
AUTONOMIA DA VONTADE X LIVRE CONCORRÊNCIA: A CLÁUSULA DE NÃO- CONCORRÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

André Luiz Santa Cruz Ramos

*Procurador Federal lotado no CADE. Mestre em Direito pela UFPE. Doutorando em
Direito Empresarial pela PUC-SP. Professor de Direito Empresarial do IESB.*

INTRODUÇÃO

Em minha atuação na Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), desde dezembro de 2008, uma questão tem me intrigado bastante: o diferente enfoque que é dado a determinadas matérias de direito privado que se relacionam ao direito concorrencial.

Há vários exemplos que podem ser citados, como a *cláusula de unimilitância* das cooperativas de serviços e a *cláusula de raio* dos contratos de *shopping center*. Em ambos os casos, a discussão do tema ganhou enfoque absolutamente novo e distinto do enfoque antes dado pelo direito privado.

A *cláusula de unimilitância*, à luz do direito privado, durante muito tempo foi admitida no ordenamento jurídico brasileiro¹. No entanto, quando a matéria foi analisada pelo CADE, à luz do direito concorrencial, entendeu-se que ela ofende o princípio da livre-concorrência e configura, pois, prática anticompetitiva^{2 3}.

- 1 Nesse sentido, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. UNIMED. MÉDICO COOPERADO. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. VALIDADE. 1 - Consoante entendimento desta Corte, é válida a cláusula do estatuto social que impõe aos médicos cooperados o dever de exclusividade, vedando a vinculação a outra congênera, sob pena de exclusão do seu quadro associativo. Precedentes. 2 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 179.711/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 19/12/2005 p. 411).*
- 2 Nesse sentido, confira-se o enunciado nº 07 da Súmula de Jurisprudência do CADE: *“Constitui infração contra a ordem econômica a prática, sob qualquer forma manifestada, de impedir ou criar dificuldades a que médicos cooperados prestem serviços fora do âmbito da cooperativa, caso esta detenha posição dominante”*.
- 3 O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a polêmica, prevalecendo a visão do direito antitruste: *DIREITO ECONÔMICO – LIVRE CONCORRÊNCIA – [...] – UNIMED – COOPERATIVA DE SAÚDE – SUBMISSÃO IRRESTRITA ÀS NORMAS JURÍDICAS QUE REGULAM A ATIVIDADE ECONÔMICA – CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE PARA MÉDICOS COOPERADOS – IMPOSSIBILIDADE TANTO SOB O ASPECTO INDIVIDUAL QUANTO SOB O ASPECTO DIFUSO – INAPLICABILIDADE AO PROFISSIONAL LIBERAL DO § 4º DO ARTIGO 29 DA LEI N. 5.764/71, QUE EXIGE EXCLUSIVIDADE – CAUSA DE PEDIR REMOTA VINCULADA A LIMITAÇÕES À CONCORRÊNCIA – VIOLAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DO ART. 20, INCISOS I, II E IV; DO ART. 21, INCISOS IV E V, AMBOS DA LEI N. 8.884/94, E DO ART. 18, INCISO III, DA LEI N. 9.656/98 – INFRAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA PELO AGENTE ECONÔMICO CONFIGURADAS. [...] 2. A Constituição Federal de 1988, ao tratar do regime diferenciado das cooperativas não as excepcionou da observância do princípio da livre concorrência estabelecido pelo inciso IV do art. 170. 3. A causa de pedir remota nas lides relativas à cláusula de exclusividade travadas entre o cooperado e a cooperativa é diversa da causa de pedir remota nas lides relativas a direito de concorrência. No primeiro caso, percebe-se a proteção de suposto direito ou interesse individual; no segundo, a guarda de direito ou interesse difuso. Portanto, inaplicáveis os precedentes desta Corte pautados em suposto direito ou interesse individual. 4. Ao médico cooperado que exerce seu labor como profissional liberal, não se aplica a exigência de exclusividade do § 4º do art. 29 da Lei n. 5.764/71, salvo quando se tratar de agente de comércio ou empresário. 5. A cláusula de exclusividade em tela é vedada pelo inciso III do art. 18 da Lei n. 9.656/98, mas, ainda que fosse permitida individualmente a sua utilização para evitar a livre concorrência, através da cooptação de parte significativa da mão-de-obra, encontraria óbice nas normas jurídicas do art. 20, I, II e IV; e do art. 21, IV e V; ambos da Lei n. 8.884/94. Portanto, violados pelo acórdão de origem todos aqueles preceitos. 6. Ainda que a cláusula de exclusividade não fosse vedada, a solução minimalista de reputar lícita para todo o sistema de cláusula contratual, somente por seus efeitos individuais serem válidos, viola a evolução conquistada com a criação da Ação Civil Pública, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, com o fortalecimento do Ministério Público, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, com a revogação do Código Civil individualista de 1916, com a elaboração de um futuro Código de Processos Coletivos e com diversos outros estatutos que celebram o interesse público primário. Recurso especial provido. (REsp 1172603/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 12/03/2010).*

Do mesmo modo, a *cláusula de raio* é comumente utilizada nos contratos de *shopping center*. Analisada sob a ótica do direito privado, em demandas entre lojistas e os respectivos *shopping centers*, os tribunais brasileiros já admitiram sua validade⁴. No entanto, o CADE, ao analisar o tema sob a ótica do direito concorrencial, também entendeu que ela viola o princípio da livre-concorrência e configura, pois, prática anticompetitiva⁵.

No que se refere à *cláusula de não-concorrência*, a mesma problemática parece estar se delineando, mas com algumas nuances específicas, que merecem um maior detalhamento da discussão.

O presente ensaio, pois, pretende estudar como a jurisprudência do CADE tem analisado, à luz do direito concorrencial, a validade das *cláusulas de não-concorrência* presentes nos contratos que formalizam atos de concentração submetidos ao crivo do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

1 A CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NA VISÃO DO DIREITO EMPRESARIAL

É muito comum que nos contratos de *traspasse*⁶ as partes estipulem uma cláusula proibindo o alienante do estabelecimento empresarial de fazer concorrência ao adquirente por um determinado prazo. Essa cláusula é conhecida tanto no direito empresarial quanto no direito concorrencial como *cláusula de não-concorrência*.

No direito empresarial, o estudo da mencionada cláusula nos remete ao célebre litígio entre a *Companhia de Tecidos de Juta* contra o *Conde Álvares Penteado* e a *Companhia Paulista de Aniagem*, caso que proporcionou uma brilhante batalha jurídica entre dois dos maiores juristas brasileiros: Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa.

No processo em referência, discutia-se, em síntese, se a cessão de clientela era considerada algo inerente ao próprio contrato de transferência do estabelecimento. Isso porque o Conde Álvares Penteado, acionista majoritário da Companhia de Tecidos de Juta, bem como seus parentes, acionistas minoritários, alienaram sua participação societária a terceiros, os quais passaram a explorar aquele empreendimento. Efetivada a transação,

4 [...] *Apelação. Ação renovatória. Locação entre shopping center e lojista. Cláusula proibindo o locatário de também se instalar em shopping concorrente durante a vigência do negócio. Validade, em tese, da disposição contratual, denominada cláusula de raio. Relação peculiar oriunda do contrato celebrado entre shopping centers e lojistas, caracterizando, não uma mera locação, mas parceria de negócios entre empreendedor e lojistas. Ampla liberdade para a celebração de contratos do gênero, nos termos do art. 54 da Lei 8.245/91. [...] (TJSP, Apelação com Revisão nº 816681-0/4, Rel. Des. RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, julgado em 18/10/2005, DJ 25/10/2005).*

5 Nesse sentido, já decidiu o Plenário do CADE: *Processo administrativo. Imposição de cláusula de raio aos lojistas nos contratos de locação comercial do Shopping Center Iguatemi. Irrazabilidade. Conduta tendente ao fechamento do mercado relevante de shopping centres de alto padrão, configurando infração à ordem econômica, nos termos do art. 21, IV e V, c/c art. 20, I, da lei 8.884/94. [...] (CADE, PA nº 08012.006636/1997-43, Rel. Cons. LUÍS FERNANDO RIGATTO VASCONCELOS, julgado em 04/09/2007).*

6 É o nome que se dá, no direito empresarial, ao contrato que envolve a transferência do estabelecimento empresarial, ou seja, trata-se do contrato por meio do qual um empresário individual ou uma sociedade empresária aliena a outro empresário individual ou sociedade empresária todo o complexo de bens, materiais e imateriais, usados no exercício de sua atividade empresarial.

entretanto, o Conde constituiu nova sociedade empresária, a Companhia Paulista de Aniagem, com atuação no mesmo ramo de atividade de sua antiga companhia, ou seja, passou o Conde a fazer concorrência aos terceiros que adquiriram seu antigo estabelecimento empresarial.

A Companhia de Tecidos de Juta, sentindo-se prejudicada em função da concorrência praticada pelo novo empreendimento, ingressou com ação judicial na qual pleiteava a devolução dos valores pagos a título de *aviamento*⁷ pelo antigo estabelecimento do Conde. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a cláusula de não-concorrência não se considerava implícita no negócio firmado entre as partes litigantes, *in verbis*:

A freguesia de uma fábrica não pode ser objeto do contrato, em vista do disposto no artigo 17, do Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891. A renúncia do direito ao exercício de determinado ramo de comércio ou indústria, não se presume. Ela deve ser expressa, ou pelo menos, resultar de modo inequívoco dos termos do contrato para que na solução dos conflitos não prevaleça contra o princípio soberano da livre concorrência.

Ocorre que, não obstante tenha a Suprema Corte assim decidido nesse célebre caso, a jurisprudência foi, ao longo dos anos, consolidando-se em sentido oposto. Firmou-se o entendimento de que, mesmo na ausência de cláusula contratual expressa, o alienante tem a obrigação contratual implícita de não fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento empresarial.

Essa obrigação implícita imposta ao alienante é uma decorrência lógica da aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais e encontra respaldo em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros⁸. Com efeito, o adquirente do estabelecimento empresarial tem em vista a clientela do alienante, razão pela qual o restabelecimento deste, na medida em que pode, claramente, desviar essa clientela, que tende a segui-lo, configura ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, no âmbito da qual se inclui a legítima expectativa do adquirente de “herdar” a clientela atrelada ao estabelecimento empresarial por ele adquirido. No mesmo sentido sempre se posicionaram os mais renomados comercialistas brasileiros, *in verbis*:

Uma das garantias devidas pelo vendedor é fazer boa ao comprador a coisa vendida, e não inquietá-lo na sua posse e domínio (Código Comercial, artigos 214 e 215). Conseqüentemente, ao vendedor não é lícito, sem autorização do comprador, fundar estabelecimento em que lhe possa retirar toda ou parte da clientela. Esta turbção por parte

7 *Aviamento* é expressão que significa, em síntese, a aptidão que um determinado *estabelecimento* possui para gerar lucros ao exercente da *empresa*. Embora não se confunda com a clientela, está a ela intrinsecamente relacionado. Trata-se, enfim, de uma qualidade do estabelecimento, que vai influir sobremaneira na sua valoração econômica.

8 Cite-se, por exemplo, o art. 2.257 do *Codice Civile* italiano de 1942, norma que inspirou, claramente, a redação do art. 1.147 do Código Civil brasileiro.

do vendedor importaria privar o comprador, em todo ou em parte, da coisa vendida.⁹

A hipótese verifica-se, com relativa frequência, nas vendas de estabelecimentos comerciais ou industriais, obrigando-se o vendedor a não se estabelecer de novo com o mesmo gênero de comércio ou indústria. É a chamada cláusula de interdição de concorrência. O comprador não visa apenas à aquisição do estabelecimento com as suas mercadorias e outros elementos materiais que o compõem, mas, principalmente, à sua freguesia, a qual, com toda a probabilidade, se manteria fiel ao antigo proprietário, se este voltasse a se estabelecer com o mesmo negócio ou indústria. Como a clientela não pode ser objeto de venda ou cessão, o adquirente do estabelecimento procura garanti-la, fazendo incluir no contrato a referida cláusula, pela qual o vendedor, obrigando-se a não fazer concorrência ao comprador, renuncia implicitamente à clientela que formou.¹⁰

Em atenção a esse entendimento – o qual, como dito, consolidou-se na jurisprudência brasileira ao longo dos anos – o Código Civil de 2002 editou o art. 1.147, que impõe a quem vende um estabelecimento empresarial, salvo disposição expressa em contrário¹¹, a obrigação contratual implícita de não se restabelecer para fazer concorrência ao adquirente por um determinado prazo – 05 (cinco) anos a partir da transferência –, a fim de evitar o desvio da clientela em detrimento do empresário-adquirente.

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.

Vale ressaltar que caso o Código Civil não tivesse estabelecido a norma contida no seu art. 1.147, ainda assim o alienante do estabelecimento estaria impedido de fazer concorrência ao adquirente por determinado prazo, em obediência ao princípio da boa-fé objetiva que deve presidir as relações contratuais. Era o que defendia há bastante tempo Oscar Barreto Filho, com base na experiência de outros países:

Na falta de lei expressa, em nosso país, não se deve admitir duração do pacto por prazo superior a cinco anos, que é o geralmente aceito pela legislação e pela jurisprudência de outros países, e que é também

9 CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Vol. V. 1ª Parte. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

10 GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

11 Nada impede, portanto, que as partes estipulem, no contrato de trespasse, que o alienante pode se restabelecer a qualquer momento. Nada impede, ainda, que se estipule um prazo diverso do estatuído na norma em comento. Há até mesmo quem sustente que “a vedação pode caducar antes do transcurso deste prazo [refere-se aos 5 anos previstos no art. 1.147 do CC], provando que a atividade está consolidada nas mãos do adquirente e, destarte, afastado o perigo de desvio de clientela.” (MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Manual de direito comercial*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 139).

o fixado pelo Decreto 24.150, de 1934, como bastante para estabilizar o aviamento do fundo em relação ao seu titular. Admite-se, portanto, a validade da cláusula interditória da concorrência, se limitada razoavelmente no tempo ou no espaço.¹²

No entanto, a norma do Código Civil não é inócua. A cláusula geral de boa-fé contratual, prevista no art. 422 do código, refere-se às fases de negociação, conclusão e execução do contrato, não mencionando, todavia, a fase pós-contratual¹³. O art. 1.147 do Código Civil, portanto, estende a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao momento posterior ao contrato de trespasse, no intuito de assegurar ao adquirente a plena fruição do estabelecimento adquirido, mais especificamente no que diz respeito à clientela.

2 A CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NA VISÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL

No direito concorrencial, a cláusula de não-concorrência, na medida em que configura disposição contratual que impede a concorrência entre agentes econômicos, é vista com bastante cautela pelas autoridades antitruste.

Em princípio, as cláusulas de não-concorrência são aceitas pelo direito concorrencial, mas desde que atendidos determinados pressupostos.

Nos Estados Unidos, dois casos foram muito importantes para a definição do tratamento que as autoridades antitruste americanas dispensam às cláusulas de não-concorrência: *United States v. Addyston Pipe* e *Standard Oil Co. v. United States*. No primeiro caso, estabeleceu-se o entendimento de que as cláusulas restritivas de concorrência seriam legais desde que fossem acessórias e razoáveis. No segundo caso, por sua vez, entendeu-se que as cláusulas restritivas de concorrência, mesmo que fossem diretas, e não meramente acessórias, poderiam ser válidas, desde que fossem razoáveis¹⁴. Em suma: a análise das cláusulas de não-concorrência se basearia sempre na regra da razão (*rule of reason*)¹⁵.

Na Europa, por outro lado, as cláusulas de não-concorrência são consideradas legais desde que sejam diretamente relacionadas e necessárias à implementação do ato de concentração. Por isso, a Comissão

12 BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 254.

13 Já está em tramitação no Congresso Nacional, porém, projeto de lei que visa a alterar o art. 422 do CC, passando a mencionar expressamente também a fase pós-contratual.

14 Em percuciente voto proferido no Ato de Concentração nº 08012.006940/2007-60, o Conselheiro Carlos Emmanoel Joppert Ragazzo, citando *Sullivan & Harrison*, afirma que “em *Standard Oil Co. v. United States*, a Suprema Corte reformou a doutrina das restrições ancilares estabelecida em *Addyston Pipe*, ao considerar que mesmo uma restrição direta pode ser legal se for razoável. Portanto, a regra da razão pode ser aplicada tanto para as restrições diretas quanto para as ancilares”.

15 “Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra da proibição per se). [...] A regra da razão [...] é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma ‘não razoável!’”: FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed; São Paulo: RT, 2008, pp. 207-211.

Européia tem fixado limites materiais, geográficos e temporais para essas cláusulas, conforme a natureza dos atos de concentração a que elas estão relacionadas.

No Brasil, o CADE tem adotado uma postura semelhante à da Comissão Européia, ou seja, tem-se entendido que as cláusulas de não-concorrência são válidas, desde que: (i) sejam medidas auxiliares ao negócio principal (accessoriedade); (ii) sirvam de garantia da viabilidade negocial (instrumentalidade); (iii) submetam-se a parâmetros mínimos fixados pelo Conselho, notadamente relacionados aos limites material, territorial e temporal da cláusula.

Nesse sentido, por exemplo, é muito comum que o CADE aprove determinados atos de concentração com restrição específica em relação à abrangência territorial da cláusula de não-concorrência, determinando a alteração do contrato para que a referida cláusula seja adaptada aos parâmetros fixados pela jurisprudência do Conselho. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

NÚMERO: 08012.009679/2007-50

RELATOR: CONSELHEIRO Olavo Zago Chinaglia

DATA DO ACÓRDÃO: 30/10/2009

DECISÃO: [...] *Aprovação condicionada a adequação de abrangência geográfica da cláusula de não-concorrência, em consonância com pareceres da SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO – SEAE, SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO – SDE E PROCURADORIA DO CADE – ProCADE.*

NÚMERO: 08012.002397/2008-11

RELATOR: CONSELHEIRO Fernando de Magalhães Furlan

DATA DO ACÓRDÃO: 16/2/2009

DECISÃO: *Isto posto, voto pela aprovação da operação condicionada à adequação da dimensão geográfica da cláusula de não-concorrência aos estados de Pernambuco e Paraíba, Rio Grande do Norte e Alagoas, nos termos apresentados acima, no prazo de 30 (trinta) dias, adotando como fundamentos, no que couber, os argumentos e conclusões apresentados nos pareceres da SEAE, SDE e ProCADE.*

NÚMERO: 08012.008939/2008-51

RELATOR: CONSELHEIRO Fernando de Magalhães Furlan

DATA DO ACÓRDÃO: 16/3/2009

DECISÃO: *A cláusula de não-concorrência, no que tange à sua extensão geográfica, não se encontra em consonância com entendimentos anteriores do plenário do cade, que limita os efeitos desse tipo de cláusula à área afetada pela operação. [...] Voto pela aprovação do ato, condicionada à adequação da dimensão geográfica da cláusula de não-concorrência à região metropolitana de São Paulo/SP.*

NÚMERO: 08012.007166/2008-95

RELATOR: Fernando de Magalhães Furlan

DATA DO ACÓRDÃO: 16/2/2009

DECISÃO: *Conforme ressaltado pela Secretaria, referida cláusula se encontra em desacordo com entendimentos recentes do plenário do CADE, no que tange à*

sua dimensão geográfica, uma vez que abrange uma área maior que a do mercado relevante.

NÚMERO: 08012.005779/2008-98

RELATOR: Olavo Zago Chinaglia

DATA DO ACÓRDÃO: 15/10/2009

DECISÃO: *Tanto a SEAE quanto a SDE recomendaram a adequação de tal cláusula à jurisprudência do CADE: prazo de cinco anos e abrangência territorial igual à dimensão geográfica dos mercados relevantes, neste caso, o território nacional. [...] As cláusulas de não concorrência justificam-se quando ancilares ao negócio principal, sendo determinantes para sua concretização possibilitando que as partes usufruam plenamente os bens tangíveis e intangíveis adquiridos. [...] Considero a cláusula de não-concorrência desnecessária para a viabilização da presente operação e, considerando a alta concentração do mercado e as escassas possibilidades de entrada de novos concorrentes, prejudicial ao ambiente competitivo ao impedir que pessoas com conhecimento do negócio possam voltar ao mercado, seja através de novos investimentos, seja associando-se como concorrentes já estabelecidos e com menos participação de mercado.*

NÚMERO: 08012.010218/2008-19

RELATOR: Paulo Furquim de Azevedo

DATA DO ACÓRDÃO: 22/5/2009

DECISÃO: *Voto pela aprovação da operação condicionada à alteração da cláusula de não-concorrência, de modo que seja limitada a todos os trechos rodoviários, até uma extensão de 100 km, adjacentes a cada estabelecimento da rede Frango Assado.*

NÚMERO: 08012.005881/2008-93

RELATOR: Luis Fernando Rigato Vasconcellos

DATA DO ACÓRDÃO: 30/7/2008

DECISÃO: *Voto pela imposição de restrições, em conformidade com o parecer da ProCADE, de modo que a cláusula de não-concorrência seja alterada para se restringir às regiões Sul e Sudeste do Brasil.*

NÚMERO: 08012.002813/2007-91

RELATOR: Luis Fernando Rigato Vasconcellos

DATA DO ACÓRDÃO: 8/8/2008

DECISÃO: *Há cláusula de não-concorrência no Contrato de Compra e Venda e Outras Avenças referentes às operações, cuja abrangência geográfica é o território nacional. Tendo em vista que os mercados relevantes envolvidos nas operações têm dimensões geográficas diversas, acompanho o parecer da SEAE no sentido de que a cláusula de não-concorrência seja adequada para abranger a área em que o Grupo Ipiranga atuava antes das operações.*

NÚMERO: 08012.004757/2005-68

RELATOR: Ricardo Villas Bôas Cueva

DATA DO ACÓRDÃO: 6/10/2005

DECISÃO: *Verifico que no aspecto espacial, a cláusula abrange todo o território nacional, enquanto que, conforme entendimento já consolidado deste Conselho, a cláusula deve se limitar tão somente ao mercado relevante geográfico da operação. Isso porque a cláusula de não-concorrência tem o objetivo de proteger o investimento especificamente, fazendo com que o alienante não possa, aproveitando de sua*

experiência, desviar a clientela “adquirida” pelo comprador naquele mercado, pois esta clientela certamente foi um fator determinante na escolha do investimento. A ampliação pretendida pela adquirente consistiria, mais uma vez, em uma limitação injustificada da concorrência em mercados distintos dos envolvidos na presente operação.

NÚMERO: 08012.007585/2002-31

RELATOR: Thompson Almeida Andrade

DATA DO ACÓRDÃO: 21/5/2004

DECISÃO: *Não se pode olvidar que a cláusula de não-concorrência é uma restrição acessória que de forma alguma pode transcender o principal e que deve ater-se aos âmbitos dos respectivos Atos de Concentração, razão pela qual reafirmo que a cláusula de não concorrência in caso deve se ater aos limites dos respectivos mercados relevantes definidos para as presentes operações e aos seus limites geográficos. De fato, não é razoável na perspectiva das provas e análise dos autos que se admita que tal cláusula tenha abrangência nacional. Isso porque se assim admitida não teria caráter acessório que lhe é necessário para garantir as atividades da compradora, passando, então, a ser ato que limita a livre concorrência.*

Como se vê, a jurisprudência do CADE se consolidou no sentido de que a simples previsão de cláusula de não-concorrência fora dos limites geográficos do mercado relevante deve ser repelida, porque tal cláusula só se justificaria como elemento acessório do contrato que instrumentaliza o ato de concentração. Assim, se a operação se restringe a um mercado relevante geográfico específico, a cláusula, por ser acessória à operação, deveria também se restringir a esse mercado.

3 AUTONOMIA DA VONTADE X LIVRE CONCORRÊNCIA

Quando o CADE resolve intervir nos contratos firmados entre agentes econômicos, determinando a alteração de cláusulas que restringem a concorrência, está resolvendo uma questão que envolve, necessariamente, uma tensão entre os princípios da autonomia da vontade e da livre concorrência.

A autonomia da vontade é princípio fundamental que preside as relações contratuais, nos termos do art. 421 do Código Civil. Esse princípio assegura às partes a liberdade de contratar (faculdade de realizar ou não realizar um determinado contrato) e a liberdade contratual (faculdade de estabelecer livremente o conteúdo do contrato).¹⁶

Em contrapartida, a livre concorrência é um princípio constitucional que fundamenta a ordem econômica, nos termos do art. 170 da Constituição Federal. Esse princípio é tão importante que assegura ao Estado a possibilidade de intervir nas relações jurídicas privadas para garantir a sua observância¹⁷.

¹⁶ Nesse sentido: WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 190.

¹⁷ “O princípio da livre concorrência significa, em primeiro lugar, a adesão à economia de mercado, da qual é típica a competição. Em segundo lugar, ela importa na igualdade na concorrência com a exclusão, em consequência, de quaisquer práticas que privilegiem uns em detrimento de outros”: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 05.

Pois bem. O debate acerca da validade das cláusulas de não-concorrência no direito antitruste envolve um conflito entre o princípio da autonomia da vontade, que garante às partes o direito de pactuar a proibição de que uma delas faça concorrência com a outra por determinado período e em certa área geográfica, e o princípio da livre concorrência, que garante ao Estado, por meio das autoridades competentes, o poder de intervir nas relações contratuais para evitar danos ao ambiente concorrencial.

Sabe-se que os conflitos entre princípios não dão origem a antinomias verdadeiras. Assim, para a solução desses conflitos não se utilizam os tradicionais critérios formais de solução de conflitos entre regras jurídicas¹⁸: *Lex posterior derogat Lex priori*, *Lex superior derogat Lex inferiori* e *Lex specialis derogat Lex generalis*.

Os conflitos jusprincipiológicos são solucionados pela aplicação da técnica da concordância prática, também chamada de harmonização, que consiste, grosso modo, na redução proporcional do âmbito de alcance de cada princípio, preponderando aquele de maior peso.¹⁹

Ao contrário das normas-regras, que têm vigência excludente no caso de conflito, as normas-princípios têm vigência concorrente. Enquanto “*as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada*”, os princípios, em contrapartida, “*apenas enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção*”.²⁰

Diante do exposto, não há dúvidas de que o CADE tem competência e legitimidade para impor condições à aprovação de atos de concentração, interferindo nas relações jurídicas privadas firmadas entre os agentes econômicos que submetem atos de concentração empresarial ao SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Isso se dá porque nesses casos prevalece o princípio da livre concorrência, pilar fundamental da ordem econômica, em detrimento de outros princípios que regem o mercado.

Vale frisar que nessas situações a prevalência do princípio da livre concorrência não significa a negativa de vigência ao princípio da autonomia da vontade ou a qualquer outro princípio, mas tão-somente a redução do seu alcance num determinado caso concreto. Afinal, conforme se destacou acima, o conflito entre princípios não exclui a vigência de um deles, mas apenas dá ensejo a um processo de ponderação dos valores e metas ditados pelos princípios em questão, visando à máxima realização de ambos.²¹ São, portanto, critérios materiais – e não formais – que acarretam a não-aplicação de um determinado princípio num caso concreto, e nesta tarefa sobressai a fundamental importância do sobreprincípio da proporcionalidade.²²

18 Na atual fase de pós-positivismo jurídico, os *princípios* e as *regras* são, segundo a doutrina majoritária, espécies do gênero *norma jurídica*. Nesse sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, pp. 52-53.

19 ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 162.

20 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-41.

21 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, pp. 66-67.

22 CANOTILHO, J. J. Gomes. “A principalização da jurisprudência através da Constituição”. In: *Revista de Processo* n.º 98. São Paulo: RT, abr./jun. de 2000, p. 83.

Não se pode esquecer ainda que o próprio Código Civil, ao consagrar a autonomia da vontade como princípio que rege as relações contratuais, deixou claro que, embora as partes tenham as já mencionadas liberdade de contratar e liberdade contratual, elas devem ser exercidas em razão e nos limites da função social do contrato. Isso significa que o próprio legislador reconheceu a possibilidade de limitação da autonomia da vontade das partes, quando for necessário proteger *interesses institucionais*, como é o caso da defesa da livre concorrência.²³

Pois bem. Não restam dúvidas de que o CADE pode – e deve – intervir nos contratos que instrumentalizam atos de concentração empresarial submetidos ao seu julgamento. No entanto, essa intervenção só será legítima quando a operação puder causar danos, efetivos ou potenciais, à livre concorrência. Trata-se de pressuposto à atuação interventiva da autoridade antitruste, já que é justamente a defesa da livre concorrência o interesse institucional que legitima a limitação da autonomia da vontade.

Ora, ausente a possibilidade de a operação causar danos ao ambiente concorrencial, por que intervir no contrato? Qual o fundamento para a mitigação da liberdade contratual nesse caso? Parece-nos que intervenção da autoridade antitruste nos contratos firmados entre os agentes econômicos, nesse caso, configura uma indevida intromissão do Estado na esfera privada.

As partes requerentes possuem profissionais especializados que as orientam quanto à celebração dos contratos que instrumentalizam atos de concentração empresarial. Assim, com base no cotejo das circunstâncias do caso com a jurisprudência do CADE, pode-se prever, com segurança, que uma determinada operação será aprovada pelo Conselho, em razão da flagrante ausência de preocupações concorrenciais. Nesse caso, as partes podem pactuar livremente as cláusulas contratuais, dentre elas a que disciplina a obrigação de não-concorrência do alienante do estabelecimento empresarial²⁴. É mais: na legítima expectativa de que a operação será aprovada pela autoridade antitruste, as partes podem ter precificado a obrigação de não-concorrência. A determinação posterior de alteração do contrato pode, conseqüentemente, atingir seriamente a equação econômica do contrato.

Mas a questão não se encerra aqui. Contra os argumentos expostos acima alega-se o seguinte: a conclusão de que a operação não gera efeitos anticoncorrenciais restringe-se à análise do mercado relevante da operação; portanto, quando a cláusula extrapolar os limites geográficos do mercado relevante, a mesma conclusão pode não ser válida quanto aos demais mercados.

23 Nesse sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. “Função social do contrato: primeiras anotações”. In: *Revista dos Tribunais*. Vol. 823, São Paulo: RT, maio de 2004, pp. 67- 86.

24 “complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante [hoje empresário] para a exploração de determinada atividade mercantil [hoje empresa]”: BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1964. p. 73. De acordo com o art. 1.142 do Código Civil, “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Exemplificando o que foi dito no item anterior: O CADE concluiu que uma determinada operação não gera preocupações concorrenciais no Distrito Federal (mercado relevante geográfico analisado), mas a cláusula de não-concorrência abrange toda a região Centro-Oeste; portanto, nada impede que nos outros Estados a cláusula gere efeitos nocivos à concorrência.

De fato, a alegação resumida e exemplificada nos parágrafos anteriores é absolutamente plausível, mas nos leva a outro problema: por que, então, não fazer a análise dos efeitos da cláusula de não-concorrência nesses outros mercados relevantes geográficos abrangidos pela cláusula? Caso essa análise seja feita e se verifique a potencialidade de efeitos nocivos ao ambiente concorrencial, com certeza o CADE poderá – e deverá – intervir no contrato, determinando a sua alteração. O que não se pode admitir, no entanto, é que abstratamente se proíba a previsão de cláusula de não-concorrência que extrapole os limites geográficos do mercado relevante, como o Conselho tem feito, *data maxima venia*.

Conforme já destacamos acima, entende o Conselho que a simples previsão de cláusula de não-concorrência fora dos limites geográficos do mercado relevante é ilegal, porque a cláusula deve ser acessória ao contrato. Assim, se a operação se restringe a um mercado relevante geográfico específico, a cláusula de não-concorrência, por ser acessória à operação, deveria também se restringir a esse mercado. O mesmo raciocínio, frise-se, vale para a duração temporal da cláusula: se ela, por exemplo, se refere a uma operação que envolve transferência de tecnologia, seu prazo não deveria ser superior ao tempo necessário a essa transferência.

O argumento também é plausível, mas novamente vem à tona o problema acima mencionado: por que, então, não fazer a análise dos efeitos da cláusula de não-concorrência nesses outros mercados? Alguns poderiam dizer que a análise seria desnecessária porque essa cláusula, na medida em que perde (supostamente) seu caráter acessório ao contrato, configuraria uma restrição direta, e não meramente ancilar. O argumento seria válido se se considerasse a cláusula de não-concorrência, nessa hipótese, um ilícito concorrencial *per se*, mas isso, ao que nos parece, vai de encontro ao próprio entendimento do Conselho, que analisa as cláusulas restritivas de concorrência segundo a regra da razão²⁵.

Não temos dúvidas de que a tarefa de analisar as cláusulas de não-concorrência e sua repercussão no ambiente concorrencial não é fácil. Também não temos dúvidas de que a realização de análise dos efeitos das cláusulas de não-concorrência além do âmbito geográfico do mercado relevante das operações nas quais elas se inserem tornará a instrução dos atos de concentração submetidos ao SBDC mais complexa e, conseqüentemente, mais demorada. Mas não há como ser diferente. É

25 “A ilicitude *per se*, quando aplicada, desobriga a autoridade antitruste de uma profunda análise sobre o ato praticado pelo agente e seu contexto econômico: a partir do momento em que um ato é tomado como um ‘ilícito *per se*’ e considerado como restritivo da concorrência, de forma não razoável, deverá ser repudiado”: FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 3ª ed; São Paulo: RT, 2008, pp. 209-210.

o mínimo que se pode oferecer aos agentes econômicos, em respeito ao devido processo legal e à segurança jurídica.²⁶

Registre-se que também é de nosso conhecimento o fato de que o CADE, há tempos, tem adotado uma postura restritiva na análise de cláusulas de não-concorrência, aproximando-se, nesse ponto, mais da jurisprudência antitruste européia do que da americana. Nos Estados Unidos, as autoridades concorrenciais privilegiam a atuação repressiva.

Na prática [...], os órgãos de defesa da concorrência norte-americanos optam por uma política repressiva quando se trata de restrições anclares. Desse modo, as cláusulas de não-concorrência são, *a priori*, motivo de pouca preocupação, sendo, porém, objeto de investigações caso se demonstrem, na prática, atentatórias à ordem econômica. Ou seja, operações que possam suscitar preocupações concorrenciais levam a que a Administração Pública monitore proximamente a atuação dos agentes econômicos, viabilizando a interferência do Estado, *ex post*, quando se prove que da cláusula derivam efeitos anticoncorrenciais.²⁷

Entendo ser essa uma postura mais adequada, sobretudo porque a análise preventiva, típica dos procedimentos de instrução dos atos de concentração, é feita com base em perspectivas que podem, futuramente, não se confirmar.

Ademais, a aprovação de cláusulas de não-concorrência em análise preventiva de atos de concentração não obsta a posterior abertura de processo administrativo para apuração de condutas anticompetitivas. Aliás, a aprovação do ato de concentração pelo Conselho não produz sequer “coisa julgada administrativa”, podendo o CADE revisar sua própria decisão, com base no disposto no art. 55 da própria Lei nº 8.884/1994, *in verbis*:

Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo CADE, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Finalmente, cabe ressaltar também que o CADE pode aprovar uma operação que contenha cláusula de não-concorrência e determinar aos demais órgãos do SBDC – notadamente a SDE (Secretaria de Direito Econômico) – o monitoramento do respectivo mercado, caso entenda que a cláusula tem potencial para, futuramente, produzir efeitos anticompetitivos. Esta postura privilegia a autonomia da vontade, mas sem deixar de respeitar a

26 “Ao contrário do CADE, quando cláusulas de não-concorrência ou de exclusividade de distribuição estão previstas no acordo de fusão e um possível dano à concorrência é identificado, a FTC [Federal Trade Commission, órgão americano equivalente ao CADE] geralmente analisa essas cláusulas separadamente à análise estrutural do acordo. Os técnicos atribuem essa diferenciação à racionalidade da análise prévia do ato de concentração: a análise da fusão deve ser feita o quanto antes, enquanto a análise da conduta não precisa ser imediata” (tradução livre): TAUFICK, Roberto Domingos. “A brief of the Federal Trade Commission’s organization and operation”. In: *Revista de Direito da Concorrência* n° 01. Brasília: IOB/CADE, jan.-mar. de 2004, pp. 69 e segs.

27 Trecho do voto do Conselheiro Carlos Emmanoel Joppert Ragazzo no Ato de Concentração nº 08012.006940/2007-60.

defesa da livre concorrência, que apenas fica postergada para um momento futuro, caso se consuma uma lesão ao ambiente concorrencial.

4 CONCLUSÃO

Por tudo o que se expôs, pode-se concluir que as cláusulas de não-concorrência, do ponto de vista do direito empresarial, são estipulações contratuais legítimas e justificáveis, porque se destinam a proteger o adquirente de estabelecimento empresarial (fundo de comércio) contra um possível desvio de clientela.

Também se pode concluir que as cláusulas de não-concorrência, do ponto de vista do direito concorrencial, são estipulações contratuais em princípio legítimas, mas que podem produzir efeitos anticompetitivos a depender dos termos em que são pactuadas. Nesses casos, a autoridade antitruste tem competência para intervir nos contratos e determinar a alteração da cláusula de não-concorrência, quanto aos seus aspectos material, territorial ou temporal.

Assim, entendemos que a intervenção do CADE nos contratos firmados entre os agentes econômicos para instrumentalizar um ato de concentração é legítima, desde que essa intervenção se fundamente na defesa do ambiente concorrencial, porquanto nesse caso se justifica a mitigação do princípio da autonomia da vontade em homenagem ao princípio da livre concorrência.

A contrario sensu, entendemos que a reconhecida ausência de preocupações concorrenciais de um determinado ato de concentração não legitima a intervenção do CADE na autonomia de vontade das partes, não sendo possível, nesse caso, que o Conselho condicione a aprovação da operação a uma alteração contratual, como tem feito usualmente nos casos de cláusula de não-concorrência.

No caso específico das cláusulas de não-concorrência, o CADE deve aplicar sempre a regra da razão para aferir a sua legalidade. Se a cláusula extrapolar os limites geográficos do mercado relevante ou o prazo legal de duração (cinco anos, nos termos do art. 1147 do Código Civil), isso não é, por si só, suficiente para torná-la ilegal. As partes devem ter a oportunidade de justificar os termos da cláusula de não-concorrência pactuada, sendo recomendável que o CADE só as impeça quando houver clara possibilidade de dano ao ambiente concorrencial. Em outros casos, o CADE pode: (i) analisar a operação e a cláusula de não-concorrência separadamente; ou (ii) aprovar a operação e monitorar o mercado e os agentes econômicos envolvidos. Em ambos os casos, o CADE estará privilegiando a autonomia da vontade das partes e, ao mesmo tempo, resguardando a defesa da livre concorrência. Isso se dará porque o próprio Conselho poderá, futuramente, revisar a decisão proferida no ato de concentração (art. 55 da Lei nº 8.884/1994), sem embargo da possibilidade de a SDE instaurar processo administrativo para apuração de conduta anticompetitiva (art. 32 da Lei nº 8.884/1994).