Partindo do pressuposto de que a realização de atividade econômica está baseada numa rede de contratos (via hierárquica e via mercado), Coase afirma que a empresa é um feixe ou um nexo de contratos coordenados que visam à consecução da sua função produtiva com escopo de lucro, sendo, portanto, a resposta economizadora de custos de transação.

A teoria coaseana, apesar de ter significado importante passo no aprofundamento da análise da empresa no contexto do mercado concorrencial, não foi suficiente para o desenvolvimento de uma teoria jurídica da empresa.

Buonocore entende que a dificuldade de desenvolvimento de um conceito jurídico da empresa está no fato de que a organização dos fatores de produção é o que mais se destaca dentre os seus elementos constitutivos, organização esta que, por ser composta de relações não apenas jurídicas, mas, sobretudo, econômicas, leva o jurista à necessidade de recorrer a outros ramos científicos para entendê-lo. Nesse sentido, afirma o autor ser a empresa um instituto neutro, nem comercial nem civil. [188]

Sylvio Marcondes conclui não existirem componentes jurídicos que, em combinação com elementos econômicos, possam ser capazes de formar um conceito genérico de empresa apto a enquadrá-la apenas como categoria jurídica.[189]

Essa difícil tarefa de elaborar um conceito genérico de empresa levou Alberto Asquini a conceber, em 1943, uma teoria sobre esse fenômeno econômico multifacetário,[190] na qual desdobra o conceito de empresa em quatro acepções jurídicas distintas, mas complementares entre si, ao que se denominou *perfis*[191]:

---

[187] SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**..., 2004. Op. cit., p. 188.
[188] BUONOCORE, Vicenzo. L'Impresa, p. 110-111 *apud* SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. 2. ed., 2010, p. 96-97.
[189] MARCONDES, Sylvio, **Questões de Direito Mercantil**... Op. cit., p. 40.
[190] A doutrina alemã de Julius Von Gierke também suscitou a necessidade de que a ordem jurídica

i. O *perfil subjetivo* trata da organização da atividade empresarial sob o ponto de vista do sujeito, ou seja, do *empresário* responsável pela organização de maneira voluntária, profissional, habitual e autônoma dos meios de produção na realização da atividade empresária.

ii. O *perfil funcional* (ou dinâmico) refere-se à empresa em seu sentido estrito, ou seja, em relação à própria *atividade empresarial* organizada para produção ou circulação no mercado bens e/ou serviços com a finalidade de obtenção de lucro.

iii. O *perfil patrimonial* (ou objetivo) diz respeito ao complexo de bens organizados e de relações jurídicas engendradas pelo empresário para o exercício da atividade empresarial, revelando-se, nesse perfil, o próprio conceito de estabelecimento empresarial.

iv. O *perfil corporativo* refere-se ao aspecto institucional da empresa, sendo constituído pelo próprio empresário e pelos seus funcionários, que formam "um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico na produção".[192]

Mesmo depois de transcorridas sete décadas desde a formulação dos perfis da empresa por Asquini, essa teoria permanece consagrada[193] e utilizada pelo Direito Comercial, pois a sua análise foi capaz de abarcar os diversos ângulos (econômico, social, jurídico) desse fenômeno multifacetário que é a empresa.

---

reconhecesse e regulasse três aspectos essenciais da empresa econômica: o sentido subjetivo (Betriebstatigkeit) como atividade do empresário; o sentido objetivo (Betriebsgeschaft), como o conjunto patrimonial organizado a serviço da atividade e sentido corporativo (Betriebstgemeinschaft) como base de trabalho composta do próprio empresário e de seus funcionários. (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 6, p. 48-63, jul-set. 2003, p. 48-63).

[191] ASQUINI, Alberto. **Profili dell'impresa**. Tradução Fábio Konder Cornparato. Revista de Direito Mercantil, n. 104, p. 109-126

[192] Ibidem, p. 122.

[193] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 162.

Atualmente, não se pode mais conceber a empresa de forma isolada, pois ela "não apenas é",[194] mas também "age, atua no mercado e o faz principalmente por meio de contratos. Não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas transações. [...] A empresa cristaliza-se em sua atividade de interagir; a *empresa é agente econômico*",[195] sendo o contrato o instrumento funcional e instrumental essencial ao desenvolvimento profícuo e eficaz da atividade empresarial.[196]

Nesse sentido, não cabe mais visualizarmos e interpretarmos a empresa como fenômeno estático (organização e consumo de bens direcionados ao consumo), mas, sim, como fenômeno dinâmico de atividade (organização dos fatores produtivos empregados em operações de produção e trocas no mercado).[197]

> Com o advento da produção, da distribuição e dos consumos de massa, um tal desenvolvimento acabou por alargar-se a todo o sistema econômico, e perderam importância — como se viu — as razões de um duplo (cível e comercial) regime jurídico dos contratos: toda a disciplina contratual se adequou uniformemente às exigências da empresa, porque a empresa se tornou a forma geral das atividades econômicas.[198]

Com o advento do "novo" Código Civil, em 2002, o ordenamento jurídico brasileiro experimentou a unificação do Direito Privado, oportunidade em que os doutrinadores abandonaram a teoria dos atos de comércio para se debruçarem no estudo da teoria jurídica da empresa e do mercado. Na dicção de Paula Forgioni, "Fomos 'do ato à atividade'. Agora, passamos ao reconhecimento de que a atividade das empresas conforma e é conformada pelo mercado. Enfim: 'ato, atividade, mercado'. Eis a linha de evolução do direito comercial".[199]

2.3 Estabelecimento empresarial

Pensar a ideia de *estabelecimento empresarial*[200] remete a nossa imaginação à imagem de uma loja física, instalada em rua ou em centros comerciais, com um vendedor à

---

[194] FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro**. Op. cit., p. 128.
[195] Ibidem, p. 128.
[196] ROPPO, Enzo. **O contrato**. Op. cit., p. 67
[197] Ibidem, p. 66.
[198] Ibidem, p. 68.
[199] FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro**. Op. cit., p. 100.
[200] Importante lembrar que, assim como a empresa, o estabelecimento empresarial deve ser entendido como objeto de direito enquanto que o empresário é sujeito de direitos.

porta, esperando o próximo cliente. No entanto, a existência de uma estrutura física (bens móveis e/ou imóveis) ou de força de trabalho contratada não é fundamental à constituição de um estabelecimento empresarial.

Como exemplo, podemos citar a hipótese de um empresário individual ou de uma sociedade empresária que exerça atividade sem contar com a ajuda de qualquer estrutura física, empregado ou prestador de serviços; e também o caso de um agente autônomo de investimentos que opere por conta própria na bolsa de valores, realizando negócios para uma clientela específica utilizando-se, unicamente, de um computador com internet disponível e com *softwares* adequados que podem, inclusive, sequer ser de sua propriedade.[201]

Nesses exemplos, verifica-se que a essência do estabelecimento empresarial[202] traduz-se em uma *atividade organizada*, que pode ser, inclusive, de cunho meramente intelectual, dispensando a existência de qualquer componente material.

Para Ascarelli, o fato de a atividade empresarial ser organizada implica a utilização mínima de uma estrutura (estabelecimento) pelo empresário.[203]

Erasmo Valladão segue a mesma linha, interligando os conceitos de empresa, estabelecimento e empresário:

> Não se concebe o exercício de uma atividade sem o mínimo de organização, ainda que seja hoje através de um computador. Quer dizer, para que o empresário exerça a sua atividade, é preciso um mínimo de organização. Os bens que ele organiza constituem o estabelecimento.[204]

---

[201] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 134-135.

[202] São diversas as teorias formuladas para explicar a natureza jurídica do estabelecimento comercial, dentre as quais destacam-se (i) doutrinas clássicas: Teoria da Personalidade Jurídica do Estabelecimento (G. Endemann); Teoria do Estabelecimento Concebido como Patrimônio Autônomo (Brinz e Bekker); Teoria da Personificação da Maison du Commerce (J. Valéry); Teoria do Estabelecimento como Negozio Aziendale (G. Carrara); Teoria do Estabelecimento como Instituição (Ferrara); (ii) doutrinas modernas: Teoria Imaterialista (Pisko, Isay e Hubmann); Teoria Atomista (Scialoja, Barbero e Ghiron); Teoria Patrimonialista (Mario Rotondi). Apesar de o tema ser interessante, não nos aprofundaremos no estudo das especificidades das diversas teorias supramencionadas, visto não fazer parte do objeto do presente trabalho. Oscar Barreto Filho abordou de forma detalhada o estudo dessas teorias em: BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 80-100.

[203] ASCARELLI, Tullio. **Corso di Diritto Commerciale**: introduzione e teoria dell'impresa. 3. ed., Milano, Giuffré, 1962, p.177-185

[204] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa... Op. cit., p. 17.

Para Buonocore, essa organização (estabelecimento empresarial) revestir-se-ia de uma dimensão real e autônoma, cuja existência objetiva prescindiria, inclusive, do sujeito que a criou (empresário), ganhando independência para servir autonomamente à própria atividade empresaria. Como exemplo, cita o contrato de franquia, por meio do qual o empresário cede, de forma onerosa, a própria organização de sua atividade a terceiros (franqueados), que por ela pagarão o preço maior ou menor a depender da sua expectativa de geração de lucros.[205]

O art. 1.142 do Código Civil reflete o entendimento doutrinário acerca do tema ao considerar estabelecimento como "complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária". Neste ponto, nota-se verdadeira correspondência com o texto do Código Civil italiano, que dispõe no seu art. 2.555 sobre o conceito de estabelecimento, da seguinte forma: "*Art. 2.555. Nozione. L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*".[206]

A doutrina tem reconhecido o conceito de estabelecimento como sendo a projeção patrimonial da empresa, destacando-se a obra de Oscar Barreto Filho sobre o tema, "Teoria do estabelecimento comercial".[207]

Sobre o conceito de patrimônio, diz a doutrina que os patrimônios separados ou especiais encontram-se dentro do patrimônio geral de uma pessoa e têm caráter independente dos efeitos de separação de responsabilidade do titular (exemplo: bem de família). Os patrimônios autônomos têm caráter provisório e não possuem um titular determinado (exemplo: herança e massa falida).

A compreensão do conceito de estabelecimento empresarial está diretamente relacionada à do conceito de universalidade de fato, definido pelo art. 90 do Código Civil: "Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma

---

[205] BUONOCORE, Vicenzo. L'Impresa. Op. cit., p. 110, *apud* VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 135.
[206] Tradução livre: "Noção. A azienda é o complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da empresa" Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36504>. Acesso em: 15 set. 2012.
[207] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit.

pessoa, tenham destinação unitária. Parágrafo único: os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias".

Sylvio Marcondes identificou três requisitos básicos que definem a universalidade de fato: (i) um conjunto de coisas autônomas, simples ou compostas, materiais ou imateriais; (ii) formado pela vontade do sujeito; e (iii) para uma destinação unitária.[208]

Oscar Barreto Filho define o estabelecimento empresarial como uma universalidade de fato composta pelas seguintes características: (i) centro de organização da atividade empresarial; (ii) imbuído de existência real e não abstrata, como é o caso do patrimônio; (iii) cuja criação depende da vontade do empresário; e (iv) que é formado exclusivamente por elementos do ativo (bens materiais e/ou imateriais), dele não fazendo parte elementos do passivo do titular.[209]

Para Rachel Sztajn, a legislação concebeu o estabelecimento empresarial como complexo de bens que, mediante estipulação do empresário, prende-o ao exercício da empresa, ao passo que outros complexos de bens com destinação diversa não podem ser considerados como tal.[210]

A conhecida classificação dos bens delineada pelos arts. 79 a 91 do Código Civil é fundamental para o estudo dos elementos do estabelecimento empresarial, que se dividem basicamente em dois grupos: (i) elementos corpóreos e (ii) elementos incorpóreos.

2.3.1 Elementos corpóreos e incorpóreos

Os *elementos corpóreos* são constituídos pelas mercadorias, estoques, instalações físicas, máquinas e equipamentos, mobiliário, automóveis e todos os demais bens materiais que, de forma organizada pelo empresário, são destinados à atividade empresarial.[211]

---

[208] MARCONDES, Sylvio. **Questões de Direito Mercantil**. Op. cit., p. 82-83.
[209] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit., p. 107
[210] SZTAJN, Rachel. Comentário ao artigo 1.142. *In*: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit., p. 784.
[211] Neste ponto, importante mencionar que há divergência na doutrina em relação à inclusão do imóvel no qual o empresário exerce a atividade como sendo um dos elementos corpóreos do estabelecimento. Sobre essa discussão, vide: FURTADO, Lucas Rocha. Estabelecimento empresarial. *In*: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem a Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 931-950; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 278.

Os *elementos incorpóreos*, por sua vez, constituem-se pela expectativa de lucros, reputação do empresário, ponto comercial, contratos empresariais e propriedade intelectual. Atualmente, podemos falar em estabelecimentos empresariais formados quase que em sua totalidade, ou unicamente, por bens imateriais, como é o exemplo dos estabelecimentos virtuais integrantes do tão difundido, em tempos hodiernos, *e-commerce*.

Os bens móveis (materiais e/ou imateriais) que compõem o estabelecimento empresarial costumam ser classificados em capital fixo ou capital de produção e capital de giro ou capital circulante: "os primeiros são formados por instalações, máquinas e equipamentos, cuja permanência no estabelecimento dá-se por mais longo espaço de tempo. Os demais são representados por fundos destinados a financiar a atividade produtiva ou de intermediação."[212]

2.3.2 Aviamento

O aviamento é a aptidão do estabelecimento para a geração de maior ou de menor lucro, dependendo da forma como o empresário organiza[213] os elementos corpóreos e os incorpóreos da azienda.

O aviamento não é um bem autônomo, mas sim um valor, um atributo do estabelecimento que só existe enquanto o próprio estabelecimento existir.[214]

> Portanto, o aviamento não é um bem. É uma situação de fato representativa de um interesse econômico. Não é uma coisa, é um valor

[212] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 281

[213] Nesse sentido: "Vê-se, que o agir organizadamente ou ação de organizar é considerada como indispensável ao fundo de comércio. Um estabelecimento pode até não ter clientela, mas a clientela que conquista resulta de uma qualidade (J. Eunápio Borges) que, sistematicamente, lhe é institucionalizada. Nesse sistema, o empresário é um organizador, sendo a organização (o todo organizado) um valor econômico 'superior ao da soma dos elementos em que se desdobram o capital e o trabalho nele (i.e., no estabelecimento) empregados' (J. Eunápio Borges, v. I, § 186). E com base na organização é que se tem o aviamento, 'verdadeira medida do valor de um estabelecimento comercial' (§ 187). Ou, na palavra de F. ferrara, '*questo stato dei organizzazione... non viguarda solo i beni ma tutti elementi dell'azienda*'. (cit. por J. Eunápio Borges, § 186, nota 14)." (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, ano 36, n. 111, p. 45-51, jul./set. 1998, p. 47).

[214] "O aviamento existe no estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem na pessoa humana, a velocidade no automóvel, a fertilidade no solo, constituindo qualidades incindíveis dos entes a que se referem". (ROTONDI, Mário. **Diritto Industriale**. 5. ed., Padova: Cedam, 1965, p. 77-79, *apud* BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 171).

> decorrente de variados fatores — materiais, imateriais e pessoais — que se encontram enfeixados no estabelecimento. Por isso, não pode ser alienado nem protegido autonomamente. Não obstante, o aviamento é a própria razão de ser da proteção conferida ao estabelecimento. O direito considera relevante a conjugação de bens porque deles se retira algo de novo, economicamente relevante, não só para o titular, mas também para toda a coletividade.[215]

O aviamento é o fator responsável pelo sobrevalor, ou seja, a mais valia (*going-concern-value*[216]) da empresa, que será diretamente maior ou menor dependendo da capacidade de geração de lucro que o *modus* de organização dos elementos do estabelecimento empresarial for capaz de gerar.

> Em cada estabelecimento existe o aviamento, maior ou menor, como decorrência da organização dos fatores de produção. Em linguagem filosófica, pode-se dizer que o aviamento é a forma resultante da coordenação material dos elementos do estabelecimento, tendo por fim uma atividade produtiva.[217]

Na expressão de Ferrara, aviamento "é a medida de valor do estabelecimento".[218] Nas palavras de Oscar Barreto Filho, "visto de um ângulo econômico, o aviamento é um juízo de relação entre diversos estabelecimentos que concorrem no mesmo mercado; desse confronto decorre a maior ou menor esperança de lucros futuros".[219]

Embora o aviamento não seja objeto de tutela jurídica própria, a sua existência e importância são reconhecidas e protegidas pelo art. 1.187, parágrafo único, III, que autoriza a sua contabilização no ativo empresarial quando o valor a ele atribuído compuser a quantia efetivamente paga pelo adquirente de um estabelecimento empresarial[220, 221]:

---

[215] QUEIROZ, Regis Magalhães Soares. **Vedação da concorrência do trespasse do estabelecimento empresarial**: seus limites e sua aplicação no espaço real e virtual. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 52.
[216] Expressão utilizada pela jurisprudência norte-americana para designar a "mais-valia".
[217] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969, Op. cit., p. 171-172.
[218] FERRARA JÚNIOR, Francesco. **La teoria giuridica dellàzienda**. Milano: Giuffrè, 1982, p. 62.
[219] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969, Op. cit., p. 169.
[220] CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**: v. 12: do Direito da Empresa. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 808-809: "O inciso III do parágrafo único estabelece a faculdade de contabilizar no ativo da quantia paga a título de estabelecimento empresarial adquirido."
[221] Fábio Ulhôa Coelho entende que, embora o valor do aviamento possa compor contabilmente o preço a ser pago pelo estabelecimento empresarial, isso não significa considerar o aviamento como bem integrante do complexo de bens (ativos) a ser transacionado: "Quando se negocia o estabelecimento empresarial, a definição do preço a ser pago pelo adquirente se baseia fundamentalmente no aviamento, isto é, nas perspectivas de lucratividade que a empresa explorada no local pode gerar. Isso não significa que se trate de elemento integrante do complexo de bens a ser transacionado. Significa unicamente que a articulação desses bens, na exploração de um atividade econômica, agregou-lhes um valor que o mercado conhece." (COELHO,

> Art. 1.187. Na coleta dos elementos para o inventário serão observados os critérios de avaliação a seguir determinados:
> […]
> Parágrafo único. Entre os valores do ativo podem figurar, desde que se preceda, anualmente, à sua amortização:
> […]
> III - a quantia efetivamente paga a título de aviamento de estabelecimento adquirido pelo empresário ou sociedade.[222]

A doutrina tem formulado diversas teorias para explicar a natureza jurídica do aviamento, dentre as quais se destacam: (i) objeto autônomo de direitos como bem material ou elemento incorpóreo do estabelecimento; (ii) sinônimo de estabelecimento empresarial; (iii) atributo ou qualidade do estabelecimento; e (iv) bem resultante dos fatores do estabelecimento e da pessoa do titular.[223]

Com efeito, entendemos que não se pode considerar o aviamento como objeto autônomo do direito, visto que ele se origina da organização dos elementos corpóreos e incorpóreos do complexo aziendal, dependendo, portanto, da realização de atividade econômica pelo empresário para existir. Da mesma forma, não se pode afirmar ser o aviamento sinônimo *de per si* do estabelecimento, pois, como vimos, a azienda não é formada apenas deste atributo, mas também do sujeito do empresário e de outros diversos atributos e elementos.

Em conclusão, o aviamento é um fato jurídico que confere valor positivo ou negativo à finalidade de lucro da sociedade empresária, sendo, portanto, atributo do estabelecimento empresarial e, ao mesmo tempo, conjunto de bens que integram o patrimônio do empresário (sociedade ou pessoa natural).[224]

Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 12. ed., São Paulo: Saraiva: 2008, p.101).

[222] BRASIL. **Código Civil**: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 de julho de 2012.

[223] Vide explicação pormenorizada de todas as principais teorias desenvolvidas pela Doutrina para explicar a natureza jurídica do aviamento em: BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969, Op. cit., p. 170-174.

[224] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 285

2.3.2.1 Aviamento objetivo e subjetivo

Deve-se ao magistério de Mario Rotondi a teoria mais completa desenvolvida sobre o aviamento, segundo a qual o aviamento deve ser compreendido como a força inicial (energia física) ou a inércia acumulada advindas de duas fontes: (i) da organização de todos os elementos específicos necessários à produção (bens e serviços) e (ii) da própria pessoa do empresário (qualidades subjetivas). Essa força inicial ou inércia acumulada é composta pelas mencionadas fontes (i) objetiva e (ii) subjetiva, as quais seriam indissolúveis e imanentes ao estabelecimento empresarial.[225]

A partir da definição dada por Mario Rotondi, a doutrina passou a distinguir o aviamento em dois tipos: objetivo (*local goodwill*) e subjetivo (*personal goodwill*).[226]

O *aviamento objetivo* refere-se à aptidão do estabelecimento empresarial para gerar lucro a partir da organização dos seus elementos corpóreos e incorpóreos, incluindo a localização do estabelecimento (ponto comercial).

Essa organização dos ativos materiais e imateriais está diretamente ligada à atividade do empresário, que se transfunde e se incorpora ao estabelecimento, direcionando o conjunto de bens que compõe o seu patrimônio (universalidade de fato) ao objeto social e à finalidade de lucro da sociedade empresária.[227]

Como exemplo de aviamento objetivo podemos citar o contrato de franquia, por meio do qual o empresário cede, de forma onerosa, a própria organização de sua atividade (aviamento objetivo) a terceiros (franqueados), que por ela pagarão preço maior ou menor a depender da sua expectativa de geração de lucros.

---

[225] ROTONDI, Mario. **Trattato di Diritto dell'Industria**: teoria generale dell'azienda. Padova: Cedam, 1935, v. 1, p. 174.

[226] Expressões utilizadas pelos anglo-saxões. Há um consenso na doutrina nacional e estrangeira em relação ao reconhecimento dessas duas facetas do aviamento. Vide, a respeito os posicionamentos de BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 176, e de GALGANO, Francesco. **Diritto Comerciale**: l'impreditore impresa, contratti di impresa, titoli di credito, falimento. 12. ed., Bologna: Zanichelli, 2008, p. 73.

[227] ROTONDI, Mario. **Trattato di Diritto dell'Industria**. Op. cit., v. 1, p. 162.

Exemplos cotidianos também são satisfatórios à ilustração de aviamento objetivo relacionado à localização do imóvel no qual o estabelecimento esteja instalado (ponto comercial):

i. Centro de Vendas (*Shopping Center*): a *comodidade* do acesso a uma ampla gama dos mais variados tipos de lojas (roupas, brinquedos, restaurantes, supermercados, etc.) e conveniências (estacionamento, caixas eletrônicos, cinemas, etc.), aliada à (em tese) *segurança* que um Centro de Vendas oferece ao consumidor, faz com que os estabelecimentos empresariais instalados dentro de um *Shopping Center* apresentem um "aviamento objetivo natural";[228]

ii. Livraria localizada no saguão de um aeroporto: a probabilidade de geração de grandes lucros desse estabelecimento independerá, em regra, da boa organização do empresário, uma vez que muitas pessoas adquirirão livros, revistas, jornais e outros artigos de leitura/entretenimento para consumo enquanto esperam a autorização de embarque e/ou durante o tempo do voo.[229]

O *aviamento subjetivo*, por sua vez, refere-se à capacidade do estabelecimento de geração de lucros por meio da organização competente e eficiente pelo empresário dos elementos corpóreos e incorpóreos do estabelecimento empresarial. Trata-se de atributo relacionado diretamente às características *personalíssimas* do empresário, que podem estar diretamente (habilidades técnicas e empreendedoras) ou indiretamente (características pessoais, no caso de ser o empresário individual, pessoa natural) relacionadas à atividade empresarial.

Como exemplo de aviamento subjetivo, podemos citar o caso (também cotidiano) de um renomado restaurante ou de padaria famosa por produzir deliciosos pães e que sejam capazes de fazer com o que o consumidor se locomova a uma distância maior do que aquela microeconomicamente considerada como racional do ponto de vista da relação custo *versus* benefício, apenas para poder consumir uma refeição ou um pão de qualidade ímpar. A qualidade do produto (ou da prestação de serviços) faz com que o consumidor

---

[228] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 282.
[229] Ibidem, p. 281.

despreze os aspectos econômicos negativos advindos da distância a ser percorrida até o estabelecimento desejado.[230]

Nesses casos, o aviamento subjetivo — traduzido no papel particular do empresário na organização, preço e qualidade da produção — demonstra-se como o principal responsável pela geração de lucros do estabelecimento.

Os predicados empresariais e pessoais do titular do estabelecimento revertem-se, em regra, em benefício ou malefício do complexo aziendal, pois é neste último que se amalgamam para formar a organização dos elementos corpóreos e incorpóreos, criando o aviamento.[231] Mesmo na hipótese de as características subjetivas do empresário constituírem a principal causa da expectativa menor ou maior de geração de lucro, estas serão sempre aproveitadas pelo estabelecimento para o seu benefício ou malefício próprio.

Para Oscar Barreto Filho, "[...] somente se pode considerar como inerente ao estabelecimento, independentemente do seu titular, o aviamento objetivo, que, sendo uma qualidade ou atributo do objeto de direito, com ele se transmite ao novo titular".[232] Essa avaliação de Oscar Barreto Filho parece-nos correta: o aviamento subjetivo — ao contrário do objetivo — uma vez emanado diretamente do sujeito titular da azienda, companhará esse sujeito para onde quer que ele vá, impregnando-se, no entanto, no modo de organização dada pelo titular ao seu estabelecimento.

Isso não significa afirmar que, uma vez alienado o estabelecimento empresarial, este fique desprovido de aviamento subjetivo, afinal, no nosso entendimento, o aviamento subjetivo sempre integrará a azienda. Isso porque, na forma com a qual o Direito concebeu o estabelecimento empresarial, este somente subsistirá como tal enquanto houver a figura do empresário no exercício da atividade empresarial.

Assim, na hipótese de substituição do titular do estabelecimento, desaparecerá, apenas, aquela fonte subjetiva[233] específica de aviamento relacionada a determinado sujeito (pessoa natural ou jurídica), permanecendo o aviamento subjetivo de outrem (novo titular)

---

[230] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 282
[231] QUEIROZ, Regis Magalhães Soares. **Vedação da concorrência**... Op. cit., p. 55.
[232] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969, Op. cit., p. 176.
[233] QUEIROZ, Regis Magalhães Soares. **Vedação da concorrência**... Op. cit., p. 55.

como atributo da azienda. Portanto, não há que se falar em estabelecimento empresarial sem se falar em empresário e, consequentemente, em aviamento subjetivo, pois é a vontade deste (voluntariedade) que determinará a existência da azienda.

Nesse ponto, não se devem confundir os conceitos: uma coisa é o aviamento subjetivo consistir em atributo do estabelecimento empresarial, outra coisa é ele não poder ser objeto de transferência a outro empresário (que, por sua vez, terá o seu próprio aviamento subjetivo amalgamado à azienda).

O aviamento estará presente na fotografia do estabelecimento empresarial (Balanço Patrimonial e de Resultado Econômico a que se refere o art. 1.179 do CC) quando do momento do seu trespasse a terceiros. A fotografia que for tirada do complexo aziendal posteriormente à sua entrega e consolidação da sua organização nas mãos do seu novo titular será capaz de refletir a piora, a manutenção ou a otimização do aviamento do alienante, o que dependerá das qualidades pessoalíssimas do adquirente.[234]

Nessa toada, o aviamento subjetivo não poderá ser objeto destacado de negócio jurídico próprio, pois, conquanto consista em atributo do estabelecimento empresarial, ele se refere exclusivamente às qualidades pessoais do empresário, as quais não podem dele se desprender para integrar o *modus operandi* de outro empresário. Nesse ponto, compartilhamos o mesmo pensamento de Oscar Barreto Filho, para quem: "[...] o aviamento subjetivo que é imanente à pessoa do comerciante, não se transmite diretamente ao novo titular".[235]

Como exemplo, podemos citar novamente o contrato de franquia, no qual, apesar de haver a transferência do franqueador ao franqueado da organização dos elementos corpóreos e incorpóreos de determinado estabelecimento empresarial de sua titularidade e, consequentemente, parte do aviamento objetivo inerente à organização dos bens de produção, cada unidade de franquia gerará um lucro maior ou menor em relação às outras, pois, apesar de a matriz organizacional ser comum a todas elas, a expectativa de lucros não

---

[234] "Em consequência, em todo estabelecimento será necessário tutelar esse novo valor que surge quando surge a própria organização aziendal. Daí porque a importância da distinção está relacionada não só no que respeita à disciplina da concorrência desleal e às limitações convencionais à concorrência, mas também, e especialmente, quando a azienda torna-se objeto de negócios jurídicos." (QUEIROZ, Regis Magalhães Soares. **Vedação da concorrência**... Op. cit., p. 56).

[235] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969, Op. cit., p 176.

se encerra apenas no aviamento objetivo, mas, sobretudo, está atrelada ao aviamento subjetivo, que dependerá das qualidades subjetivas de cada um dos empresários que estiverem à frente da sua administração.

Há, ainda, quem considere a existência de um terceiro tipo de aviamento: o *misto*,[236] que abrangeria tanto o aspecto objetivo quanto o subjetivo.

No entanto, consideramos essa tese uma redundância em seus próprios termos, na medida em que a existência do aviamento pressupõe a coexistência simultânea das suas duas fontes: objetiva e subjetiva. Primeiro, porque sempre haverá determinada relação de bens (corpóreos, incorpóreos ou ambos) aplicada de forma organizada ao desenvolvimento de qualquer atividade econômica, sendo o aviamento objetivo, portanto, ínsito ao estabelecimento. Da mesma forma, não se pode falar em estabelecimento empresarial sem se falar do seu pressuposto de existência: o empresário. Portanto, sendo o aviamento subjetivo indissociável das qualidades pessoais do sujeito titular do estabelecimento, ou seja, do próprio empresário, também não se pode admitir a realização de atividade empresarial sem o aviamento subjetivo.

Assim, partindo do pressuposto de que o aviamento é atributo intrínseco à azienda cuja organização e exploração comercial emana do empresário, a nossa opinião é a de que o denominado "aviamento misto" não configura um terceiro tipo de aviamento, tratando-se apenas de mera redundância.

Por fim, importante esclarecer que o aviamento — proveniente de duas fontes (objetiva e subjetiva), mas de um só sujeito (o titular da azienda) — consiste em atributo inerente ao estabelecimento empresarial, pois:

i. O estabelecimento empresarial sempre será organizado e administrado por um empresário e, portanto, sempre será dotado de aviamento subjetivo, independentemente das qualidades positivas ou negativas do empresário, que poderão refletir tanto de forma benéfica quando maléfica para a geração de lucro por meio da atividade empresarial.[237]

---

[236] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 281-282.

[237] "Não se pode falar de estabelecimento sem aviamento, só se pode pensar em estabelecimento mais ou

ii. O aviamento objetivo pode variar de um estabelecimento empresarial para outro, como no caso em que diversos estabelecimentos empresariais destinados ao exercício da mesma atividade econômica e controlados pelo mesmo empresário possam gerar expectativas diferentes de lucro a depender, por exemplo, da localização física na qual estejam inseridos (elemento inerente ao aviamento objetivo).

A definição do conceito de aviamento é essencial à compreensão da teoria do estabelecimento empresarial e a "razão de ser da tutela que lhe é conferida como objeto unitário de direito".[238] Da mesma forma, o conceito de aviamento será fundamental à exposição da função que a obrigação de não concorrência desempenha nos contratos empresariais, pois ele é o reflexo das habilidades e do *know how* do empresário, conforme será demonstrado na segunda parte desta dissertação.

2.3.2.2 Avaliação do aviamento

A doutrina mais moderna[239] tem estudado a possibilidade de avaliação contábil do aviamento[240] e tem, inclusive, admitido que o valor dos bens intangíveis e do aviamento constitui a base de cálculo da apuração haveres (como forma de indenização), em caso de extinção parcial do vínculo societário.[241]

Artigo relevante de autoria de Sérgio José Dulac Muller e Thomas Muller conclui pela possibilidade de mensuração do aviamento através da utilização de dois métodos

---

menos aviado." (QUEIROZ, Regis Magalhães Soares. **Vedação da concorrência**... Op. cit., p. 56).

[238] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969, Op. cit., p. 169.

[239] "O conceito de *Goodwill* é conhecido, nas normas brasileiras, por ágio na aquisição de investimentos, que corresponde à diferença entre o valor pago e o valor contábil, proporcional ao patrimônio líquido adquirido na compra de um investimento que será avaliado pelo método da equivalência patrimonial". (SCHMIDT, Paulo; SANTOS, José Luiz dos. **Avaliação de ativos intangíveis**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 56).

[240] Denominado de "esperança de ganância futura" por Sérgio José Dulac Muller e Thomas Muller. (MULLER, Sérgio José Dulac; MULLER, Thomas. Empresa e estabelecimento: a avaliação do *goodwill*. **Revista do advogado**: Direito Empresarial no novo Código Civil, n. 71, v. 23, p. 99-113, 2003, p. 108).

[241] Nesse sentido: "É, portanto, absolutamente coerente com a natureza jurídica do estabelecimento empresarial (objeto unitário de direitos, dotado de uma mais-valia cujo valor transcende a soma dos valores individuais dos elementos que o integram), e com a tese ora defendida de que, na extinção parcial do vínculo societário, a indenização do valor dos bens intangíveis e do aviamento tem natureza de antecipação de resultados, ou em termos mais específicos, de lucros cessantes." (CHINALIA, Olavo Zago. **Destinação dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento na extinção parcial do vínculo societário**. 2008. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 134).

contábeis: (i) o Fluxo de Caixa Descontado, por meio do qual o valor do aviamento resultaria do valor presente dos fluxos de caixa esperados de um ativo, redescontados a uma taxa indicativa do risco dos fluxos de caixa; e (ii) a Avaliação Relativa, por meio da qual se teria um efeito comparativo do valor do aviamento ao comparar o valor obtido por meio da exploração de atividade econômica por outras sociedades empresárias detentoras de ativos semelhantes aos da sociedade analisada.[242]

Assim, o valor do aviamento de uma sociedade empresária é, na sua essência, igual ao valor atual de lucros que, na hipótese de uma administração normal (operada pelo empresário médio), poderiam ser obtidos mediante um valor inicial de capital investido no negócio, calculado a partir da comparação referente aos lucros médios que costumam produzir capitais empregados com igual segurança em outros negócios ou empresas similares ou análogos (em condições comuns não privilegiadas), considerando que só é lucro do negócio o que a empresa consegue produzir de resultado, além do que conseguiria em outra operação.

Deve também ser levada em conta a possibilidade de que exista um deságio em relação à expectativa de lucros futuros do estabelecimento empresarial. Nessa hipótese, admite a doutrina que se fale em *Badwill* ou *Goodwill* negativo.[243]

2.3.3 Clientela

A clientela pode ser definida como o "conjunto de pessoas que, de fato, mantêm com o estabelecimento relações continuadas de procura de bens e serviços",[244] sendo prova fática ou "manifestação objetiva externa"[245] da existência do aviamento. Nesse sentido, a clientela está umbilicalmente ligada ao aviamento, revelando-se como uma realidade subjacente[246] a ele e, por consequência, ao estabelecimento empresarial.

> A clientela, atributo do estabelecimento, tem valor econômico, porque representa o fluxo de pessoas que se desloca para ali adquirir bens ou

[242] MULLER, Sérgio José Dulac; MULLER, Thomas. Op. cit., p. 108-111.
[243] "No arremate do ponto, ter-se-ia o *Badwill*, ou o *Goodwill* negativo, na hipótese de deságio e/ou relacionado à expectativa de prejuízos futuros." (Ibidem).
[244] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969, Op. cit., p. 178.
[245] ROTONDI, Mario. **Trattato**... Op. cit., v. 1, p. 162.
[246] SILVEIRA, Pedro Malta da. **A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos**. Coimbra: Almedina, 199, p. 59.

> serviços que satisfaçam a suas necessidades. Supõe-se que não são meros transeuntes, pessoas que, por acaso, transitam pela área ou local, e sim pessoas que deliberadamente para lá se dirigem.[247]

A clientela pode ser ativa ou potencial. A primeira diz respeito ao grupo de consumidores que frequentam o estabelecimento empresarial. A segunda refere-se ao grupo "alvo" de consumidores que poderão satisfazer as suas necessidades de consumo de bens e serviços em um pretenso estabelecimento, ou seja, em um complexo de bens ainda desaviado (pretenso estabelecimento empresarial), o que a doutrina denomina estabelecimento "inoperante", "inativo" ou inexplorado".[248]

A clientela não constitui um dos bens que perfazem o complexo aziendal, descritos pelo art. 1.142 do Código Civil, tampouco pode ser objeto de apropriação do empresário ou do estabelecimento. A clientela é um fato jurídico capaz de denotar a presença de melhor ou pior aviamento do estabelecimento empresarial.

> O fim colimado pelo titular do estabelecimento é a obtenção de lucro, e para isso necessita coordenar os elementos disponíveis a fim de atingir o maior grau possível de eficiência produtiva, acrescendo-lhes um modo de ser, suscetível de valoração econômica, que é o aviamento. **Essa qualidade do estabelecimento se manifesta em variada medida, e de diversas maneiras, sendo um dos índices mais evidentes do aviamento a formação da clientela**.[249]

A atividade empresarial, para ser considerada como tal, deve ter o lucro como a força motriz de sua existência, conforme vimos no item 2.1. Sendo essa (obtenção de lucro) a finalidade das sociedades empresárias e, consequentemente, do empresário; e sendo a clientela a responsável pelo consumo da produção do estabelecimento e, consequentemente, da geração de lucro do empresário, conclui-se que o aviamento é atributo do estabelecimento e a clientela[250] é fator do aviamento. Da existência de ambos, portanto, depende a existência da azienda.

---

[247] SZTAJN, Rachel. Comentário ao artigo 1.147. *In*: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit.

[248] Evitamos a utilização das expressões "estabelecimento inoperante, inativo ou inexplorado" porque, conforme entendimento informado no item 2.3 acima, somente há estabelecimento empresarial onde há atividade econômica desenvolvida pelo empresário mediante a organização dos seus fatores de produção, motivo pelo qual os referidos termos significariam, do nosso ponto de vista, uma contradição em si mesma.

[249] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969, Op. cit., p. 179.

[250] "Os conceitos de aviamento e de clientela não coincidem, pois o primeiro é mais compreensivo do que o segundo; nesse sentido vimos que a clientela é um dos fatores do aviamento". (Ibidem, p 179).

> Se aviamento é atributo do estabelecimento, a clientela é um dos fatores do aviamento, ambos pressupondo a existência do estabelecimento. Ou seja, a formação do aviamento resulta, objetivamente, da localização do estabelecimento e das facilidades a este relacionadas. Do ponto de vista subjetivo, o aviamento é resultante da atuação diferenciada do empresário à frente do estabelecimento. Esses dois fatores agregam clientela ao estabelecimento.[251]

Parte da doutrina se refere à clientela como bem integrante do estabelecimento empresarial ou pertencente ao empresário. Conforme observa Marcos Paulo de Almeida Salles,[252] trata-se de questão controvertida que, no entanto, não pode prosperar, tendo em vista que não seria possível conceber a individualização da clientela como bem alienado, sendo plenamente factível o seu desligamento do estabelecimento empresarial sem qualquer necessidade de tradição.

> Parece claro que nem o conjunto de clientes ou fregueses, nem a habitualidade de suas relações, nem a constância no volume de negócios, constituem parte ou elemento do estabelecimento. [...] A clientela não é um bem imaterial, objeto autônomo de direito; é uma situação de fato, à qual se atribui um valor econômico muitas vezes relevante, que é protegido indiretamente pela lei.[253]

Com efeito, não se pode transacionar com um bem do qual não se detém a propriedade: pressuposto para a realização de qualquer transação econômica.

A clientela existe no e para o mercado, a ele pertencendo. A disputa que os empresários travam para atraí-la, conquistá-la e fidelizá-la está sujeita à disciplina da concorrência,[254] que, em última análise, refere-se à repartição (mutável) dos clientes atuais ou potenciais existentes no mercado entre as sociedades empresárias nele atuantes.[255]

---

[251] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 285. Destacou-se.
[252] SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Estabelecimento: uma universalidade de fato ou de direito? **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano 23, n. 71, p. 73-79, ago. 2003.
[253] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969, Op. cit., p. 182.
[254] Nesse sentido: "A universalidade de fato é constituída por força da vontade autônoma que conjuga bens e os destina a um fim. Conjugar e destinar são ações responsáveis por um novo bem. Este novo bem, imaterial, tem a ver com a formação de clientela, razão pela qual, na doutrina de origem francesa, houve quem o identificasse com ela (Planiol, no seu Traité Elémentaire de Droit Civil). Com mais precisão, outros (La Morandière: Droit Commercial, 1965) **a clientela está sujeita à concorrência, não podendo constituir um bem do comerciante. Seu direito é sobre os elementos que conjuga para conquistar, reunir uma clientela**. É esta organização (ação) que constitui o fundo de comércio. Na mesma direção, o belga Van Ryn fala em elementos unidos para a exploração do estabelecimento." (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Da inexistência de fundo de comércio... Op. cit., p. 47).
[255] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969, Op. cit., p. 183.

> A clientela não pertence ao empresário ou ao estabelecimento como pode se entender dentro de uma economia livre, na qual os empresários atuam em regime de livre concorrência. A ligação da clientela ao estabelecimento está fundada na confiança.[256]

Pontes de Miranda pondera que um estabelecimento pode ter uma clientela mais segura (por meio da celebração de contratos de médio a longo prazo, como os de fornecimento e distribuição, por exemplo), sendo, em regra, uma probabilidade[257] e não uma certeza.

O ordenamento jurídico não protege diretamente a clientela, por não ser possível a criação de mecanismos de tutela e cessão de propriedade de fatos jurídicos. Por outro lado, o ordenamento exige que os agentes econômicos atuantes em um mercado pautem as suas condutas e práticas empresariais de acordo com comportamentos preestabelecidos, de forma a garantir que a disputa travada pela clientela dos mercados seja permeada de lealdade e licitude.

Daí decorre a proteção que a legislação confere aos elementos do estabelecimento empresarial como fatores do aviamento, visando à preservação indireta da clientela conquistada,[258] como é o caso da obrigação de não fazer concorrência imposta pelo art. 1.047 do Código Civil ao alienante de estabelecimento empresarial em relação ao seu adquirente, durante o prazo de cinco anos subsequentes à data do trespasse, e que é objeto de estudo da presente dissertação.

Revela-se, portanto, equivocada e imprópria a metáfora — aliás, "*pericolosa* metáfora", nas palavras de Carnellutti[259] — "cessão de clientela" utilizada pela doutrina para se referir aos negócios jurídicos envolvendo a cessão de estabelecimento empresarial quando, na verdade, a intenção da expressão é a de se referir à proteção dos atributos do estabelecimento (aviamento), responsáveis por atrair a clientela ao consumo da sua produção (bens e serviços).

---

[256] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. Op. cit., p. 283. Destacou-se.
[257] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. 15, p. 362.
[258] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969, Op. cit., p. 183.
[259] CARNELLUTTI, Francesco. Proprietá della clientela. **Rivista del Diritto Commericale**. Coordenação Cesare Vivante; Angelo Sraffa. Milano: Dottore Francescoi Vallardi, v. 28, 1ª parte, 1930, p. 331.

Também há dissenso na doutrina sobre a existência de sinonímia entre os conceitos de clientela e freguesia.[260]

Carvalho de Mendonça distingue clientela e freguesia nos seguintes termos: a primeira referir-se-ia aos consumidores das atividades desenvolvidas pelos profissionais liberais. A segunda relacionar-se-ia aos consumidores das atividades empresariais (produção de bens e serviços).[261]

No entanto, por não se tratar de objeto específico de análise da presente dissertação, deixaremos de nos aprofundar nessa questão, bem como de nos posicionar acerca da divergência doutrinária, cuja discussão é inócua para o desenvolvimento deste trabalho.

---

[260] Aprofundam-se na análise desse tema: Waldemar Ferreira (FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 214); Pedro Malta da Silveira (SILVEIRA, Pedro Malta da. Op. cit., p. 57); Mário Figueiredo Barbosa (BARBOSA, Mário Figueiredo. **O valor da clientela**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 30-31); Umberto Pipia (PIPIA, Umberto. **Trattato di Diritto Commerciale**. Torino: Utet, 1913, p. 1.023); Barbosa de Magalhães (MAGALHÃES, Barbosa de. **Do estabelecimento comercial**. 2. ed., Lisboa: Ática, 1964, p. 70) e Jorge Manuel Coutinho de Abreu (ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Da empresarialidade**. Lisboa: Almedina, 1996, p. 50-51).

[261] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969, Op. cit., p. 180-181.

3 OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA

3.1 Histórico jurisprudencial

3.1.1 O caso da Companhia Nacional de Tecidos de Juta

O primeiro caso célebre envolvendo a obrigação de não concorrência analisado pelo Poder Judiciário ocorreu em 1913, proveniente de uma discussão jurídica acirrada envolvendo um contrato de trespasse. A contenta ficou conhecida como o "Caso da Juta".[262] Ao dissertar sobre o famoso caso, Paula Forgioni afirma que:

> Os Tribunais Nacionais, decidindo sobre o dever de não concorrência na alienação de estabelecimentos comerciais, construíram um dos mais belos capítulos da jurisprudência comercial, obrigando o alienante a proteger os interesses do comprador, abstendo-se de disturbar o gozo da coisa adquirida.[263]

Os fatos que deram origem à disputa ocorreram em 9 de setembro de 1907, quando o Conde Álvares Leite Penteado e os industriais Alexandre Leslie, Ildefonso Dutra e Jorge Street celebraram contrato comercial de fusão das fábricas Santa'Ana, São João e Santa Luzia para dar origem a uma sociedade anônima denominada Companhia Nacional de Tecidos de Juta, então localizada no bairro da Mooca, em São Paulo.

Após a ampliação do negócio de fabricação de juta por meio da fusão das sociedades empresárias, o Conde Álvares Leite Penteado resolveu alienar o controle acionário da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, pelo valor total de Rs10.500:000$000 (dez mil e quinhentos contos de réis), dos quais Rs7.500:000$000 (sete mil e quinhentos contos de réis) se referiram aos ativos da fábrica e os demais

---

[262] "Ocorre lembrar, muito a propósito, que o mais célebre litígio forense sobre essa questão, entre nós – o que opôs, no princípio do século, a Companhia Nacional de Tecidos de Juta ao Conde Sílvio Penteado e à Companhia Paulista de Aniagem – teve origem, justamente, na concorrência feita pelo cedente do controle acionário de uma companhia industrial a esta última, com a constituição de uma nova empresa do mesmo ramo têxtil, na mesma cidade, logo após o negócio de cessão. Os eméritos jurisconsultos, que atuaram como advogado das partes, reduziram o caso às dimensões de uma alienação de fundo de comércio, seguindo, sem dúvida, na esteira da doutrina europeia da época, que desconhecia, totalmente, a problemática das cessões de controle acionário, mas dissertava com segurança sobre as cessões de estabelecimento. Na verdade, não houve simples venda de estabelecimento (a fábrica de Juta Santana) e, sim, cessão do bloco majoritário de ações da companhia que o explorava (a Companhia Nacional de Tecidos de Juta)." (COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 230 *et seq.*).

[263] FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral dos contratos empresariais**. Op. cit., p. 147.

Rs3.000:000$000 (três mil contos de réis) foram devidos em razão da boa reputação e posição conquistada pela fábrica Santa'Ana no mercado.[264]

Ocorre que, transcorrido apenas um ano da data da alienação da empresa, o Conde Álvares Leite Penteado resolveu novamente empreender no mercado têxtil, inaugurando uma nova fábrica, denominada Companhia Paulista de Aniagens, no mesmo bairro da Mooca, em São Paulo, onde então funcionava a Companhia Nacional de Tecidos de Juta sob o comando dos novos controladores.

Insatisfeitos com a concorrência direta da nova fábrica inaugurada pelo próprio alienante do estabelecimento comercial adquirido, os acionistas da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, patrocinados por Carvalho de Mendonça, promoveram ação judicial contra o Conde sob o argumento de que a Companhia Paulista de Aniagens estava concorrendo diretamente com a empresa cujo controle fora alienado, requerendo a condenação do Conde à devolução da quantia de Rs3.000:000$000 (três mil contos de réis) "do bem incorpóreo que conferiu ou com que entrou como quota social e depois subtraiu e os juros da mora e ainda a compor as perdas e damnos, devidos á suplicante"[265] e a condenação da Companhia Paulista de Aniagens para "indemnizar a suplicante das perdas e damnos solidariamente com o suplicado Antonio Penteado".[266]

Para sustentar esse pedido, Carvalho de Mendonça alegou que o prestígio negocial do Conde contribuiu para a formação do capital da sociedade anônima, motivo pelo qual a sua reentrada no mercado, na condição de renomado empresário na região, não poderia fazer concorrência direta à própria fábrica que acabara de alienar, pois, com isso, estaria retirando o sobrevalor inerente à fabrica alienada, não fazendo boa a coisa vendida na

---

[264] "Considerando que o excesso de tres mil contos corresponde ao valor da posição conquistada no mercado pela fábrica Santa'Ana, valor que embora incorpóreo, não é menos apreciável que o de qualquer dos terrenos, edifícios sujeitos à avaliação, porquanto ao tempo de constituição da saciedade anonyma Fábrica Santa'Ana estaca perfeitamente aparelhada para corresponder e na realidade correspondia às exigências do mercado consumidor, que Ella havia conquistado pelo critério, propriedade e firmeza de plano das installações e pela reputação dos seus productos." (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Publicação oficial dos trabalhos do Tribunal de Justiça de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, v. 12, n. 1, p. 180-190, 2 dez. 1914, p. 181).

[265] Ibidem.

[266] Transcreve-se texto do pedido original: "ser condenado, solidariamente, com a Companhia de Aniagens, a restituir os três mil contos correspondentes à estimativa da posição e freguesia da fábrica alienada e mais juros de mora e perdas e danos". (Ibidem).

forma estipulada por analogia no artigo 214 do Código Comercial de 1850,[267] então vigente à época.

Segundo Carvalho de Mendonça, a limitação à concorrência era intrínseca à transação de alienação de controle societário e/ou estabelecimento comercial, uma vez que a coisa vendida deveria ser dada como boa, firme e valiosa em consonância com o princípio da boa-fé inerente às negociações mercantis e o ato de desvio posterior da clientela pelo alienante não poderia ser interpretado de outra forma senão como um verdadeiro vício no negócio jurídico avençado, eis que a instauração de concorrência pelo alienante poderia representar uma ameaça à expectativa do adquirente de lucrar com a assunção do negócio.

De outro lado, patrocinou os interesses do Conde o jurista Rui Barbosa — responsável também por narrar em detalhes o famoso caso[268] —, utilizando-se dos seguintes argumentos em sede de defesa apresentada no processo:

i. Não havia sido pactuada qualquer cláusula de não concorrência entre o alienante da Companhia Nacional de Tecidos de Juta e seus adquirentes, uma vez que tal obrigação não constou no contrato de compra e venda que formalizou o negócio;

ii. A renúncia ao direito da concorrência não deveria subsistir por mera presunção interpretativa do contrato, uma vez que a proibição de indivíduo e/ou de sociedade empresária a determinada mercancia feriria frontalmente o princípio constitucional da livre concorrência;[269] e

---

[267] "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." (BRASIL. **Lei n. 556**, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em 13 de fevereiro de 2012).

[268] BARBOSA, Rui. **Obras completas**: v. 40, t. 1: as cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948, p. 25.

[269] O entendimento de Reynaldo Porchat seguia na mesma linha: "É incontestável que o Conde não póde embaraçar a Companhia no goso e posse dos bens que lhe transferiu. Mas isso não é a mesma coisa que fundar uma nova sociedade anonyma com o fim de explorar a indústria e o comercio de idênticos productos. O respeito á posse dos bens a outrem alienados é uma consequência juridicado simples contracto de compra e venda ou de cessão. Mas o ficar privado de exercer uma industria ou commercio é uma limitação à liberdade constitucionalmente garantida, limitação esta que só pode resultar, e condicionalmente, de clausula expressa de uma convenção válida" (PORCHAT, Reynaldo. **Pareceres de jurisconsultos nacionais e estrangeiros**

iii. A clientela da empresa alienada não constituiu o objeto do negócio jurídico avençado, uma vez que no inventário dos bens ativos que compunham a fábrica não constava a freguesia como um valor autônomo.

iv. Considerando que a clientela não pode ser interpretada como bem, ela também não pode ser integrante de capital de sociedade anônima, em observância ao preceito contido no art. 17 do Decreto n. 434/1891 que dispõe: "o capital das sociedades anonymas pode consistir em dinheiro, bens, cousas ou direitos".

Transcorridos sete anos de intenso debate jurídico entre os litigantes, a contenda foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 12 de agosto de 1914, sobrevindo acórdão que acolheu a tese de defesa de Rui Barbosa, fazendo com que a demanda proposta em face do Conde não lograsse êxito, conforme ementa abaixo transcrita:

> A freguesia de uma fábrica não pode ser objeto do contrato, em vista do disposto no artigo 17,[270] do Decreto nº. 434, de 4 de julho de 1891.[271] 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.[272]

A ausência no ordenamento pátrio de dispositivo legal regulando a possibilidade ou não de vedação de concorrência nos contratos que versassem sobre alienação de controle acionário ou de estabelecimento comercial somada ao dogma da autonomia da vontade então em voga à época, foram os fatores responsáveis pelo trânsito em julgado de uma decisão com posicionamento em sentido diametralmente oposto ao que vigora nos dias de hoje.

---

na questão Penteado. São Paulo: Vanordem, 1911, p. 9).

[270] "Art. 17. O capital das sociedades anonymas póde consistir em dinheiro, bens, cousas ou direitos. As entradas ou prestações em bens, causas ou direitos só serão admittidas pelo valor em que forem estimadas por louvados. § 1º A avaliação, para produzir effeito, depende da approvação da assembléa geral. § 2º Si ao valor, declarado nos estatutos ou contracto social, for interior o valor dado pelos louvados, o socio responsavel pela prestação será obrigado a entrar com a diferença em dinheiro." (BRASIL. **Decreto n. 8.821**, de 30 de dezembro de 1882. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=434&tipo_norma=DEC&data=18910704&link=s>. Acesso em: 22 fev. 2012).

[271] Antiga legislação que regulamentava as Sociedades Anônimas.

[272] BARBOSA, Rui. Op, cit., p. 381.

3.1.2 O caso da Rua da Consolação

Em 1913, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se deparou com o enfrentamento da seguinte questão: um empresário alienou a sua loja a outro, acordando que não se restabeleceria na Rua da Consolação. No entanto, pouco tempo depois de realizado o trespasse, o alienante instalou-se em rua próxima à da Consolação. Inconformado com essa atitude que certamente lhe cooptaria a clientela, o adquirente processou o alienante alegando prática ilícita de má-fé. O Tribunal, no entanto, entendeu que não houve má-fé conquanto não houvesse disposição expressa no contrato acerca da proibição de estabelecimento em outras ruas que não a da Consolação.

Seguiremos o exemplo de Eros Grau e Paula Forgioni, que mencionaram[273] o caso; transcreveremos o "anedótico"[274] acórdão:

> O Apelado explorava certo ramo de negócio á rua da Consolação, nesta capital. O Apelante, vendo-lhe a prosperidade, propoz-lhe a comprar-lhe o estabelecimento se ele quizesse tomar o compromisso de não abrir naquela rua negocio identico. A proposta foi bem acolhida, a transação foi ultimada e o compromisso foi assumido. O homem não tardou, porém, a mostrar ao seu successor que mereceria a prosperidade comercial que o favoneava. Era, de facto, da cabeça aos pés, um negociante esperto. Foi a uma rua próxima á da Consolação e abriu outro negocio... O comprador do negocio antigo pulou de raiva. Aquilo era mais do que uma deslealdade: era uma violação positiva ao compromisso assumido. — Engano, meu amigo, puro engano, volveu o homenzinho com placidez. Nem uma cousa nem outra: nem deslealdade nem violação de compromisso... A que foi que eu me comprometi? Não foi a isto apenas: a não abrir na rua da Consolação negocio identico ao que lhe vendi? [...] – Boa duvida! Que importa que não abrisse na rua da Consolação se abriu nas proximidades dessa rua? O transtorno que me causa é sempre o mesmo. – Perdão. É possível que assim seja. Mas eu nada tenho com isso. A minha obrigação é apenas a de respeitar o compromisso, e o compromisso é muito claro: rua da Consolação, negocio do mesmo gênero. Não diz palavra sobre proximidades daquela rua. [...] Foram a juízo. O Juiz, tanto o de primeira instancia como o Tribunal, concordou com o negociante e repeliu a pretensão do outro. O compromisso só se referia á Rua da Consolação. Nada dizia quanto ás suas proximidades. A abertura de novo negocio, em outra rua, embora proxima daquela, não o violou. Observaram, ainda, os srs. Ministros: – Porque, no contrato, esse cidadão não falou tambem nas proximidades da rua da Consolação? Podia até marcar a zona dentro da qual ao outro não seria permitido

[273] GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 292-293.
[274] Ibidem, p. 292.

> comerciar... Não o fez! Quer fazer agora? ACÓRDÃO: Accordam em Tribunal de Justiça [...] confirmar, como confirmam, a sentença appellada [...]. Julgado em 13 de dezembro de 1913, por Xavier de Toledo, A. França, Meirelles Reis e Rodrigues Sette.

Paula Forgioni teceu interessante ponderação acerca do julgado acima transcrito, concluindo que a boa-fé na qual se fundam as relações mercantis não é a mesma daquele em que se funda a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes:

> Ora, percebemos que, neste anedótico julgado, a "esperteza" própria do bom comerciante foi aplaudida em detrimento da outra parte, que não havia se comportado como um mercador diligente. A mesma solução poderia ser dada se tratasse de um contrato celebrado entre não comerciantes? O mesmo padrão de boa-fé deveria ser considerado? Por certo que não. É isso que precisa restar claro, neste início de vigência do Código Civil: a boa-fé que rege as relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha uma função um tanto diferente daquelas que cercam a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes.[275]

Nesse caso, o julgado pautou a sua decisão levando em consideração apenas a vontade privada das partes manifestada na letra do contrato, deixando de analisar a *ratio* da estipulação da obrigação de não concorrência, ou seja, a função econômica que ela deveria desempenhar naquele contrato.

A evolução da jurisprudência sobre a matéria demonstra que a perda de força do dogma da autonomia privada que predominava na doutrina jurídica da época foi a responsável pela transformação do entendimento jurisprudencial nos tribunais brasileiros, representando uma reviravolta no posicionamento alhures adotado pelos juízes.

3.1.3 Evolução da jurisprudência

Os dispositivos legais utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para fundamentar o estudo da matéria não a regulavam diretamente, não havendo expressa previsão legal sobre a obrigação de não concorrência e os seus limites de incidência antes da edição do Código Civil em 2002.

---

[275] FORGIONI, Paula Andréa. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, ano 42, n. 130, p. 7-37, abr./jun. 2003.

Com efeito, Carvalho de Mendonça baseou a linha argumentativa que seguiu no caso da Cia. da Juta no revogado art. 214 do Código Comercial — o qual estipulava ao vendedor a obrigação de fazer boa a coisa vendida ao comprador, ainda que o contrato o eximisse de qualquer responsabilidade nesse sentido:

> 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.[276]

Foram diversos os julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo[277] que nortearam a fundamentação das suas decisões sobre cláusula de não competição com base nesse artigo, defendendo a tese de que seria ilícito o restabelecimento do vendedor que fosse retirar ou obstar parte da clientela do adquirente, pois essa ação implicaria desrespeito à boa-fé contratual.

> Ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe fosse 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 Código Comercial, necessidade de estipulação formal, expressa, pela qual o vendedor se obrigue a não se estabelecer.[278]

Aliados à tese de J. X. Carvalho de Mendonça, outros doutrinadores de peso, a exemplo de Ascarelli, filiaram-se ao que se denominou *teoria da boa-fé contratual* para justificar a aplicação "automática" da obrigação de não concorrência em relação ao alienante de estabelecimento empresarial.[279]

Tempos depois, uma nova corrente doutrinária passou a influenciar a jurisprudência nacional sobre o tema: a *teoria da concorrência desleal*, que teve como precursor Waldemar Ferreira, para quem o exercício da livre iniciativa do alienante (ainda que se referisse ao seu reestabelecimento no mesmo ramo e local de atividade) somente poderia ser considerado ato ilícito se sujeitasse o adquirente a enfrentar uma concorrência desleal

---

[276] BRASIL. **Lei n. 556/1850**. Op. cit.
[277] Vide RT 252/192.
[278] RT 167/237.
[279] ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 204.

direta do antigo proprietário do estabelecimento, como, por exemplo, mediante a realização de atos capazes de confundir o consumidor e, consequentemente, implicar o desvio indevido de clientela do adquirente.

> Se, portanto, ele [o vendedor] monta um novo estabelecimento, crime algum pratica, a menos que venha a empregar meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, a freguesia do seu antigo estabelecimento [...] não se pode, em face dessa ressalva, concluir que o simples fato de restabelecer-se o antigo comerciante com o mesmo ramo de comércio nas proximidades do que antes explorou, seja o bastante para criar obrigação de indenizar prejuízos, que podem ser simplesmente potenciais ou imaginários. Para que surja essa obrigação é indispensável que ele ponha em prática "atos de concorrência desleal", ou seja, outros, que não o simples restabelecimento, com o objetivo de "criar confusão" entre o novo e o primitivo estabelecimento, de molde a desviar a freguesia deste para aquele.[280]

A teoria da concorrência desleal foi acolhida pela jurisprudência da época, a exemplo do posicionamento adotado em 1953 pelo Ministro Mário Guimarães, do Supremo Tribunal Federal, em processo de sua relatoria, cujo acórdão foi editado com a seguinte ementa: "Quem vende um estabelecimento comercial não está, em regra, proibido de instalar ou adquirir outro. Certas circunstâncias, porém, que ocorram na sucessão desses fatos, podem caracterizar concorrência desleal."[281]

Pontes de Miranda também se afiliou à teoria da concorrência desleal, adotando, no entanto, posicionamento mais radical, pois considerava que o simples ato do restabelecimento configuraria, de *per se*, a prática de concorrência desleal.

> Não pode o alienante da clientela restabelecer-se em situação tal que possa tirar ao outorgado parte ou toda a clientela que lhe cedera. É esse um dos atos a que se refere o art. 178, parágrafo único, do Decreto-lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945: "Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por outros atos de concorrência desleal não previstos neste artigo, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre os produtos e artigos postos no comércio".[282]

---

[280] FERREIRA, Waldemar. Op. cit., v. 7, p. 364-365.

[281] BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 23.003-SP**. Relator Ministro Mário Guimarães, j. 6 ago. 1953, DO 19 jan. 1954. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=124298>. Acesso em: 13 jan. 2012.

[282] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 378.

Ao longo dos anos, o debate acerca do dever de não competição deixou de se referir à licitude ou não da sua aplicação — questão que ficou superada diante da pacificação da doutrina e da jurisprudência ao admiti-la como válida —, passando a se referir aos limites da incidência da obrigação negativa no tempo e no espaço, ou seja, com base na autonomia privada da vontade, as partes poderiam pactuar livremente a obrigação de não concorrência, devendo, no entanto, limitá-la em relação ao tempo de sua duração e/ou à área geográfica na qual se obstaria a concorrência do alienante.[283]

Nas palavras de Eros Grau e Paula Forgioni, a "principal questão em discussão nesse primeiro período dizia respeito à possibilidade de, na ausência de expressa disposição contratual, o vendedor do estabelecimento comercial poder, após a venda, oferecer concorrência ao comprador".[284]

Em 1941, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela validade da cláusula de não restabelecimento prevista no contrato, pois o vendedor havia se obrigado a "não abrir outro dentro de certo prazo e em determinado lugar",[285] conforme os termos abaixo:

> Resta indagar se é lícita a cláusula que o réu impugna. Muito se tem discutido a respeito desta matéria. A opinião dominante, porém, não só entre nós como na doutrina e na jurisprudência estrangeiras, é que a cláusula de não-restabelecimento só é ilícita quando absoluta. Não se pode privar alguém definitivamente de exercer o seu trabalho. Mas se pode limitar essa atividade no espaço e no tempo [...].[286]

Em 1947, Tribunal de Justiça de São Paulo também considerou lícita a vedação do restabelecimento pelo prazo de cinco anos, referente a um negócio jurídico de trespasse celebrado na cidade de São José do Rio Pardo.[287]

Em 1953, o STF manifestou-se novamente sobre a matéria, pondo uma pá de cal em relação à necessidade de haver limitação no tempo, no espaço e no objeto da cláusula para considerá-la válida, nos termos do voto proferido pelo Ministro Orozimbo Nonato: "Faz-se mister conciliação somente o princípio que veda a concorrência desleal com o que

---

[283] GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a empresa e o contrato**. Op. cit., p. 278
[284] Ibidem, p. 278
[285] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 13.119**. RT 137/253, 1941.
[286] Ibidem.
[287] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 34.636**. RT 172/61.

assegura a liberdade de comércio [...]. E essa conciliação somente é possível com o se admitir a cláusula de que se trata, mas limita no tempo, no espaço e no objeto".[288]

Em 1970, o Tribunal Bandeirante mais uma vez se manifestou sobre a questão, considerando a cláusula de não restabelecimento válida desde que observasse as delimitações geográficas das atividades comerciais inerentes ao estabelecimento cedido, além de também ser limitada no seu aspecto temporal: "a cláusula de proibição negocial de concorrência, imposta ao vendedor, é perfeitamente lícita quando limitada no tempo e no espaço".[289]

Desde então, a obrigação de não concorrência tem sido unanimemente aceita pela jurisprudência dos tribunais estaduais, federais e superiores no Brasil — desde que limitada nos âmbitos material (produto), espacial (geográfico) e temporal. Essa obrigação negativa passou inclusive a constar expressamente no Código Civil de 2002 (art. 1.147), que determinou a sua incidência automática em casos de negócios jurídicos (trespasse, arrendamento e usufruto) envolvendo o estabelecimento empresarial, conforme veremos no item 4.1 abaixo. Desde então, houve uma ampliação da sua utilização em negócios jurídicos com objetos distintos do estabelecimento empresarial, conforme também veremos no capítulo 5 do presente trabalho.

3.2 Teorias justificadoras

Os fundamentos justificadores da presença de cláusulas de não concorrência em negócios jurídicos são diversos e o debate doutrinário a respeito do tema acabou por agrupar posicionamentos jurídicos em determinadas correntes ou teorias distintas.

3.2.1 Teoria da evicção

A *teoria de evicção*[290] tem como pressuposto fundamental a consideração da clientela de um estabelecimento comercial como um bem a ele inerente e que, por tal

---

[288] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 15.970**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31918>. Acesso em: 13 jan. 2012.
[289] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 150.513**. RT 421/204.
[290] Sobre a teoria da evicção, vide: ROTONDI, Mário. **Diritto Industriale**. 5. ed., Padova: Cedam, 1965, p. 388 *et seq.*, e ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 1999,

condição, não pode ser dele separada quando da alienação da azienda a terceiros, tendo em vista que faz dele parte integrante e indissociável como qualquer outro elemento.

Essa teoria ganhou maior adesão na Itália,[291] especificamente antes da promulgação do ainda vigente Código Civil de 1942, devido ao fato de que, conforme visto acima, entendia-se a clientela como verdadeiro elemento do estabelecimento comercial.

Essa corrente não chegou a ganhar força no Brasil, principalmente por ter como pressuposto a identificação da clientela com bem próprio e integrante do complexo aziendal — tese esta não averbada pela doutrina nacional, conforme será visto no capítulo 4. Nas palavras de Paulo Roberto Tavares Paes, "a teoria que explica a interdição de restabelecimento na obrigação por evicção é superada, dando lugar a uma obrigação contratual [...]".[292]

3.2.2 Teoria da turbação

A teoria da turbação interpreta a concorrência direta e imediata do alienante de estabelecimento frente ao seu adquirente como uma turbação ilícita

A teoria parte do pressuposto de que a concorrência, nessas hipóteses, ofende o princípio contratual do *pacta sunt servanda*, ou, nas palavras de Mario Casanova, "a irretratabilidade do contrato", configurando um ato ilícito em relação ao uso pacífico do estabelecimento cedido.

> *In realità, l'attività in concorrenza esercitata dall'alienante dell'azienda concreta um'illecita tuirbativa di fatto, da parte dello stesso alienante, del pacifico godimento dell'azienda ceduta. L'alienante riprende ciò che ha alienato ed offende così il principio della irrevocabilità dei contratti; egli manca, nello stesso tempo, al suo obbligo di non disturbare il godimento dell'azienda da parte dell'acquirente, obbligo che è quello stesso di consegnare l'azienda, il quale, avvenuta la consegna, si transforma e continua sotto aspetto diverso*.[293]

---

v. 1, p. 262.

[291] ROTONDI, Mário. **Diritto Industriale**. Op. cit.

[292] PAES, Paulo Roberto Tavares. **Da concorrência do alienante do estabelecimento comercial**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 13.

[293] Tradução livre: "Em realidade, a atividade concorrencial exercida pelo alienante da empresa concreta uma ilicitude turbativa de fato, por parte do mesmo alienante, do pacífico gozo da empresa cedida. O alienante retoma aquilo que alienou e ofende assim o princípio da irretratabilidade dos contratos, ele falta, ao mesmo

No âmbito do Direito brasileiro, essa teoria não encontraria espaço para fundamentar os contratos envolvendo trespasse de estabelecimento empresarial, pois sendo o instituto da turbação aplicado em questões possessórias, ele somente poderia ser aplicado nos casos de usufruto e arrendamento (nos quais não há transmissão da propriedade da azienda, mas, apenas, da sua posse a terceiros).

3.2.3 Teoria da boa-fé contratual

A *teoria contratual*[294] é fundamentada no dever de obrigação contratual das partes de entregar a coisa vendida como boa, firme e valiosa, de modo que a obrigação de não concorrência consistiria em exigência ao adimplemento contratual dos negócios jurídicos que envolvessem trespasse de estabelecimento empresarial, a fim de atender à plena satisfação da legítima expectativa do adquirente de não ver turbado o uso e gozo do estabelecimento adquirido pela concorrência direta do alienante. Nesse passo, a obrigação de não competição constituir-se-ia em obrigação tão importante quanto o dever de entregar o estabelecimento ao adquirente.

A *teoria da boa-fé* é ligada à teoria contratual e tem como base o princípio contratual da boa-fé, o qual tem o condão de criar deveres jurídicos entre as partes, limitando os direitos subjetivos a serem exercidos pelos contratantes e, ao mesmo tempo, servindo como bússola norteadora de interpretação das cláusulas contratuais. Essas três características: (i) estabelecimento de deveres jurídicos, (ii) limitação dos direitos subjetivos e (iii) interpretação contratual, compõem a classificação mais difundida das funções da boa-fé na doutrina contratual.[295]

O art. 422 do Código Civil determina que "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Embora haja referência expressa no dispositivo civil somente sobre a incidência da

---

tempo, com sua obrigação de não atrapalhar o gozo da empresa por parte do adquirente, obrigação que é aquela mesma de entregar a empresa, a qual, ocorrendo a transmissão, se transforma e continua sob outro aspecto". (CASANOVA, Mario. **Estudios sobre la teoria de la hacienda mercantil**. Tradução Jose Maria Navas. Madrid: Editorial Revista Derecho Privado, 1977, p. 763-764).

[294] ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Da empresarialidade**. Op. cit., p. 356.

[295] GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização Antônio Junqueira de Azevedo, 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

boa-fé *durante* a conclusão e a *execução* do contrato, esse princípio contratual também exerce a função supletiva de criar obrigações acessórias entre as partes, ainda que não previstas de forma inequívoca no instrumento contratual com o fito de criar um "perfeito cumprimento da prestação e a plena satisfação dos interesses envolvidos no contrato".[296]

Nesse sentido, muito embora a incidência da boa-fé esteja mencionada na norma legal apenas nas fases de formação e conclusão da relação contratual, entende-se que ela também incida na fase pós-contratual, com o fito de proibir qualquer comportamento capaz de trair a justa expectativa que a parte tinha ao contratar,[297] turbando a perpetuação da plena satisfação decorrente do contrato já executado.[298]

É exatamente esse o caso da obrigação de não concorrência: embora não prevista expressamente no contrato, ela incidirá de forma automática na fase pós-contratual dos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento empresarial, visto que necessária à satisfação da legítima expectativa do adquirente de tirar proveito do estabelecimento, usufruindo dos lucros que o aviamento até então consolidado (a "inércia acumulada", nas palavras de Mario Rotondi) possam lhe auferir.

Esse entendimento de aplicação "automática" da obrigação de não concorrência, construído pela jurisprudência nacional (conforme relatado no item anterior) com base na teoria da boa-fé contratual, culminou na inclusão do dever de não competir no art. 1.147 do Código Civil, cujo texto também faz menção à incidência compulsória nos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento empresarial, conforme veremos com mais detalhes nos próximos itens.

---

[296] Esses "deveres secundários" da boa fé também são alcunhados de deveres acessórios, anexos, laterais ou instrumentais pela doutrina. (GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização Antônio Junqueira de Azevedo. Op. cit., p. 45).

[297] Como exemplo de aplicação prática do princípio da boa-fé no momento pré-contratual, Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999, p. 473) e Antônio Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 150) mencionam o "caso dos tomates", no qual a Cica forneceu sementes aos agricultores de determinada região do estado do Rio Grande do Sul, manifestando a intenção de adquirir o produto, criando nos agricultores a justa expectativa de venda da safra, expectativa esta que se frustrou posteriormente, com a recusa da Cica em comprar a produção (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 591.028.295**. Rel. Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Jr., 5ª Câmara Cível, j. 06 jun. 1991).

[298] Sobre o assunto vide a obra de Menezes Cordeiro (CORDEIRO, Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 625-631).

Há doutrinadores que ainda hoje se fundam na *teoria da boa-fé* para justificar a incidência da obrigação de não concorrer nos contratos empresariais que envolvam o estabelecimento, a exemplo de Nelson Nery:

> É decorrência da cláusula geral de boa-fé objetiva (CC 422), expressão da função social do contrato e da base do negócio jurídico (CC421), a circunstância que impede o alienante do estabelecimento de exercer concorrência ao adquirente, prevalecendo-se de sua anterior atividade empresária no referido estabelecimento. [...] O contrato de compra e venda do estabelecimento (trespasse) não se encerra com a entrega do estabelecimento e com o pagamento do preço respectivo, pois desse contrato decorre a pós-eficácia de as partes terem de respeitar as decorrências naturais do trespasse, entre as quais está a de o alienante não fazer concorrência ao adquirente.[299]

Na nossa opinião, a teoria da boa-fé somente pode ser utilizada para justificar a licitude e a validade da obrigação de não concorrência sob a *ótica privatista* dos contratos empresariais.

Isso porque a interdição temporária, espacial e material da concorrência não gera efeitos apenas na proteção dos interesses dos particulares na busca do lucro por meio da atividade empresarial, mas, principalmente, irradia os seus efeitos para o âmbito do mercado concorrencial, sendo uma ferramenta essencial à preservação e promoção dos direitos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, conforme explicitaremos no item 3.5.

3.2.4 Teoria da concorrência desleal

No capítulo anterior, verificamos que a teoria da concorrência desleal foi um dos principais fundamentos utilizados para justificar a ilicitude da concorrência do alienante frente ao adquirente após ter havido o trespasse do estabelecimento empresarial. De acordo com seus preceitos, o restabelecimento do alienante após a celebração do trespasse não configuraria ato ilícito *per se*, sendo necessária a ocorrência de atos posteriores que configurassem a cooptação de clientela para configurar ato ilícito de concorrência desleal.

---

[299] NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 8. ed., Revista dos Tribunais, 2011, p. 919.

A definição de concorrência desleal ganhou contornos mais claros a partir da promulgação da Lei n. 9.279/1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, elencando em seu art. 195[300] as práticas que configuram crimes de concorrência desleal, dentre as quais se sobressaem a divulgação de informações falsas sobre concorrente no mercado com o objetivo de auferir vantagens econômicas; a corrupção de funcionário de rival para que este prejudique os negócios do concorrente; o uso indevido de nome empresarial e da propriedade industrial de competidor para confundir os consumidores; entre outras.

Caso considerássemos válido o entendimento antigo jurisprudencial pretérito, poderíamos concluir que a teoria da concorrência desleal teria sido convalidada pelo art. 195, III, da Lei n. 9.279/1996, que considera crime de concorrência desleal o emprego de meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem.

No entanto, entendemos que a teoria da concorrência desleal não serve para explicar a licitude da obrigação de não concorrência, pois a concorrência proibida, quer por

---

[300] "Capítulo VI. Dos Crimes de Concorrência Desleal. 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; II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem; III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências; VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento; VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve; VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave; IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador; XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser; XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa." (BRASIL. **Lei n. 9.279**, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em 13 de janeiro de 2012).

estipulação contratual (de acordo com a convenção das partes), quer por disposição legal, nada tem a ver com a concorrência desleal.[301] Explica-se.

Os atos de concorrência desleal descritos pela Lei n. 9.279/1996 referem-se a atos intramercado, ou seja, a práticas engendradas por um concorrente propriamente dito ou, em outras palavras, agente econômico que esteja inserido no mercado.

Nessa linha, a prática de concorrência desleal obsta o pleno exercício do direito constitucional à livre concorrência, não interferindo, de outra banda, no exercício de livre iniciativa, o que contrariaria a dinâmica de funcionamento da obrigação de não concorrência.

Quando um empresário celebra negócio com terceiros envolvendo o seu estabelecimento (seja trespasse, arrendamento ou usufruto), ele deve imediatamente cessar a sua atividade empresarial nos limites geográfico, temporal e material no qual estiver delimitada a atuação do estabelecimento empresarial transacionado, retirando-se da frente da organização da azienda alienada,[302] caso não haja ressalva contratual expressa liberando-o dessa obrigação.

Uma vez fora do mercado, o alienante não pode mais ser considerado concorrente, mas, apenas, "potencial concorrente". Nesse contexto, para que ele possa voltar a atuar na mesma atividade econômica produzindo para o mesmo grupo alvo de consumidores, é necessário, primeiramente, que haja o seu reingresso no mercado em que se retirou após ter alienado o estabelecimento, ou seja, para que ele possa exercer a livre concorrência, é preciso que ele previamente exerça a livre iniciativa, retomando a atividade econômica desenvolvida anteriormente.

É nesse ponto que a obrigação de não concorrência atua: restringindo[303] o direito do empresário à *livre iniciativa* (entrada e saída de mercados) e não à *livre concorrência*, pois,

---

[301] FERRI, Giuseppe, **Manuale di Diritto Commerciale**. 5. ed., Torino: Utet, 1984, n. 90-91.
[302] Bem como de qualquer outra em que seja proprietário (controlador ou detentor de participação societária com poderes de administração) e que esteja inserida no mesmo mercado de atuação da azienda alienada.
[303] De forma específica restrita (dentro dos limites do mercado de atuação e por período predeterminado de tempo).

para que se possa concorrer, é preciso que se tenha, anteriormente, entrado no mercado, para dentro dele estar.[304]

Assim, o empresário somente pode exercer o seu direito à livre concorrência depois de ter exercido o seu direito à livre iniciativa, que o leva para dentro do mercado.

Com efeito, se (i) a concorrência desleal (óbice à livre concorrência) somente pode ser praticada por agente econômico que esteja dentro do mercado, e (ii) a obrigação de não concorrência tem como escopo proibir o ingresso do empresário no mercado (óbice à livre iniciativa), concluímos que a primeira não pode justificar a aplicação da segunda, visto que cada uma delas irradia os efeitos para âmbitos distintos da esfera do mercado: a concorrência desleal para dentro e a não concorrência para fora dele.

Nesse sentido, somente há concorrência desleal quando a atividade empresarial desenvolvida em mercados competitivos se der de modo malicioso, visando a iludir ou a desviar a clientela, sendo o elemento de culpa do agente indispensável para se poder pleitear a condenação da parte contrária. A ação judicial competente para confrontar esses atos será a de responsabilidade por dano antijurídico (art. 186 do Código Civil), ou seja, a comprovação de responsabilidade dependerá de comprovação da culpa, situação em que estaríamos falando de responsabilidade subjetiva.[305]

A violação legal (art. 1.147 do Código Civil) ou contratual da obrigação de não concorrência será de responsabilidade objetiva, ao contrário do caso da configuração de concorrência desleal, oportunidade em que a parte prejudicada não tem que provar a culpa do agente que praticou o ato proibido: a responsabilidade existe *re ipsa*, acarretando o dever de indenizar e outras sanções convencionadas.[306]

---

[304] Seguindo a linha que já defendemos no item 1.5, os conceitos de ambos os postulados não se confundem.
[305] COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos *shopping centers*. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 97, p. 23-28, jan./mar. 1995, p. 27
[306] A concorrência desleal "só existe quando a atividade concorrencial se desenvolve de modo malicioso, visando a iludir ou desviar a clientela". (Ibidem, p. 27).

3.2.5 Teoria da concorrência qualificada

Essa teoria não entende a concorrência do empresário obrigado à não competição como ilícita porque desleal, mas sim porque qualificada, ou seja, porque proveniente de sujeito detentor da expertise (*know how*) necessária à atividade econômica, capaz de conferir aviamento subjetivo (e, por conseguinte, expectativa de geração de lucro) ao estabelecimento empresarial.

Giorgio Ferrari foi quem primeiro esposou essa tese, afirmando que há uma "periculosidade qualificada" na concorrência do alienante do estabelecimento em relação ao seu adquirente, e que seria capaz de obstar a transmissão do estabelecimento preservando intactas todas as suas vicissitudes.[307]

O problema, nesse caso, não seria a concorrência *per se*, mas, sim, a concorrência qualificada, ou seja, aquela emanada do antigo titular do estabelecimento cuja expertise, adquirida por meio do exercício da atividade empresarial no mesmo mercado de atuação do adquirente (que, em regra, será um novo entrante), dotá-la-ia de importante vantagem competitiva, desvirtuando o ambiente de *fair play* daquele mercado.

No nosso entendimento, essa é a teoria que melhor se enquadra no conceito e função de obrigação de não competição, sendo, portanto, apta a justificar a licitude da interdição da concorrência, porquanto reconhece que a relação existente entre empresário (*know how*) e estabelecimento (aviamento) é a fonte geradora de maior ou menor clientela e, portanto, de expectativa de lucro (finalidade da atividade empresarial).

3.3 Inclusão da obrigação no art. 1.147 do Código Civil de 2002

Conforme visto, há décadas que o entendimento doutrinário e jurisprudencial brasileiro admite a cláusula de não concorrência como obrigação necessária à consecução do objeto de negócios jurídicos envolvendo a compra e venda de estabelecimento empresarial.

---

[307] FERRARI, Giorgio. Azienda. Diritto Privato. *In*: BRECCIA, Umberto *et al*. (Coord.) **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, v. 4, p. 708-709, 1959.

No entanto, mesmo tendo sido amplamente discutida e admitida pelas decisões proferidas pelos tribunais pátrios, foi apenas recentemente que a obrigação de não concorrência saiu das páginas dos repositórios de jurisprudência para ganhar *status* de lei, passando a ser incorporada à legislação brasileira por meio do Código Civil de 2002, no qual passou constar no artigo 1.147 com o seguinte texto:

> Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência. Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.[308]

O artigo em comento dispõe sobre a obrigação de não concorrência de forma a tutelar negócios jurídicos específicos: aqueles que envolvem transações com o estabelecimento comercial, compreendendo a sua alienação, arrendamento ou usufruto. Assim, o dispositivo legal garante ao adquirente, arrendador ou usufrutuário, a aplicação automática da obrigação de não concorrência caso não haja disposição contrária expressa a respeito.

A sua redação foi inspirada no artigo 2.557 do Código Civil italiano[309] em vigor, constante no Título Oitavo, denominado "Da Azienda", tradução livre abaixo:

> Quem aliena o estabelecimento deve abster-se, pelo período de 5 anos, a partir da transferência, de iniciar uma nova empresa que, pelo objeto, localização ou outras circunstâncias, seja idônea a desviar a clientela do estabelecimento cedido. 2. O pacto de abstenção da concorrência, em limites mais amplos do que aqueles previstos no inciso precedente é válido, desde que não impeça todas as atividades profissionais do alienante. Ele não pode exceder a duração de 5 anos da transferência. 3. Se no pacto for prevista uma duração maior ou não for estabelecida, a proibição de concorrência vale pelo período de 5 anos da transferência. 4. No caso de usufruto ou de locação do estabelecimento, a proibição de concorrência prevista desde o inciso primeiro vale frente ao proprietário ou ao locador pelo tempo em que durar o usufruto ou a locação. 5. As disposições deste artigo aplicam-se aos estabelecimentos agrícolas apenas para as atividades a elas conexas, quando relativamente a elas seja possível um desvio de clientela.[310]

---

[308] BRASIL. **Código Civil**. Op. cit.

[309] Segundo afirma Geizy Fiedra: O art. 2557 Código Civil Italiano de 1942 foi pioneiro na inclusão da obrigação de não concorrência no seu diploma civil, servindo de paradigma para vários países. (FIEDRA, Geizy. **Obrigação de não-concorrência**. São Paulo: Singular, 2007, p. 82).

[310] "*Art. 2.557. 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. Il patto di astenersi dalla concorrenza in limiti più ampi di quelli*

Emergem algumas conclusões da comparação dos dois dispositivos:

- Ambos os dispositivos adotam o período de cinco anos como o interregno máximo de tempo necessário para a vigência da obrigação de não fazer em relação à livre iniciativa do alienante;

- Além da delimitação temporal, o código italiano admite, de forma genérica, a ocorrência de "outras circunstâncias" que também possam "desviar a clientela" do estabelecimento cedido: "abster-se [...] de iniciar uma nova empresa que, pelo *objeto*, *localização* [...] ou *outras circunstâncias* seja idônea a desviar a clientela do estabelecimento cedido", abrindo espaço para a extensão da delimitação da obrigação negativa aos limites material (produto) e espacial (geográfico) da produção do estabelecimento. O diploma brasileiro silencia em relação aos limites material e espacial de incidência da obrigação, além de não flexibilizar a interpretação a outras hipóteses.

- O Código Civil italiano admite a ampliação contratual dos limites previstos no art. 2.557, desde que: (a) o limite temporal máximo de interdição da concorrência não ultrapasse cinco anos a partir da data da transferência e (b) não impeça todas as atividades profissionais do alienante. O art. 1.147 do Código Civil brasileiro não dispõe sobre a elasticidade dos limites que impõe ao dever de não competição.

- Os dois impõem a obrigação de não concorrência ao usufruto e ao arrendamento do estabelecimento, durante o tempo em que persistir o prazo do contrato.

- O diploma italiano especificou que a interdição da concorrência relativa a estabelecimentos agrícolas somente incide nas atividades econômicas que lhes

---

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. Nel caso di usufrutto o di affitto dell'azienda il divieto di concorrenza disposto dal primo comma vale nei confronti del proprietario o del locatore per la durata dell'usufrutto o dell'affitto. Le disposizioni di questo articolo si applicano alle aziende agricole solo per le attività ad esse connesse, quando rispetto a queste sia possibile uno sviamento di clientela." Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36504>. Acesso em: 30 jul. 2012. Tradução livre.

forem conexas e desde que o desvio de clientela que seja possível. A legislação civil brasileira não faz menção ao estabelecimento agrícola.

Em conclusão, verificamos que o diploma italiano é mais detalhista do que o brasileiro. O grande lapso temporal de mais de sessenta anos existente entre a promulgação dos dois diplomas (italiano: 1942; brasileiro: 2002) evidencia a perda da oportunidade do legislador pátrio de se aprofundar no enfrentamento do tema, relegando essa tarefa à doutrina e à jurisprudência civil e antitruste.

3.4 Não concorrência e não estabelecimento

A doutrina jurídica nacional, salvo raras exceções, tem limitado o estudo da obrigação de não concorrência ao contexto do negócio jurídico do trespasse de estabelecimento empresarial. Essa relação estabelecida pela doutrina entre a cláusula de não competição e o contrato de alienação da azienda é tão recorrente que alguns doutrinadores entendem a obrigação de não concorrência como sinônima de "cláusula de não restabelecimento".[311]

De fato, não se pode olvidar a relevância da função da obrigação de não concorrência nos contratos de trespasse, até mesmo porque foi esse tipo de negócio jurídico que inaugurou a discussão sobre a licitude e a validade da obrigação de cláusulas de não competição pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, conforme veremos adiante.

No entanto, limitar o foco de análise do estudo da obrigação de não concorrência exclusivamente ao contrato de trespasse de estabelecimento comercial significa restringir a sua aplicação a apenas um tipo de negócio jurídico, enquanto que, na verdade, são diversos os tipos contratuais que se recorrem da cláusula de não competição para conferir eficácia jurídica e garantir a racionalidade econômica inerente à transação que esteja sendo pactuada.

---

[311] Nesse sentido, vide parecer da lavra de Eros Roberto Grau e Paula Forgioni sobre o tema, o qual inicia a análise do caso prático com a seguinte ponderação: "A consulta encerra indagação atinente à interpretação de cláusula contratual conhecida como de 'não-concorrência' ou 'não-restabelecimento', prática comercial antiga entre nós, que tem sido objeto de calorosos debates em nossa doutrina e jurisprudência, há aproximadamente cem anos". (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a empresa e o contrato**. Op. cit., p. 273).

A presente dissertação não deixará escapar da sua análise os diversos tipos de contratos empresariais que encontram na cláusula de não competição uma ferramenta essencial à eficácia do negócio jurídico. Evitaremos, portanto, neste início, correlacionar o conceito de obrigação de não concorrência ao contrato de trespasse, deixando essa análise para o capítulo 4, em que trataremos especificamente deste tipo contratual.

3.5 Conceito de obrigação de não concorrência

Primeiramente, faz-se importante assinalar que, em observância aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, qualquer pacto contra a concorrência deve ser proibido, visto ser inconstitucional. A hipótese de estipulação de obrigações de não concorrência entre particulares estaria, *a priori*, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme exploramos no item 1.5, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência possuem conceitos e funções distintas entre si. O primeiro (livre iniciativa) protege as prerrogativas de entrada e saída do mercado propriamente ditas, enquanto o segundo (livre concorrência) garante condições de permanência (*fair play*) em um mesmo mercado. Um agente econômico proibido de ingressar em determinado mercado não poderá, consequentemente, concorrer nesse mesmo mercado, visto que essa condição é exclusiva de quem já se encontra inserido nesse ambiente concorrencial.

A incidência da obrigação de não concorrência implica, portanto, a interdição do exercício da liberdade de iniciativa — que constitui, como vimos, fundamento da ordem econômica e princípio fundamental da República Federativa do Brasil (arts. 170, *caput*, e art. 1, CF/1988).

Assim, o particular ou o agente econômico a ela obrigado: (i) não poderá ingressar no mercado objeto de restrição e (ii), terá que dele sair por ocasião da cessação das atividades empresariais trasladadas (no caso do trespasse) ou constituídas (no caso do usufruto e do arrendamento) a terceiros, bem como na hipótese de ser controlador ou deter participação societária que não seja para meros fins de investimento em outra sociedade empresária atuante no mesmo mercado objeto de restrição (caso o contrato não dispuser expressamente em contrário).

A previsão contratual da cláusula de não concorrência implica a assunção pelo sujeito passivo (devedor) da obrigação acessória de interdição de competição frente ao sujeito ativo (credor). Consequentemente, o sujeito passivo tem a sua prerrogativa constitucional de livre iniciativa restrita, durante lapso temporal preestabelecido, em relação à produção e oferta de bem e ou serviço específico em espaço geográfico contratualmente delimitado para que o sujeito ativo possa exercer o seu direito à livre concorrência sem ter que enfrentar a competição direta (e qualificada) do sujeito passivo no mesmo mercado.

Isso não significa afirmar que esse agente econômico ficará incólume à concorrência naquele determinado mercado: ao contrário, uma vez inserido na arena de disputas, ele deverá rivalizar com os outros *players* para conquistar *market share* no exercício da atividade empresarial escolhida. Nesse sentido, haverá apenas a interdição da concorrência qualificada do outro agente econômico que detinha expertise prévia à celebração do contrato para atuar no mesmo mercado.

Nesse contexto, a inserção de cláusulas de não concorrência nos instrumentos contratuais que formalizam a constituição de parcerias acaba sendo mandatória, não apenas em razão do exercício da liberdade privada de contratar (art. 421 do Código Civil) e em obediência ao princípio da boa-fé contratual (art. 422 do Código Civil) e resguardo da legítima expectativa privada das partes, mas também como ferramenta da: (i) preservação da racionalidade econômica dos contratos empresariais (escopo de lucro) e (ii) manutenção do ambiente de *fair play* nos mercados (princípios da livre iniciativa e livre concorrência).

> O direito (= direito posto pelo Estado) instrumenta o controle dos contratos e, assim, volta-se à (i) salvaguarda do interesse público (= tutela da coletividade), bem como (ii) à garantia da autonomia privada. O direito existe para subjugar, para domesticar determinismos econômicos próprios à lógica mercantil. Não fora assim e os efeitos autodestrutíveis do mercado comprometeriam o seu funcionamento. Dessa forma, o direito atua para disciplinar os mercados, impondo a adoção de comportamentos que, embora possam desatender imediatamente os interesses deste ou daquele agente econômico, permitem a preservação do sistema como um todo.[312]

[312] GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a empresa e o contrato**. Op. cit., p. 290-291.

Frise-se que a obrigação de não competição será sempre acessória à obrigação assumida no negócio principal, motivo pelo qual a sua previsão em cláusulas contratuais somente poderá ser admitida na medida em que absolutamente necessárias à consecução objeto do negócio jurídico engendrado. Há hipóteses em que a sua aplicação decorre de norma dispositiva, como no caso dos contratos de trespasse, arrendamento e usufruto de estabelecimentos empresariais, conforme previsto no art. 1.147 do Código Civil. Em outros casos, conforme veremos com detalhes no capítulo 5, a aplicação da obrigação dependerá da vontade das partes e se regerá de acordo com o pacto celebrado no contrato.

Nesse contexto, a cláusula de não concorrência pactuada entre agentes econômicos (e desde que limitada aos aspectos material, temporal e espacial[313]) funciona como verdadeira ferramenta de viabilização do negócio jurídico encetado, operando, nesses casos, como uma excludente de antijuridicidade em relação à regra geral de inconstitucionalidade de obrigações que inibam, restrinjam ou interditem a concorrência.

Relegar o conceito e a análise da função dessa obrigação negativa apenas no âmbito da autonomia privada da vontade das partes significaria ignorar o papel pró-competitivo fundamental que ela exerce nas estruturas de mercado e na promoção dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Com efeito, embora a interdição à livre iniciativa proteja interesses particulares, o interesse concorrencial é difuso, ou seja, irradia os seus efeitos para além da relação contratual privada, alcançando o mercado como um todo, e, consequentemente, a ordem econômica.

Não é por outra razão que determinados contratos empresariais devem necessariamente passar pela aprovação prévia do CADE para que as transações neles pactuadas possam ser revestidos de eficácia, conforme vimos no item 1.8: o interesse público sempre se sobreporá ao interesse privado dos particulares (princípio da supremacia).

É por esse motivo que a autonomia da vontade das partes e a teoria da boa-fé contratual são insuficientes para explicar a função que a obrigação de não concorrência exerce em determinados contratos empresariais, função essa que não é apenas jurídica, mas, também e principalmente, econômica.

[313] Conforme trataremos adiante no item 3.10.

A prova disso está na extensa jurisprudência[314] antitruste formada pelo CADE, que, não raramente, tem condicionado a aprovação de Atos de Concentração ao ajuste dos limites temporal, espacial e material[315] das cláusulas de não competição previstas nos contratos empresariais que passam pelo crivo dos seus julgados. É esse mesmo repositório jurisprudencial do CADE que tenta há anos pacificar pontos ainda controvertidos sobre o tema (como o limite temporal[316] da sua incidência).

Nesse sentido, cumpre-nos observar que a obrigação de não concorrência extrapolará o âmbito das obrigações privadas assumidas entre as sociedades empresárias, difundindo os seus efeitos para a esfera do mercado,[317] pois ela "não pode ser encarada de forma apartada do contexto da prática de mercado na qual está inserida".[318] Para tanto,

---

[314] Como exemplo, citem-se os Atos de Concentração n.: 08012.012591/1999-53, 08012.004793/2001-06, 08012.007350/2001-69, 08012.002653/2001-95, 08012.005905/2001-38, 08012.007684/2001-32, 08012.007684/2001-32, 08012.002421/2002-18, 08012.000412/2002-92, 08012.001228/2002-60, 08012.005583/2002-16, 08012.008480/2002-08, 08012.001002/2003-40, 08012.002176/2003-20, 08012.004834/2003-18, 08012.005540/2004-94, 08012.003504/2005-77, 08012.009176/2005-12, 08012.008790/2006-48, 08012.008131/2006-10, 08012.005868/2006-72, 08012.000169/2006-36, 08012.012835/2007-60, 08012.013061/2007-94, 08012.012379/2007-58, 08012.011966/2007-20, 08012.010903/2007-56, 08012.006940/2007-60, 08012.014090/2007-73, 08012.014612/2007-37, 08012.008353/2008-96, 08012.008782/2008-63, 08012.006789/2008-41, 08012.007550/2008-98, 08012.007664/2008-38, 08012.003330/2008-95, 08012.005715/2008-97, 08012.000405/2008-86, 08012.000298/2007-13, 08012.008782/2008-63, 08012.007852/2008-66, 08012.003330/2008-95, 08012.005879/2010-39 e 08012.000208/2009-48. Todos podem ser consultados no site do CADE. (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Pesquisa processual**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>. Acesso em: 15 jan. 2013).

[315] Pesquisa que realizamos com base em casos julgados pelo CADE de 1999 a 2010 revelou a ocorrência de 64 (sessenta e quatro) Atos de Concentração (ACs) aprovados com restrições à cláusula de não concorrência. Desse total: (i) trinta e nove (57%) dos ACs sofreram restrições em relação ao aspecto espacial; (ii) vinte e cinco (36%) em relação ao aspecto temporal e (iii) cinco (7%) em relação ao aspecto material.

[316] Nesse sentido, vide os Atos de Concentração n.: 08012.008814/1999-32, 08012.007698/2000-11, 08012.006478/2000-24, 08012.001409/2001-13, 08012.004326/2001-78, 08012.002454/2002-68, 08012.003331/2002-44, 08012.003325/2002-97, 08012.009500/2003-31, 08012.000920/2003-51, 08012.001927/2003-91, 08012.005348/2004-06, 08012.002734/2005-19, 08012.007787/2006-15, 08012.005868/2006-72, 08012.012440/2007-67, 08012.012350/2007-76, 08012.009282/2007-68, 08012.010258/2007-71, 08012.009079/2008-72, 08012.006789/2008-41, 08012.005981/2008-10, 08012.004478/2009-28, 08012.007066/2009-40 e 08012.005879/2010-39. Todos podem ser consultados no site do CADE. (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Pesquisa processual**... cit.).

[317] O mercado pode ser definido como "unidade jurídica de relações de troca", na qual a função do Direito é a de reconhecer a dinâmica das trocas operadas nos mercados e adequar-se a ela, desenvolvendo modelos "mais ou menos rígidos ou flexíveis" que sejam aptos a formalizar essas relações de trocas da forma mais eficiente, segura e previsível possível. Assim, todo o mercado revela-se como sendo um *locus aritificialis* regulado por um *estatuto de normas* ou um conjunto de normas jurídicas. (IRTI, Natalino. **Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato**. Op. cit., Introdução, p. 4-5).

[318] GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a empresa e o contrato**. Op. cit., p. 23.

devemos voltar a nossa análise para a função econômica dos contratos empresariais[319] que façam uso da obrigação de não concorrência como meio para atingir os seus fins.

Podemos afirmar que a obrigação de não concorrência proíbe para promover: de uma ponta, proíbe a entrada de um agente econômico em determinado mercado material e geográfico por meio da suspensão temporária do exercício do seu direito à livre iniciativa para, de outra ponta, promover o direito de outro agente econômico de concorrer livremente nesse mesmo mercado, visto que estará isento da concorrência qualificada direta do agente econômico que teve o seu direito à livre iniciativa restrito.

Nesse contexto, a obrigação de não concorrência representa uma restrição material e geográfica temporária ao exercício do direito constitucional de livre iniciativa de determinado agente econômico com o escopo de viabilizar o exercício do direito constitucional de livre concorrência por parte de outro agente econômico e, com isso, franquear a oportunidade de entrada e permanência livre no mercado.

A obrigação de não concorrência, portanto, denota-se pela tutela de um bem jurídico mediante a sua própria negação: a sua presença em instrumentos contratuais obsta o direito de concorrência e livre iniciativa de agentes econômicos com o escopo de tutelar o fomento da própria concorrência nos mercados.

É exatamente esse interessante mecanismo reverso de funcionamento da não concorrência que a torna ferramenta essencial à efetivação de muitos negócios jurídicos e à contribuição para o bom funcionamento dos mercados, conforme veremos nos capítulos 4 e 5.

3.6 Natureza jurídica da obrigação de não concorrência

A natureza da obrigação de não concorrência consiste em *obrigação de não fazer* ou obrigação negativa de abstenção *temporária* de concorrer, competir e rivalizar,

---

[319] "E contrato é, precisamente, o conceito que vem resumir esta realidade complexa, não linear, de progressiva captura das operações econômicas por parte do direito, assim como outros conceitos jurídicos exprimem, sinteticamente, fenômenos de expansão do direito a governar outros comportamentos humanos, até então subtraídos — tal como as operações econômicas — ao seu império, e assim colocadas, como se costuma dizer, num espaço 'vazio de direito'." (ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 16-17).

delimitada no *aspecto material* (produto e/ou serviço) e *espacial* (raio geográfico de atuação no mercado) a que um determinado sujeito (pessoa física, empresário individual e/ou sociedade empresária) se obriga em relação a uma atividade econômica.

> As obrigações de não fazer são as obrigações negativas. [...] A imposição de uma obrigação negativa determina ao devedor uma abstenção que pode ou não ser limitada no tempo. [...] Na realidade, nessa espécie de obrigação, o devedor compromete-se a não realizar algo que normalmente, estando ausente a proibição, poderia fazer. O cumprimento ou adimplemento dessa obrigação dá-se de forma toda especial, ou seja, pela abstenção mais ou menos prolongada de um fato ou de um ato jurídico.[320]

Trata-se também de *obrigação infungível*, que leva em conta as qualidades do devedor (empresário ou sociedade empresária obrigados à não concorrência), devendo recair somente sobre a sua pessoa física ou jurídica (*intuito personae*), sem que haja a possibilidade de transferência da obrigação de seu cumprimento a terceiros.

A condição de infungibilidade da obrigação de não competição é definida tanto pela natureza e circunstâncias da obrigação, como por força contratual e, quiçá, legal, se considerarmos a determinação imposta pelo art. 1.147 do Código Civil, que recai sobre o alienante em relação ao adquirente em caso de trespasse de estabelecimento comercial. A característica *intuito personae* é de suma importância para que seja verificada a ocorrência de inadimplemento dessa obrigação negativa, conforme esclareceremos nos próximos itens.

Também podemos caracterizar a obrigação de não concorrência como *indivisível*, ou seja, somente pode ser cumprida em sua integralidade: "A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico".[321]

Ademais, a obrigação de não concorrência é, em regra, *obrigação acessória*, visto que não nasce e nem subsiste por si mesma, estando sempre atrelada a uma obrigação

---

[320] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 111.
[321] Art. 258 do Código Civil. Op. cit.

principal — a razão da sua existência. A sua característica fundamental é que ela segue a sorte da obrigação principal. Assim, caso a obrigação principal desapareça, a não competição (na qualidade de acessória), terá o mesmo fim.

O negócio jurídico de trespasse empresarial é exemplo de fácil compreensão para ilustrar esse caráter acessório do dever de não competição: no negócio de trespasse de estabelecimento empresarial, a obrigação principal do alienante é a de entregar, mediante pagamento prévio ajustado, o complexo aziendal de sua propriedade ao adquirente, tendo como obrigação acessória o dever de não exercer o seu direito constitucional à livre iniciativa, durante o período máximo de cinco anos consecutivos (podendo constar prazo menor que esse, caso as partes assim convencionem expressamente) a contar a partir da data de trespasse, referente à atividade econômica correlata (ou economicamente substituta) e no mesmo espaço geográfico de atuação do estabelecimento empresarial.

Bulgarelli descreveu da seguinte forma as obrigações do alienante no trespasse: "de dar a entrega do estabelecimento, de fazer (cessão dos contratos em vigência) e de não fazer, consistente na abstenção da concorrência".[322]

A existência da obrigação de não competir pode se dar por duas vias: *legal* ou *contratual*. Será por via legal quando estiver prevista na legislação, como é o caso do art. 1.147 do Código Civil, que impõe aos alienantes, arrendadores e possuidores de usufruto a abstenção concorrencial obrigatória em relação ao estabelecimento empresarial alienado, arrendado ou dado em usufruto para os respectivos adquirentes, arrendatários ou usufrutuários, caso não haja previsão contrária no instrumento contratual que tenha regulado o negócio jurídico correspondente.

Note-se que o artigo em comento dispõe sobre negócios jurídicos específicos: aqueles que envolvem transações de alienação, arrendamento ou usufruto do estabelecimento comercial, garantindo a incidência automática da obrigação de não concorrência nesses negócios jurídicos, não importando se no contrato que os formalize conste ou não a sua previsão. É necessário, apenas, que não conste previsão expressa que isente a aplicação da obrigação negativa naquela transação específica.

---

[322] BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais**: sociedades cooperativas: empresas: estabelecimento comercial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 336.

Será por via contratual quando o dever de não competição advier da vontade das partes contratantes de exercer a prerrogativa de autonomia privada de pactuar negócios jurídicos nos termos que melhor lhes aprouverem e, assim, fazer constar no instrumento contratual a referida obrigação negativa.

A importância do contrato para a realização da atividade econômica pelas sociedades empresárias nunca foi tão relevante quanto em tempos hodiernos, em que se passa a considerar a empresa como nexo de contratos.

Nesse sentido, são diversos os negócios jurídicos pactuados entre agentes econômicos que dependem da incidência acessória da obrigação de não concorrência no âmbito dos seus respectivos instrumentos contratuais para se revestirem de eficácia. Como exemplo, podemos citar, além de outros, o caso dos contratos de *joint-venture*, que regem as relações jurídico econômicas das denominadas "empresas não societárias", conforme exporemos com mais detalhes no item 5.1.

3.7 Interpretação restritiva da obrigação de não concorrência

Considerando a já mencionada natureza acessória da obrigação de não concorrência, bem como sua a condição de excepcionalidade em relação ao princípio constitucional da livre iniciativa, conclui-se que tal obrigação deve ser interpretada restritivamente.

> Uma interpretação restritiva ocorre toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão literal. [...] Assim, por exemplo, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva. No primeiro caso, o *telos* protegido é postulado como de tal importância para a ordem jurídica em sua totalidade que, se limitado por lei, esta deve conter, em seu espírito (*mens legis*), antes o objetivo de assegurar o bem-estar geral sem nunca ferir o direito fundamental que a constituição agasalha. No segundo, argumenta-se que uma exceção é, por si, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar sua natureza.[323]

[323] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 296.

Eros Grau e Paula Forgioni observam que o posicionamento da doutrina e jurisprudência brasileiras em relação à necessidade de interpretação restritiva da obrigação negativa está em consonância com o entendimento francês acerca da matéria, conforme o julgado citado pelos doutrinadores, proferido pela Corte Francesa de Cassação Comercial em 27 de maio de 1997:

> A interpretação de uma cláusula de não concorrência obedece às regras gerais de interpretação dos contratos, em caso de dúvida, ela deve se fazer contra aquele que a estipulou, e em favor daquele que contraiu a obrigação. No entanto, o devedor da obrigação não deve também se aproveitar da imprecisão eventual da cláusula para contornar suas próprias obrigações: a cláusula deve de todo modo ser entendida no sentido em que ela possa ter algum efeito.[324]

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se manifestou pela interpretação restritiva da obrigação de não concorrência, conforme demonstram o excerto e a ementa dos julgados colacionados abaixo:

> [...] sendo a cláusula, na qual se apoia a requerente na medida, restritiva da livre concorrência, deve ser interpretada de modo favorável à requerida (cf. Constituição da República, artigos 170, IV, e 173, § 4°). Tem proclamado a jurisprudência, de resto, que 'a cláusula de proibição negocial de concorrência, quando imposta ao vendedor, é perfeitamente lícita quando limitada no tempo e no espaço'. Havendo, no caso, [...] dúvidas surgidas quanto à sua extensão resolvem-se em benefício daquele que teve a atividade comercial cerceada"[325]
>
> PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VENDA DE PRODUTOS E SERVIÇOS EM NOME DE EMPRESA DE TELEFONIA CELULAR. EXTINÇÃO DO CONTRATO AO TÉRMINO DO PRAZO DE VIGÊNCIA, PLEITO VOLTADO À DETERMINAÇÃO DA OBSERVÂNCIA DE CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL ESPECÍFICA, VEDADA A INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DA RESTRIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. O contrato foi extinto ao fim do prazo de vigência, ante a expressa manifestação de vontade, por parte da ré, quanto à não prorrogação. A cláusula que impede a prestadora de serviços de contratar com outra

---

[324] Tradução livre do seguinte excerto original: "*L'interprétation d'une clause de non-concurrence obéit aux rêgles générales d'interprétation des contrats: dans le doute, elle doit se faire contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation [...]. Toutefois, le dé- biteur de I'obligation ne doit pas pour autant profiter de I'imprécision éventuelle de Ia clause pour contourner ses propres engagements: Ia clause doit tout de mêrne s'entendre dans le sens 'avec lequel elle peut avo ir quelque effet.*" (IZORCHE, Marie-Laure. Corte Francesa de Cassação Comercial, em 27 de maio de 1997).

[325] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 275.361-1/2**. Relator Desembargador Emani de Paiva, j. 8.2.1996.

> empresa concorrente e fazer uso do mesmo local de comercialização é relacionada, tão somente, às situações de resolução (o que pressupõe culpa) e denúncia do contrato antes do esgotamento do prazo de vigência. **Não havendo previsão específica para a situação verificada, não tem a autora fundamento para impor à ré obediência de qualquer limitação, não sendo possível dar interpretação extensiva a estipulações específicas de limitação**.[326]

Nessa linha, concluímos que a natureza acessória da obrigação de não concorrência, aliada à sua condição de excepcionalidade em relação ao princípio constitucional da livre iniciativa, não permite que seja feita interpretação extensiva dos seus termos, devendo a sua interpretação ser feita, quando necessária, de forma restritiva. Em caso de dúvidas acerca do pacto de não concorrência, a sua interpretação pelo operador do direito deverá preferencialmente ser feita em favor de quem se obrigou, ou seja, do devedor (legal ou contratual) da obrigação assumida.

3.8 Harmonização da obrigação de não concorrência com os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência

Visando fechar a questão da constitucionalidade da obrigação de não concorrência, acreditamos necessário o enfrentamento da seguinte pergunta sobre o tema: ao garantir a isenção da concorrência por meio da imposição de obrigação de não competição, não estaria o ordenamento jurídico ceifando o direito de livre iniciativa do empresário obrigado?

A Constituição Econômica de 1988 preocupou-se em garantir a formação de um ambiente concorrencial[327] que force a rivalidade entre as empresas e as leve a buscar constante aprimoramento dos métodos produtivos e organizacionais de forma a proporcionar a redução de preços e melhores condições aos consumidores.

---

[326] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0101632-17.2010.8.26.010**. Relator: Antonio Rigolin, j. 14 ago. 2012, p. 15 ago. 2012.

[327] Ascarelli interpreta a concorrência como fenômeno que deve ser estimulado, pois, assim como os limites ditados pelo Estado, ela também persegue a tutela do interesse público e dos consumidores. Para o jurista, o funcionamento dos mercados é pautado por algumas afirmações: "(i) necessidade de imposição de limites aos pactos privados restritivos da concorrência, (ii) a disciplina da concorrência desleal encontra seu embasamento nas mesmas finalidades da liberdade da concorrência e (iii) a exclusividade que deriva da propriedade de bens imateriais encontra a sua justificativa na promoção do progresso cultural e econômico, independentemente da qual não poderiam existir". (ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza**... Op. cit., p. 31, *apud* FORGIONI, Paula Andréa. Tullio Ascarelli, a teoria geral do Direito... Op. cit.).

A livre iniciativa[328] é instrumental direto de aplicação do princípio da livre concorrência[329] — sendo essencial para a manutenção da ordem econômica na sociedade.[330] Conforme vimos no item 3.5, a obrigação de não competição atua diretamente no exercício do direito à livre iniciativa do empresário, a fim de que outro empresário que tenha com ele transacionado possa exercer o seu direito à livre concorrência.

Nesse contexto, verificamos que o princípio da livre iniciativa é obstado em detrimento do princípio da livre concorrência, resultando a prevalência de um (livre concorrência) sobre o outro (livre iniciativa), o que não significa concluir pela existência de contradição entre os dois princípios.[331]

Isso porque, apesar de se tratarem de normas hierarquicamente equivalentes entre si, a sobreposição de um princípio constitucional em relação ao outro somente foi operada a partir de um juízo interpretativo de ponderação para determinar qual dos princípios serviria com maior efetividade à proteção do bem jurídico carente de tutela naquela situação fática concreta específica, superando-se, nesse exercício lógico, eventuais contradições entre as duas normas.[332]

> Todo esse conjunto de princípios, portanto, há de ser ponderado, na sua globalidade, se pretendermos discernir, no texto constitucional, a definição de um sistema e de um modelo econômico. A Constituição não é um mero agregado de normas; e nem se a pode interpretar em tiras, aos pedaços. Será de todo conveniente, destarte, deitarmos atenção a esse conjunto, o que, não obstante, importará o exame de cada qual de tais princípios, separadamente.[333]

---

[328] Segundo Luís Roberto Barroso, a livre iniciativa como princípio constitucional decompõe os quatro elementos jurídicos: propriedade privada, liberdade de empresa, liberdade de lucro e liberdade de contratar. (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 394).

[329] Nesse sentido, vide o duplo caráter desses princípios constitucionais já explicados no item 1.5. (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. Op. cit., p. 224-225).

[330] "Livre iniciativa e livre concorrência são duas faces de uma mesma moeda, distintas, mas indissociáveis, que consagram o estado liberal, fundado em um modo de produção capitalista e na economia de mercado". (CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. Op. cit., p. 277).

[331] Para Eros Roberto Grau, "não se pode visualizar a ordem econômica constitucional como produto de imposições circunstanciais ou meros caprichos dos constituintes, porém como resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que, de uma ou de outra forma, foram compostos, para como peculiar estrutura ideológica aninhar-se no texto constitucional". (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. Op. cit., p. 194).

[332] Ibidem, p. 194.

[333] Ibidem, p. 196.

Nesse passo, pugnando o princípio da livre concorrência pela regra geral de existência de concorrência ampla entre os agentes econômicos, a obrigação de não concorrer funciona como interdição específica e temporária ao exercício do direito constitucional à livre iniciativa exatamente para servir à promoção da concorrência nos mercados.[334]

A obrigação de não concorrência, conquanto essencial para proporcionar a viabilidade econômica do negócio jurídico, funciona como um antídoto à aplicação ilimitada e irrestrita da livre iniciativa.

Nessa linha, a obrigação de não concorrência representa um freio à livre iniciativa exatamente para viabilizar a livre concorrência, que poderia ser ceifada caso o adquirente de estabelecimento empresarial sofresse ameaça de concorrência qualificada direta do alienante, o qual, em tese, poderia reingressar imediatamente no mercado por meio do exercício do seu direito à livre iniciativa.

Embora a proteção garantida pela cláusula alcance, numa primeira visão, apenas os agentes econômicos envolvidos no negócio jurídico celebrado, é certo que o seu objetivo extrapola o âmbito privado para se inserir num contexto muito maior que compreende o interesse público de preservação de um ambiente concorrencial saudável capaz de fomentar o desenvolvimento econômico do país, reduzindo as falhas de mercado e promovendo o bem-estar do consumidor. A obrigação de não concorrência, portanto, não encerra o seu mister ao interesse individual, visto que também consiste em ferramenta de interesse difuso.

> Não há que se falar, portanto, que a Constituição Federal encerra duas ordens: uma neoliberal e uma intervencionista, dirigista, pois a intervenção estatal tolerada pelo texto constitucional somente deve ocorrer quando necessária para recompor a própria ordem econômica capitalista liberal.[335]

---

[334] O antigo presidente do CADE, Arthur Sanchez Badin, coloca a questão da seguinte forma: "[...] a cláusula de não-concorrência estipulada pelas partes para a viabilização de seu negócio opera como uma **excludente de antijuridicidade** para a regra geral de ilicitude de obrigações que restrinjam a concorrência." Destacou-se. Voto proferido no Ato de Concentração n. 08012.007852/2008-66. Requerentes: Votorantim Cimentos Brasil e Pedracon Mineração Ltda.

[335] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. Op. cit., p. 194.

Importante lembrar, entretanto, que o dever de não competição deve se restringir à materialidade do negócio a fim de que o verso não vire reverso — ou seja, para que a obrigação de não concorrência engendrada para fomentar a concorrência não acabe por ceifá-la, pois conferir-lhe abrangência ilimitada implicaria a extinção do direito à livre iniciativa e, por conseguinte, do exercício de atividade empresarial por parte do obrigado.

Essa extinção não apenas seria inaceitável do ponto de vista jurídico, como também importaria danos à concorrência e implicaria aumento significativo de barreiras a novos entrantes. Por tais motivos, a obrigação de não concorrência deve — em obediência inclusive ao princípio da razoabilidade, conforme veremos a seguir — ter a propagação dos seus efeitos delimitada, para que o seu mister possa ser o de fomentar e não o de ceifar a concorrência.

> Assim como a diferença entre o remédio e o veneno reside na dose, a solução para o aparente paradoxo passa pela exata dosimetria da liberdade de exercício econômico e da concorrência sadia, com as garantias ao empresário, cujos meios de produção foram adquiridos já organizados por terceiro e que também tem o direito de produzir no mercado, competindo em condições de isonomia com os demais players.[336]

A legislação, a jurisprudência e a doutrina civil e antitruste corroboram no refinamento dos métodos capazes de determinar os limites nos quais a obrigação de não concorrência deva ser difundida, a fim de que ela possa continuar sendo utilizada pelo ordenamento jurídico como instrumento de procompetitividade entre os agentes econômicos atuantes nos mercados.

3.9 Binômio necessidade/acessoriedade

Como vimos no item 3.7, a obrigação de não concorrência é acessória ao objeto principal do negócio jurídico cujos objetivos estão inseridos em escala maior do que a simples interdição da competição. Com efeito, para que a sua incidência seja considerada lícita, é necessário que sejam observados dois requisitos sucessivos e cumulativos: (i) a verificação da essencialidade da obrigação negativa à consecução do objeto principal

[336] QUEIROZ, Regis Magalhães Soares. Op. cit., p. 52; p. 119.

engendrado e, em caso afirmativo: (ii) a definição dos limites temporal, espacial e material (bens ou serviços) de interdição da concorrência.

Robert Bork alcunhou esse binômio necessidade/acessoriedade das cláusulas restritivas,[337] (dentre as quais se inclui a cláusula de não concorrência) como *ancillary restraints*[338]:

> [t]o be ancillary, and hence lawful, an agreement eliminating competition must be subordinate to a separate, legitimate transaction. The ancillary restraint is subordinate and collateral in the sense that it makes the main transaction more effective in accomplishing legitimate purposes.[339]

Uma vez constatada a essencialidade da obrigação de não concorrência para a viabilização econômica do negócio jurídico celebrado, deve-se verificar se os aspectos material, temporal e geográfico da cláusula estão em consonância com a atividade empresarial desenvolvida por meio do estabelecimento. Em regra, esses limites serão traçados com base no que se produz e para quem se produz (aspecto material), até onde a produção pode ser comercializada (aspecto geográfico) e por quanto tempo se faz necessária a interdição da concorrência qualificada de um agente econômico em relação ao outro.

Há casos em que a definição desses limites poderá ser facilmente apurada, como no caso dos pequenos estabelecimentos empresariais — por exemplo, uma sapataria: o limite material seria a prestação de serviços de consertos, reparos e limpeza de calçados e bolsas; o limite geográfico seria a maior distância a partir da localização da sapataria em que um consumidor estaria disposto a percorrer para levar os seus sapatos e bolsas para conserto; o

---

[337] As cláusulas restritivas são aquelas que se referem à exclusividade por produto, exclusividade territorial e RPM (*reseale price measure*). Aaron Director foi pioneiro a aplicar a regra da razão nas relações entre empresas e, por meio dela, desvendar que a nem sempre elas representam um ilícito per se, eis que nem sempre ensejariam impactos maléficos ao ambiente concorrencial, podendo, por vezes, ser consideradas apenas como políticas comerciais. O texto de Sam Peltzman a respeito da influência de Director no Direito antitruste demonstra como o professor demonstrou que as práticas de venda casada, predação e RPM podem não se constituir em ilícitos concorrenciais. (PELTZMAN, Sam. Aaron Director's Influence on Antitrust policy. **Journal of Law and Economics**. Chicago: University of Chicago, v. 48, n. 2, p. 313-330, out. 2005).

[338] A mesma doutrina serviu de fundamentação para votos proferidos pelo CADE. Vide voto do Conselheiro Marcelo Caliari no Ato de Concentração n. 163/1997 (Praxair/Rollmaster) e os proferidos pelos Conselheiros Renault de Freitas Castro no Ato de Concentração n. 109/1996 (Procter & Gamble/Bombril); Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado no Ato de Concentração n. 08012.002149/2004-38 (Macroplast Indútria e Comércio de Plásticos Ltda./Basf S.A.); e Luis Fernando Schuartz no Ato de Concentração n. 08012.006456/2006-50 (Empresa de Mineração Caravelas Ltda./ Empresa de Mineração Caravelas Ltda./ Empresa de Mineração Caravelas Ltda.).

[339] BORK, Robert. **The Antitrust Paradox**. New York: Free Press, 1993, p. 43.

limite material seria, dependendo do negócio jurídico celebrado, o que se restringiria, para a maioria da clientela-alvo dessa sapataria, aos consumidores residentes do bairro no qual ela esteja estabelecida. O limite temporal dependeria do tipo de negócio jurídico que tenha a sapataria como objeto, sendo de cinco anos no caso de trespasse de estabelecimento, por exemplo.

Há outros casos, no entanto, em que a definição desses limites não pode ser feita de forma tão trivial, devido, normalmente, à complexidade do negócio jurídico e ao porte econômico das sociedades empresárias nele envolvidas. Para isso, a economia dispõe de modelos microeconômicos capazes de aferir com certa precisão os limites que a produção de um estabelecimento alcança, conforme veremos em detalhes no item 3.10.4.

O princípio da razoabilidade e a regra da razão (*rule of reason*[340]) são instrumentos jurídico-econômicos aptos a verificar quais são os limites máximos tolerados para que a interdição da concorrência seja um meio de se atingir o fim contratual proposto e não acabe por encerrar um fim em si mesmo, caso em que seria considerada ilícita. Prova da utilização da regra da razão para análise de debates envolvendo a obrigação de não concorrência é o julgado do CADE cuja ementa segue transcrita abaixo:

> CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. EXAME PELA REGRA DA RAZÃO. RECONHECIMENTO CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. PRETENDIDA VIGÊNCIA POR DEZ ANOS. ALEGADA SALVAGUARDA DO USO EXCLUSIVO DE CONHECIMENTOS TÉCNICOS. TECNOLOGIA OBSOLETA. REDUÇÃO A CINCO ANOS. VOTO VENCIDO. Uma cláusula de não concorrência sempre encerra efeitos anticoncorrenciais, mas como também pode gerar efeitos pró-competitivos, estes devem ser sopesados pela regra da razão contra os efeitos nocivos.[341]

A sua aplicação, em casos concretos, permite que não se estratifique a tolerância em relação aos limites de incidência da cláusula por meio da estipulação de limites fixos e pré-determinados, pois o que pode ser maléfico em um mercado de alta concentração pode

---

[340] "*The Rule of reason is a legal approach by competition authorities or the courts where an attempt is made to evaluate the pro-competitive features of a restrictive business practice against its anticompetitive effects in order to decide whether or not the practice should be prohibited*." (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. **Glossário**. Disponível em: <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3305>. Acesso em: 13 ago. 2012).

[341] Ato de Concentração n. 08012.001856/02-45. (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Pesquisa processual**... cit.). O Voto informa como precedentes para a sua argumentação os Atos de Concentração n. 08012.000317/99-12 e 08012.0002266/99-46.

não o ser em um mercado altamente pulverizado, de forma que a *rule of reason* é o critério mais eficaz à apuração dos efeitos negativos ou positivos que os contratos empresariais comerciais possam refletir no mercado.

3.10 Limites de incidência

O conteúdo da obrigação de não concorrência é balizado por três aspectos que delimitam o seu conteúdo, fixando o alcance da sua incidência: material, temporal e espacial. Os limites material e espacial são definidos por meio da análise da atividade empresarial: produção (o que se produz e para quem) e escoamento dos bens e/ou serviços produzidos (delimitação da maior área geográfica de comercialização da produção).

3.10.1 Limite material

O aspecto material da obrigação de não concorrência refere-se ao(s) produto(s) e/ou serviço(s) que figurar(em) como objeto do negócio jurídico a ser celebrado entre as partes. A identificação prévia de todos os produtos e/ou serviços que serão objeto material do limite de incidência do dever de não competir é fundamental para que a obrigação negativa contemple também eventuais produtos substitutos àqueles definidos como o *core businness*, a fim de que não se torne inócua.

Como exemplo, podemos citar o caso da manteiga e da margarina. Ambos são bens homogêneos que dependem basicamente dos mesmos insumos, expertise, estrutura operacional e logística para serem produzidos e comercializados. Nesse sentido, podem ser considerados substitutos pelo lado da oferta, pois não seriam necessários investimentos e alterações no maquinário de produção de um para a produção de outro. Assim, um estabelecimento empresarial organizado para a produção de manteiga poderia, a qualquer momento (caso resolvesse), passar a produzir margarina sem dispender tempo e recursos financeiros significativos para isso. E vice-versa.

A substitubilidade pelo lado da demanda, no entanto, é o que determinará se tal produto deverá ou não ser abrangido no aspecto material da obrigação de não concorrência, ou seja, do total de consumidores que consomem manteiga, há alguma parcela que poderia a passar a consumir margarina na ausência de oferta da primeira? A resposta, nesse caso,

certamente será positiva para um determinado percentual de consumidores, que consideram ambos os produtos substitutos entre si. Logo, na hipótese de alienação de estabelecimento comercial produtor de manteiga, a cláusula contratual que impingirá ao alienante o dever de não competir com o adquirente deverá também abarcar o produto margarina, sob pena de o adquirente poder sofrer concorrência qualificada do alienante por meio de produção ofertada no mercado, por este último, de produto substituto.

Assim, o critério de substitubilidade entre produtos é crucial para determinar em relação a quais tipos de bens e/ou serviços existirá ou não concorrência entre dois agentes econômicos ou, em outras palavras, para verificar a existência de "rivalidade de fato"[342] entre eles. Duas sociedades empresárias serão concorrentes entre si se os produtos que comercializarem puderem ser adquiridos, concomitantemente e sem prejuízo substancial do seu conteúdo, pelo mesmo grupo de consumidores.

Nessa linha, um estudo minucioso da doutrina e da jurisprudência nacional elaborado pelos professores Eros Grau e Paula Forgioni permitiu a elaboração de critérios a serem observados para se determinar se dois agentes econômicos são ou não concorrentes, ou seja, se há ou não substitubilidade entre os seus produtos, conforme se reproduz abaixo[343]:

- Se atuam "no mesmo ramo, sob as mesmas condições"[344] ou "na mesma área";[345]
- Se seus produtos são "similares"[346] ou "semelhantes";[347]
- Se comercializam "artigos da mesma espécie";[348]
- Se as empresas possuem a "mesma finalidade"[349] ou "finalidade social semelhante";[350]

---

[342] Cf. DELMANTO, Celso. **Crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Edusp, 1975, p. 103.
[343] GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. **O Estado, a empresa e o contrato**. Op. cit., p. 305.
[344] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 110.957**. Relator Des. Carvalho Filho, j. 19 fev. 1961. Ver também acórdãos publicados nas RT 235/214 e RT 203/319, que fazem referência a "mesmo ramo" e "mesmo ramo de comércio", respectivamente.
[345] BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 116.089**. Relator Ministro Sydney Sanches, RTJ 130/1.191.
[346] BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 67.809**. Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ 56/447.
[347] MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 361/8 I**. Relator Desembargador Sérgio Martins Sobrinho, RT 561/394.
[348] BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 14.586**. Relator Ministro Barros Barreto, Revista Forense 125/179.

- Se as empresas "oferecem a mesma utilidade" para o consumidor ou os "mesmos bens ou artigos";[351]
- Se há "serventia análoga" dos produtos ou se eles possuem "utilidade parecida";[352]
- Se se trata de atividades que "disputam a mesma clientela, oferecendo-lhe os mesmos bens ou as mesmas utilidades";[353]
- Se há "identidade do gênero de indústria e comércio" [354] ou "mesmo gênero de comércio".[355]

Portanto, se, pelo lado da demanda, o consumidor considerar os produtos comercializados por dois agentes econômicos como substitutos quase perfeitos entre si, podem esses dois agentes ser considerados concorrentes. A questão de substitubilidade e dos limites de concorrência será mais bem explicada no item 3.10.4, abaixo, quando definirmos o conceito de mercado relevante.

3.10.2 Limite espacial

O aspecto espacial, por sua vez, será definido com base no raio de incidência de comercialização desse(s) produto(s) e/ou serviço(s), sendo determinado pela menor área geográfica na qual uma sociedade monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que tal aumento implicasse desvio da demanda para outro produto substituto ou para outra região.

3.10.3 Limite temporal

O aspecto temporal refere-se à vigência da obrigação de não fazer no tempo, ou seja, o interregno no qual a obrigação de não fazer permanecerá em vigor, irradiando os seus efeitos. O limite estipulado tem que ser compatível com a estimativa de tempo

---

[349] SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Revisão n. 110.554**. Relator Juiz Adauto Suannes, RT 566/337.
[350] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 187.415-2**. Relator Desembargador Bueno Magano, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 138/271.
[351] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 39.541**. Relator Desembargador João M. C. Lacerda, RT 178/216.
[352] DELMANTO, Celso. Op. cit., p. 21.
[353] CAMPOS, Francisco. Nome comercial. **Revista Forense**, v. 68, n. 238, p. 65, abr./jun. 1972.
[354] DUVAL, Hermano. **Concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 402.
[355] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Petição n. 165.987**. Relator Desembargador Pacheco de Mattos, RT 394/181.

necessário para que o novo entrante possa se estabelecer no mercado relevante do produto sem sofrer turbações de quem não lhe pode fazer concorrência.

3.10.4 Definição de mercado relevante

A microeconomia desenvolveu um modelo denominado "teste do monopolista hipotético" para determinar de forma objetiva os limites que devem nortear a obrigação de não concorrência, por meio de aferição: (i) da substitubilidade dos produtos em análise e (ii) do raio (em distância) da menor área do mercado em que seja viável a atuação do monopolista.

Esses marcos limitantes são denominados "mercados relevantes" e são imprescindíveis para se auferir o grau de nocividade da cláusula de não concorrência em relação ao ambiente concorrencial e, caso extrapolem o limite máximo de incidência permitida antes de se tornarem uma ameaça à concorrência e, consequentemente, ao funcionamento eficiente do mercado, podem sofrer restrições impostas pela intervenção estatal que irá analisar os impactos anticoncorrenciais da cláusula de não concorrência no mercado.[356]

A aferição dos limites de comercialização de bens e serviços se dá pela análise de três aspectos (também denominados "dimensões" pela doutrina) dos mercados: o aspecto material (ou "substancial" ou "do produto"), o aspecto espacial (ou "geográfico") e o aspecto temporal.[357, 358]

Esses "aspectos" ou "dimensões" dos mercados são denominados de "mercados relevantes" na literatura econômica e no Direito Antitruste, e são conceituados como "[...]

---

[356] "Por que definir mercados? A reposta mais simples tem como fundamento a concorrência, a determinação de poder de mercado em mercado relevante e seus efeitos [...]. Isso também facilita determinar o tamanho e a distribuição das empresas segundo as suas respectivas participações no mercado [...]". (SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. 2. ed. Op. cit., p. 37 Destacou-se).

[357] "Às tradicionais dimensões geográfica e do produto acrescenta-se, portanto, a dimensão temporal. Na verdade, a análise neoclássica tradicional leva em conta na definição de mercado o elemento temporal. Sua discussão é incluída nos mercados geográfico e de produtos, permitindo restringir ambas as definições [...] em caso de existência de poder na perspectiva temporal, ou seja, em presença de barreiras à entrada" (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 90).

[358] A descrição das etapas necessárias à aferição do mercado relevante temporal demanda abordagem mais extensa de conceitos microeconômicos, motivo pelo qual não nos deteremos nesse aspecto.

aquele[s] em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado".[359]

A análise desses limites de comercialização faz-se possível por meio da aplicação de modelos econômicos[360] que permitem a identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores (lado da demanda) e produtores (lado da oferta), que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e a quantidades dos produtos e serviços produzidos e ofertados no mercado por empresas ou indivíduos autônomos,[361] permitindo, igualmente, a avaliação do poder de mercado[362] e do nível de concorrência entre agentes econômicos.[363]

Assim, um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma sociedade empresária monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório, aumento de preços, sem que, com isso, os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito.[364]

O estabelecimento dessas definições (geográfica, material e temporal) parte da verificação da reação dos consumidores (lado da demanda) e dos produtores (lado da

---

[359] FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. Op. cit., p. 199.

[360] Embora parte da doutrina antitruste relacione a utilidade desses modelos econômicos somente à verificação de poder de mercado das empresas, ressalte-se que tais instrumentos são também úteis para outros escopos conforme esclarece Paula Andréa. Forgioni, Ibidem, p. 199.

[361] BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal**. Brasília, 2001, p. 9. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias>. Acesso em: 22 mar. 2011.

[362] Segundo Rachel Sztajn, poder de mercado pode ser "considerado como a aptidão de aumentar os preços dos produtos acima dos níveis concorrenciais sem experimentar perdas nas operações dos concorrentes, atuais ou futuros, constitui poder de mercado que é característico dos monopólios. Em linguagem econômica, diz-se que a demanda é inelástica ou que a elasticidade de preço (variação da demanda na razão inversa da variação do preço) é desprezível ou, ainda, quando a elasticidade cruzada de preço é igualmente desprezível." (SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. 2. ed. Op. cit., p. 53).

[363] "A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A idéia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo." (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia prático**: a defesa da concorrência no Brasil. 3. ed., São Paulo: CIEE, 2007, p 23. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 13 out. 2012).

[364] BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia prático do CADE**. Op. cit., p. 23.

oferta) a mudanças nos preços relativos. Em regra, o grau de substituição entre os produtos ou fontes de produtores será maior dentro dos limites de um mercado do que fora deles.[365]

Isso significa dizer que, para determinar qual o mercado em que se encontra um agente econômico fabricando o produto "X", é necessário verificar (a) que produtos o consumidor (demanda) vê como substitutos de "X" e (b) quais novos produtores podem razoavelmente entrar no mercado de "X" para produzi-lo.[366]

Seguindo o raciocínio de Calixto Salomão Filho e a análise neoclássica tradicional, acrescentaríamos, ainda, mais uma alínea concernente a (c) o tempo de entrada de novos produtores no mercado de "X", para o que se avaliaria se a possível entrada de novo *player* no mercado seria "provável, tempestiva e suficiente".[367]

Assim, denomina-se teste do "monopolista hipotético"[368] o instrumental analítico atualmente utilizado[369] pelos estudiosos para a aferição do grau de substitutibilidade entre bens ou entre serviços e, por conseguinte, para a determinação do mercado relevante em termos (i) dos produtos e/ou serviços[370] que o compõem (dimensão do produto), (ii) da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica) e (iii) da tempestividade de entrada de novos concorrentes no mercado.

O procedimento inicia-se a partir da eleição, para análise, de um produto específico em relação ao qual se demarcará (i) a área específica na qual esse bem é produzido e vendido pelas empresas e (ii) a extensão territorial de atuação dessas empresas. A partir dessas demarcações, o teste verificará se o resultado final de um eventual "pequeno, porém significativo e não transitório", aumento de preços praticado pela empresa detentora de

---

[365] BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Guia para análise econômica**... Op. cit., p. 9.
[366] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. Op. cit., p. 90.
[367] Para informações sobre o conceito de "entrada provável, tempestiva e suficiente", vide BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Guia para análise econômica**... Op. cit., p. 12-13 e BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n. 08012.000212/2002-30**. Requerentes: Pepsico, Inc. e Indústria Brasileira de Bebidas. Voto do Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo, p. 12-13. Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000009101386.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2011.
[368] BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Guia para análise econômica**... Op. cit., p. 9.
[369] Existem outros modelos econômicos além do "teste do monopolista hipotético" também válidos à definição dos mercados relevantes, conforme informa Calixto Salomão Filho (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. Op. cit., p. 90-122).
[370] De agora em diante, denominados simplesmente "produtos", para fins de simplificação.

maior *market share* na estrutura de oferta desse mercado conferir-lhe-ia a condição de monopolista naquela área demarcada.[371]

Se a resposta for negativa, ou seja, se o suposto monopolista não considerar o aumento de preços rentável, acrescentar-se-á à definição original de mercado relevante material outro produto que seja o substituto mais próximo do produto inicialmente analisado, demarcando-se, novamente, a área específica mais próxima da originalmente analisada, na qual esse bem substituto seja produzido e vendido, e a extensão territorial de atuação das empresas produtoras desse bem substituto.[372]

A repetição desse exercício dar-se-á de forma sucessiva até que seja identificado um grupo de produtos e um conjunto de localidades para os quais a imposição de um "pequeno, porém significativo e não transitório", aumento dos preços seria economicamente interessante para determinada empresa capaz de deter o monopólio da comercialização de um bem de sua produção dentro da sua área de atuação.[373]

A identificação do primeiro grupo de produtos e localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um "pequeno, porém significativo e não transitório", aumento dos preços definirá a delimitação (i) do mercado relevante material — composto pelo produto ou pelo menor grupo de produtos — e (ii) do mercado relevante geográfico[374] — composto pela localidade ou localidades correspondentes à área de atuação da(s) respectiva(s) da(s) empresa(s) produtoras.[375]

O mercado relevante constituir-se-á do menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer o poder de mercado.[376]

---

[371] BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Guia para análise econômica**... Op. cit., p. 9.
[372] Ibidem, p. 9.
[373] Ibidem, p. 9.
[374] "*The size of the geografic market depends on the nature of the product and of the people who buy and sell it*." (HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**: the Law of Competition and its Practice. St. Paul, West Publishing, 1994, p. 108).
[375] BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Guia para análise econômica**... Op. cit, p. 9.
[376] Ibidem, p. 9.

Assim, o teste do monopolista hipotético é de suma importância, tanto para a análise do exercício de poder de mercado quanto para a identificação dos limites dos mercados existentes, eis que delimita o início, o fim e a interseção desses mercados.

A delimitação das fronteiras dos mercados também viabiliza a análise da demanda aos mercados, ou seja, a identificação do grupo de consumidores que acessam esse ou aquele mercado.

Após a identificação do produto objeto de desejo e depois de tomada a decisão de sua aquisição, o agente econômico (pessoas/empresas que realizam trocas) precisará, primeiramente, identificar os lugares onde tais produtos são comercializados e avaliar se a distância a ser percorrida para a sua obtenção encontra-se dentro não apenas de suas possibilidades de locomoção, mas, principalmente, dentro da sua vontade e da sua disponibilidade de tempo de se locomover até a(s) localidade(s) de comercialização do referido produto para poder, enfim, levar a aquisição a cabo.

A identificação do produto sobre o qual recai determinada necessidade normalmente não constitui tarefa de grande complexidade. No entanto, a pesquisa da localização das empresas que oferecem o produto desejado, principalmente na hipótese da existência de uma multiplicidade de empresas homogeneamente viáveis ao atendimento dessa demanda, remete o consumidor ao dilema de onde comprar.

Essa tomada de decisão não implicará apenas e tão somente a questão do "preço", mas, também, outros fatores importantes para o processo de aquisição de determinado produto, como a distância a ser percorrida entre este ou aquele estabelecimento comercial ofertante, a qualidade de atendimento do ofertante, a qualidade do produto ofertado, a reputação dos ofertantes, o tempo de garantia, a rede de atendimento no pós-venda, etc.[377]

---

[377] "Do ponto de vista econômico, o comportamento do consumidor individual é o objeto básico da teoria do consumidor e explica como esses indivíduos são orientados no processo de tomada de decisão. Até meados do século XX a Teoria Econômica Clássica, ou Teoria da Utilidade Esperada, explicou o comportamento do consumidor a partir da premissa de que os indivíduos são racionais nas suas escolhas. No entanto, uma série de pesquisas relevantes para a área de estudos relacionada ao comportamento do consumidor tem considerado que as decisões dos consumidores não são plenamente racionais. Por outro lado, os fatores mercadológicos permitem considerar que este processo é bastante complexo e que o comportamento dos indivíduos pode ser afetado por distintas variáveis ambientais e sociais, que orientam a busca de justificativas para determinados comportamentos de consumo. [...] O processo de tomada de decisão do consumidor individual permite a identificação do mapa mental com base nas atividades que ocorrem quando as decisões de compras são formadas. Esse modelo possibilita a identificação da forma como as diferentes variáveis

Soma-se ao processo decisório o tempo e o esforço despendidos no próprio processo decisório para a composição da análise de custo-benefício que determinará o lugar no qual o produto objeto de desejo será adquirido.[378]

Nesse sentido, o lugar de aquisição é, normalmente, a maior dúvida dos indivíduos que vão ao mercado na busca da satisfação de suas necessidades, motivo pelo qual o "lugar" ganha papel de destaque na tomada de decisão de compra. Essa importância que recai sobre o lugar de aquisição de compra pode ser a explicação plausível pela qual o mercado é, tantas vezes, definido na doutrina jurídica e econômica como o "lugar" onde se realizam trocas.

Por vezes, os limites das condições reais de concorrência podem variar em relação aos limites definidos pelo modelo microeconômico acima mencionado.

Como exemplo, podemos citar um caso concreto de divergência entre o limite espacial real de atuação de um agente econômico no mercado de exploração e comercialização de rocha britada em relação ao raio de setenta e cinco quilômetros já definido pela jurisprudência do CADE como sendo o mercado relevante geográfico para aquele mercado.

---

internas e externas afetam como os consumidores pensam, avaliam, agem e reagem às ações de marketing das empresas (Blackwell, 2005)." (QUEIROZ, Renata S. Bernardes de; ANGELO, Claudio Felisoni de; QUEIROZ, Mauricio Jucá de. **Influência do efeito "*framing*" na preferência pelo parcelamento no varejo**. *In*: 13 SEMINÁRIO DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL DAS ORGANIZAÇÕES – SEMEAD. São Paulo: Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo, 9 set. 2010. Disponível em: <http://www.ead.fea.usp.br/semead/13semead/resultado/trabalhosPDF/553.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011, p. 2-3).

[378] "No processo de tomada de decisão de compra, os consumidores normalmente passam por alguns estágios, sendo o primeiro deles a identificação de necessidades. Uma vez que os indivíduos reconhecem uma necessidade, partem ativamente em busca de informações sobre as alternativas existentes para atendê-las, com o intuito de encontrar as melhores opções disponíveis no mercado e as melhores ofertas no varejo. No entanto, quando estão menos conscientes de suas necessidades, os consumidores ficam mais receptivos às informações ao seu redor e aos estímulos do ambiente e é neste estágio que acabam sofrendo forte influência do ambiente externo. No estágio seguinte, avaliam o que e onde vão comprar e aplicam critérios de avaliação individuais e ambientais na escolha dos produtos e serviços, mas também do ponto de venda. Essa etapa permite a avaliação das alternativas identificadas e a comparação do que conhece sobre os produtos, marcas, serviços, distribuição e preço, de forma a reduzir o número de alternativas até a escolha da melhor delas com base em critérios objetivos e subjetivos. É nessa etapa do processo que se observa o efeito das mudanças na maneira como um problema é apresentado nas preferências entre duas ou mais alternativas decisórias e nas escolhas dos consumidores. A etapa seguinte é a efetivação da compra, com a escolha do produto e marca, além do vendedor ou canal de venda, uma vez que os consumidores são também influenciados no ponto de venda, com promoções e ações de comunicação que podem levá-lo à compra de outro produto ou ainda induzirem a aquisição de mais produtos, seguido pela etapa de posse e avaliação da compra passando a avaliação pós-consumo (Blackwell, 2005)." (Ibidem, p. 3).

Em 2009, a Votorantim Cimentos S.A., por meio da sua subsidiária integral Pedra Negra Ltda., adquiriu determinados direitos minerários de titularidade legitima e exclusiva da Pedreira Gerval Ltda., voltados à extração, beneficiamento e comercialização de rocha britada no município de Pederneiras, interior do estado de São Paulo.

Seguindo a jurisprudência do CADE, o mercado relevante geográfico dessa operação deveria ser delimitado num raio de setenta e cinco quilômetros de distância a partir da localização dos direitos minerário adquiridos no município de Pederneiras, visto que essa seria a maior distância economicamente viável em que um *player* atuante nesse mercado conseguiria transportar a rocha britada extraída para poder comercializá-la de forma a obter lucro.

Antes da realização da mencionada operação, a Votorantim já possuía unidade de extração de brita localizada na cidade de Jaú (SP), município distante apenas vinte e oito quilômetros do município de Pederneiras e, portanto, inserido dentro do raio definido como sendo o mercado relevante geográfico dessa transação, fato que implicaria, em tese, a configuração de sobreposição horizontal entre as atividades das unidades de rocha britada de Jaú e Pederneiras, levando o CADE a somar o volume total de rocha produzida a partir das duas pedreiras para verificar o percentual de participação da Votorantim na estrutura de oferta daquele mercado.

No entanto, não obstante a distância entre Jaú e Pederneiras seja inferior a setenta e cinco quilômetros, há entre esses municípios um pedágio bidirecional, cujo custo de ida e vinda de um caminhão transportador de rocha britada não incentivaria o estabelecimento de competição entre a oferta de brita proveniente de Pederneiras em relação a Jaú.

Por esse motivo, a Votorantim defendeu a existência de dois mercados relevantes distintos nessa região: o de Jaú e o de Pederneiras (que se estenderia a leste do estado de São Paulo somente até a localização do pedágio bidirecional instalado na entrada de Jaú, ou seja, a vinte e oito quilômetros de distância das unidades de brita adquiridas).

No julgamento desse Ato de Concentração, ocorrido em 14 de setembro de 2011, o Conselheiro Relator Olavo Zago Chinaglia[379] acatou os pareceres emitidos pela SEAE e pela SDE acerca da operação, bem como a tese formulada pela Votorantim, e aprovou a operação em comento sem restrições, por entender que, dada a inviabilidade econômica da venda da brita em um raio de setenta e cinco quilômetros, em função do custo do pedágio entre os municípios de Pederneiras e Jaú, as respectivas pedreiras pertenceriam a mercados relevantes distintos, não havendo aumento do grau de concentração em decorrência da operação.

O exemplo do caso descrito acima demonstra a necessidade de que o julgador empregue grande cautela no julgamento de casos envolvendo transações econômicas entre sociedades empresárias, devendo sempre fazer uso do princípio da razoabilidade e da regra da razão.

Afinal, as atividades empresariais dos agentes econômicos estão normalmente inseridas em mercados concorrenciais que, por sua natureza intrínseca, são dinâmicos e mutáveis. Nas palavras de Fabrício Zamprogna Mattielo, "o ato de concorrer não pode ser analisado sob uma ótica rígida e taxativa, devendo o exame atentar para todos os fatores objetivos e subjetivos presentes na espécie concretamente verificada".[380]

3.11 Descumprimento da obrigação de não concorrência

Como vimos, o Estado somente está legitimado a intervir na autonomia privada se o fizer na medida exata para proteger a livre concorrência e livre iniciativa e corrigir eventuais falhas de mercado: nem mais, nem menos. Nas palavras de Hovenkamp,[381] uma das tarefas mais difíceis da política antitruste é avaliar os custos e os benefícios sociais oriundos de acordos entre competidores, entre eles a obrigação de não concorrência.

A empreitada de fiscalização dos efeitos que as cláusulas de não concorrência geram no âmbito público (preservação da competição nos mercados concorrenciais) e no

---

[379] Voto proferido pelo Conselheiro Olavo Zago Chinaglia nos autos do Ato de Concentração n. 08012.0034963/2009-84. (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Pesquisa processual**... cit.).
[380] MATTIELO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil comentado**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 712.
[381] HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**. 5. ed. St. Paul: West Group, 2005, p. 145.

âmbito privado (relação jurídica dos particulares) fica a cargo do Poder Judiciário e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Assim, agentes econômicos que se sintam prejudicados pelo descumprimento do dever de não competição ou pelos limites de incidência estipulados para a sua vigência podem se utilizar das vias judiciais ou antitruste para a resolução da questão.

No âmbito privado, o descumprimento da obrigação de não concorrência — conste ela de forma explícita ou implícita no contrato, como nos casos de negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento empresarial (art. 1.147 do Código Civil) — pode implicar a propositura de ação judicial de obrigação de não fazer pelo sujeito ativo (credor) com pedido de tutela antecipada para que o sujeito passivo (devedor) cesse imediatamente todas as atividades empresariais que deveriam estar interditadas em razão da incidência da cláusula de não competição.

Haverá o descumprimento da obrigação quando o sujeito passivo desrespeitar o dever de se abster de concorrer com o sujeito ativo nos limites determinados pela cláusula de não competição, seja agindo em nome próprio ou em nome de interposta pessoa (física) ou jurídica) para exercer a atividade empresária proibida, tais como: (i) terceiros indivíduos, incluindo, mas não se limitando a parentes; (ii) outras sociedades empresarias nas quais detenha participação societária.

Além da determinação judicial para que o inadimplente cesse por si ou por terceiros todas as atividades empresariais que estejam transgredindo o dever de não concorrência, o provimento judicial ainda poderá condená-lo ao pagamento de multa contratual (caso prevista), além de indenização por danos materiais (no caso de lucros cessantes[382] em decorrência do desvio de clientela ocasionado pela concorrência qualificada) e morais (como no caso de ocorrência concomitante de uso indevido de marca[383] e danos à reputação empresarial do sujeito ativo).

---

[382] A mensuração de lucros cessantes, nesse caso, demandaria elaboração de minucioso laudo pericial contábil que, dentre outras coisas, deveria considerar questões macroeconômicas para compor o cálculo de perda de faturamento do sujeito ativo, a fim de ponderar a parcela dos prejuízos que são efetivamente decorrentes do desvio de clientela pela concorrência qualificada do sujeito ativo, a fim de que haja determinação precisa do nexo causal entre o descumprimento da obrigação e o dano dela decorrente.

[383] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0016168-60.2009.8.19.0001**. 19ª Câmara Cível, j. 01 fev. 2011.

Os tribunais pátrios têm agido com bastante rigor nos casos de descumprimento da obrigação de não concorrência, deferindo pedidos de antecipação de tutela culminado com incidência de multa diária para que o sujeito passivo (devedor) cesse imediatamente as atividades concorrenciais qualificadas em prejuízo do sujeito ativo (credor), conforme se depreende do julgado abaixo da lavra do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> TUTELA ANTECIPADA - Ação de obrigação de não fazer cumulada com ressarcimento de danos - Deferimento em primeira instância de tutela antecipada para determinar que os recorrentes se abstivessem de exercer atividade concorrente à da autora, sob pena de pagamento de multa diária fixada em R$ 10.000,00 por dia, por clínica, até o máximo de 365 dias - Agravo de instrumento voltado à revogação da antecipação de tutela - Existência de cláusula de não concorrência -Obrigatoriedade de não concorrência - Validade - Abusividade identificada somente no que se refere à inexistência de limitação territorial [...] Manutenção da abstenção consignada na r. decisão agravada, ficando os recorrentes impedidos de praticarem atividade concorrente à da agravada na cidade de Jundiaí - Determinação que se estende também ao segundo endereço constante na peça inicial, pois comprovado que a clínica lá situada envolve os mesmos sócios da unidade franqueada e desempenha atividade complementar e semelhante à que lhes é vedada - Recurso não provido neste aspecto. MULTA DIÁRIA - *Astreinte* fixada em R$ 10.000,00 por dia, até o máximo de 365 dias - Excesso - Caracterização - Limite fixado em R$ 100.000,00 que se revela suficiente, especialmente se considerada a prefixação de perdas e danos prevista no mesmo valor em cláusula contratual estipulada entre as partes - Recurso parcialmente provido para aplicar a redução da multa diária - Voto vencido. DISPOSITIVO: Deram parcial provimento ao recurso, por maioria. Voto vencido incorporado ao acórdão.[384]

No julgado abaixo, houve comprovação do descumprimento do dever de não concorrência por meio de interposta pessoa (no caso, filha da obrigada), bem como imposição de indenização por danos materiais arbitradas em 40% (quarenta por cento) do valor estipulado para alienação do estabelecimento empresarial.

> Venda de estabelecimento empresarial. Trespasse. Salão de beleza. Cláusula de não concorrência que se considera presente se o contrato não é expresso na permissão para abertura de igual atividade nos próximos cinco anos a partir da venda. Interpretação do artigo 1147 do Código Civil. Hipótese que se ajusta ao caso concreto [...] pela abertura de salão em nome da filha e a perda de clientela. Perdas e danos devidas e arbitradas em 40% do valor da venda. Recurso parcialmente provido para tanto.[385]

---

[384] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0008201-64.2012.8.26.0000**. Voto n. 27.541. Relator Ricardo Negrão, j. 16 out. 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6400735>. Acesso em: 2 nov. 2012.

[385] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0007726-76.2010.8.26.0001**. Voto n. 27.541. Relator:

Assim como a doutrina e a jurisprudência antitruste, julgados versando sobre o descumprimento da obrigação de não concorrência no âmbito privado também atentam para a necessidade de estipulação contratual dos limites temporal, espacial e material da obrigação, conforme abaixo:

> CONTRATO. **Obrigação de não fazer**. Celebração de contrato no qual os vendedores de estabelecimento comercial obrigaram-se a não se estabelecer no mesmo ramo de negócio, no raio de 2000 metros. Cláusula que somente fixou limitação no espaço [...] **a) a cláusula de proibição negocial de concorrência imposta ao vendedor do fundo de comércio somente tem validade quando limitada no tempo e no espaço, coisa que não ocorre na hipótese dos autos, em que a limitação temporal é inexistente, cuja circunstância também não permite que a mesma seja tida como se fosse por prazo indeterminado**; b) **a cláusula proibitiva em debate deve sér objeto de interpretação que busque o verdadeiro objetivo ide sua existência que, no caso, foi a preservação da freguesia, e não a perpétua reserva de mercado em um segmento comercial dentro de determinado território, sem a concorrência dos réus- apelantes**; c) ainda que se entenda haver sido a convenção de não restabelecimento de atividade negociai celebrada por prazo indeterminado, esta é passível de rescisão unilateral por qualquer das partes sem que se tenha a obrigação de indenizar; e d) **considerando o caráter acessório da obrigação de não fazer em questão, sua garantia não pode perdurar após a perda de objeto do bem negociado**, ou seja, do fundo de comércio que restou descaracterizado com a mudança, pelo próprio autor - apelado, do ponto comercial. Ação de indenização em razão da desobediência da referida cláusula julgada procedente. Recurso provido em parte.[386]

No âmbito público, todos os contratos celebrados entre agentes econômicos que tenham a sua eficácia condicionada à aprovação do CADE, conforme critérios de submissão obrigatória exposto no item 1.8, terão as eventuais cláusulas de não concorrência contidas em seu bojo analisadas pela Autoridade Antitruste, que, caso entenda que a sua previsão é desnecessária à consecução do objeto do negócio (como nos casos de simples venda de ativos e não do estabelecimento empresarial como um todo) ou que a sua delimitação espacial, temporal e material extrapola as características e os limites

---

Maia da Cunha, j. 11 dez. 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6400735>. Acesso em: 12 dez. 2012.

[386] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 9137211-96.1998.8.26.0000**. Relator Oséas Davi Viana, j. 21 ago. 2002. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=435308>. Acesso em: 13 out. 2012.

de produção, determinará em seu julgado a retirada[387] do instrumento contratual ou, ainda, a alteração da sua redação para que se adeque aos mercados relevantes envolvidos.[388]

As estatísticas do CADE para o ano de 2012 evidenciam esse fato: do total de 825 (oitocentos e vinte e cinco) Atos de Concentração submetidos nesse ano, 36 (trinta e seis) foram aprovados com imposição de restrições, sendo que mais de 85% (oitenta e cinco por cento) das restrições referiram-se à adequação de cláusulas de não concorrência.[389]

Os instrumentos contratuais que não devam passar pelo crivo obrigatório do CADE, mas que contenham cláusulas de não concorrência em dissonância com os limites a que deveriam se restringir, ou, ainda, que não guardam relação de acessoriedade com o objeto do negócio jurídico, também podem ser levados ao conhecimento da Autoridade Antitruste para análise da sua licitude do ponto de vista concorrencial, que será feita por meio da abertura de um processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica, nos termos do art. 36 da Lei n. 12.529/2011 abaixo transcrito:

> 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:
> [...]

---

[387] Ementa: "Ato de Concentração. Operação em âmbito nacional. Aquisição, pela Monsanto do Brasil Ltda. da totalidade do capital social da Agroeste Sementes S.A. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei 8.884/94. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado relevante nacional de sementes de milho híbrido de alto, médio e menor investimento. Parecer da SEAE pela aprovação sem restrições. Parecer da ProCADE pela aprovação condicionada à exclusão da cláusula de não-concorrência. Redução do prazo da cláusula de não-concorrência para cinco anos. Aprovação da operação com restrições" (Voto do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva no Ato de Concentração n. 08012.012229/2007-44). No mesmo sentido, vide Ato de Concentração n. 08012.007861/2001-81. (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Pesquisa processual**... cit.).

[388] "Quanto à dimensão temporal da cláusula de não concorrência, no caso ora em análise, há arrendamento de ativos de empresa inativa para a produção de brita, que é produto pouco sujeito à fidelidade à marca, por empresa arrendadora mais conhecida pelo Mercado do que a empresa arrendatária. Logo, não há razão de contrariar o limite temporal sumulado, já que o valor protegido, qual seja, o fundo de comercio, não será exposto a risco aqui." (Voto do Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho no Ato de Concentração n. 08012.005879/2010-39. (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Pesquisa processual**... cit.).

[389] BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Balanço 2012**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/BALAN%C3%87O%20CONSOLIDADO%20-%202012.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2012.

> III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;[390]

Caso seja constatada a utilização abusiva ou despropositada da obrigação negativa, o CADE poderá determinar a sua retirada ou adequação dos seus termos, dependendo do caso, além de aplicar multas aos agentes econômicos envolvidos e sansões penais, conforme dispõem os arts. 37 e 38 da Lei n. 12.529/2011, *in verbis*:

> Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:
> I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;
> II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);
> III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.
> § 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.
> [...]
> Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:
> I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;
> II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;
> III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
> IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
> a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

---

[390] BRASIL. **Lei n. 12.529/2011**. Op. cit.

> b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
> V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
> VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e
> VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.[391]

Nesse sentido, caso o CADE conclua que a obrigação de não concorrência está sendo aplicada pelos agentes econômicos apenas para promoção de seus interesses egoísticos no sentido de maximizarem o seu próprio bem-estar em detrimento do bom funcionamento do mercado ou, ainda, mediante abuso de poder econômico, o órgão poderá exigir a sua retirada ou adequação aos limites necessários à preservação da concorrência, podendo, ainda, promover a instauração de processo administrativo para apuração de prática anticoncorrencial.

O debate sobre a incidência e os limites da obrigação de não concorrência nos contratos empresariais tem ganhado cada vez mais força, na medida em que cresce, cada dia mais, a importância do contrato para a realização de atividades empresariais por agentes econômicos, conforme veremos na segunda parte desta dissertação.

---

[391] BRASIL. **Lei n. 12.529/2011**. Op. cit.

Segunda Parte:
OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Objeto e objetivo da segunda parte

Definidos os conceitos necessários e vincado o nosso posicionamento acerca deles, podemos prosseguir no presente trabalho, passando a analisar a interação da obrigação de não concorrência nos contratos empresariais.

Conforme já informamos anteriormente, apesar de a disposição legislativa contemplar expressamente a incidência automática do dever de não competição apenas nos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento empresarial, essa obrigação negativa também é corriqueiramente contemplada em outros tipos de contrato, o que será demonstrado na segunda parte dessa dissertação.

O nosso objetivo nessa segunda parte é demonstrar que apesar de o dever de não competição figurar como obrigação acessória, a função que ele exerce nos negócios jurídicos é determinante para conferir eficácia às obrigações principais assumidas pelos contratantes.

Espera-se que a análise individual de cada contrato empresarial relacionado nos três capítulos dessa segunda parte sirva para comprovar as funções da obrigação de não concorrência que expusemos no item 3.5, quais sejam: (i) proteger a legítima expectativa das partes contratantes (condição de eficácia); (ii) constituir ferramenta para que os contratos empresariais atinjam o seu escopo de lucro (racionalidade econômica); e (iii) promover os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (interesse público).

4 NÃO CONCORRÊNCIA NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS ENVOLVENDO O ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Conforme vimos no capítulo 2, o estabelecimento empresarial constitui uma universalidade de fato composta de bens heterogêneos (corpóreos e incorpóreos) que integram o patrimônio do empresário, independentemente do título em razão do qual esses bens estejam à disposição do estabelecimento.[392] Isso porque os bens que compõem o estabelecimento, enquanto empregados na atividade empresarial, pertencem juridicamente somente ao titular do empresário, mesmo que sob diversos títulos de posse ou de propriedade.[393]

A relação jurídica que vincula o empresário ao estabelecimento encontra amplo debate na doutrina,[394] sobressaindo-se o entendimento de Oscar Barreto Filho, para quem a heterogeneidade dos elementos que compõem o complexo aziendal, bem como a relação jurídica desses com o empresário (que pode ou não ser efetivo proprietário desses bens), não autoriza a averbação da tese que defende a relação de propriedade entre um e outro.

O estabelecimento pode ser considerado objeto unitário de direito no sentido de propriedade dinâmica, ou seja, enquanto servir de instrumento para a realização da atividade empresarial. Essa "relação de pertinência subjetiva"[395] não envolve necessariamente o sentido de propriedade estática.[396]

Visando solucionar a questão, Ascarelli[397] propôs a classificação da titularidade do estabelecimento em dois tipos: a *primária*, denominada "propriedade sobre o conjunto", e a *secundária*, que diria respeito apenas à possibilidade de fruição do estabelecimento, perdurando a obrigação de restituí-lo ao seu titular.[398] De acordo com essa divisão, a titularidade primária seria aquela transferida nos negócios jurídicos translativos do

---

[392] CASANOVA, Mario. Op. cit., p. 8.
[393] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit., p. 192.
[394] Mario Rotondi entende que o empresário é proprietário do estabelecimento empresarial. (ROTONDI, Mario. **Trattato**... Op. cit., v. 1, p. 358).
[395] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit., p. 192.
[396] Ibidem, p. 191-193.
[397] ASCARELLI, Tullio. **Corso di Diritto Commerciale**. Op. cit., p. 329.
[398] Teoria explicada por BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit., p. 195.

estabelecimento empresarial (trespasse), enquanto que a titularidade secundária seria a transmitida nos negócios jurídicos constitutivos (usufruto e arrendamento).

Foi por esse motivo que ao longo da presente dissertação sempre nos utilizamos e continuaremos a nos utilizar do termo "titular"/"titularidade" do estabelecimento e não "proprietário"/"propriedade para nos referirmos à relação empresário/estabelecimento.

A definição prévia dos conceitos de titularidade primária e secundária é necessária à integral compreensão dos próximos itens a serem desenvolvidos.

4.1 Contrato de trespasse

A doutrina[399] considera o vocábulo "trespasse"[400] como o único e o mais adequado para se referir à transferência onerosa do estabelecimento empresarial. Nas palavras de Geraldo Magela Leite:

> O termo que melhor signifique o negócio jurídico de transferência onerosa do estabelecimento comercial não deve significar, também, pelo menos em seu uso correntio, negócio outro, pois isso terá como resultado o empobrecimento do entendimento do negócio pelos circunstantes e, mesmo, dúvida de entendimento por muitos dos que devem considerar no campo do conhecimento jurídico, ou econômico.[401]

O trespasse refere-se à transmissão *inter vivos* da titularidade do estabelecimento empresarial, em caráter oneroso, da unidade produtiva dinâmica e ativa como um todo, incluindo todos[402] os bens corpóreos e incorpóreos necessários à manutenção da atividade

---

[399] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit., p. 208; MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. 6, 2ª parte, n. 763, p. 154; FERREIRA, Waldemar. Op. cit., v. 7, p. 337.

[400] Barbosa de Magalhães explica que o significado de trespasse está na transmissão do estabelecimento como um todo, ou seja, como universalidade de fato. (MAGALHÃES, Barbosa de. Op. cit., p. 211-212).

[401] LEITE, Geraldo Magela. **O estabelecimento comercial como objeto de negócio jurídico**. 1982. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982, p. 22-23.

[402] A doutrina admite que alguns dos elementos do estabelecimento sejam excluídos do trespasse, desde que permaneçam aqueles suficientes à viabilização da continuidade do negócio. Nesse sentido, Barbosa de Magalhães: "[...] embora possam ser excluídos uns e outros dos elementos do estabelecimento, os que são importantes e que marcam para a existência do estabelecimento - necessários para constituir o aviamento - não podem ser excluídos. Para haver trespasse é preciso que seja transmitido o que se chama o negócio, a sua organização e exploração: a empresa. [...] Se se alienarem elementos do estabelecimento que, separados dos outros, não permitam a existência da unidade económica necessária para que, efetivamente, o estabelecimento continue e, portanto, para que o adquirente possa também ter a possibilidade de lucros futuros que tinha o alienante, deve dizer-se que não há trespasse". (MAGALHÃES, Barbosa de. Op. cit., p.

econômica, incluindo-se, portanto, o aviamento objetivo — sem o qual o estabelecimento não poderia ser considerado como um todo funcional,[403] mas, apenas, como um conjunto de ativos materiais e imateriais.

Apenas o aviamento objetivo será trasladado pelo alienante ao novo adquirente do estabelecimento, pois, conforme conclusão a que chegamos no item 2.3.2.1, o aviamento subjetivo não pode ser desprendido do seu antigo titular, visto ser característica personalíssima, intrínseca a ele.

Apesar da pluralidade de bens, o complexo aziendal pode ser objeto unitário de negócio jurídico[404] translativo ou constitutivo, nos termos do art. 1.143 do Código Civil: "Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza."[405]

O contrato de trespasse pode ser classificado como consensual, oneroso, sinalagmático, podendo ou não ser comutativo e não necessariamente (mas preferencialmente) solene.

Consensual porque pactuado para formalizar a simples vontade do trespassante de ceder o estabelecimento de sua titularidade e do trespassário de adquiri-la; *oneroso* porque implica transferência recíproca de direitos entre as partes; *sinalagmático* (ou bilateral) porque implica a assunção de obrigações recíprocas entre os contratantes; *não solene*, na medida em que a legislação não lhe exige forma predeterminada.

225-227).

[403] Para Mario Rotondi, a subsistência do aviamento objetivo consiste no critério mais seguro para verificar a possibilidade de continuidade da atividade empresarial do estabelecimento, sendo a "*chiara manifestazione esteriore da azienda*". O estabelecimento, como tal, só perdura enquanto perdurar o aviamento. (ROTONDI, Mario. **Trattato**... Op. cit., v. 1, p. 69). Para Francesco Ferrara Jr., "*questo e un indice sicuro che esse hanno considerato il complesso come res productiva, cioé in funzione del/a sua capacità di produrre un redito*". (FERRARA JÚNIOR, Francesco. Op. cit., p. 340). No mesmo sentido, Oscar Barreto Filho: "O aviamento exprime, por assim dizer, a vitalidade do estabelecimento, de maneira que quando a transformação dos elementos componentes do estabelecimento seja de molde a destruir o aviamento, é sinal de que o velho estabelecimento se extinguiu. e um novo surgiu em seu lugar". (BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit., p. 138).

[404] Ibidem, p. 190.

[405] BRASIL. **Código Civil**. Op. cit.

O contrato que formalizará o trespasse deverá ser *escrito*,[406] conforme exigência do art. 1.144 do Código Civil,[407] que determina a sua averbação à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no escritório da Junta Comercial correspondente, bem como a publicação na imprensa oficial do seu ato de transferência para que possa produzir efeitos em relação a terceiros. Poderá ser formalizado por *instrumento particular*, caso não haja bens imóveis relacionados no inventário do complexo aziendal, e por *instrumento público*, caso haja.

A celebração desse negócio jurídico bilateral irá gerar obrigações de dar, fazer e não fazer.[408] O adquirente deverá pagar o valor ajustado pelo trespasse (obrigação de dar) e cumprir os trâmites burocráticos inerentes à transferência do estabelecimento (obrigação de fazer). O alienante deverá entregar o complexo aziendal (obrigação de dar), cumprir os trâmites burocráticos inerentes à transferência do estabelecimento (obrigação de fazer) e se abster temporariamente (caso não haja disposição em contrário no contrato) de concorrer com o adquirente no mercado de atuação do estabelecimento trespassado (art. 1.147 do Código Civil).

A racionalidade econômica do negócio jurídico de trespasse reside na legítima expectativa do adquirente de geração de lucros a partir da organização (aviamento objetivo) daquele complexo de bens, motivo pelo qual se pagou um preço superior ao que o que desembolsaria caso resolvesse adquirir no mercado os bens corpóreos e desenvolver os incorpóreos por sua própria iniciativa.

Como vimos, os lucros advindos da atividade empresarial são provenientes da clientela que, em última análise, consiste no grupo de consumidores que buscam satisfazer as suas necessidades no mercado, pagando um preço determinado para poder consumir os produtos (bens e serviços) frutos da atividade empresarial. A escolha de consumo da clientela (*consumer choice*) neste ou naquele estabelecimento dependerá do aviamento

---

[406] Galgano, comentando o Contrato de Trespasse no Direito Italiano, afirma que a forma escrita é necessária para fazer prova do contrato e não para conferir-lhe validade: "La forma scritta è, dunque, richiesta solo per la prova del contratto e non per la sua validittá." (GALGANO, Francesco. **Diritto Comerciale**. Op. cit., p. 63).

[407] "Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial." BRASIL. **Código Civil**. Op. cit.

[408] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit., p. 242.

objetivo e subjetivo inerentes à azienda, que a tornará mais ou menos atraente aos consumidores. Daí a afirmativa de que a clientela é fator do aviamento, porque dele decorre.

Sendo a clientela um fenômeno do mercado e não um bem do qual o empresário possa se apropriar, ela naturalmente não está sujeita à transferência nos casos de trespasse. No entanto, sendo a clientela um fator do aviamento e, sendo o aviamento um atributo do estabelecimento, presume-se que a transferência do meio (aviamento) implique, consequentemente, a transferência indireta do fim (clientela), pois se presume que aquele complexo de bens organizado seja capaz de atrair uma clientela "X", gerando um lucro "Y". Isso pode ser auferido por meio dos Balanços Patrimoniais e Demonstrações Financeiras, documentos que indicam o sobrevalor a ser pago pelo adquirente pela "mais valia" (aviamento) do estabelecimento, conforme tratamos no item 2.3.2.

Se no momento do trespasse o alienante estiver desimpedido para reinício imediato da atividade empresarial no mesmo mercado de atuação e decida fazer uso dessa prerrogativa, restabelecendo-se em seguida, a concorrência qualificada (advinda do aviamento subjetivo intrínseco ao empresário) que ele exercerá contra o adquirente implicará possivelmente um desvio da clientela do estabelecimento cedido para a sua nova azienda. Esse fato impactará decisivamente na expectativa de lucro do adquirente, que verá diminuído o valor instrumental[409] do estabelecimento adquirido, pelo qual desembolsou um sobrevalor a título de remuneração pela mais valia.

É claro que a obrigação de não concorrência em relação ao alienante não imunizará o adquirente da concorrência dos outros rivais atuantes no mesmo mercado. No entanto, há uma diferença substancial entre a concorrência emanada dos competidores naturais do mercado e aquela proveniente do alienante: a qualificação.

Enquanto os demais concorrentes detêm o *know kow* necessário para o exercício da atividade empresarial em si (algo que se pressupõe que todos os concorrentes atuantes no mesmo mercado detenham), o alienante detém conhecimento excepcional sobre o *modus*

[409] Expressão empregada por Casanova, afirmando que o reestabelecimento imediato do alienante implicaria uma relevante diminuição no valor instrumental do estabelecimento cedido para o adquirente que seria substancialmente retomado, em todo ou em parte, pelo alienante. (CASANOVA, Mario. Op. cit., p. 11).

operandi do próprio estabelecimento cedido. Esse *plus* é o que o torna uma ameaça competitiva muito mais perene do que a dos demais concorrentes, que pouco ou nada conhecem sobre a organização da azienda cedida.

O aviamento subjetivo do alienante, consubstanciado no conjunto de todas as informações (*know-how*) referentes à organização e ao *modus operandi* de produção da azienda cedida, tais como os segredos de empresa, carteira de clientes e contatos estabelecidos com a cadeia de fornecimento e de distribuição, permitir-lhe-ia reingressar imediatamente ao mercado, passando a concorrer diretamente com o estabelecimento alienado sem ter que incorrer em todos os custos advindos das barreiras à entrada[410] para aquele mercado.

Esse reingresso poderia obstar e, quiçá, inviabilizar o êxito (lucro) da atividade empresarial do adquirente, considerando que o alienante poderia rapidamente restabelecer a sua rede empresarial (contatos, clientes, fornecedores e distribuidores), a qual, por se tratar do mesmo mercado, seria a mesma que o adquirente também necessitaria para desempenhar as suas atividades.

Nesse diapasão, caso a legítima expectativa de obtenção de lucro proveniente do estabelecimento empresarial recém-adquirido pudesse ser frustrada pelo alienante, o negócio jurídico de trespasse perderia a sua racionalidade econômica, restando inócuo, visto que não faria sentido o novo ingressante pagar valor adicional pelo aviamento objetivo (organização), para sofrer, em seguida, concorrência qualificada do detentor do aviamento subjetivo (organizador), pois lhe seria mais vantajoso construir um novo estabelecimento por meio da aquisição individual dos ativos necessários via mercado (*greenfield*[411]).

---

[410] "Barreiras à entrada: Qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Entre os fatores que constituem importantes barreiras à entrada, citam-se alguns: (a) custos fixos elevados; (b) custos afundados; (c) barreiras legais ou regulatórias; (d) recursos de propriedade das empresas instaladas; (e) economias de escala ou de escopo; (f) grau de integração da cadeia produtiva; (g) fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e (h) a ameaça de reação dos competidores instalados." (BRASIL. SEAE/MJ. **Glossário**. Op. cit.).

[411] "*Greenfield*" é o termo comumente utilizado em economia para se referir aos projetos incipientes, ou seja, sem estrutura nem produção prévia, como o caso de novos estabelecimentos empresariais e/ou novas plantas industriais, "construídos do zero" pelo empresário.

A finalidade de lucro da atividade empresarial transmuta-se como a principal característica dos contratos empresariais[412] realizados via mercado[413]: "[O] escopo econômico não marca o contrato de forma tão incisiva como nos casos comerciais, pois a parte não tem sua atividade, toda ela, voltada para o lucro, como ocorre com as empresas e sua atividade empresarial".[414]

Nesse sentido, a regra é que as sociedades empresárias sempre visarão obter o maior proveito econômico possível dos negócios realizados a fim de evitar prejuízos: o norte do contrato é o escopo de lucro — função econômica que o leva à proximidade do mercado "nenhum empresário contrata sem escopo, mas porque pretende obter determinado resultado que acredita ser-lhe benéfico".[415]

Com efeito, uma vez norteados pela bússola do lucro, os agentes econômicos realizam negócios jurídicos com o intuito de que o resultado deles advindo proporcione-lhes um bem-estar maior do que o de seu *status quo ante*.[416] Nas palavras de Chiovenda:

> As partes não se obrigam pelo único objetivo de trocarem declarações de vontade. Assim é que, no campo dos acordos entre empresários, sempre haverá uma função econômica a ser preenchida pela limitação voluntária da liberdade individual em face da outra pessoa. Em outras palavras, o empresário não acordará uma determinada obrigação a menos que pense que sua situação será melhor que a anterior ao acordo.[417]

Daí emerge a suma importância da obrigação de não concorrência do alienante (devedor, sujeito passivo da obrigação) em favor do adquirente (credor, sujeito ativo da

---

[412] "[O] contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Mas ele, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade do ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados." (FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral**... Op. cit., p. 46).

[413] Em linhas gerais, pode-se afirmar que as sociedades empresárias celebram dois tipos de contratos para operar as suas atividades: (i) contratos via mercado (responsáveis por regular as atividades e relações externas: (consumidores, fornecedores, clientes, etc.) e (ii) contratos via hierárquica (responsáveis por regular as atividades e relações internas: trabalhadores, autogestão, estruturação societária, etc.).

[414] Ibidem, p. 47

[415] Ibidem, p. 59

[416] A tomada de decisões nas negociações depende, mormente, dos incentivos aos quais os negociantes estão expostos. Conforme afirma Gregory Mankiw, "As pessoas tomam decisões por meio da comparação de custos e benefícios, seu comportamento pode mudar quando os custos ou benefícios mudam. Em outras palavras, as pessoas reagem a incentivos. Quando o preço de uma maçã aumenta, por exemplo, as pessoas optam por comer mais peras e menos maçã porque o custo de comprar maçã ficou maior." (MANKIW Gregory. **Princípios de Microeconomia**. 3. ed. São Paulo: Thomson, 2005 p.8).

[417] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 37, *apud* ARELLANO, Luis Felipe Vidal. A proteção da concorrência nos contratos mercantis. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 15, n. 1, 2008.

obrigação): garantir o escopo de lucro do contrato de trespasse por meio da interdição temporária e delimitada da livre iniciativa do alienante — necessária para que o adquirente possa concorrer livremente no mercado em que o estabelecimento esteja inserido, sem sofrer concorrência qualificada do antigo titular do estabelecimento adquirido.

Dessa forma, conclui-se que a previsão legal da cláusula é parte eficiente do sistema jurídico, pois diminui os custos de transação referentes à celebração de contratos de trespasse, uma vez que completa o contrato que não a contenha, pois, ainda que o adquirente não exija a sua inclusão (por ignorância, por distração ou por outros elementos desconhecidos), a obrigação de não concorrência vigorará implicitamente dentre as demais cláusulas contratuais (art. 1.147 do Código Civil). Trata-se do típico caso em que a legislação completa o contrato com disposição obrigacional muitas vezes fundamental ao sucesso da natureza do negócio.

Se o Direito não oferecesse esse instrumento, o adquirente do estabelecimento empresarial não seria capaz, muitas vezes, de suportar os custos de transação advindos da aquisição, pois o lucro que obteria da atividade comercial certamente seria neutralizado, senão suplantado, pelos prejuízos que amargaria por ter que suportar a concorrência direta e imediata do alienante — que já internalizou, no decorrer do tempo de desenvolvimento da atividade, os custos de transação despendidos para a obtenção das informações necessárias para dominar a atividade comercial e seus segredos.[418]

Apesar de o artigo 1.147 do Código Civil determinar expressamente apenas o limite temporal de incidência da obrigação de não concorrência (cinco anos), os limites espacial e material também devem estar predefinidos nos contratos de trespasse para que não haja possibilidade de questionamento futuro no Poder Judiciário ou no CADE sobre a sua licitude, conforme demonstramos no item 3.10.

O limite material da interdição da concorrência no negócio jurídico do trespasse deverá estar diretamente relacionado aos bens e/ou serviços produzidos pelo

---

[418] *"Market can be expensive. Negotiating costs Money. Dealing with other persons involves risk, and the less information one firm has about the other, the greater risk"*. (HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**. 2. ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 372) .

estabelecimento que será objeto de alienação, compreendendo, caso necessário, os produtos substitutos.

O limite geográfico será delimitado com base no raio de atuação (escoamento da produção) do estabelecimento trespassado. Em regra, quanto menor for o alcance de oferta da produção ao consumidor, menor será a área definida como o limite geográfico. Como exemplo, podemos citar as atividades empresariais que, por sua natureza, não têm condições de penetração no grande varejo, como é o caso das padarias e das sapatarias, cuja oferta de produtos e serviços fica geralmente restrita ao mercado consumidor do bairro onde estejam localizadas.

A análise reiterada de Atos de Concentração pelo CADE envolvendo os mesmos mercados permitiu à autoridade antitruste a definição padrão (mas não imutável, conforme se comprovou do exemplo sobre a unidade de rocha britada da Votorantim no item 3.10.4) de limites geográficos próprios de cada atividade empresarial. Como exemplo, podemos citar os seguintes produtos: (i) prestação de serviços via *e-commerce* de divulgação publicitária imobiliária (nacional);[419] (ii) chocolates artesanais (estado do Rio Grande do Sul, estado de São Paulo e algumas cidades das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste);[420] (iii) rocha britada (setenta e cinco quilômetros de distância da unidade de brita);[421] (iv) exploração, produção, refino e distribuição de petróleo e seus derivados (mundial).[422]

O limite temporal de obrigações de não concorrência previstas em negócios jurídicos de trespasse de estabelecimento empresarial está predeterminado em cinco anos pelo art. 1.147 do Código Civil, caso não haja disposição contratual contrária.

Nesse sentido, o CADE editou a Súmula n. 05/2009, que limita a cinco anos, no máximo, a estipulação da obrigação de não concorrência em Atos de Concentração versando sobre alienação de estabelecimento empresarial e desde que vinculada à proteção do fundo de comércio (expressão utilizada pelo CADE como sinônimo de estabelecimento), ou seja, desde que se trate de azienda operacional: "É lícita a estipulação

[419] Ato de Concentração n. 08012.007304/2001-60.
[420] Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89.
[421] Ato de Concentração n. 08012.006802/2011-67.
[422] Ato de Concentração n. 08012.007074/2001-39.

de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio".[423]

As partes podem livremente estipular tempo menor do que cinco anos para a vigência do dever de não competir. A convenção de prazo maior, por outro lado, não tem sido pacificamente aceita por parte da jurisprudência cível[424] e antitruste,[425] que têm exigido comprovação pelas partes da necessidade de extensão da incidência da interdição da concorrência para a consecução do objeto do negócio jurídico celebrado.

4.2 Contrato de alienação de participação societária

A diferença essencial entre o objeto do negócio jurídico translativo de trespasse e a alienação de quotas sociais ou de ações representativas do capital social de sociedade empresária é que, no primeiro (trespasse), há a transferência de titularidade do estabelecimento, enquanto que no segundo (alienação de quotas ou ações), há a transferência de titularidade parcial ou total da própria sociedade empresa (sociedade).[426]

A incidência da obrigação de não concorrência no caso de alienação de participação societária parece-nos natural, pois quem aliena ações ou quotas sociais consequentemente estará alienando a parte do estabelecimento empresarial correspondente à sua quota.[427] Afinal, o conjunto de bens integrantes do complexo aziendal, assim como quaisquer outros direitos que possam ser contabilizados (nos quais se inclui o aviamento, como visto no item 2.3.2.2), estão refletidos em cada ação ou quota representativa de fração do capital social de determinada sociedade empresária.

---

[423] BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Súmula n. 05**, de 9 de dezembro de 2009. Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/súmula%205.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2012.

[424] Vide, como exemplo: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 9137211-96.1998.8.26.0000**. Relator Oséas Davi Viana, j. 21 ago. 2002. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=435308>. Acesso em: 13 out. 2012.

[425] Vide as decisões proferidas pelo CADE nos Atos de Concentração ns. 08012.009079/2008-72, 08012.001230/2007-43, 08012.011611/2007-31, 08012.007852/2008-66, 08012.009323/2006-11, 08012.005881/2008-93, 08012.012251/2007-94, 08012.011212/2008-51, 08012.014612/2007-37, 08012.000167/1998-11.

[426] CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2003, v. 13, p. 635.

[427] COMPARATO, Fábio Konder. A cessão de controle acionário é negócio mercantil? **Revista Forense**, ano 77, n. 273, jan./mar. 1981, p. 41.

No caso das sociedades anônimas de capital aberto, o valor do aviamento se faz ainda mais presente, pois o preço de venda em bolsa de valores de cada ação daquela companhia refletirá, em tempo real, o valor atribuído pelo mercado ao seu aviamento, ou seja, à sua capacidade de produzir lucros.

Considerando que o objetivo da obrigação de não concorrência é proteger um agente econômico (normalmente ingressante no mercado) da concorrência qualificada direta do outro, entendemos que esse dever de não competir somente pode incidir quando o alienante for efetivamente capaz de exercer essa concorrência qualificada. Isso ocorrerá quando o alienante detiver, em menor ou maior grau, *expertise* e *know how* em relação às atividades empresariais.

Por isso, é importante vincarmos as hipóteses passíveis de conferir qualificação à concorrência, para que possamos distingui-las das situações em que o alienante detiver participação societária apenas para fins de investimento.

O desenvolvimento de atividade efetiva (e não meramente potencial) é o pressuposto básico para considerarmos a aplicação do dever de não competição, pois a possibilidade de exercício de concorrência qualificada por parte do alienante pressupõe a realização de atividade empresarial.[428]

Nesse sentido, elencamos de forma simplificada as situações em que se poderia admitir a incidência de obrigação de não concorrência em negócios jurídicos referentes à alienação de participação societárias: (i) existência de atividade empresarial efetiva e, *cumulativamente*, (ii) se a relação do alienante na sociedade empresária parcial ou integralmente alienada estiver elencada em quaisquer das hipóteses enumeradas abaixo:

- Se o alienante detiver a totalidade ou da maioria das quotas sociais (em caso de Sociedades Empresariais Limitadas);
- Se o alienante for Acionista detentor de modo permanente da maioria de votos na Assembleia Geral e de poder para eleger a maioria dos Administradores;
- Se o alienante for Membro do Conselho de Administração;

[428] BUONOCORE, Vicenzo. L'Impresa. Op. cit., p. 92-95.

- Se o alienante for Membro da Diretoria;
- Se o alienante detiver poder de controle decorrente de Acordo de Acionistas;
- Se o alienante participar dos blocos de controle da Companhia;
- Se o alienante for capaz de exercer influência dominante[429] ou influência relevante,[430] consistente nas "hipóteses em que o controle não decorre de existência de uma posição majoritária interna".[431]

A dinamicidade e a flexibilidade inerentes à gestão de sociedades empresárias podem revelar outras situações, além das supracitadas, em que seria crível admitir a existência de concorrência qualificada por parte do alienante de participação societária. Nesses casos, a obrigação de não concorrência também poderia incidir no negócio jurídico correspondente, pois teria a sua racionalidade econômica justificada (consubstanciada na possibilidade de deslocamento da clientela por força da concorrência qualificada).

O sujeito passivo da obrigação do dever de não competição em casos de comprovada possibilidade de concorrência qualificada em prejuízo da sociedade será o próprio alienante das ações da Companhia ou das quotas sociais alienadas.

A obrigação de não concorrer terá como sujeito passivo (devedor) o alienante pessoa física e ou pessoa jurídica (outra sociedade empresária) e incidirá tanto em relação ao exercício do direito do alienante à livre iniciativa (se ele resolver empreender no mesmo mercado material e geográfico de atuação da sociedade) quanto em relação à proibição do alienante de vir a adquirir posição societária ou exercer cargo e outras funções acima elencadas, em outra sociedade que seja concorrente direta da sociedade da qual ele alienou a sua participação.

---

[429] Calixto Salomão Filho elenca as hipóteses que caracterizam, do ponto de vista concorrencial, a ocorrência de influência dominante: (i) a existência de controle majoritário ou controle minoritário que se revista dos requisitos legais necessários para fazer presumir a existência de poder de decisão em áreas estratégicas de planejamento empresarial como: pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas; (ii) todo e qualquer contrato que de ao seu titular o direito de gerir o empreendimento, possibilidade de eleger membros da administração, exercer direitos superiores àqueles necessários para atingir os objetivos primários da Companhia (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. Op. cit., p. 245-249).

[430] Para Calixto Salomão Filho, as hipóteses que caracterizam, do ponto de vista concorrencial, a ocorrência de influência relevante são as seguintes: (i) poder de veto decorrente de força de lei ou de estatuto, sobretudo quando o veto puder ser exercido na tomada de decisões relacionadas a uma das quatro áreas estratégicas de planejamento empresarial citadas na nota anterior (n. 375); (ii) existência de relevante participação no capital não votante; (iii) grupos de coordenação de minoritários que agem e votam conjuntamente para influenciar nas políticas mercadológicas da empresa. (Ibidem, p. 251-253).

[431] Ibidem, p. 243.

Assim como no trespasse, o sujeito ativo (credor) da obrigação de não concorrência será a própria sociedade empresária e não apenas o quotista ou acionista que adquiriu a participação do alienante. Isso porque, conforme já concluímos, a obrigação de não concorrência visa proteger o desenvolvimento da atividade empresarial e a consecução do seu fim (lucro) e não o estabelecimento empresarial em si (que é apenas o meio pelo qual a empresa produz). Portanto, na hipótese de pluralidade de sócios, é provável que a atividade econômica desenvolvida não seja gerida e desempenhada apenas pelo sócio alienante, mas pelo seu conjunto (grupo de controle).

Em relação ao tempo de duração, poderia ser possível supor-se, de início, a possibilidade de interpretação extensiva[432] do art. 1.147 do Código Civil em relação a esse tipo de negócio jurídico, no sentido de entender que o dever de não competição por parte do alienante deverá obedecer ao critério de tempo mínimo de 5 (cinco) anos estipulado para o contrato de trespasse.

No entanto, considerando o caráter acessório e excepcional da obrigação de não concorrência, conforme aludido no item 3.9, preferimos afirmar que o prazo de cinco anos previsto no art. 1.147 do Código Civil (cinco anos) pode ser aplicado por analogia, ou seja, como parâmetro para a definição do limite temporal de incidência do dever de não competir em outros contratos empresariais que não o de trespasse. Entretanto, é necessário que não se perca de vista as características da racionalidade econômica e do objeto de cada negócio jurídico realizado, para que o limite temporal de vigência da cláusula restritiva seja modulado de acordo com a necessidade fática inerente a cada caso.

---

[432] Sobre a diferença entre a analogia e a interpretação extensiva, vide MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 215: "A analogia ocupa-se com uma lacuna do Direito Positivo, com hipótese não prevista em nenhum dispositivo, e resolve esta por meio de soluções estabelecidas para casos afins; a interpretação extensiva completa a norma existente, trata de espécie já regulada pelo Código, enquadrada no sentido de um preceito explícito, embora não se compreenda na letra deste. Os dois efeitos diferem, quanto aos pressupostos, ao fim e ao resultado: a analogia pressupõe a falta de dispositivo expresso, a interpretação pressupõe a existência do mesmo; a primeira tem por escopo a pesquisa de uma ideia superior aplicável também ao caso não contemplado no texto; a segunda busca o sentido amplo de um preceito estabelecido; aquela de fato revela uma norma nova, esta apenas esclarece a antiga; numa o que se entende é o princípio; na outra, na interpretação, é a própria regra que se dilata. Em resumo: a interpretação revela o que a regra legal exprime, o que da mesma decorre diretamente, se a examinam com inteligência e espírito liberal; a analogia serve-se dos elementos do dispositivo e com o seu auxílio formula preceito novo, quase nada diverso do existente, para resolver hipótese não prevista de modo explícito, nem implícito, em norma alguma. Identificam-se a analogia e a exegese ampla, quanto a uma particularidade, têm um ponto em comum: uma e outra servem para resolver casos não expressos por palavras da lei."

A cautela na definição da incidência e dos limites da obrigação de não concorrência nos contratos de alienação de participação societária reveste-se de grande importância, principalmente se considerarmos: (i) a impossibilidade de elaboração de um rol exaustivo das situações em que o alienante poderá exercer concorrência qualificada contra a sociedade alienada, bem como (ii) a inexatidão fática e jurídica dos conceitos de "influência relevante" e "influência dominante".

Por isso, embora a obrigação de não concorrência possa incidir nos contratos de alienação de participação societária, entendemos ser prudente a análise da existência de racionalidade econômica justificadora da inclusão da obrigação nesse tipo de negócio jurídico, a fim de evitar a ocorrência situações arbitrárias e equivocadas.

O ônus probatório necessário para demonstrar a necessidade de inclusão de cláusulas de não concorrência nos casos de alienação de participação societária caberá, em regra, ao adquirente, obedecendo-se também ao princípio da interpretação restritiva, sobre o qual discorremos no item 3.7, e ao princípio da razoabilidade e à regra da razão, informados no item 3.9.

4.3 Contrato de arrendamento

Os contratos de arredamento e usufruto estão elencados no rol dos negócios jurídicos constitutivos em relação ao estabelecimento empresarial, ou seja, aqueles em que não há transferência da titularidade primária, mas apenas secundária da azienda.[433] Nesse tipo de contrato, o titular de estabelecimento (cedente) outorga a terceiros (cessionários) a posse do conjunto de bens instrumentais ao exercício da atividade empresarial.[434]

O contrato de arrendamento refere-se ao negócio jurídico que formaliza a cessão pelo titular do estabelecimento (arrendador) a terceiro (arrendatário) para a exploração de atividade econômica, mediante o pagamento de uma contraprestação (que tanto pode ser em pecúnia quanto em espécie).

---

[433] Sobre os conceitos de titularidade primária e secundária do estabelecimento, vide: BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit., p. 257-258.
[434] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit., p. 257.

Trata-se de contrato: *bilateral* (cria obrigações e deveres para ambas as partes), *consensual* (celebrado mediante a simples conjugação de vontades), *oneroso* (porque senão se aproximaria do regime de comodato) e *comutativo*, podendo ou não ser *impessoal* (quando a razão de contratar não for centrada na pessoa de um dos contratantes).[435] O contrato de arrendamento também poderá ser considerado como um compartilhamento de riscos nas hipóteses em que o valor da contraprestação estiver associado à quantidade de produto vendida.

Assim como no caso do contrato de trespasse, o de arrendamento também deve ser formalizado por escrito, nos termos requeridos pelo mesmo art. 1.144 do Código Civil,[436] que determina a sua averbação à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no escritório da Junta Comercial correspondente, tal qual a publicação na imprensa oficial do seu ato de transferência, a fim de que produza efeitos em relação a terceiros.

O contrato de arrendamento tem como objeto a transferência da titularidade secundária referente a um complexo de bens organizado (aviamento objetivo) que permita ao arrendatário a sua utilização imediata para a exploração da atividade empresarial desejada e conterá, em regra, prazo predeterminado de vigência e contraprestação determinada.

O escopo principal desse negócio jurídico está na continuidade da exploração de atividade econômica para a qual o estabelecimento empresarial esteja organizado, devendo atuar de forma a conservar a organização das estruturas produtivas (aviamento objetivo) e manter os níveis de lucro dentro dos parâmetros propostos pelo contrato — que, em regra, têm como referência os valores históricos das demonstrações financeiras do arrendador. O

---

[435] A questão da pessoalidade do contrato deverá ser levada em consideração nos casos de alienação do estabelecimento empresarial pelo seu titular durante a vigência do contrato de arrendamento para verificar a sub-rogação dos negócios jurídicos vigentes, conforme art. 1.148 do Código Civil: "Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante".

[436] "Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial." (BRASIL. **Código Civil**. Op. cit.).

faturamento bruto do estabelecimento arrendado é um bom indicativo de que o arrendatário impediu a perda ou a dispersão da clientela com a sua exploração do negócio.

> Não pode o usufrutuário ou arrendatário modificar a substância da coisa — no caso, a identidade do estabelecimento. Tal identidade se revela principalmente pela sua destinação a determinada atividade empresarial. Para manter a *forma* atual do estabelecimento, com o modo de ser e as qualidades inerentes (lembre-se o aviamento) ao tempo da constituição do usufruto, impõe-se ao usufrutuário ou arrendatário a obrigação principal de continuar a exploração do negócio durante todo o tempo de duração do direito. Deve, outrossim, o titular secundário respeitar a destinação econômica do estabelecimento, abstendo-se de mudar o ramo de atividade ou a sua localização, ou ainda de introduzir qualquer inovação substancial que altere a finalidade atual da *universitas*.[437]

Assim, o arrendatário não poderá mudar o ramo de atividade, a localização, nem, tampouco, o nome que distingue o estabelecimento (nome empresarial). Deverá, no entanto, exercer a atividade empresarial por meio da sua própria pessoa jurídica, pois responderá em nome próprio (e não em nome do arrendador) pelo passivo decorrente da exploração da azienda.

O art. 1.147 do Código Civil também estende a esse negócio jurídico a aplicação automática da obrigação de não concorrência que deverá — de acordo com o seu parágrafo único —, persistir durante todo o prazo do contrato de arrendamento (caso não haja disposição expressa em contrário):

> Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos **cinco anos subsequentes à transferência**. Parágrafo único. No **caso** de **arrendamento** ou usufruto do **estabelecimento**, **a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato**.

A finalidade da incidência da obrigação negativa durante todo o período contratual é a de que o arrendador (possuidor do aviamento subjetivo que viabilizou a organização do estabelecimento para produção) não exerça a sua concorrência qualificada em relação ao arrendatário, pois, caso isso ocorra, haverá a automática quebra de expectativa de lucro que, em última análise, consiste no incentivo econômico que levou o arrendatário a contratar com o arrendador.

---

[437] BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit., p. 259.

Essa concorrência qualificada direta do arrendador sobre o arrendatário poderia dificultar a sua conquista de clientela, obstando a sua exploração do estabelecimento e colocando em risco a sua saúde financeira, fato que poderia acarretar o inadimplemento da contraprestação devida ao arrendador, colocando em risco, inclusive, a própria permanência da relação contratual.

No arrendamento, o arrendatário não cria a mais-valia (expectativa de lucro) do estabelecimento empresarial arrendado, visto não ter emanado dele a organização dos bens de produção (aviamento objetivo) responsável pela atração e fidelização da clientela e, consequentemente, da expectativa de lucro (aviamento subjetivo).

No entanto, no momento de transferência da titularidade secundária para o arrendatário, este deverá iniciar a exploração do estabelecimento de forma a zelar pela manutenção da clientela e dos patamares de lucro ou, ainda, empregar melhorias na organização aziendal (desde que não a desvirtue) de forma a torná-la mais eficiente e, com isso, ampliar a carteira de clientes do estabelecimento para angariar o aumento do lucro.

Como vimos, a obrigação de manutenção mínima faz parte do negócio do arrendamento, pois, em regra, a contraprestação do arrendatário para o arrendador será feita com base no percentual do lucro obtido (se pecuniária) ou na parte do volume de produção obtida. Não se trata, apenas, da vontade do arrendatário de explorar aquele estabelecimento com eficiência, mas, sim, do cumprimento de uma obrigação contratual a que se comprometeu e que, caso não seja cumprida, provavelmente lhe implicará penalidades, como o pagamento de multas, perdas e danos e, até mesmo, a rescisão contratual por inadimplemento.

Logo, para ser capaz de manter ou de aumentar esses patamares de lucro, o arrendatário deverá ser capaz de administrar o negócio arrendado de forma eficiente. Para tanto, será necessário que ele desenvolva expertise e adquira *know how* sobre as diversas etapas e cadeias de produção, criando contato direto com clientes, fornecedores, distribuidores e todos os prestadores de serviços e funcionários envolvidos na realização da atividade empresarial.

Nesse sentido, o arrendatário acabará por desenvolver aviamento subjetivo sobre o negócio, ainda que a atividade econômica esteja sendo realizada com base no aviamento objetivo de outrem.

Por esses motivos, entendemos que o dever de não competição que incide durante a vigência do contrato (parágrafo único do art. 1.147 do Código Civil) deverá também se estender aos cinco anos subsequentes ao término da relação contratual. Explica-se, a seguir, as razões.

Com efeito, depois de findo o contrato de arrendamento, é provável que o arrendador adote uma das seguintes possíveis providências: (i) tomar ele mesmo a frente da produção do estabelecimento, voltando ao exercício da atividade empresarial e retomando para si a titularidade secundária; (ii) celebrar novo contrato de arrendamento com outro arrendatário, que passará a explorar atividade econômica por meio daquele complexo de bens organizados; (iii) alienar o estabelecimento a terceiros.

No primeiro caso, a finalidade de incidência da obrigação negativa pelo período de cinco anos após o término do contrato é a de que o arrendador não sofra a concorrência qualificada do arrendatário que, ao longo da exploração da atividade econômica, adquiriu *know how* sobre como atuar em determinado mercado, tendo, portanto, desenvolvido aviamento subjetivo próprio.

No segundo e no terceiro caso, a finalidade seria a de proteger o próximo arrendatário, ou um possível adquirente do estabelecimento empresarial objeto de arrendamento, da concorrência qualificada do arrendatário anterior.

Nos três casos, a concorrência direta do detentor do aviamento subjetivo levaria à quebra de expectativa de geração de lucro das outras partes envolvidas. Conforme abordamos alhures, a boa-fé contratual deve ser mantida mesmo na fase pós-contratual, visando coibir comportamentos oportunistas capazes de trair a justa expectativa que a parte tinha ao contratar, turbando a perpetuação da plena satisfação decorrente do contrato já executado.

Nesse sentido, partindo do pressuposto de validade do nosso entendimento (incidência do dever de não competir depois de findo o contrato), teremos configuradas duas fases obrigacionais subjetivas distintas em relação ao negócio jurídico de arrendamento: (i) a primeira, que perduraria durante o tempo de vigência do contrato e (ii) a segunda, cujo *starting* seria o momento imediatamente após o término do contrato e perduraria pelos próximos cinco anos a partir dali (se não houver disposição expressa dos contratantes negando a incidência da obrigação negativa).

Na primeira fase, o sujeito passivo (devedor) do dever de não competição seria o arrendador, que ficaria interditado do seu direito de livre iniciativa a fim de não obstar as atividades do arrendatário que, por sua vez, seria o sujeito ativo (credor). Na segunda fase inverter-se-iam os polos: o sujeito passivo (devedor) do dever de não competição seria o arrendatário, que ficaria interditado do seu direito de livre iniciativa em decorrência do *know how* adquirido, com o escopo de não exercer concorrência qualificada em relação ao arrendador (caso este decidisse retomar a atividade empresarial) ou em relação a terceiros (novo arrendatário ou adquirente do estabelecimento).

O interessante é que o sujeito ativo da obrigação de não concorrência passaria a ser, num segundo momento, sujeito passivo dessa obrigação e vice-versa, fato que denotaria a extrema importância do dever de não competição nos negócios jurídicos de arrendamento.

Além da existência de racionalidade econômica para a interdição da concorrência após o término do contrato, conforme se argumentou acima, entendemos que a própria redação do art. 1.147 do Código Civil permite-nos essa interpretação.

Segundo os princípios norteadores da hermenêutica jurídica[438] e de acordo com as técnicas legislativas,[439] as especificidades contidas nos parágrafos de um artigo legal devem, necessariamente, se subsumir ao seu *caput*.

---

[438] Vide MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

[439] Vide: PENNA, Sérgio F. P. de O.; MACIEL Eliane Cruxên B. de Almeida. **Técnica legislativa**: orientação para a padronização de trabalhos. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2002. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/tecnicalegislativa-2002.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2012.

Nesse sentido, o *caput* do art. 1.147 do Código Civil determina que *não havendo autorização expressa, o alienante* (sujeito passivo) *do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente* (sujeito ativo), *nos cinco anos subsequentes à transferência*. De acordo com esse enunciado, o devedor da obrigação não poderá concorrer com o credor nos próximos cinco anos após a celebração do negócio jurídico.

O parágrafo único do art. 1.147 (subsumido ao seu *caput*) determina que "No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo *persistirá* durante o prazo do contrato". Note-se que o verbo "persistir" significa "perseverar", "durar", "perdurar" e "continuar", denotando a existência de ação continuada e reiterada. Para ser reiterada, a ação tem que ser repetida, realizada mais de uma vez.[440] O conceito fica claro na interpretação do art. 1.147: o parágrafo único estabelece que a determinação de interdição da concorrência prevista no *caput* persistirá durante todo o prazo de vigência dos contratos de arrendamento e usufruto.

Assim, além do limite de cinco anos de vigência da obrigação, iniciados a partir do término contratual, o dever de não competir também retroagirá ao tempo de vigência da relação de arrendamento para que nela persistam os efeitos da interdição da concorrência.

Com efeito, se a intenção do legislador fosse a de restringir, deveria ter incluído um verbete de significado restritivo, como "apenas", "somente", "tão só", "unicamente", "exclusivamente", etc., antes do verbo persistir, de forma a denotar a existência de prazos distintos para o *caput* e para o parágrafo único. Mas não. Ao invés de restringir o limite temporal da obrigação negativa, o parágrafo único amplia a sua incidência nos negócios jurídicos de arrendamento e usufruto.

Em relação aos demais limites de incidência da obrigação de não concorrência, em se tratando de cessão da titularidade secundária de estabelecimento empresarial, a delimitação geográfica e material de incidência da obrigação de não concorrência será, consequentemente, o mesmo bem e/ou serviço objeto de produção do complexo aziendal,

---

[440] "Persistir. 1. Demonstrar constância, insistência; perseverar. 2. Continuar a ser (de uma certa maneira), conservar-se, perdurar." (GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Op. cit., p. 2.196).

assim como será a mesma área espacial na qual há o escoamento dessa produção para o mercado.

No entanto, entendemos que se faz necessária uma breve observação quanto à incidência aparentemente irrestrita da obrigação de não concorrência nesse tipo de negócio jurídico, visto a disposição indistinta contida art. 1.147 do Código Civil.

No nosso entendimento, não é todo e qualquer negócio jurídico de arrendamento de estabelecimento que é passível de ser protegido pelo dever de não competição, mas, apenas e tão somente, aquele em que parte substancial da produção do arrendatário seja direcionada à oferta no mercado e não destinada a consumo cativo.

Isso porque, nessa segunda hipótese (consumo cativo), a produção advinda da exploração do arrendamento não adicionaria oferta de bens ou serviços no mercado e, com isso, não seria apta à conquista de clientela — fator do aviamento objetivo e subjetivo responsável pela expectativa de geração de lucros do empreendimento e, consequentemente, do sobrevalor atribuído à azienda. Não havendo oferta no mercado, não há que se falar em "captura de clientela" e, tampouco, em concorrência qualificada, já que a produção do arrendatário estaria voltada apenas para o fornecimento de insumos à produção de outro bem ou serviço integrado verticalmente.

4.4 Contrato de usufruto

O Código Civil de 2002 dispensou a apresentação de um conceito legal de usufruto, suprimindo dos seus artigos o texto do art. 713 do Código Civil de 1916, segundo o qual "constitui usufruto o direito real de fruir das utilidades de frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade".

Tratando-se de usufruto de estabelecimento empresarial, o conceito de fruição "de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade" não se aplicaria com perfeição, já que, conforme afirmado anteriormente, a azienda, conquanto universalidade de fato, não se constituiria em bem imóvel e o empresário, consequentemente, deteria a sua titularidade e não propriedade.

O Código Civil vigente optou por informar aquilo que estaria sujeito a ser usufruído, elencando no seu rol os bens móveis, imóveis e "um patrimônio inteiro" no qual se inclui perfeitamente o conceito de estabelecimento empresarial, nos termos já definidos no capítulo 2: "Art. 1.390. O usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades."[441]

Assim como o contrato de arrendamento, o de usufruto também se configura como negócio jurídico constitutivo em relação ao estabelecimento empresarial, ou seja, aquele em que não há transferência da titularidade primária, mas apenas secundária da azienda.[442] Nesse tipo de contrato, o titular de estabelecimento (cedente) outorga a terceiros (usufrutuário) a posse do conjunto de bens instrumentais ao exercício da atividade empresarial.[443]

> Tem o titular do usufruto o poder de *usar* da coisa alheia e *fruir* as vantagens que ela é capaz de produzir (*jus utendi fruendi*), desde que conserve a substância da coisa, dentro dos limites de sua destinação econômica, de modo que possa o direito do proprietário reintegrar-se em sua plenitude quando cesse o usufruto.[444]

Assim como no contrato de trespasse e de arrendamento, o contrato de usufruto também deve ser formalizado por escrito, nos termos requeridos pelo mesmo art. 1.144 do Código Civil[445] que determina a sua averbação à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no escritório da Junta Comercial correspondente, tal qual a publicação na imprensa oficial do seu ato de transferência, a fim de que produza efeitos em relação a terceiros.

O ponto central que diferencia o arrendamento do usufruto é que o primeiro, como vimos, deriva de estipulação contratual, enquanto o segundo pode advir tanto de disposição

---

[441] BRASIL. **Código Civil**. Op. cit.
[442] Sobre os conceitos de titularidade primária e secundária do estabelecimento, vide: BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit. p. 257-258.
[443] Ibidem, p. 257.
[444] Ibidem, p. 268.
[445] Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm, Acesso em 15 de julho de 2012.

contratual, quanto legal ou testamentária. Ademais, o usufruto poderá ser tanto gratuito quanto oneroso,[446] ao passo que o arrendamento somente poderá se dar mediante contraprestação.

O usufruto de estabelecimento empresarial pode ocorrer em três situações bem definidas, quais sejam: (i) como meio de recuperação judicial de empresa; (ii) como fruição de cotas ou ações empresariais; e (iii) por disposição contratual. Cada uma dessas situações interagirá de forma distinta em relação à incidência ou não da obrigação de não concorrência.

No primeiro caso, o usufruto da empresa constituído em sede de recuperação judicial vem insculpido no art. 50 da Lei de Recuperação Judicial (Lei n. 11.101/2005): "Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: [...] XIII – usufruto da empresa".[447] O dispositivo pode ser considerado como uma alternativa para evitar a decretação da falência em observância ao princípio da função social e da preservação da atividade empresarial — um dos princípios basilares do instituto da recuperação judicial, conforme artigo 47 da mesma Lei:

> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.[448]

O usufruto aplicado à recuperação judicial será efetivado mediante a transferência temporária da titularidade secundária do estabelecimento empresarial a quaisquer dos credores que estejam tecnicamente preparados para gerir, administrar e dar continuidade à atividade empresarial realizada pela sociedade a fim de tornar a sua produção mais eficiente, econômica e apta à geração de lucros suficientes à satisfação dos créditos devidos pela sociedade.

---

[446] "Art. 1.393. Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso". Código Civil Brasileiro. Disponível em. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 16 de julho de 2012.

[447] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 10 de novembro de 2012.

[448] BRASIL. **Lei n. 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

Decretado o usufruto, perde temporariamente a sociedade empresária o uso e gozo (lucros) do estabelecimento cuja fruição será repassada ao usufrutuário a título de pagamento de: (i) remuneração pela sua gestão profissional; (ii) satisfação dos seus direitos de creditícios e (iii) pagamentos dos demais credores. Satisfeitos todos os créditos devidos pela sociedade empresária a sua gestão retorna ao empresário recuperado, que retomará a atividade empresária por meio da exploração do estabelecimento empresarial até então organizado pelo credor-usufrutuário.

O usufruto em recuperação judicial, portanto, implica a ocorrência sucessiva de três fases: (i) a transferência da titularidade secundária e do aviamento objetivo (organização dos bens de produção no estado em que se encontravam antes da constituição do usufruto) em favor de um dos credores; (ii) a possível reorganização desses bens pelo usufrutuário com o escopo de otimizar a produção (novo aviamento objetivo) e tornar a administração do negócio mais eficiente e rentável, e (iii) a devolução da titularidade secundária ao titular primário do estabelecimento (sociedade empresarial em fase de recuperação), que receberá o seu estabelecimento reorganizado (novo aviamento objetivo) após a cessação do usufruto.

De início, poder-se-ia supor que, por ter explorado a atividade empresarial do estabelecimento empresarial da sociedade em fase de recuperação, o usufrutuário estaria obrigado a não concorrer com o titular da azienda objeto do usufruto. Para analisar a aplicabilidade da obrigação negativa na relação em caso, devemos previamente ponderar os seguintes pontos:

i. A outorga do usufruto decorreu por força de lei e não pela mera liberalidade e vontade das partes;
ii. O objetivo do usufruto é tornar a sociedade empresária à beira da falência mais eficiente e, dessa forma, gerar lucros suficientes para o pagamento dos credores, recuperando-a;
iii. Os lucros obtidos da atividade empresarial do usufrutuário serão revertidos em seu próprio benefício apenas para pagamento da dívida do titular do estabelecimento explorado para com ele, sendo que o valor excedente que lhe for destinado será a título de remuneração da administração e da gestão temporária do negócio;

iv. Para estar apto a assumir o usufruto do estabelecimento empresarial, o credor-usufrutuário deve deter expertise que o habilite para tanto, motivo pelo qual é muito provável que exerça atividade empresarial no mesmo setor de atuação da sociedade empresarial em recuperação, produzindo bens ou serviços iguais, substituíveis ou que sirvam de insumo à produção do estabelecimento usufruído.

Diante dessas ponderações, o nosso entendimento é no sentido de que tal obrigação não pode, *in casu*, ser aplicada ao credor usufrutuário, pois: (i) ele exerceu atividade empresarial e reorganizou os bens de produção de terceiro sob o justo título de administrador habilitado e constituído judicialmente para tanto; (ii) o escopo do usufruto não consistiu o desenvolvimento da atividade econômica *per se* (voluntariedade), mas, sim, alternativa à tentativa de recuperação da empresa; (iii) o aviamento do usufrutuário, advindo da exploração do estabelecimento, decorreu da tentativa de beneficiar a sociedade em recuperação e, portanto, não poderia dar causa à imposição de restrição em desfavor do próprio usufrutuário; (iv) em não se tratando de pacto contratual, mas de usufruto constituído por meio de previsão legal e determinação judicial, não se aplica a imposição de cláusulas obrigacionais restritivas não previstas em lei.

Por essas razões, não há que se falar em incidência de obrigação de não concorrência no caso de usufruto constituído em casos de recuperação judicial de empresas.

No segundo caso, o usufruto recai sobre cotas ou ações empresariais.[449] Conforme dissertamos no item 4.2, as quotas ou ações representam, em maior ou menor escala, uma fração do capital social da sociedade empresarial e, por conseguinte, uma fração do estabelecimento empresarial por meio do qual a sociedade exerce a atividade empresária. A constituição de usufruto sobre quotas ou ações implicará, consequentemente, a fruição sobre a azienda e sobre os frutos (lucros) dela provenientes.

---

[449] "Processual e civil. Inventário. Capacidade sucessória provada por documentos.Devido processo legal. Dissolução de adoção. Usufruto de ações de sociedade. [...] III - Renda do usufruto de Ações de S/A tem seu termo a quo, a partir da Assembléia que determinou a liberação de dividendos. IV - Pensão vidual à viúva herdeira incabível, se aquinhoada esta com usufruto de renda de alto valor e proveniente de ações da companhia [...]". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 64403/SP**. Relator Ministro Waldemar Zveiter, 3ª T., j. 15 dez. 1998, DJ 19 abr. 1999, p. 132. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199500200872&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 11 out. 2012.

O usufruto de quotas e ações de sociedades empresárias também tem sido comumente utilizado em casos de planejamento sucessório de "empresas familiares", mediante a sua constituição em favor dos membros mais velhos da família e transferência da sua titularidade aos membros mais jovens, que se tornarão sócios efetivos da sociedade empresária.

Nesses casos, os antigos sócios continuam usufruindo os rendimentos (lucros e dividendos) advindos das quotas e/ou ações, enquanto os mais novos tomam para si a titularidade da empresa e, consequentemente, do estabelecimento empresarial, antecipando, desta forma, a sequência sucessória natural.

A realização desse tipo de negócio jurídico implica a dúvida sobre a necessidade ou não de obtenção de autorização prévia e expressa do contrato social e dos demais sócios em relação à concessão do usufruto sobre as quotas ou ações da sociedade empresária.

Deixando de lado o debate doutrinário sobre o tema — alheio à presente pesquisa —, a conclusão que nos parece pertinente reproduzir é no sentido de que "se o direito do usufrutuário for encarado tão somente no seu caráter frutuário, é possível a constituição do usufruto no silêncio do contrato, não se caracterizando, contudo, o usufrutuário como administrador", uma vez que "o controle, como regime de gestão contratual e patrimonial, é exceção natural ao princípio da livre disposição patrimonial — ademais, usufrutuário não é sócio [...]".[450]

Nesse sentido, considerando que o usufruto de quotas não confere qualquer poder de controle ao usufrutuário em relação à sociedade empresária, nem, tampouco, influência de qualquer tipo na administração e organização do estabelecimento empresarial, também não há justificativa jurídica ou econômica à incidência da obrigação de não concorrência nessa hipótese.

No terceiro caso, a constituição do usufruto se dá por meio de disposição contratual, ou seja, de acordo com a livre vontade das partes, caso equiparável à situação de arrendamento, pois o usufrutuário também deverá manter a organização aziendal

[450] NEVES. Gustavo Kloh Muller. Usufruto e superfície no Direito Empresarial. **Revista de Direito Mercantil**, ano 45, n. 142, p. 87-98, abr./jun. 2006, p. 90.

(aviamento objetivo) na mesma formatação em que a recebeu do titular primário, não podendo alterar a sua denominação social (apesar de também ter que exercer a atividade empresarial em nome próprio), ramo de atividade e localização, nem, tampouco, o nome que distingue o estabelecimento (nome objeto).

> No momento em que o usufrutuário adquire o direito de usar e fruir da coisa, ela se acha necessariamente sujeita a algum destino compatível coma natureza jurídico da vontade do proprietário sobre a coisa, e a vontade manifestada legalmente se presume continuar a subsistir. Ao usufrutuário, pois, não é permitido violar aquela vontade, isto é, mudar o destino da coisa.[451]

No caso de usufruto de estabelecimento empresarial contratualmente instituído, deve o usufrutuário atentar para a necessidade de elaboração de inventário dos bens pertencentes ao complexo aziendal que lhe foram entregues em usufruto, nos termos previstos no art. 1.400 do Código Civil, a fim de garantir a incolumidade dos bens entregues em usufruto que deverão ser restituídos ao titular primário (se inconsumíveis) ou substituídos por bens idênticos, similares ou de igual valor (se consumíveis).

> Art. 1.400. O usufrutuário, antes de assumir o usufruto, inventariará, à sua custa, os bens que receber, determinando o estado em que se acham, e dará caução, fidejussória ou real, se lha exigir o dono, de velar-lhes pela conservação, e entregá-los findo o usufruto. Parágrafo único. Não é obrigado à caução o doador que se reservar o usufruto da coisa doada.[452]

No usufruto de estabelecimento empresarial, tal qual ocorre no arrendamento, aplica-se a disposição do art. 1.147 do Código Civil, que obrigará o cedente do usufruto (sujeito passivo titular primário do estabelecimento objeto do negócio) a não exercer concorrência qualificada em relação ao usufrutuário (sujeito ativo) durante o prazo do contrato (parágrafo único), caso não haja disposição contratual expressa em contrário.

A justificativa jurídica para a incidência da obrigação consiste no dispositivo do próprio artigo civil; a econômica equipara-se à mesma racionalidade de interdição da concorrência qualificada já explicada nos casos de trespasse e arrendamento.

---

[451] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 5. ed., I, parágrafo 93; ALMEIDA, Lacerda de. **Direito das coisas**, I, p. 364, *apud* BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**, 1969. Op. cit. p. 270.
[452] BRASIL. **Lei n. 11.101/2005**. Op. cit.

Assim como expusemos no item 4.3, no caso de usufruto também entendemos ser aplicável a interdição da concorrência do usufrutuário em relação ao cedente do usufruto pelo prazo de cinco anos (*caput* do art. 1.147) após o término do contrato, oportunidade em que haveria a inversão dos polos obrigacionais: o usufrutuário passaria de sujeito ativo da obrigação a sujeito passivo, visto ter adquirido expertise e *know how* suficientes ao exercício posterior de concorrência qualificada em detrimento do cedente do usufruto que, por sua vez, deixaria de figurar como sujeito passivo do dever de não competição para se tornar sujeito ativo, de forma que a continuação da exploração do estabelecimento objeto do usufruto por si ou por terceiros não fosse turbada pela concorrência do antigo usufrutuário.

5 NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

5.1 Contratos associativos (ou de colaboração)

Os contratos, que "concretizam e possibilitam a atuação das empresas no mercado, formando o seu substrato",[453] são classificados em duas categorias bem delineadas: os *contratos de intercâmbio* e os *contratos de sociedades*.

Os *contratos de intercâmbio* (*spot*), também denominados pela doutrina de "contratos plurilaterais"[454] ou "de permuta"[455] têm como característica principal "a pluititularidade, isto é, a coparticipação de sujeitos de direito com interesses econômicos contrapostos. A contraposição é essencial, não passando o contrato, assim, de uma composição".[456]

Enquadram-se nessa classificação todos os contratos de troca (como a clássica compra e venda), que representam a contraposição do interesse econômico das partes, visto que "o incremento da vantagem econômica de uma parte leva à diminuição do proveito de outra".[457]

Os *contratos de sociedades* consistem na formalização de associação entre empresários com o intuito de formar uma sociedade empresária (empresa) a fim de explorar atividade econômica com objeto social e escopo de lucro comum.

De acordo com a doutrina, caracterizam-se pelo: (i) fim comum, (ii) contribuições dos sócios e (iii) *affectio societatis*,[458, 459] "esta última identificada como a vontade de

---

[453] FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral**... Op. cit., p. 182-183.
[454] GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed. Op. cit., p. 13.
[455] ASCARELLI, Tullio. **Corso**... Op. cit., p. 274.
[456] GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed. Op. cit., p. 13.
[457] FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral**... Op. cit., p. 155.
[458] GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed. Op. cit., p. 443 e ss.
[459] A *affectio societatis* consiste no dever de colaboração social existente na sociedade empresarial. Para parte da doutrina, a quebra de *affectio societatis* não pode ser causa de exclusão de sócio; o que pode eventualmente justificar a exclusão de sócios é a violação dos deveres de lealdade e de colaboração: "Na realidade, a quebra de *affectio societatis* jamais pode ser considerada causa de exclusão. Pelo contrário, a quebra de *affectio societatis* é, quando muito, consequência de determinado evento, e tal evento, sim, desde que configure quebra grave dos deveres sociais imputável ao excluendo, poderá, como *ultima ratio*, fundamentar o pedido de exclusão de sócio. Em todo caso, será indispensável demonstrar o motivo desta quebra da *affectio societatis*, e não apenas alegar a consequência, sem demonstrar sua origem e o

suportar áleas comuns, arcando todos os sócios com as eventuais perdas decorrentes da atividade e pertencendo o lucro também a todos".[460] Há autores que distinguem o contrato de sociedade pela comunhão de escopo, compartilhamento de risco e comunhão de perdas e ganhos.[461]

O compartilhamento de escopos e de risco, que marca de forma tão profunda os contratos de sociedade, é responsável pela existência de solidariedade intrínseca entre os seus participantes, na medida em que tanto o êxito quanto o insucesso da sociedade implicará a todos os sócios de forma conjunta.

> Quando o fim é superior às forças do indivíduo isolado, ou quando há maior economia, maior facilidade e mais segurança de o alcançar pelos esforços comuns, o interesse respectivo das partes ordena-lhes que congreguem as suas forças e os seus meios de ação. Chega-se a este resultado pelo contrato de sociedade [...] A ideia de solidariedade dos interesses deve guiar as duas partes na celebração do contrato de sociedade. Se uma delas, em vez de trabalhar pelo lucro comum, só procura o seu interesse, destrói a própria essência da instituição — uma tal prática, a generalizar-se, arruiná-la-ia para o comércio jurídico.[462]

Da segunda metade do século XX até os dias atuais, o modelo de negócios das sociedades empresária alterou-se de forma profunda, passando a focar o crescimento da atividade empresarial no desenvolvimento de relações com outras sociedades empresariais na busca pela melhor alocação de recursos, formando uma verdadeira rede de contratos visando a expansão da atuação em mercados concorrenciais.[463]

A interação crescente entre as sociedades empresárias "assume veste jurídica diversa daquelas normalmente empregadas"[464] e que escapa às "fórmulas tradicionais oferecidas pelo ordenamento jurídico para acomodar interesses em empreendimentos comuns".[465]

---

inadimplemento de dever de sócio que aí possa estar. A quebra de *affectio societatis*, insista-se, não é causa de exclusão de sócio; o que pode eventualmente justificar a exclusão de sócios é a violação dos deveres de lealdade e de colaboração" (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. *In*: **Direito Societário contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, v. 1, p. 155).

[460] FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral**... Op. cit., p. 157.

[461] COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

[462] JHERING, Rudolf Von. **A evolução do Direito**. Salvador: Progresso, 1953, p. 132; p. 192 *et seq*.

[463] Conforme dissertamos no item 2.2. Sobre a evolução do Direito Comercial, vide FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**. Op. cit.

[464] FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral**... Op. cit., p. 172

[465] Ibidem, p. 173.

Isso porque a colaboração pactuada entre as sociedades empresárias para atuação no mercado não se encaixava em nenhuma das duas classificações clássicas vistas acima. Não poderia ser configurada como contrato de intercâmbio (via mercado), visto que ausente a característica de contraposição de interesses entre as partes (ao contrário, a comunhão de interesses é o que predominava). Também não poderia ser considerada sociedade (via hierárquica) porque ausente a constituição de sociedade. Ao mesmo tempo, o relacionamento associativo empresarial contêm traços de intercâmbio (troca) e de sociedade (objetivo comum e compartilhamento de riscos), constituindo, portanto, uma forma contratual híbrida.

Essa forma "híbrida" é o que a doutrina denominou de "contratos associativos" ou "de colaboração". A hibridez decorre do fato de que esse tipo de contrato se encontra no "entremeio dessas duas categorias",[466] pois, apesar de possuir traços mais ou menos marcantes dos contratos de intercâmbio e dos contratos de sociedade, não pode ser considerado nem um, nem outro.

> As empresas passam a se valer intensamente de formas híbridas; a viabilização jurídica da associação entre agentes econômicos é agora também realizada de novas maneiras, despregadas das fórmulas tradicionais oferecidas pelo ordenamento jurídico para acomodar os interesses em empreendimentos comuns.[467]

De acordo com Paula Forgioni, "quanto mais próximo o contrato híbrido estiver daquele de intercâmbio, maior o grau de independência das partes e menor a colaboração entre elas. Ao nos deslocarmos paulatinamente na direção das sociedades, maior será o grau de estabilidade do vínculo e da colaboração".[468]

Sobre as características dos contratos associativos, Paula Forgioni afirma que eles:

> pressupõem esforços conjugados, mas em que as partes, patrimonialmente autônomas, mantêm áleas distintas, embora interdependentes. Nem sociedade (mercantil), nem intercâmbio (*spot*), mas uma categoria (híbrida) que se situa entre esses dois polos. [...] Os contratos associativos tendem a se estender no tempo; seu aspecto

[466] FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral**... Op. cit., p. 183.
[467] Ibidem, p. 173.
[468] Ibidem, p. 175.

> associativo faz com que a associação deles decorrente não se destine ao esgotamento imediato, como ocorrem nos contratos de intercâmbio.[469]

Esse tipo de contrato diverge do "tradicional esquema de constituição de sociedades",[470] criando o que a doutrina moderna alcunhou de "empresas não societárias".[471] O escopo da maioria desses contratos de colaboração é o de firmar laços de cooperação para o estabelecimento de empreendimentos comuns, por meio do qual haverá "algum tipo de compartilhamento de informações, infraestrutura, pesquisa e desenvolvimento, marketing, que afetam o comportamento das partes no mercado ou entre as partes e terceiros, sem relação de propriedade ou relação de subordinação econômica".[472]

> Contrato Associativo: A associação empresarial se caracteriza por ser um contrato com algum tipo de compartilhamento de informações, infraestrutura, pesquisa e desenvolvimento, marketing, que afetam o comportamento das partes no mercado ou entre as partes e terceiros, sem relação de propriedade ou relação de subordinação econômica.[473]

Como exemplo de contrato de associação,[474] podemos citar a relação de distribuição e fornecimento exclusivos pactuados entre dois agentes econômicos com o escopo de integrar verticalmente a sua produção sem que, para isso, tenham que adquirir participação ou controle societário em qualquer uma das sociedades empresárias atuantes na cadeia de produção.

Nesse caso, tanto as atividades, quanto as áleas da fornecedora e da distribuidora serão interdependentes, afinal, o volume de vendas realizado ao consumidor final será diretamente proporcional ao lucro obtido e repartido entre ambas. No entanto, ambas manterão os seus custos, estabelecimentos e obrigações apartados uma das outras, ou seja, "as atividades, as áleas, os lucros e os prejuízos de ambas são interdependentes, mas não comuns".[475]

---

[469] FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral**... Op. cit., p. 173; p. 178.
[470] SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. Op. cit., p. 8.
[471] Ibidem, p. 8.
[472] MARTORANO, Luciana. Comentários aos artigos 88 a 92. *In*: ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTO, Leopoldo (Coord.). **Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529/2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 300.
[473] Ibidem.
[474] Exemplo ilustrado por FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral**... Op. cit., p. 173-174.
[475] Ibidem, p. 173-174.

Apesar de não promover a constituição formal de uma sociedade empresarial, não há dúvidas de que o contrato associativo rege-se pelo objeto de desempenho conjunto de atividade empresarial no mercado, motivo pelo qual se pode afirmar que, nesses casos, eles funcionam como instrumento de constituição fática de uma sociedade empresária, substituindo a formalização e o arquivamento de contratos e estatutos sociais.

Na medida em que esses contratos consubstanciam verdadeiros instrumentos de simplificação para o desenvolvimento da atividade empresarial ao criarem o que a doutrina denominou "empresas não societárias", a elaboração da sua redação deve ser feita, em regra, com bastante cautela, pois, além de serem normalmente celebrados entre os próprios concorrentes diretos de um determinado mercado de atuação, os contratantes não se revestem de todas as garantias que um contrato de constituição de sociedade empresária lhes proporcionaria.

Os contratos associativos devem ser obrigatoriamente submetidos à análise do CADE, nos termos do artigo 90 da Lei n. 12.529/2011, quando celebrados entre sociedades empresárias que detenham, individualmente ou considerando a soma das demais sociedades integrantes do seu grupo econômico,[476] de um lado, (i) faturamento bruto anual (no ano anterior à operação), equivalente ou superior a setecentos e cinquenta milhões de reais e, do outro lado, (ii) faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a setenta e cinco milhões de reais, conforme vimos no item 1.8. "Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: [...] IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*".[477]

Cláusulas restritivas,[478] como as de exclusividade, confidencialidade e não competição, são comumente aplicadas durante a vigência dos contratos associativos com o

---

[476] De acordo com a Resolução nº. 02/2012 do CADE, são consideradas integrantes de um único "grupo econômico": (a) as sociedades empresárias que estejam sob controle comum; e/ou (b) todas as empresas nas quais as sociedades envolvidas em determinada operação detenham o controle ou, pelo menos, 20% de participação no capital social ou votante. No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente: (i) os fundos que estejam sob a mesma gestão; (ii) o gestor; (iii) os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos que estejam sob a mesma gestão; (iv) as empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. (BRASIL. CADE. **Resolução n. 02/2012**. Op. cit.).

[477] BRASIL. **Lei n. 12.529/2011**. Op. cit.

[478] Conforme dissertamos no item 3.9, as cláusulas restritivas são aquelas que se referem à exclusividade por

objetivo de mitigar o risco de perda do investimento realizado, uma vez que limitam e/ou restringem o exercício de atividade empresarial dos contratantes no mercado em que haverá o empreendimento comum, a fim de evitar comportamentos oportunistas de um contratante em relação ao outro, pois isso poderia levar à autofagia e à consequente extinção da "empresa não societária".

5.2 Contratos de parceria: as *joint-ventures*

Conforme exposto no item anterior, o processo de interação das empresas no mercado tem se modificado ao longo dos anos de globalização e a necessidade dos agentes econômicos de se associarem entre si para a exploração conjunta e cooperativa de determinada atividade empresarial tem sido cada vez mais frequente. Nas palavras de Fábio Konder Comparato, "[...] a vinculação entre as unidades empresariais já não se faz em termos de participação societária de capital, mas adota antes a forma de contratos".[479]

Essa nova realidade do tráfico mercantil demandou a construção de novas formas de contratos aptos a instrumentalizarem os tipos modernos de produção. "Trata-se de realidade inegável: os empresários, em sua prática diária, trazem à luz contratos que pressupõem esforços conjugados, mas em que as partes, patrimonialmente autônomas, mantêm áleas distintas, embora interdependentes".[480]

Os contratos de *joint-venture*[481] (empreendimento comum) são tipos de contratos associativos celebrados entre agentes econômicos com o escopo comum de realização de um novo empreendimento mediante a junção de esforços (cooperação) e o compartilhamento de riscos para a realização de atividade econômica conjunta mais eficiente, visando obter economia de escala, de escopo e reduzir custos de transação.

---

produto, exclusividade territorial e RPM (*Reseale Price Measure*): "*[t]o be ancillary, and hence lawful, an agreement eliminating competition must be subordinate to a separate, legitimate transaction. The ancillary restraint is subordinate and collateral in the sense that it makes the main transaction more effective in accomplishing legitimate purposes*." (BORK, Robert. **The Antitrust Paradox**, 1993. Op. cit., p. 43).

[479] COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, n. 732, p. 38-46, 1996, p. 40.

[480] FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral**... Op. cit., p. 173.

[481] De acordo com o Black's Law Dictionary, o verbete *Joint-Venture* é "*a legal entity in the nature of a partnership engaged in the joint undertaking of a particular transaction for mutual profit*". (BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 6. ed. Saint Paul: West Publishing, 1991, p. 584).

Maristela Basso Maristela Basso entende que "*joint-venture* corresponde a uma forma ou método de cooperação entre empresas independentes".[482]

Para Alfredo Lupatelli Jr. e Eliane Maria Octaviani Martins:

> a característica essencial de uma *joint venture* é a intenção de realizar um projeto ou empreendimento comum, utilizando ou a forma societária com a criação de uma empresa, esta assumindo nova e distinta personalidade jurídica; ou, então, na forma contratual, criando uma associação regida por contratos de associação.[483]

Esses mesmos autores elencaram um rol de características determinantes da *joint-venture*:

> (i) limitação do objetivo a um empreendimento determinado ou empresa ad hoc; (ii) caráter eminentemente contratual e não institucional; (ii) formalização por meio de contrato; (iii) intenção explícita de criar a joint venture vinculada ao objeto; (iv) restrição aos limites fixados pelo acordo originário da joint venture; (v) obrigação de lealdade entre os contratantes (fiduciary relationship); (vi) presença de risco; (vii) gestão e controle conjuntos e capacidade de cada participante agir pelos demais, no âmbito do objeto; (viii) prazo de duração limitado; (ix) expectativa de lucro (adventure) e, consequente, (x) repartição entre os participantes.[484]

As *joint ventures* têm sido classificadas de acordo com a racionalidade econômica do negócio jurídico que formalizam. Segundo a doutrina especializada no assunto, elas podem ser: (i) contratuais (ou cooperativas) e (ii) societárias (ou clássicas).

As *joint ventures* contratuais (cooperativas) consistem na formalização contratual de uma relação de colaboração ente dois ou mais agentes econômicos para a implementação de empreendimento de interesse comum e divisão proporcional de lucros e riscos. Em regra, são acompanhadas de diversos acordos complementares, denominados "contratos satélites", que terão como função regular as questões pertinentes à administração, representação, licença e utilização de marcas e patentes, fornecimento, distribuição, confidencialidade de segredos de empresa, etc..

---

[482] BASSO, Maristela. **Joint Ventures**: manual prático das associações empresariais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 41

[483] LUPATELLI JÚNIOR, Alfredo. MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Parcerias empresariais e "*joint ventures*". **Repertório IOB Jurisprudência RJ3: Civil, Processual, Penal e Comercial**, n. 04, fev. 2000, p. 90.

[484] Ibidem, p. 90.

Podem ter como escopo a implementação de um vasto rol de relações contratuais, como o desenvolvimento conjunto de pesquisa e tecnologia, parcerias estratégicas para exploração de atividades agrícolas e associação para desenvolvimento de atividades empresariais em diversos setores.

As *joint ventures* societárias (ou clássicas) formarão um contrato de sociedade empresarial (na forma societária que melhor atender aos interesses das sócias) para a realização de um novo projeto ou empreendimento comum a ser desenvolvido e explorado pelas sociedades empresárias por meio da nova empresa constituída que terá personalidade jurídica nova e distinta em relação às parceiras.

> A opção pela criação de uma *joint venture* com uma empresa é quase sempre motivada pelo suporte institucional que esta alternativa proporciona às associações de duração relativamente longa ou longas propriamente, como também para se enquadrar nas peculiaridades do país no qual se pretende operar em uma associativa estável.[485]

A constituição de sociedade implicará o aporte de capital, o compartilhamento de informações empresariais, a divisão institucionalizada do lucro e dos deveres e obrigações, além da mitigação de riscos inerente aos contratos de sociedade, onde há solidariedade obrigacional entre os sócios.

A incidência da obrigação de não concorrência em ambos os tipos de *joint-venture* é de extrema importância para garantir o sucesso do empreendimento perseguido, haja vista que a convivência simultânea de cooperação e concorrência aniquilaria o próprio objetivo do negócio comum contratado.

> Isso contrariaria a ideia de que a solidariedade dos interesses deve guiar as duas partes na celebração do contrato [...]. Se uma delas, em vez de trabalhar pelo lucro comum, só procura o seu interesse, destrói a própria essência da instituição — tal prática, a generalizar-se, a arruinaria para o comércio jurídico.[486]

Assim, contratos que envolvam a cooperação entre empresas distintas ou compartilhamento de riscos entre os seus agentes, como o contrato de *joint-venture* e o de

---

[485] BASSO, Maristela. Op. cit., p. 41
[486] FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**. Op. cit, p. 192 *et seq*.

investimentos de longa duração, ou contrato de transferência de tecnologias, justificariam a incidência da cláusula de não concorrência durante toda a vigência da relação contratual, passando a vigorar com limites apenas depois de finda a relação comercial — momento em que os agentes se tornariam independentes entre si.

Nesses termos, os membros da *joint venture* devem ser estritamente fiéis ao dever de não concorrência, pois eventual instauração de competição entre as empresas aniquilaria o objetivo comum da associação, implicando inevitavelmente o seu fim, pois não é possível que duas empresas concorram e cooperem entre si ao mesmo tempo e no mesmo mercado, motivo pelo qual se faz imperativa a imposição de cláusula de não concorrência que perdure durante todo o tempo de cooperação e cujo início da vigência contratual ocorra quando da cessação das atividades da *joint venture*.

Assim como os contratos associativos, os contratos de *joint-venture* também devem ser obrigatoriamente submetidos à análise do CADE, nos termos do artigo 90 da Lei n. 12.529/2011, quando celebrados entre sociedades empresárias que preencham os requistos de faturamento mínimo (individualmente ou por meio de seus grupos econômicos). "Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: [...] IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou ***joint venture***".[487]

Para o CADE:

> *joint-venture* é a associação entre dois ou mais agentes econômicos para a criação de um novo agente econômico, sem a extinção dos agentes que lhe deram origem. Pode ter por objetivo a pesquisa e o desenvolvimento de novos produtos e serviços, a atuação em um novo mercado distinto dos mercados individuais de cada empresa, ou ainda a participação no mesmo mercado relevante dos agentes econômicos, dentre outros objetivos.[488]

Nesse sentido, a Autoridade Antitruste também tem entendido pela licitude da incidência da obrigação de não concorrência durante toda a vigência do contrato de *joint-venture* (tal qual ocorre com o arrendamento), conforme ratifica o texto da Súmula nº 4 editada pelo CADE em 2009:

---

[487] BRASIL. **Lei n. 12.529/2011**. Op. cit.
[488] BRASIL. CADE. **Guia prático**... Op. cit., p. 28.

> É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de joint venture, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação[489].

O limite de cinco anos de vigência paramentado pelo art. 1.147 do Código Civil iniciar-se-ia a partir do término da relação contratual de colaboração, conforme julgado abaixo:

> Ressalto a existência de cláusula de não concorrência constante no item 8 do Acordo de Acionistas. Tal dispositivo estabelece que as empresas envolvidas no negócio não concorrerão durante o prazo de vigência da associação, qual seja 05 (cinco) anos podendo este ser prorrogado por períodos adicionais sucessivos de 05 (cinco) anos, e por um prazo de 02 (dois) anos após o término da vigência do contrato. Ou seja, se o contrato não for prorrogado, **a cláusula de não concorrência terá vigência de 07 (sete) anos. [...] O período de acordo de não concorrência entre os associados quando da vigência do contrato é inteiramente aceitável e, inclusive, incontestável é a sua aceitabilidade, pois não há como conceber que empresas que estão se unindo para ampliar seus serviços, reduzir os custos e melhor atender seus clientes concorram entre si. No que tange ao período subseqüente à vigência do contrato, qual seja 02 (dois) anos, este encontra-se inteiramente dentro dos parâmetros jurisprudenciais estabelecidos por este Conselho, visto que o entendimento aqui amplamente consolidado é de que tais disposições não podem ultrapassar 05 (cinco) anos**. Isto posto, entendo admissível a cláusula ora apreciada, visto que **inconcebível é a ideia de estabelecimento de concorrência entre empresas que se associaram para implementar suas eficiências, e que o lapso temporal de vedação de não concorrência após o prazo de vigência do contrato está dentro dos limites entendidos como não lesivos à concorrência por este Conselho**. Pelo exposto, considero admissível o prazo de não concorrência de 7 (sete) anos, tendo em vista **não ser aceitável a concorrência entre as Requerentes durante a vigência do contrato de transferência de *know how*, tecnologia e assistência técnica**. O período de 2 (dois) subsequentes à vigência do contrato, por sua vez, está dentro do permitido pela jurisprudência do CADE, que entende por razoável um lapso de tempo de não concorrência de 5 (cinco) anos.[490]

Em outras oportunidades, o CADE também se manifestou no sentido de permitir um prazo mais dilatado em comparação com o parâmetro adotado em regra pela autarquia,

---

[489] BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Súmula n. 04**, de 9 de dezembro de 2009. Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?4cec2ff13edc5ffb55fd>. Acesso em: 15 jan. 2013.

[490] Voto do Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo no Ato de Concentração n. 08012.003691/2001-65.

conforme Ato de Concentração n. 08012.002921/2000-98 e Ato de Concentração n. 08012.001066/01-89, ambos de relatoria do Conselheiro Roberto Pfeiffer.

Da mesma forma, a regra de vigência da obrigação de não concorrência durante o prazo de existência da *joint-venture* cooperativa também ocorrerá, sendo que o prazo de cinco anos estipulado pelo art. 1.147 do Código Civil passará a viger do término da relação de cooperação e terá como sujeito passivo a sociedade empresária que se retirar do empreendimento comum. Normalmente, é isso o que ocorre nesses contratos de parceria: ao término do contrato, um ou alguns dos integrantes retira-se do capital social da empresa constituída para o novo empreendimento, alienando a sua participação societária ao sócio remanescente ou a terceiros interessados.

Em conclusão, podemos afirmar que a obrigação de não concorrência incide de forma ainda mais incisiva nos contratos de *joint-venture* cooperativa, visto ser a sua natureza intrínseca à própria racionalidade econômica e escopo jurídico de cooperação inerente à associação empresarial.

5.3 Contrato de franquia

O contrato de franquia empresarial (ou *franchising*)[491] é regulado pela Lei n. 8.955/1994, que a define, em seu art. 2º, como sendo:

> o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.[492]

Para Bulgareli, a franquia:

---

[491] Fran Martins define franquia como sendo: "o contrato que liga uma pessoa a uma empresa para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a essas estejam ligadas por vínculo de subordinação" (MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 486.).

[492] BRASIL. **Lei n. 8.955**, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm>. Acesso em 01/09/2012.

> é a operação pela qual um comerciante titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O beneficiário da operação assume integralmente o financiamento de sua atividade e remunera o seu cocontratante com uma percentagem calculada sobre o volume dos negócios. Repousa sobre a cláusula da exclusividade, garantindo ao beneficiário, em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade.[493]

Em relação à classificação do negócio jurídico da franquia, trata-se de um contrato consensual, bilateral, oneroso, comutativo, *intuito personae* e que pode ou não ser de adesão.[494] *Consensual* porque a simples declaração de vontade obriga as partes; *bilateral* porque contém obrigações recíprocas para franqueador e franqueado (conforme art. 3º da Lei n. 8.955/1994); *oneroso* na medida em que há contraprestação pecuniária como forma de pagamento; *comutativo* porque apresenta prestações conhecidas pelas partes (embora possa haver cláusulas de aleatoriedade);[495] *intuito personae*, pois ambas as partes tem como alvo de contratação a figura do outro contratante.[496]

Deve ser formalizado por escrito, conforme determina o art. 6º da Lei n. 8.955/1996: "O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público".[497]

O contrato de franquia, como negócio jurídico complexo, abrange concomitantemente diversos tipos contratuais, como a cessão de licença de uso de marca e de título de estabelecimento, transferência de tecnologia, distribuição, prestação de serviços, etc.

> Atente-se para o fato de que o contrato de franquia se apresenta como um complexo negocial muito amplo, possuindo em seu bojo clara aproximação e conteúdo de diversos contratos típicos a atípicos, como compra e venda, locação, licenciamento de marcas, cessão de *know how*, assistência técnica mandato, comissão, prestação de serviços, etc.[498]

---

[493] BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 520 (destacou-se).
[494] Sobre o contrato de franquia no formato de adesão, vide: VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 3: contratos em espécie. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 530.
[495] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 3. Op. cit., p. 528.
[496] Marcelo Andrade de Feres informa que a pessoalidade no contrato de franquia diz respeito apenas ao franqueado, não se relacionando ao franqueador. (FERES, Marcelo Andrade de. **Estabelecimento empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2007).
[497] BRASIL. **Lei n. 8.955/1994**. Op. cit.
[498] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 3. Op. cit., p. 525.

Maria Helena Diniz considera que o Contrato de Franquia revela-se:

> vantajoso para ambas as partes, pois possibilita ao franqueado a expansão de seus negócios com baixos investimentos, e ao franqueado a oportunidade de ser seu próprio patrão, de ser dono de sua empresa, com riscos bem menores do que os enfrentados por aqueles que se aventuram no autoempresariamento sem contar com auxílio de alguém com experiência, proprietário de uma grande marca.[499]

No entanto, embora vantajoso para ambas as partes, na prática, há conflito de interesses individuais entre franqueador, franqueado e demais franqueados (concorrência intramarca), conforme explicam Décio Zylbersztajn e Raquel Sztajn:

> Ao transferir o direito de uso e usufruto de uma marca e forma todo de um negócio aos seus franqueados, o franqueador tem interesse que o produto ou serviço seja oferecido segundo padrões preestabelecidos de qualidade. [...] Por esse motivo, é de grande interesse do franqueador — detentor da marca e eventual prejudicado por sua perda de valor — a manutenção dos padrões de qualidade nos produtos ou serviços providos pelos franqueados. Aos olhos do franqueado, contudo, a manutenção de um padrão de qualidade é um custo arcado, em sua maior parte, individualmente. [...] Na ótica do franqueado, que acará com o custo integral de prover o padrão de qualidade e divide com o franqueador os benefícios dessa ação, níveis altos de qualidade podem implicar prejuízos. Em uma situação como essa o padrão de qualidade por ele desejado é inferior ao acordado com o franqueador. Ao mesmo tempo, é de interesse do franqueado que o franqueador invista em propaganda, no desenvolvimento de novos produtos e em demais serviços de apoio à sua atividade, investimentos que têm o efeito de aumentar a clientela em cada ponto de venda.[500]

Os autores concluem que o comportamento individualista do franqueado e do franqueador pode implicar perdas a ambos os lados, podendo acarretar um resultado pior para todos. Para que isso não aconteça, faz-se necessária a imposição de restrições ao comportamento individual de cada contratante em prol do ganho coletivo "sem qualquer restrição ao comportamento de interesse individual ou incentivo ao comportamento de interesse coletivo, a ação esperada para ambas as partes é a não cooperação".[501]

---

[499] DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 4, p. 50.

[500] ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do Direito e das organizações. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (Orgs.). **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 115-116.

[501] Ibidem, p. 118.

Essas restrições podem ser impostas por meio de regras rígidas definidas contratualmente que imponham limitações a ambas as partes, tanto em relação a eventuais intromissões arbitrárias do franqueador quanto em relação a limitações na gestão do negócio por parte do franqueado, a fim de coibir comportamentos oportunistas de ambos os lados. Como exemplo de restrições comportamentais, podemos citar trecho extraído do Código de Condutas da Rede de Franquias "O Boticário":

> Quando falamos em Valores e Propósito Profundo, não nos limitamos a praticá-los apenas com públicos externos. **Tão importante quanto o respeito entre o franqueado e a franqueadora é a relação entre os próprios integrantes da Rede de Franquias**. Esse relacionamento deve estar embasado numa visão de sinergia que fortaleça a nossa Rede. **É fundamental manter-se atento às suas tomadas de decisão e gestão do negócio, evitando que alguma delas prejudique outro franqueado**. O importante é ter sempre em mente que as decisões individuais afetam todo o resultado da Rede de Franquias, portanto, é preciso avaliar constantemente os impactos de suas ações sobre os interesses coletivos da Rede.[502]

Há vários formatos para o negócio de franquia, os quais podem ser classificados em dois grandes grupos[503]: (i) franquia tradicional[504] e (ii) franquia formatada (*Business Format Franchising*).

Na franquia tradicional, somente se transmite a marca ou o produto, o que confere ao franqueado maior autonomia em relação ao negócio gerido, inclusive no que se refere ao treinamento de seus empregados e à aparência e organização do estabelecimento empresarial. Em regra, a franquia tradicional dedica-se à produção e/ou comercialização de bens produzidos pelo próprio franqueador ou por terceiros fabricantes licenciados, sob sua supervisão de desenvolvimento de produto e controle de qualidade. O franqueado deverá fidelizar o seu *core business* à venda exclusiva de produtos do franqueador, fazendo uso da sua marca.[505]

---

[502] O BOTICÁRIO. **Código de conduta da rede de franquias**. Disponível em: <http://www.boticario.com.br/1046/institucional/sustentabilidade/Documents/CodigoCondutaFranquias.pdf> Acesso em: 10 out. 2012.

[503] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 3. Op. cit., p. 524.

[504] Há também outras subcategorias de franquias como a franquia piloto (ou franquia mestre), a franquia industrial, a franquia de canto (*corner franchising*), etc. Para mais detalhes sobre outros tipos de franquia, vide: Ibidem, p. 526 .

[505] Ibidem, p. 524.

Na franquia formatada, o franqueador desenvolve um modelo *standard* de negócio que é transferido aos franqueados que, por sua vez, deverão seguir uma série de regras específicas para gerir a atividade empresarial exercida por meio da franquia.[506] Nessa modalidade, há transferência de "marca registrada, nome comercial, logotipo, planos de comercialização, assistência técnica, etc.".[507] O pagamento do franqueado ao franqueador é feito, em regra, mediante desembolso de uma taxa inicial de franquia seguida de pagamentos periódicos de *royalties*.[508]

Uma importante característica dessa modalidade é que o franqueado tem autonomia bastante reduzida em relação à gestão e organização do estabelecimento empresarial explorado que deve manter toda a sua organização e gerência nos previamente concebidos e definidos pelo franqueador.[509] Na maioria das vezes, o franqueador impõe ao franqueado a obediência ao seu código de conduta, mediante fiscalização da condução do negócio da franquia e imposição de multa em caso de descumprimento das normas, conforme evidenciado no excerto abaixo, também retirado do texto do Código de Condutas da Rede de Franquias "O Boticário":

> FRAUDES. Uma fraude é um ato praticado com o intuito de lesar terceiros e violar obrigações legais. Seja com governo, fornecedores, franqueadores, consumidores ou empregados, qualquer tipo de fraude não é tolerada na Rede de Franquias. A fim de evitar desvios de qualquer natureza, **recomenda-se seguir as orientações formais estabelecidas pela franqueadora**, como por exemplo: cumprir todas as obrigações legais e fiscais, entre elas a emissão de cupom fiscal para todos os consumidores; **utilizar as informações acessadas na rotina de trabalho, incluindo cadastro de consumidores**, somente para seu uso específico, não prejudicando, assim, a integridade do relacionamento da Rede de Franquias com seus diversos públicos; **utilizar de forma profissional todas as ferramentas de gestão indicadas e oferecidas pela franqueadora**. [...]
> **Sempre que casos de descumprimento deste Código sejam identificados, eles devem ser reportados à Ouvidoria para que sejam**

---

[506] No *Business Format Franchising*, o franqueador deve prestar assistência integral ao franqueado em relação à organização empresarial da franquia em três frentes distintas e concorrentes: (i) o *manegement*, referente ao sistema de controle de estoque, de custos e treinamento de pessoal; (ii) o *engineering*, relacionado à organização do espaço (*layout*) do estabelecimento do franqueado e (iii) o marketing, relacionado à propaganda e *marketing* para a apresentação e comercialização do produto ou serviço ao mercado. (COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, v. 1, p. 126).
[507] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 3. Op. cit., p. 524.
[508] A definição de "Royalties" pode ser encontrada na legislação no bojo do art. 11 do Decreto n. 2.705/98, segundo o qual "Os royalties [...] constituem compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, e serão pagos mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedada quaisquer deduções."
[509] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 3. Op. cit., p. 524.

> **analisados** e, quando cabível, recebam tratamento adequado pelo Comitê Deliberativo, conforme conduta moral do Boticário. **As sanções aplicadas aos desvios de conduta podem ir desde notificações até rompimento das relações contratuais, conforme a gravidade da situação**.[510]

Com efeito, uma das características mais marcantes do contrato de franquia é a transmissão de *know how* do franqueador para o franqueado, consubstanciado na organização dos elementos corpóreos e incorpóreos (nos quais se incluem as marcas) para a realização da atividade econômica, inclusive o usufruto da "marca e do conhecimento técnico do franqueador (*know how*), os quais de outro modo não lhe estariam disponíveis".[511]

A transmissão do saber fazer é exatamente o diferencial atrativo do negócio de franquia, visto que possibilita o ingresso do empresário no mercado mediante a assunção de riscos menores.[512] Isso porque a "fórmula" de organização aziendal da franquia já foi previamente testada pela loja-piloto e por outros franqueados, conferindo mais certeza de êxito (lucro) ao empreendimento e, consequentemente, diminuindo o risco de insucesso e falência do empreendimento.

> A franquia permite que a empresa franqueadora, com custos reduzidos, atinja diversos pontos de vendam fortalecendo sua marca e seu mercado. Também se beneficiam os consumidores finais com a difusão de produtos e serviços. Beneficia-se o franqueado que mantém negócio próprio, com certeza de sucesso proporcionado pela estrutura e conceito do franqueador. O tomador do negócio investe sem ter que realizar pesados investimentos relativos a estratégias de mercado. Desse modo, o negócio do franqueado oferece maior segurança.[513]

O aviamento transmitido pelo franqueador ao franqueado é o elemento responsável por atrair a clientela (normalmente fidelizada à marca da franquia), incrementando a capacidade de rivalidade do franqueado com outras sociedades empresárias atuantes no mesmo mercado.

---

[510] O BOTICÁRIO. Op. cit.
[511] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 3. Op. cit., p. 529.
[512] Fábio Ulhôa Coelho adverte que: "o elemento indispensável à configuração do contrato é prestação de serviços de organização empresarial, ou por outra, o acesso a um conjunto de informações e conhecimentos, detidos pelo franqueador, que viabilizam a redução dos riscos na criação do estabelecimento do franqueado. (COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, v. 1, p. 126).
[513] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 3. Op. cit., p. 526-527.

Na franquia tradicional, entendemos que haja transferência apenas de aviamento objetivo do franqueador ao franqueado, uma vez que a relação contratual de um em relação ao outro não inclui a organização propriamente dita de todo o estabelecimento, mas apenas a comercialização exclusiva do produto e da marca. Assim, o aviamento objetivo do franqueado se aglutinará ao do franqueador que, fazendo uso do seu aviamento subjetivo, organizará os demais elementos do estabelecimento empresarial de acordo com a sua própria discricionariedade e tino comercial.

Na franquia formatada, no entanto, entendemos que não apenas o aviamento objetivo é transmitido, como também (de forma indireta) o aviamento subjetivo. Isso porque, como vimos, há ingerência direta do franqueador no negócio do franqueado, não apenas no que concerne aos produtos comercializados, mas também em relação à imposição contratual de normas de administração da franquia constantes em códigos de conduta,[514] que são, em regra, bastante rigorosos.

Nessa linha, a imposição de obrigação de não concorrência do franqueado em relação ao franqueador após o término da relação contratual resta mais do que justificada, tanto em virtude da transmissão do aviamento objetivo (o que ocorre de forma similar no contrato de arrendamento) quanto (e principalmente) em relação à transferência do aviamento subjetivo (no caso das franquias formatadas).

A franqueadora, portanto, com o intuito de resguardar a si e à sua rede de franquias da concorrência qualificada do franqueador, vinculará a sociedade empresária franqueada (bem como os seus sócios) à cláusula de não concorrência que os inviabilizará de atuar no mesmo ramo de negócios (aspecto material), área geográfica (que variará de acordo com as características da rede de franquias) e tempo determinado — que também variará de acordo com a vontade da franqueadora, mas que, em regra, não deve ultrapassar os cinco anos de parâmetro do art. 1.147 do Código Civil, conforme julgados do CADE sobre a matéria:

> É flagrante na jurisprudência do CADE que a cláusula de não concorrência é tida como uma prática comercial corriqueira, não

[514] Um dos principais objetivos do código de conduta reside na conservação da reputação da marca da franquia no mercado, pois eventuais comportamentos individuais do franqueado na comercialização dos produtos poderiam impactar negativamente no conceito de sucesso empresarial da rede.

> configurando, por si, ilícito anticoncorrencial. Também é evidente que o CADE vem estabelecendo em 5 anos o período que, a priori, é considerável razoável, sem deixar de reconhecer casos que demandam um período de não concorrência mais alongado. [...] Entretanto, não se justifica o impedimento à vendedora de atuar no setor por 10 anos. As peculiaridades do mercado de saúde animal que segundo as Requerentes, poderiam justificar a manutenção do alongado período já são tratadas, sobremaneira, pela cláusula de confidencialidade que tem duração de 10 anos. Não sobrevive, justamente pelo alcance da cláusula de confidencialidade, a necessidade de impedir-se a vendedora de atuar no mercado por período superior a cinco anos. Assim, a vendedora, após cinco anos, contados do fechamento da operação, poderá atuar no mercado por meio de produtos de domínio público ou pela pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, sem, entretanto, utilizar-se das informações consideradas confidenciais e transferidas à compradora por meio dessa operação. De tal maneira, determino a redução do período de não concorrência estipulado em 10 anos, para 5 anos, lapso tido pela jurisprudência do CADE como razoável para a vigência dessa espécie de cláusula. Não obstante, ressalto, fica mantida a cláusula que estabelece em 10 anos o período em que a vendedora não poderá divulgar ou utilizar as informações confidenciais.[515]

A necessidade de inclusão da obrigação de não concorrência se faz ainda mais latente quando houver fornecimento pelo franqueador de acesso à tecnologia exclusiva que não esteja disponível a terceiros aos seus franqueados. Por tecnologia exclusiva, entendem-se aquelas não obsoletas, como, por exemplo, patentes farmacêuticas em vigor e invenções não licenciadas a terceiros.

Caso haja o descumprimento da obrigação de não concorrência pactuado no contrato, o franqueado poderá ingressar com ação judicial de obrigação de não fazer requerendo a cessão imediata (por meio de pedido de antecipação dos efeitos da tutela) da atividade empresarial exercida pelo próprio franqueado obrigado ou por interposta pessoa. A obtenção de medida liminar nesses casos reveste-se de urgência ainda maior, uma vez que a concorrência qualificada direta do franqueado não afeta apenas o franqueador, mas, também, outros integrantes da rede de franquia.

> Ementa: TUTELA ANTECIPADA - Ação de obrigação de não fazer cumulada com ressarcimento de danos - **Deferimento em primeira instância de tutela antecipada para determinar que os recorrentes se abstivessem de exercer atividade concorrente à da autora, sob pena de pagamento de multa diária fixada em R$ 10.000,00 por dia, por clínica**, até o máximo de 365 dias. Agravo de instrumento voltado à

[515] Ato de Concentração n.º 08012.001856/02-45. O Voto informa como precedentes para a sua argumentação os votos proferidos nos Atos de Concentração n. 08012.000317/99-12 e n. 08012.0002266/99-46. (BRASIL. CADE. **Pesquisa processual**... cit.).

> revogação da antecipação de tutela. **Existência de cláusula de não concorrência. Obrigatoriedade de não concorrência. Validade**. [...] Manutenção da abstenção consignada na r. decisão agravada, ficando os recorrentes impedidos de praticarem atividade concorrente à da agravada na cidade de Jundiaí - **Determinação que se estende também ao segundo endereço constante na peça inicial, pois comprovado que a clínica lá situada envolve os mesmos sócios da unidade franqueada e desempenha atividade complementar e semelhante à que lhes é vedada**. Astreinte fixada em R$ 10.000,00 por dia, até o máximo de 365 dias - Excesso - Caracterização - Limite fixado em R$ 100.000,00 que se revela suficiente, especialmente se considerada a pré-fixação de perdas e danos prevista no mesmo valor em cláusula contratual estipulada entre as partes - Recurso parcialmente provido para aplicar a redução da multa diária - Voto vencido. DISPOSITIVO: Deram parcial provimento ao recurso, por maioria. Voto vencido incorporado ao acórdão.[516]

No mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, encontramos julgados que não consideram a exploração imediata pelo franqueado, ao término do contrato de franquia, da mesma atividade empresarial (aspecto material da obrigação) exercida pela franqueadora, entendendo que somente restaria configurada a transgressão à cláusula de não concorrência quando houvesse uso indevido de marca ou do *layout* das lojas da franquia, conforme abaixo:

> FRANQUIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. EXTINÇÃO DO CONTRATO. CLÁUSULA DE NAO CONCORRENCIA. INFRAÇÃO CONTRATUAL NÃO DEMONSTRADA. Não há no conjunto probatório comprovação das alegadas concorrência e infração contratual. Os contratantes não fazem parte do quadro de outra sociedade empresária, e não caracteriza desrespeito à cláusula de não-concorrência a manutenção da atividade empresária da ex-franqueada (destaque desta Relatoria). Ausentes a similitude de fachada e de layout entre os estabelecimentos empresariais, e não havendo coincidência no quadro societário, de rigor a improcedência dos pedidos formulados na inicial. Agravo retido não conhecido. Apelação não provida.[517]
>
> Apelação - Ação de cobrança cumulada com indenização por danos materiais - Contrato de franquia Alegação de descumprimento de cláusula de não concorrência pelo prazo de dois anos após o término do contrato - Manutenção de atividade comercial idêntica no mesmo local onde foi constituída a franquia Inexistência de violação contratual - Precedente jurisprudencial da Corte - Recurso improvido.
> [...]

---

[516] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0008201-64.2012.8.26.0000**. Relator Ricardo Negrão. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 16 out. 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6309635>. Acesso em: 16 nov. 2012.

[517] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 9164731.81.2007.8.26.0000**. Relatora Sandra Galhardo Este. 12ª Câmara de Direito Privado, j. 30 maio 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5956450&vlCaptcha=kkjrx>. Acesso em: 16 nov. 2012.

> A interpretação dada pela parte, além de impedir o franqueado, de forma injusta, de desenvolver a atividade comercial pelo prazo de dois anos, traria exagerada vantagem à autora, na medida em que não restaria ao franqueado outra alternativa senão à indefinida prorrogação do contrato de franquia, sob pena de ter que encerrar as atividades comerciais no local em que estabeleceu o ponto comercial.[518]

Na medida em que o contrato de franquia não se resume, apenas, ao licenciamento de uso de marca nominal e figurativa (até mesmo porque, caso assim fosse, tratar-se-ia deste outro tipo contratual específico), visto que engloba outras relações jurídicas entre franqueado e franqueadora, como fornecimento, distribuição de produtos e, principalmente, transferência de *know how* (aviamento objetivo e, por vezes, subjetivo), não entendemos acertada a linha dos julgados supramencionados que, em nossa opinião, desconsideraram o inevitável e evidente aproveitamento pelo franqueado do aviamento que lhe fora transferido pelo franqueador por ocasião do contrato de franquia.

---

[518] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 9215213-94.2009.8.26.0000**. Relator Miguel Petroni Neto. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6319564>. Acesso em: 16 nov. 2012.

CONCLUSÃO

A livre iniciativa e a livre concorrência constituem princípios da Ordem Econômica (art. 170) da Constituição brasileira de 1988 e são complementares entre si, na medida em que visam à tutela dos mesmos objetivos mediatos (acesso a todos aos bens de consumo essenciais à subsistência) e imediatos (garantir a todos uma existência digna).

O princípio da livre iniciativa reveste-se de caráter dúplice, pois exerce duas tarefas concomitantemente: (i) garantir a liberdade de indústria, comércio e concorrência por meio da tutela do direito de entrada e de saída de qualquer agente econômico no mercado e (ii) promover o exercício livre de qualquer forma de produção lícita, coletiva ou individual, pública ou privada.

O princípio da livre concorrência visa à repressão ao abuso do poder econômico, da dominação dos mercados, da eliminação da concorrência e do aumento arbitrário de lucros de forma a mitigar a ocorrência de falhas de mercados e manter um ambiente de *fair play* entre os concorrentes.

De acordo com o nosso ponto de vista, embora sejam complementares entre si, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não são sinônimos e nem substitutos, pois possuem conceitos e funções diferentes: enquanto o primeiro protege o direito de entrada e saída, o segundo garante condições de permanência dos agentes econômicos no mercado. Ambos os princípios funcionam no ordenamento jurídico como ferramentas aptas à promoção do desenvolvimento econômico brasileiro.

Princípios não exprimem valores absolutos e não garantem direitos ilimitados, tampouco encerram um fim em si mesmos, devendo ser sempre interpretados em harmonia com os demais princípios constitucionais.

A livre iniciativa encontra limites na própria prerrogativa de terceiros para o exercício da atividade empresarial, bem como na intervenção do Estado na autonomia privada, que pode ser necessária para garantir a efetividade da própria liberdade de

iniciativa ou para atender aos imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo (arts. 173 e 175 da CF/1988).

Segundo o entendimento doutrinário, os princípios se destacam pelas seguintes características: (i) ditam imperativos de honestidade e moralidade nas quais devem ser pautados os objetivos (diretrizes) econômicos, sociais e políticos de uma nação (Ronald Dworkin); (ii) alto grau de abstração, caráter generalista, determinação vaga e abrangente e papel fundamental no sistema hierárquico de fontes do direito (José Joaquim Gomes Canotilho); (iii) são normas gerais que informam toda a ordem jurídica nacional de eficácia limitada e aplicabilidade e indireta, uma vez que dependem da edição de legislação específica (José Afonso Silva); (iv) mandamentos de otimização (Robert Alexy); e (v) verdades fundantes (Miguel Reale).

A efetividade dos princípios constitucionais depende da edição de leis infraconstitucionais que imponham os objetivos (diretrizes) nacionais ao poder público (para legislar e elaborar políticas que visem à consecução dos princípios) e aos particulares (para que balizem as suas ações de acordo com o enunciado dos princípios).

Os princípios da livre inciativa e da livre concorrência foram devidamente espelhados, ao longo dos anos, na legislação infraconstitucional. Destacam-se duas fases distintas nas leis editadas para a implementação de uma política de defesa da concorrência efetiva no Brasil: a primeira, que predominou até o final da década de 1980, caracterizou-se primordialmente pela tutela do consumo efetivada pela regulação da economia popular e do controle de preços no mercado. A segunda, inaugurada na década de 1990 e que predomina até os dias atuais, é basicamente marcada pela tutela da concorrência por meio da repressão ao exercício abusivo do poder de mercado que é combatido tanto preventivamente (controle estrutural), quanto repressivamente (controle comportamental).

Do período (de 1934 a 2012) em que se analisou a evolução legislativa da concorrência no Direito brasileiro, merecem destaque as Leis n. 8158/1991 (criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico, n. 8884/1994 (estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE em Autarquia Federal) e n. 12.529/2012 (estruturação do

Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e redefinição dos critérios de submissão de contratos empresariais à análise e julgamento do CADE).

O CADE exerce três funções primordiais na defesa da concorrência no Brasil: o preventivo, o repressivo e o educativo. O exercício do papel preventivo autoriza a Autarquia a intervir no âmbito da autonomia privada (negócios jurídicos celebrados entre particulares) para preservar as estruturas de mercado e promover o desenvolvimento econômico no país. No cumprimento desse mister, o CADE tem constantemente imposto restrições aos limites temporal, geográfico ou espacial das cláusulas de não concorrência constantes nos contratos empresariais.

A análise da legislação de defesa da concorrência nos permite concluir que o objeto imediato da sua tutela é a proteção à livre concorrência e à livre iniciativa com o fim de coibir o exercício abusivo do poder de mercado e promover o desenvolvimento econômico. Paralelamente, o objeto mediato da tutela da legislação concorrencial é o consumidor que deve ter preservados os seus bem-estar e poder de escolha.

A atuação dos agentes econômicos nos mercados se dá por meio da empresa (sujeito de direito) que realiza atividade econômica (fato jurídico) com escopo de lucro por meio do estabelecimento empresarial (objeto de direito), consistente no complexo de bens organizados pelo empresário (sujeito de direito titular do estabelecimento) para a produção de bens ou prestação de serviços.

O desenvolvimento de atividade econômica exige que as empresas celebrem negócios jurídicos autogestacionários (como contração de mão de obra), ao que se denomina “contratos via hierárquica”, assim como contratos empresariais no âmbito externo da sua produção (como contratação de fornecedores, distribuidores, parceiros e consumidores), ao que se denomina “contratos via mercado”. A celebração de contratos é essencial para a vida da empresa, considerada como um agente economizador dos custos de transação envolvidos no ato de contratar.

O estabelecimento empresarial é um complexo de bens corpóreos e incorpóreos organizado de forma voluntária pelo empresário para o exercício da empresa, constituindo uma universalidade de fato. O aviamento consiste na aptidão para a geração de lucro,

sendo o atributo (fato jurídico) responsável pelo sobrevalor (ou mais valia) do estabelecimento e que depende do exercício de atividade empresarial para subsistir.

Mario Rotondi foi responsável pelo desenvolvimento da teoria sobre o aviamento que o dividiu em duas categorias: (i) o objetivo, que se refere à aptidão do estabelecimento de gerar lucros a partir da organização de seus elementos corpóreos e incorpóreos, incluindo a localização geográfica da azienda e (ii) o subjetivo, que consiste na capacidade de geração de lucros pelo estabelecimento a partir da organização personalíssima do empresário (*know how*, informação, atendimento à clientela, qualidade da produção, etc.).

O aviamento objetivo e subjetivo são atributos intrínsecos ao estabelecimento empresarial já que a organização pelo empresário dos elementos corpóreos e incorpóreos da azienda é imprescindível para o exercício da atividade econômica. O aviamento pode ser objeto de avaliação contábil própria (utilizando-se os métodos denominados "fluxo de caixa descontado" e "avaliação relativa"), cuja análise pode denotar, inclusive, a existência de um deságio (*badwill* ou desaviamento ou *goodwill* negativo) em relação à expectativa de lucros do estabelecimento empresarial.

A clientela é um fato jurídico capaz de denotar a presença de melhor ou pior aviamento de determinado estabelecimento, não sendo possível concebê-la como instituto passível de cessão, na medida em que o ordenamento jurídico não reconhece a existência de "propriedade" sobre fatos jurídicos. A clientela existe no e para o mercado, a ele pertencendo. Por esse motivo, revela-se equivocada e imprópria a expressão "cessão de clientela", bastante utilizada pela doutrina para se referir a negócios jurídicos envolvendo estabelecimento empresarial.

Há, no entanto, uma proteção indireta à clientela por meio da legislação cível e concorrencial, que determina a atuação dos agentes econômicos nos mercados de acordo com a observância do princípio da boa-fé, lealdade e licitude.

O histórico jurisprudencial traçado sobre a inclusão de cláusulas de não concorrência em contratos empresariais (com destaque para o "Caso da Juta" e o "Caso da Consolação") comprova que há décadas que essa obrigação vem sendo admitida como lícita pelos tribunais pátrios.

No decorrer dos anos, diversas foram as teorias elaboradas pela jurisprudência e pela doutrina para justificar não só a licitude, como também a necessidade de inclusão dessas cláusulas nos contratos. Como exemplo, podemos citar a teoria da evicção, turbação, boa-fé contratual, concorrência desleal e *concorrência qualificada*, com destaque para esta última, que considera a qualificação (*know how* e *expertise*) do possível concorrente em relação ao estabelecimento empresarial como o fator determinante para a justificação da inclusão de obrigação de não concorrência nos instrumentos contratuais que formalizem negócios jurídicos a ele pertinentes (como o trespasse, o arrendamento e o usufruto).

O dever de não competição ganhou *status* de lei em 2002, quando foi incluído no art. 1.147 do CC. A redação do dispositivo proíbe que o alienante de estabelecimento empresarial concorra com o adquirente nos cinco anos subsequentes à transferência, sendo que, no caso de arrendamento e usufruto a proibição persistirá durante o prazo do contrato (caso não haja disposição expressa em contrário no instrumento contratual).

A exemplo de outros, o art. 1.147 do CC também foi inspirado no Código Civil italiano (art. 2.557). Da comparação da redação dos dois artigos, concluímos pela superioridade do italiano que, em linhas gerais, revelou-se mais abrangente do que o brasileiro, admitindo a ampliação contratual dos limites da obrigação de não concorrência e especificando a sua incidência em relação aos estabelecimentos agrícolas.

A aplicabilidade do dever de não competição não se restringe, apenas, aos contratos de trespasse, motivo pelo qual consideramos equivocado o emprego indiscriminado da expressão “cláusula de não restabelecimento” ou “cláusula de vedação de estabelecimento” como sinônima da “obrigação de não concorrência”.

Em relação à natureza jurídica, a obrigação de não concorrência trata-se de obrigação de não fazer (negativa), infungível, indivisível e *intuito personae* e acessória, visto que não nasce e nem subsiste por si mesma, estando sempre atrelada a uma obrigação principal.

A incidência da obrigação de não concorrência em negócios jurídicos pode ocorrer de forma *tácita* ou *expressa*. Será tácita quando se tratar de uma das hipóteses do art. 1.147 do Código Civil (trespasse, arrendamento ou usufruto de estabelecimento empresarial), em que a obrigação vigorará automaticamente por força da lei, caso não haja disposição expressa em contrário estabelecida pelas partes no instrumento contratual. Será expressa quando constar de forma inequívoca no contrato que formalizar o negócio jurídico que requeira a sua utilização como ferramenta de racionalidade econômica.

Durante o tempo de vigência da obrigação de não concorrência, o sujeito passivo (devedor) sofrerá restrição ao seu direito constitucional de livre iniciativa, ficando proibido de exercer competição qualificada frente ao sujeito ativo (credor) para que esse último possa concorrer livremente no mercado, rivalizando com os demais concorrentes que nele atuem.

A obrigação de não concorrência, portanto, denota-se pela tutela de um bem jurídico mediante a sua própria negação: a sua presença em instrumentos contratuais obsta o direito de concorrência e livre iniciativa de agentes econômicos com o escopo de tutelar o fomento da própria concorrência nos mercados, funcionando como verdadeiro excludente de antijuridicidade em relação à regra geral de inconstitucionalidade de obrigações que inibam, restrinjam ou interditem a concorrência.

É exatamente esse interessante mecanismo reverso de funcionamento da não concorrência que a torna ferramenta essencial à efetivação de muitos negócios jurídicos e à contribuição para o bom funcionamento dos mercados e para o fomento do desenvolvimento econômico.

A obrigação de não concorrência irradia seus efeitos tanto no âmbito privado quanto no âmbito público. Em relação ao âmbito privado, ela mantém incólume a legítima expectativa privada do agente econômico que está contratando, sendo, por vezes, fundamental à consecução da racionalidade econômica do negócio jurídico celebrado. Sobre o âmbito público, ela desempenha papel pró-competitivo fundamental nas estruturas de mercado e na promoção dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

O fato de a obrigação excepcionar um princípio constitucional acarreta nas seguintes consequências: *necessidade de interpretação restritiva* e *imposição de limites à sua incidência* de acordo com o fim econômico contratual proposto. A partir da utilização da regra da razão e do modelo econômico apropriado (teste do monopolista hipotético), pode-se definir os limites material, temporal e espacial de vigência da obrigação.

O *limite material* da obrigação de não concorrência será definido de acordo com: (i) os produtos ou serviços produzidos e ofertados pelo empresário e (ii) o critério de substitubilidade pelo lado da demanda (consumo) . O *limite espacial* será determinado com base no raio de comercialização da produção. O *limite temporal*, por sua vez, corresponderá ao interregno de tempo no qual a obrigação de não fazer permanecerá em vigor, irradiando os seus efeitos.

Frise-se que o art. 1.147 do Código Civil determina o prazo máximo de cinco anos para a vigência da obrigação em negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento comercial. Esse prazo, no entanto, pode ser dilatado caso a caso, utilizando-se o critério da regra da razão para a verificação da necessidade.

No *âmbito privado*, o eventual descumprimento da obrigação de não concorrência pode implicar a propositura de ação judicial de obrigação de não fazer pelo sujeito ativo (credor) com pedido de tutela antecipada para que o sujeito passivo (devedor) cesse imediatamente todas as atividades empresariais que deveriam estar interditadas em razão da incidência da cláusula de não competição.

No *âmbito da defesa da concorrência*, caso o CADE entenda que determinada cláusula esteja em dissonância com os limites necessários à consecução do objeto do negócio jurídico no qual ela incida, o órgão poderá determinar aos particulares que efetuem a sua exclusão do instrumento contratual ou, ainda, que promovam a sua adequação aos limites necessários à preservação da concorrência, sem prejuízo de instauração de processo administrativo para apuração de prática anticoncorrencial.

A importância da utilização da obrigação de não concorrência pelas sociedades empresárias nos negócios jurídicos celebrados ficou evidenciada na análise individualizada dos contratos empresariais que realizamos.

Em relação aos negócios jurídicos envolvendo o estabelecimento empresarial, examinamos a aplicação da obrigação de não concorrência nos contratos de trespasse, aquisição de participação societária, arrendamento e usufruto. Já no que concerne aos *negócios jurídicos associativos*, efetuamos a incidência da obrigação de não concorrência nos contratos de colaboração, *joint-ventures* e franquia.

No *contrato de trespasse*, a obrigação de não concorrência tem como escopo preservar a legítima expectativa de obtenção de lucro do adquirente por meio da exploração de atividade econômica no estabelecimento empresarial recém-adquirido. Para tanto, é necessária a incidência da obrigação negativa para interditar de forma temporária e delimitada a livre iniciativa do alienante que não poderá exercer a sua concorrência qualificada em prejuízo do adquirente.

No *contrato de alienação de participação societária*, a obrigação de não concorrência também pode incidir nos casos em que o alienante for efetivamente capaz de exercer essa concorrência qualificada, ou seja, quando ele detiver, em menor ou maior grau, expertise e *know how* em relação às atividades empresariais exercidas pela sociedade empresária cujas quotas ou ações foram transacionadas. Nesse sentido, é de suma importância a avaliação prévia do tipo de participação e do papel que o sócio ou quotista desempenha na sociedade, a fim de que possamos distinguir os mero investidores daqueles capazes de exercer concorrência qualificada em relação ao adquirente.

Nesse tipo de negócio jurídico, o objetivo da obrigação de não concorrência é o mesmo daquele que observamos no caso de trespasse de estabelecimento: garantir a legítima expectativa de obtenção de lucro do adquirente de participação societária por meio da exploração direta ou indireta da atividade econômica desenvolvida pela sociedade empresária cujas quotas ou ações foram adquiridas.

No *contrato de arrendamento* há a transferência da titularidade secundária de um complexo de bens organizado (aviamento objetivo) do arrendante ao arrendatário de forma a permitir-lhe a sua utilização imediata para a exploração da atividade econômica para a qual o estabelecimento empresarial esteja organizado. Em contrapartida, há o pagamento de contraprestação, devendo o arrendatário atuar de forma a conservar a organização das

estruturas produtivas (aviamento objetivo) e manter os níveis de lucro dentro dos parâmetros propostos pelo contrato.

Diferentemente do contrato de trespasse, no contrato de arrendamento a obrigação negativa de concorrência deverá incidir durante todo o período contratual, conforme determina o art. 1.147 do CC, a fim de que o arrendador (titular primário da azienda) não exerça a sua concorrência qualificada em relação ao arrendatário, pois, caso isso ocorra, haverá a automática quebra de expectativa de lucro que, em última análise, consiste no incentivo econômico que levou o arrendatário a contratar com o arrendador.

De acordo com o nosso entendimento, o contrato de arrendamento pode apresentar duas fases subjetivas distintas em relação à incidência da obrigação de não concorrência.

Na primeira, que perduraria durante o tempo de vigência do contrato, o sujeito passivo (devedor) do dever de não competição seria o arrendador, que ficaria interditado do seu direito de livre iniciativa a fim de não obstar as atividades do arrendatário que, por sua vez, seria o sujeito ativo (credor).

Na segunda, cujo início se daria no momento imediatamente após o término do contrato e que perduraria pelos próximos cinco anos a partir dali (se não houver disposição expressa dos contratantes negando a incidência da obrigação negativa), haveria a inversão dos sujeitos: o passivo (devedor) do dever de não competição seria o arrendatário, que ficaria interditado do seu direito de livre iniciativa em decorrência do *know how* adquirido ao longo da exploração do estabelecimento, com o escopo de não exercer concorrência qualificada em relação ao arrendador (caso este decidisse retomar a atividade empresarial) ou em relação a terceiros (novo arrendatário ou adquirente do estabelecimento).

A finalidade de incidência da obrigação negativa, tanto no período de vigência quanto após o término do contrato, é a de proteger o sujeito ativo (qual seja, o arrendatário na primeira fase e o arrendador na segunda) da concorrência qualificada do sujeito passivo (qual seja, o arrendador na primeira fase e o arrendatário na segunda) que poderia ocasionar a quebra de expectativa de geração de lucro das outras partes envolvidas no contrato.

Assim como no contrato de arrendamento, no *contrato de usufruto* de estabelecimento empresarial também não há transferência da titularidade primária, mas apenas secundária da azienda. O usufruto de estabelecimento empresarial pode ocorrer em três situações distintas, a saber: (i) como meio de recuperação judicial de empresa; (ii) como fruição de cotas ou ações empresariais; e (iii) por disposição contratual. De acordo com as nossas conclusões, apenas a terceira hipótese permite a incidência ou não da obrigação de não concorrência, em virtude da existência de exploração de atividade econômica por meio do estabelecimento empresarial.

Tal qual ocorre no arrendamento, a disposição do art. 1147 do Código Civil obrigará o cedente do usufruto (sujeito passivo), titular primário do estabelecimento objeto do negócio, a não exercer concorrência qualificada em relação ao usufrutuário (sujeito ativo) durante o prazo do contrato, caso não haja disposição contratual expressa em contrário. O objetivo da incidência da obrigação nesse tipo contratual é o mesmo já explicado nos casos de trespasse e arrendamento: racionalidade econômica do negócio jurídico e manutenção da legítima expectativa de lucro pelo usufrutuário.

Assim como no caso do arrendamento, também entendemos ser aplicável a interdição da concorrência do usufrutuário em relação ao cedente do usufruto, oportunidade em que haveria a inversão dos polos obrigacionais: o usufrutuário passaria de sujeito ativo da obrigação a sujeito passivo, visto ter adquirido expertise e *know how* suficientes ao exercício posterior de concorrência qualificada em detrimento do cedente do usufruto.

Os *contratos associativos* ou de *colaboração* constituem-se sob uma forma contratual híbrida, na medida em que possuem traços mais ou menos marcantes dos contratos de intercâmbio e dos contratos de sociedade, não podendo, no entanto, ser classificados nem como um, nem como outro.

O escopo da maioria desses contratos é o de firmar laços de cooperação para a realização de projetos ou para o estabelecimento de empreendimentos comuns, por meio dos quais haverá, necessariamente, o compartilhamento de informações comercialmente sensíveis de algum tipo, a exemplo de segredos de empresa e dados sobre infraestrutura, estratégias comerciais, pesquisa e desenvolvimento e planejamento de *marketing*.

Os contratos associativos devem ser obrigatoriamente submetidos à análise do CADE, nos termos do artigo 90 da Lei n. 12.529/2011, quando preenchidos os critérios de faturamento bruto anual obtido pelas sociedades empresárias que os tenham celebrados.

Considerando o compartilhamento de informações inerente à associação empresarial, cláusulas restritivas como as de exclusividade, confidencialidade e não competição são comumente aplicadas durante a vigência desses contratos com o propósito de mitigar o risco de perda do investimento realizado.

Os contratos de *joint-venture* (empreendimento comum) são tipos de contratos associativos celebrados entre agentes econômicos para a realização de um novo empreendimento mediante a junção de esforços (cooperação) e o compartilhamento de riscos para a realização de atividade econômica conjunta mais eficiente, visando obter economia de escala, de escopo e reduzir custos de transação.

As *joint ventures contratuais* (cooperativas) visam à efetivação de uma relação comercial de colaboração ente dois ou mais agentes econômicos para a implementação de empreendimento ou projeto de interesse comum. As *joint ventures societárias* (ou clássicas) têm como objetivo a constituição de uma nova sociedade empresária a qual, em regra, terá o seu capital social e controle compartilhado entre as associadas para exploração de atividade econômica determinada.

A incidência da obrigação de não concorrência em ambos os tipos de *joint-ventures* é vital para garantir a possibilidade de sucesso do empreendimento comum perseguido, haja vista que a convivência simultânea de cooperação e concorrência aniquilaria o próprio objetivo do negócio comum contratado.

Assim como os contratos associativos, os contratos de *joint-venture* também devem ser obrigatoriamente submetidos à análise do CADE (a depender do preenchimento dos critérios de notificação). A Autoridade Antitruste também tem entendido pela licitude da incidência da obrigação de não concorrência durante toda a vigência do contrato de *joint-venture* (tal qual ocorre com o arrendamento), sendo que o limite de cinco anos de vigência

paramentado pelo art. 1.147 do Código Civil iniciar-se-ia a partir do término da relação contratual de colaboração.

Por fim, no que concerne ao *contrato de franquia*, demonstramos que uma das suas características mais importantes é a transmissão de *know how* do franqueador para o franqueado, sendo exatamente este o diferencial atrativo do negócio, pois possibilita o ingresso do empresário no mercado com a mitigação da possibilidade de assunção de riscos.

Nesse tipo contratual, há a transmissão de aviamento pelo franqueador ao franqueado, sendo este o elemento responsável por atrair a clientela (normalmente fidelizada à marca da franquia), incrementado a capacidade de rivalidade do franqueado com outras sociedades empresárias atuantes no mesmo mercado.

A imposição de obrigação de não concorrência do franqueado em relação ao franqueador após o término da relação contratual é patente, tendo em vista a transmissão do aviamento objetivo (o que ocorre de forma similar no contrato de arrendamento) e (parcialmente) a transferência do aviamento subjetivo (no caso das franquias formatadas). Nessa linha, não seria razoável admitir que, tanto durante a vigência como após o término da relação de franquia, o franqueador tenha que rivalizar diretamente com o franqueado que adquiriu *know how* em virtude da relação contratual estabelecida.

Ao término desta dissertação, concluímos que conseguimos atingir os objetivos propostos nos preâmbulos à primeira e à segunda parte. Sem a intenção de ser um trabalho totalmente inovador, buscou-se explorar os conceitos jurídico-econômicos relacionados à obrigação de não concorrência que foram ignorados pela doutrina nacional, bem como realizar uma análise individual da interação do dever de não competir com cada um dos tipos contratuais em relação aos quais a sua incidência possa ser justificada.

Na primeira parte do trabalho cumprimos o mister de introduzir o leitor no tema do trabalho com a apresentação das origens jurídicas do fenômeno concorrencial e dos conceitos e funções dos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, além do histórico legislativo e jurisprudencial da defesa da concorrência no

Brasil, culminando na conclusão sobre o papel que a concorrência desempenha no funcionamento dos mercados e a importância dela ser tutelada pelo Direito.

Na segunda parte, acreditamos que conseguimos demonstrar que, apesar de o dever de não competição figurar como obrigação acessória, a função que ele exerce nos negócios jurídicos é determinante para conferir eficácia às obrigações principais assumidas pelos contratantes. Também logramos êxito em apresentar as funções que a obrigação de não concorrência exerce nos negócios jurídicos em que incide: (i) proteger a legítima expectativa das partes contratantes (condição de eficácia); (ii) constituir ferramenta para que os contratos empresariais atinjam o seu escopo de lucro (racionalidade econômica) e (iii) promover os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (interesse público).

É de fácil percepção que a segunda parte do trabalho demandou um exercício de raciocínio jurídico muito mais profícuo que o da primeira parte. Isso porque a doutrina nacional carece demasiadamente de trabalhos dedicados ao estudo da obrigação de não concorrência, principalmente no que concerne à sua análise caso a caso, conforme fizemos com os tipos contratuais examinados.

De certa forma, a carência de material doutrinário disponível para a construção da análise de cada tipo contratual permitiu-nos refletir de forma mais profunda sobre os efeitos que a incidência de obrigação de não concorrência pode causar nas relações jurídico-econômicas engendradas entre agentes econômicos, levando-nos a elaborar um pensamento mais abrangente sobre a extensão do dever de não competir após o término da vigência contratual, a exemplo dos contratos de arrendamento, usufruto, franquia e *joint ventures*.

A meditação sobre o tema também nos levou a concluir pela existência de racionalidade (jurídico-econômica) capaz de justificar a reversão dos polos ativos e passivos da obrigação de não concorrência após o término da vigência contratual, conforme demonstramos na análise dos contratos de arrendamento e de usufruto.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de Direito Comercial**. Coimbra: Almedina, 1999.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Da empresarialidade**. Lisboa: Almedina, 1996.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 775, p. 18-31, maio 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria de lós derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993.

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro**: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1949.

ARELLANO, Luis Felipe Vidal. A proteção da concorrência nos contratos mercantis. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 15, n. 1, 2008.

ARROW, R. H. The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-Market Allocation. *In*: JOINT ECONOMIC COMMITTEE, 91. Congress, 1. Session. **The Analysis and Evaluation of Public Expenditures**: the PBB-System, v. 1. Washington, 1969.

ASCARELLI, Tullio. **Corso di Diritto Commerciale**: introduzione e teoria dell'impresa. 3. ed., Milano, Giuffré, 1962.

ASCARELLI, Tullio. **O empresário**. Tradução Fábio Konder Cornparato. Revista de Direito Mercantil n. 109, p. 183-189.

ASCARELLI, Tullio. Os contratos de cartel e os limites da sua legitimidade no direito brasileiro. *In*: **Ensaios e pareceres**. São Paulo: Saraiva. 1952.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**: lezioni di Diritto Industriale. Milano: Giuffre, 1956.

ASQUINI, Alberto. Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale**. Milano: Giuffrè, v. 41, p. 1-20, 1943.

ASQUINI, Alberto. **Profili dell'impresa**. Tradução Fábio Konder Cornparato. Revista de Direito Mercantil, n. 104, p. 109-126.

ASSIS, Araken. Do direito das obrigações. *In*: ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel de; WAMBIER, Thereza Arruda Alvim (Coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 5.

AVELÃS NUNES, Antônio José. **Do capitalismo e do socialismo**. Coimbra: Atlântida, 1972.

AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA, Mário Figueiredo. **O valor da clientela**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BARBOSA, Rui. **Obras completas**: v. 40, t. 1: as cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.

BARRETO FILHO, Oscar. Síntese da evolução histórica do Direito Comercial brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 24, p. 23-27, out./dez. 1976.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASSO, Maristela. **Joint Ventures**: manual prático das associações empresariais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BELLANTUONO, Giuseppe. **Contratti incompleti e clausole generali, i contratti incompleti nel diritto enell'economia**. Padova: Cedam, 2000.

BESSONE, Darcy. Direito das empresas: nova posição do Direito Comercial. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 170, p. 25-36, mar./abr. 1957.

BLACK, Henry Campbell. **Black's Law Dictionary**. 6. ed. Saint Paul: West Publishing, 1991.

BOITEUX, Fernando Netto. Função social da empresa e o novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**, n. 125, p. 48-57.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox**: a policy at war with itself. New York: Free Press, 1993.

BORK, Robert. **The Antitrust Paradox**. New York: Free Press, 1993.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Reforma Gerencial do Estado Brasileiro e o Projeto de Emenda Constitucional n. 173**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169506>. Acesso em: 29 ago. 2012.

BRASIL. **Código Civil**: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 de julho de 2012.

BRASIL. **Código Comercial**: Lei n. 556, de 25 jun. 1850. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm>. Acesso em: 10 out. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011.

BRASIL. **Decreto n. 8.821**, de 30 de dezembro de 1882. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=434&tipo_norma=DEC&data=18910704&link=s>. Acesso em: 22 fev. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei n 1.716**, de 28 de outubro de 1939. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1716-28-outubro-1939-411646-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 7.666**, de 22 de junho de 1945. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7666-22-junho-1945-416494-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 869**, de 18 de novembro de 1938. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=869&tipo_norma=DEL&data=19381118&link=s>. Acesso em: 13 mar. 2012.

BRASIL. **Lei Delegada n. 2**, de 26 de setembro de 1962. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Ldl/Ldl02.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

BRASIL. **Lei Delegada n. 5**, de 26 de setembro de 1962. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Ldl/Ldl05.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

BRASIL. **Lei n. 1.521**, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm. Acesso em 13 de março de 2012.

BRASIL. **Lei n. 1.522**, de 26 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1522-26-dezembro-1951-362020-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 13 mar. 2012.

BRASIL. **Lei n. 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

BRASIL. **Lei n. 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 13 ago. 2012.

BRASIL. **Lei n. 4.137**, de 10 de setembro de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em 12 de março de 2012

BRASIL. **Lei n. 556**, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em 13 de fevereiro de 2012.

BRASIL. **Lei n. 8.002**, de 14 de março de 1990. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1989_1994/L8002.htm>. Acesso em 25 de março de 2012

BRASIL. **Lei n. 8.031**, de 12 de abril de 1990. Disponível em: <https:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031impressao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.158**, de 8 de janeiro de 1991. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8158.htm>. Acesso em 17 de março de 2012

BRASIL. **Lei n. 8.884**, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 25 de março de 2012

BRASIL. **Lei n. 8.955**, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm>. Acesso em 01/09/2012.

BRASIL. **Lei n. 9.279**, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em 13 de janeiro de 2012.

BRASIL. **Lei n. 9.491**, de 9 de setembro de 1997. Disponível em: <https:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em: 18 mar. 2011.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal**. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias>. Acesso em: 22 mar. 2011.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Glossário**. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossario>. Acesso em: 13 ago. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n. 08012.000212/2002-30**. Requerentes: Pepsico, Inc. e Indústria Brasileira de Bebidas. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000009101386.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Balanço 2012**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/BALAN%C3%87O%20 CONSOLIDADO%20-%202012.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia prático**: a defesa da concorrência no Brasil. 3. ed., São Paulo: CIEE, 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 13 out. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Pesquisa processual**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n. 02**, de 29 de maio de 2012. Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%202_2012%20-%20An%C3%A1lise%20Atos%20Concentra%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Súmula n. 04**, de 9 de dezembro de 2009. Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?4cec2ff13edc5ffb55fd>. Acesso em: 15 jan. 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Súmula n. 05**, de 9 de dezembro de 2009. Disponível em <http://www.cade.gov.br/upload/súmula%205.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MJ). **Glossário**. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 10 out. 2010.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 64403/SP**. Relator Ministro Waldemar Zveiter, 3ª T., j. 15 dez. 1998, DJ 19 abr. 1999, p. 132. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199500200872&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 11 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 116.089**. Relator Ministro Sydney Sanches, RTJ 130/1.191.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 14.586**. Relator Ministro Barros Barreto, Revista Forense 125/179.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 23.003-SP**. Relator Ministro Mário Guimarães, j. 6 ago. 1953, DO 19 jan. 1954. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=124298>. Acesso em: 13 jan. 2012

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 67.809**. Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ 56/447.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 15.970**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31918>. Acesso em: 13 jan. 2012.

BRODLEY, Joseph F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress. **New York University Review**, v. 62, 1987.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: RT, 1997.

BUCHANAN, James M. The Constitution of Economic Policy. **Analytic Economic Review**, n. 77, p. 243-250, jun. 1987.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

BULGARELLI, Waldirio. Diretrizes gerais dos contratos empresariais. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Novos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 15-22.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades comerciais**: sociedades cooperativas: empresas: estabelecimento comercial. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BUONOCORE, Vicenzo. L'Impresa. *In*: **Trattato di Diritto Commerciale**. Torino: Giappichelli, 2002.

BUONOCORE, Vincenzo. **Le nuove frontiere del diritto commerciale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

CALABRESI, Guido. Liability rules, property rules: one view from the Cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, abr. 1972.

CAMPOS, Francisco. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CAMPOS, Francisco. Nome comercial. **Revista Forense**, v. 68, n. 238, p. 65, abr./jun. 1972.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Legitimidade do Ministério Público para defesa de interesses individuais homogêneos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 13, n. 50, p. 187-199, jan./mar. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELLUTTI, Francesco. Proprietá della clientela. **Rivista del Diritto Commericale**. Coordenação Cesare Vivante; Angelo Sraffa. Milano: Dottore Francescoi Vallardi, v. 28, 1ª parte, 1930.

CARVALHOSA, Modesto. **A ordem econômica na Constituição de 1969**. São Paulo: RT, 1972.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2003.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**: v. 12: do Direito da Empresa. São Paulo, Saraiva, 2005.

CASANOVA, Mario. **Estudios sobre la teoria de la hacienda mercantil**. Tradução Jose Maria Navas. Madrid: Editorial Revista Derecho Privado, 1977.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de janeiro: Forense, 1989.

CAYRU, José da Silva Lisboa, Visconde de. **Princípios de Direito Mercantil e leis de marinha**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1963.

CHINALIA, Olavo Zago. **Destinação dos elementos intangíveis do estabelecimento empresarial e do aviamento na extinção parcial do vínculo societário**. 2008. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituzioni di Direito Processuale Civile**. Nápoles: Jovene, 1933.

COASE, Ronald H. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. A compra e venda, os empresários e o Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 37-43, set./dez. 1992.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 12. ed., São Paulo: Saraiva: 2008.

COMPARATO Fábio Konder. Reflexões sobre a dissolução judicial de sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento do fim social. Revista de Direito Mercantil, n. 96, p. 67-72.

COMPARATO, Fábio Konder. A cessão de controle acionário é negócio mercantil? **Revista Forense**, ano 77, n. 273, jan./mar. 1981.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição de 1988. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: RT, v. 80, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos *shopping centers*. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 97, p. 23-28, jan./mar. 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, n. 732, p. 38-46, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COOTER, R., SCHAEFER, B. Direito e Desenvolvimento: qual é a melhor política pública para o Estado dirigir o desenvolvimento. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: PUC-MG, v. 10, p. 59-72, 2007.

COOTER, Robert D. **Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 5. ed. Massachusetts: Addison Wesley, 2007.

CORDEIRO, Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada**: Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CORRÊA DA FONSECA, Priscila M. P.; SZTAJN, Rachel. Direitos de Empresa: artigos 889 a 926 e 996 a 1.195. *In*: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil comentado**: v. 11. São Paulo: Atlas, 2008.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de não concorrência em shopping centers e a proteção à livre concorrência. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 10, n. 3, 2003.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**: teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DE MARTINI, Angelo. **Corso di Diritto Commerciale**: parte generale. Milano: Giuffré, 1983.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DELMANTO, Celso. **Crimes de concorrência desleal**. São Paulo: Edusp, 1975.

DEMSETZ, Harold. Toward a Theory of Property Rights. **The American Economic Review**. Pittsburg: American Economic Association, v. 57, n. 2, p. 347-359, maio, 1967.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUVAL, Hermano. **Concorrência desleal**. São Paulo: Saraiva, 1976.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Londres: Duckworth, 1987.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Machione. **Competitividade**: mercado, Estado e organizações. São Paulo: Singular, 1997.

FARJAT, Gérard. **Droit Économique**. Paris: PUF, 1971.

FARJAT, Gérard. **L'Ordre Public Économique**. Paris: LGDJ, 1963

FARJAT, Gérard. **Pour un Droit Économique**. Paris: PUF, 2004.

FERES, Marcelo Andrade de. **Estabelecimento empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRARA JÚNIOR, Francesco. **La teoria giuridica dellàzienda**. Milano: Giuffrè, 1982.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato**. Torino: Giappichelli, 1992.

FERRARI, Giorgio. Azienda. Diritto Privato. *In*: BRECCIA, Umberto *et al*. (Coord.) **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, v. 4, p. 708-709, 1959.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. A economia e o controle do Estado. Parecer publicado. **O Estado de São Paulo**, 04 jun. 1978.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Congelamento de preços: tabelamentos oficiais. **Revista de direito público**, n. 91, p. 76-86, 1989.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Da inexistência de fundo de comércio nas sociedades de profissionais de engenharia. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Malheiros, ano 36, n. 111, p. 45-51, jul./set. 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência: origem histórica e base constitucional. **Arquivos do Ministério da Justiça**, ano 45, n. 180, 1992.

FERREIRA, Anabela Cristina Costa da Silva. **Dizionario compatto**: portoghese italiano, italiano portoghese. Bologna: Zanichelli; Porto: Porto, 2000.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1962.

FERRI, Giuseppe, **Manuale di Diritto Commerciale**. 5. ed., Torino: Utet, 1984.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. 11. ed., Torino: Utet, 2001.

FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Commerciale**. Torino: Utet, 1971.

FIEDRA, Geizy. **Obrigação de não-concorrência**. São Paulo: Singular, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 1999.

FLIGSTEIN, Neil. **The architecture of markets**: an Economic Sociology of Twenty-First-Century Capitalist Societies. Princeton: Princeton University Press, 2002.

FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FORGIONI, Paula Andréa. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, ano 42, n. 130, p. 7-37, abr./jun. 2003.

FORGIONI, Paula Andréa. Análise econômica do Direito: paranóia ou mistificação? **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo, n. 77, p. 35-61, maio/jun. 2006.

FORGIONI, Paula Andréa. Apontamentos sobre algumas regras de interpretação dos contratos comerciais: Pothier, Cairu e Código Comercial de 1850. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo: Malheiros, v. 141, p. 31-40, jan./mar. 2006.

FORGIONI, Paula Andréa. **Contrato de distribuição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FORGIONI, Paula Andréa. **Direito concorrencial e restrições verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FORGIONI, Paula Andréa. Importações paralelas no Brasil: a propriedade industrial nos quadrantes dos princípios constitucionais. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, ano 47, n. 149-150, p. 187-200, jan./dez. 2008.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FORGIONI, Paula Andréa. Tullio Ascarelli, a teoria geral do Direito e os contratos de distribuição. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 44, n. 137, p. 30-48, jan./mar. 2005.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa: empresário e estabelecimento: a nova disciplina das sociedades. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, n. 71, p. 15-25, ago. 2003.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. *In*: **Direito Societário contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2009

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; VON ADAMEK, Marcelo Vieira. Algumas notas sobre o exercício abusivo da ação de invalidação de deliberação assemblear. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Org.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 157-184.

FURTADO, Lucas Rocha. Estabelecimento empresarial. *In*: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem a Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

FURUBOTN, E.; RICHTER, R. The New Institutional Economics: An Assessment. *In*: FURUBOTN, E.; RICHTER, R. (Eds.). **The New Institutional Economics**. College Station, Texas: Texas A&M Press, 1991.

GALGANO, Francesco. **Diritto Comerciale**: l'impreditore impresa, contratti di impresa, titoli di credito, falimento. 12. ed., Bologna: Zanichelli, 2008.

GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 5. ed., Padova: Cedam, 1988.

GALGANO, Francesco. L'Impresa. *In*: **Trattato de Diritto Commerciale e di Diritto Publico dell'economia**, v. 2. Padova: Cedam, 1978.

GELLHORN Ernest; KOVACIC William E.; CALKINS Stephen. **Antitrust Law and Economics in a Nutshell**. 5. ed., Saint Paul, MN, USA: Thomson West, 2004.

GILBERT, Richard J. Competition and Innovation. **Issues in Competition Law and Policy**. Ed. Wayne Dale Collins. American Bar Association Antitrust Section, 2006. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=richard_gilbert>. Acesso em 15 jan. 2013.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização Antônio Junqueira de Azevedo, 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRANDE DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva; Instituto Antônio Houaiss, 2008.

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

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

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

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andréa. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites: Lei 8.884, de 1994 e Lei 6.729, de 1979 (Lei Ferrari). **Revista de Direito Mercantil**, n. 114, p. 259-272, abr./jun. 1999.

HART, Oliver D. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. **Journal of Law, Economics & Organization**. Oxford: Oxford University Press, v. 4, n. 1, p. 119-139, primavera 1988. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/765017>. Acesso em: data.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**. 2. ed. St. Paul: West Group, 1999.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**. 5. ed. St. Paul: West Group, 2005.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**: the Law of Competition and its Practice. St. Paul, West Publishing, 1994.

HOVENKAMP, Herbert. United States Antitrsut Law: Implementation of its Goals. *In*: EHLERMAN, C. D.; LAUDATI, L. L. **European Competition Law Annual 1997**: Objectives of Competition Policy. Oxford: Oxford, 1998.

IRTI, Natalino. **Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato**. Tradução Rachel Sztajn. Roma: Laterza, 1999.

IRTI, Natalino. Persona e mercato. **Rivista di Diritto Civile**. Pádua: Dott. Antônio Milani, ano 41, n. 3, 1995.

IZORCHE, Marie-Laure. Corte Francesa de Cassação Comercial, em 27 de maio de 1997.

JHERING, Rudolf Von. **A evolução do Direito**. Salvador: Progresso, 1953.

JUNQUEIRA DE AVEVEDO, Antônio. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. **Antitrust Policy**: a Century of Economic and Legal Thinking. **Journal of Economic Perspectives**, v. 14, n. 1, p. 43-60, inverno 2000.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, ano 41, n. 128, p. 7-14, out./dez. 2002.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 6, p. 48-63, jul-set. 2003.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O dumping como forma de abuso do poder econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro**, nova série, v. 32, n. 91, p. 5-15, jul./set. 1993

LEITE, Geraldo Magela. **O estabelecimento comercial como objeto de negócio jurídico**. 1982. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

LUPATELLI JÚNIOR, Alfredo. MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Parcerias empresariais e "*joint ventures*". **Repertório IOB Jurisprudência RJ3: Civil, Processual, Penal e Comercial**, n. 04, fev. 2000.

MACNEIL, I. Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law. **Northwestern University Law Review**, n. 72, p. 854-906, 1978.

MAGALHÃES, Barbosa de. **Do estabelecimento comercial**. 2. ed., Lisboa: Ática, 1964.

MANKIW Gregory. **Princípios de Microeconomia**. 3. ed. São Paulo: Thomson, 2005.

MARCONDES, Sylvio. Da atividade negocial: empresários e sociedades. *In*: **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARCONDES, Sylvio. **Questões de Direito Mercantil**. São Paulo, Saraiva, 1977.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruni. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor e o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999.

MARTORANO, Luciana. Comentários aos artigos 88 a 92. *In*: ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTO, Leopoldo (Coord.). **Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529/2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 361/8 I**. Relator Desembargador Sérgio Martins Sobrinho, RT 561/394.

MATTIELO, Fabrício Zamprogna. **Código Civil comentado**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

MCGEE, John S. Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.). **Case Journal of Law and Economics**. Chicago: The University of Chicago, v. 1, p. 137-169, out. 1958. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724888>. Acesso em: data.

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Contratos no Direito Civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

MIRANDA, Custódio da Piedade. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MULLER, Sérgio José Dulac; MULLER, Thomas. Empresa e estabelecimento: a avaliação do *goodwill*. **Revista do advogado**: Direito Empresarial no novo Código Civil, n. 71, v. 23, p. 99-113, 2003.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 8. ed., Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES. Gustavo Kloh Muller. Usufruto e superfície no Direito Empresarial. **Revista de Direito Mercantil**, ano 45, n. 142, p. 87-98, abr./jun. 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORTH, C. Douglas. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

O BOTICÁRIO. **Código de conduta da rede de franquias**. Disponível em: <http://www.boticario.com.br/1046/institucional/sustentabilidade/Documents/CodigoCondutaFranquias.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. **Glossário**. Disponível em: <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3305>. Acesso em: 13 ago. 2012.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. **Lei e política de concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. Paris: OECD Publishing, 2005. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/12/45/35445196.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2012.

PAES, Paulo Roberto Tavares. **Da concorrência do alienante do estabelecimento comercial**. São Paulo: Saraiva, 1980.

PELTZMAN, Sam. Aaron Director's Influence on Antitrust policy. **Journal of Law and Economics**. Chicago: University of Chicago, v. 48, n. 2, p. 313-330, out. 2005.

PELTZMAN, Sam. The Gains and Losses from Industrial Concentration. **Journal of Law and Economics**, v. 20, n. 2, p. 229-264, 1977. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w0163.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

PELTZMAN, Sam. The Theory of Econormc Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**. American Telephone and Telegraph Company, v. 2, n. 1, primavera 1971.

PELTZMAN, Sam. Toward a more general theory of regulation. **The Journal of Law & Economies**. Chicago: University of Chicago Law School, v. 19, n. 2, p. 211-240, ago. 1976.

PENNA, Sérgio F. P. de O.; MACIEL Eliane Cruxên B. de Almeida. **Técnica legislativa**: orientação para a padronização de trabalhos. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2002. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/tecnicalegislativa-2002.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2012.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. Tradução Pedro Catunda. São Paulo: Makron Books, 1994.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 3. ed. Nova York: Prentice Hall, 1995.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 6. ed. Nova York: Prentice Hall, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2005.

PIPIA, Umberto. **Trattato di Diritto Commerciale**. Torino: Utet, 1913.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

PORCHAT, Reynaldo. **Pareceres de jurisconsultos nacionais e estrangeiros na questão Penteado**. São Paulo: Vanordem, 1911.

POSNER, Richard. An Introduction to Law and Economics. *In*: POSNER, Eric (Coord.). **Chicago Lectures in Law and Economics**. Nova York: Foundation Press, 2000.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 8. ed. Nova York: Aspen, 2005.

POSNER, Richard. **Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2001.

QUEIROZ, Regis Magalhães Soares. **Vedação da concorrência do trespasse do estabelecimento empresarial**: seus limites e sua aplicação no espaço real e virtual. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

QUEIROZ, Renata S. Bernardes de; ANGELO, Claudio Felisoni de; QUEIROZ, Mauricio Jucá de. **Influência do efeito "*framing*" na preferência pelo parcelamento no varejo**. *In*: 13 SEMINÁRIO DE SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL DAS ORGANIZAÇÕES – SEMEAD. São Paulo: Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo, 9 set. 2010. Disponível em: <http://www.ead.fea.usp.br/semead/13semead/resultado/trabalhosPDF/553.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 1985.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0016168-60.2009.8.19.0001**. 19ª Câmara Cível, j. 01 fev. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 591.028.295**. Rel. Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Jr., 5ª Câmara Cível, j. 06 jun. 1991.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROTONDI, Mário. **Diritto Industriale**. 5. ed., Padova: Cedam, 1965.

ROTONDI, Mario. **Trattato di Diritto dell'Industria**: teoria generale dell'azienda. Padova: Cedam, 1935.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Estabelecimento: uma universalidade de fato ou de direito? **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, ano 23, n. 71, p. 73-79, ago. 2003.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, ano 42, n. 132, p. 7-24, out./dez. 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. **Revisão n. 110.554**. Relator Juiz Adauto Suannes, RT 566/337.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0008201-64.2012.8.26.0000**. Voto n. 27.541. Relator Ricardo Negrão, j. 16 out. 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6400735>. Acesso em: 2 nov. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0008201-64.2012.8.26.0000**. Relator Ricardo Negrão. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 16 out. 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6309635>. Acesso em: 16 nov. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 275.361-1/2**. Relator Desembargador Emani de Paiva, j. 8.2.1996.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Petição n. 165.987**. Relator Desembargador Pacheco de Mattos, RT 394/181.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 187.415-2**. Relator Desembargador Bueno Magano, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 138/271.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 39.541**. Relator Desembargador João M. C. Lacerda, RT 178/216.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 9137211-96.1998.8.26.0000**. Relator Oséas Davi Viana, j. 21 ago. 2002. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=435308>. Acesso em: 13 out. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0007726-76.2010.8.26.0001**. Voto n. 27.541. Relator: Maia da Cunha, j. 11 dez. 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6400735>. Acesso em: 12 dez. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0101632-17.2010.8.26.010**. Relator: Antonio Rigolin, j. 14 ago. 2012, p. 15 ago. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 110.957**. Relator Des. Carvalho Filho, j. 19 fev. 1961.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 13.119**. RT 137/253, 1941

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 150.513**. RT 421/204.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 34.636**. RT 172/61.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 9137211-96.1998.8.26.0000**. Relator Oséas Davi Viana, j. 21 ago. 2002. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=435308>. Acesso em: 13 out. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 9164731.81.2007.8.26.0000**. Relatora Sandra Galhardo Este. 12ª Câmara de Direito Privado, j. 30 maio 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5956450&vlCaptcha=kkjrx>. Acesso em: 16 nov. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 9215213-94.2009.8.26.0000**. Relator Miguel Petroni Neto. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6319564>. Acesso em: 16 nov. 2012.

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

SCHMIDT, Paulo; SANTOS, José Luiz dos. **Avaliação de ativos intangíveis**. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Pedro Malta da. **A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos**. Coimbra: Almedina, 1999.

STIGLER, George J. A Teoria da regulação econômica. *In*: **Regulação Econômica e Democracia**. São Paulo: 34, 2004.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Introdução à Microeconomia**. Tradução da 3. ed. americana: Helga Hoffman. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2002.

SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, v. 144, out./dez. 2006.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, n. 22, abr./jun. 2005.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 25, p. 233-249, jan./mar. 2006.

SZTAJN, Rachel. Os custos provocados pelo Direito. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro**, nova série, v. 36, n. 112, p. 75-78, out./dez. 1998.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A empresa e o empresário no novo Código Civil. *In*: ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Orgs.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 495-506.

TRABUCCHI, A. **Istituzioni di cmc**. 17. ed. Padova: Cedam, 1968.

TULLIO, Ascarelli. **Corso di diritto commerciale**. 3. ed. Milano. Giuffrè, 1962.

VAMPRÉ, Spencer. **Tratado elementar de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1921.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 1: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 2: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: v. 3: contratos em espécie. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**: o Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**: v. 1: teoria geral do Direito Comercial e das atividades empresariais mercantis: introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Os contratos inominados e o novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil**. São Paulo: Malheiros, ano 41, n. 126, p. 31-36, abr./jun. 2002.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. 3. ed., Milano: Vallardi, 1925.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di Diritto Commerciale**. Milano: Giufrèe, 1922.

WHISH, Richard. **Competition Law**. 6. ed., New York: Oxford University Press, 2009.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction Cost Economics and Organization Theory. **Journal of Industrial and Corporate Change**, v. 2, p. 107-156, 1993.

WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. **The Nature of the Firm**: Origins, Evolution and Development. Londres: Oxford University Press, 1993.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do Direito e das organizações. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (Orgs.). **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.