



6º Congresso de Pós-Graduação

OS EFEITOS DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA APLICADA AO FUNCIONAMENTO DAS ESTRUTURAS BÁSICAS DE MERCADO.

Autor(es)

YVENS SANTIAGO MARCONDES

Orientador(es)

ANTONIO MARTIN

1. Introdução

Este estudo visa mostrar que a dinâmica de mercado pode ser influenciada e prejudicada por cláusula de não-concorrência ou de não-restabelecimento, quando da compra e venda de cotas ou ações de empresas mercantis. Permitido pela legislação, tem como parâmetro Parecer do Supremo Tribunal Federal – STF, acentado em meados do século passado.

Não trata de argüir se a forma pode ser legal ou não em função do pacto existente entre os agentes participantes do negócio. Mas sim, uma visão crítica aos efeitos da cláusula comparativamente ao funcionamento operacional das empresas nos diferentes segmentos de mercado, especificamente definido pela sua forma objetiva de atuação econômica.

Para se entender melhor esta discussão, deve-se ter em mente que a essência econômica e social de um contrato é à vontade das partes; é uma promessa que quando alguém deseja que seja cumprida, busca a lei como instrumento hábil de consecução. Realiza de forma geral, um valor de utilidade social já que representa o interesse geral ou expressa um bem comum, pois espelha um objetivo precípua fundado em norma jurídica, fundado nos valores de ordem, justiça e liberdade[1].

O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, têm reconhecido o uso da cláusula de não-concorrência, quando limitadas no tempo e no espaço como uma prática comercial normal[2]. Não havendo dispositivo específico na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, remete seus pareceres ao art. 1.147, caput, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2003, que institui o Código Civil brasileiro, in verbis:

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

Neste contexto, salienta-se que a aplicação deste dispositivo legal infraconstitucional se contrapõe a um dispositivo constitucional (art. 170). A Lei que regula a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem

econômica, tem como premissa básica em seu art. 1º, a orientação dos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso econômico. O art. 173, § 4º, que trata da matéria, atribui competência ao legislador ordinário para editar normas objetivando a repressão ao abuso econômico, à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros[3], dando origem a Lei nº 8.884/94.

Dadas as disparidades normativas, importantes os impactos destes dispositivos legais, comparativamente as diferentes formas de atuação no mercado dos estabelecimentos comerciais, quando se cria mecanismo jurídico para a limitação de ação empresarial, seja com novos investimentos, transformação, incorporação ou fusão. Pode-se questionar, desta forma, que a doutrina brasileira analisa essa questão somente do desvio da clientela e não da dinâmica do mercado[4].

[1] BDINE JUNIOR, H.C., 2007, P. 8.

[2] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SDE - Secretaria de Direito Econômico, Autos nº 08012.005578/2004-67, Nota Técnica em Ato de Concentração, 15.07.2004.

[3] VERÇOSA, H.M.D., 2006, p. 272.

[4] GRAU, E.R.; FORGIONI, P., 2005, p. 287.

2. Objetivos

Incluído na introdução.

3. Desenvolvimento

2. A cláusula de não-concorrência no tempo.

No ano de 1913, mais precisamente em 12 de agosto, o STF proclamou Acórdão de Ação de Indenização julgado improcedente[1], interposta pela Companhia Nacional de Tecidos de Juta contra o Conde Álvares Penteados e a Companhia Paulista de Aniagação, assim descrito:

ACÓRDÃO STF – ALIENAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL – Restabelecimento do alienante em competição como adquirente – Omissão do Contrato – Inexistência de Presunção de Renúncia ao direito de exercer determinado ramo de comércio ou indústria – Licitude do Restabelecimento – Ação de Indenização Julgada Improcedente – Voto vencido. (STF – Supremo Tribunal Federal, Apelação Civil nº 2.183, 12.08.1913).

O Conde Álvares Penteados e demais acionistas alienaram, sem condição alguma, todas as ações a eles

pertencentes. A origem da lide teve início, quando da criação por parte do Conde de uma nova empresa no mesmo ramo têxtil, na mesma localidade e após um ano e meio.

As razões da autora não foram acolhidas sob o argumento da não existência de cláusula de não-concorrência no pacto feito pelas partes. A freguesia não fora objeto do negócio, já que não constava do documento escrito hábil[2].

O resultado jurídico tem como premissas[3]: (a) o ordenamento jurídico brasileiro que não continha dispositivo exposto de atuação concorrencial entre estabelecimentos comerciais e (b) cláusula de não concorrência.

O Acórdão, atenta para a necessidade do restabelecimento de negócio jurídico no mesmo setor produtivo, independentemente da cessão de clientela ou freguesia.

[1] RT 12/180.

[2] FIEDRA, G., 2007, p. 88.

[3] GRAU, E.R.; FORGIONI, P., 2005, p. 275.

4. Resultado e Discussão

Havendo mais de uma empresa operando no mesmo mercado, todas enfrentarão o mesmo dilema, ou seja, como cada uma irá escolher o preço de seu produto e o nível de produção. Para que possa ser analisado o impacto da cláusula de não-concorrência, analisa-se cada uma das estruturas básicas de mercado, como forma de demonstrar os efeitos jurídicos sobre a livre concorrência e a livre iniciativa.

Pelas características de atuação das companhias na estrutura de mercado denominada oligopólio, tendo como atuação efetiva à formação de cartéis, a defesa da concorrência tornou-se um instrumento de que lança mão o Estado para implementar políticas públicas, atuando sobre o abuso do poder econômico e permitir a livre iniciativa[17]. Juridicamente, a Lei nº 8.884/94 vem disciplinar a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º).

No entanto, a lei não define o que é mercado relevante; que tipo de ocorrência efetiva envolve um fenômeno econômico perturbador; quem estabelece a individualização de bens e serviços; quais os limites do poder de mercado de uma empresa[18]. Tais conceitos tornam-se inerentes ao campo de atuação do agente fiscalizador de atos anticoncorrenciais. Mercado em concepção econômica mais ampla trata-se de uma abstração, já que espelham as forças concorrenciais entre produtores, e a demanda pelos

consumidores, e a dificuldade que se defrontam em ambiente onde não existe conotação geográfica[19].

Se a desigualdade do poder econômico implica na fixação unilateral do conteúdo de um contrato de transferência do poder sobre uma empresa, determinando o tempo para a formação de novo negócio jurídico, esta ação, entre empresas, faculta a uma das partes o estabelecimento de cláusulas que influenciam os contratos em suas condições gerais de operacionalização[20], sem atentar para o sacrifício da freguesia. Verificada esta situação, nota-se que estes negócios jurídicos contrariam princípio constitucional da igualdade. Com atos dessa natureza, a boa-fé nos contratos passa a possuir um estado subjetivo de operacionalização.

Constitucionalmente, a proteção da concorrência consiste em um instrumento legal, usado pelo Estado para a garantia do equilíbrio da concorrência de mercado pelas empresas em seu segmento de atuação. Torna ilegais as formas de domínio do mercado, como maneira de eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros[21].

A doutrina e a jurisprudência, como mencionadas anteriormente, permitem convenções restritivas à liberdade econômica, visando preservar a clientela. Portanto, permite a pactuação da cláusula de não-concorrência, sendo certo, porém, que não pode ser absoluta, sem limites, sem quaisquer restrições, contrariando a norma constitucional quanto a livre iniciativa e a livre concorrência[22].

[1] SANDRONI, P., 2005, p. 172.

[2] VASCONCELLOS, M.A.S.; GARCIA, M.E., 2005, p. 76.

[3] VARIAN, H.R., 2003, p. 408.

[4] Elasticidade verifica-se pela relação entre as diferentes quantidades de oferta e procura de certos bens em função das alterações em seus respectivos preços (NA).

[5] PINDYCK, R.S.; RUBINFELD, D.L., 1994, p. 358.

[6] VARIAN, H.R., 2003, p. 449.

[7] VASCONCELLOS, M.A.S.; GARCIA, M.E., 2005, p. 78.

[8] PINDYCK, R.S.; RUBINFELD, D.L., 1994, p. 425.

[9] ROSSETTI, J.P., 1997, p. 504.

[10] PINDYCK, R.S.; RUBINFELD, D.L., 1994, p. 553.

[11] SANDRONI, P., 2005, p. 603.

[12] Dumping consiste em vender produtos a preços inferiores aos custos de produção, buscando maiores fatias de mercado ou eliminar concorrentes (NA).

[13] PINDYCK, R.S.; RUBINFELD, D.L., 1994, p. 560.

[14] VASCONCELLOS, M.A.S.; GARCIA, M.E., 2005, p. 79.

[16] Ibid, p. 125.

[17] FORGIONI, P.A., p. 23.

[18] FIEDRA, G., 2007, p. 141.

[19] ROSSETTI, J.P., 1997, p. 395.

[20] SILVA, C.V.C., 2008, p. 30.

[21] FIEDRA, G., 2007, p. 93.

[22] MORAES, M.A.L. O trespasse: a alienação do estabelecimento empresarial e a cláusula de não restabelecimento. *Intelligentia jurídica*, ano II, nº 18, mai/02, consultada em 17/06/2008, s/nº p., <http://www.intelligentiajuridica.com.br/artigos>.

5. Considerações Finais

A Lei nº 8.884/94 representa o controle dos agentes administrativos sob o abuso do poder econômico quando da competição desleal entre empresas nos diversos setores da economia nacional. Trata-se do instrumento legal que permite a tomada de decisão dos impactos comerciais no sistema econômico, como resultado final decorrente de análises econômicas, financeiras e sociais (inclusive com o uso de instrumental matemático).

As incorporações, fusões ou transformações que passam os sistemas produtivos, industriais ou comerciais, decorre da dinâmica do crescimento econômico, com base em políticas econômicas de desenvolvimento que devem ser elaborados, necessariamente, por todo e qualquer estado que adota uma economia de mercado constitucionalmente.

O uso do art. 1.147, caput, do Código Civil brasileiro, como requisito à transferência de poder acionário nas estruturas de mercado analisadas, demonstra a incoerência econômica de crescimento e depuração do sistema econômico nacional.

Diversos fatores produtivos podem ser desconsiderados, o que leva a um atraso tecnológico, operacional e social neste sistema. Por exemplo, a economia de escala, não se mostra como um meio eficaz de produção, já que sendo requisito importante para o setor produtivo tornam os bens e produtos menos onerosos aos consumidores, face aos baixos custos de produção. Da mesma forma, as capacidades empresariais, responsáveis pela busca constante de ganhos, perde como fator de produção pela diminuição da ação de novas empresas no mercado. O sistema de aprendizado profissional reduz espaço para novos conhecimentos. O mercado de trabalho se estreita pela não-concorrência empresarial. A localização de novas empresas passa a ficar comprometida. Efeitos múltiplos poderão ocorrer em todo o sistema produtivo.

Pela característica de mercado do sistema capitalista, o controle torna-se necessário no caso da criação de cartéis, visto que desconfiguram a essência da formação dos diferentes mercados. Mas, mesmo na ocorrência desta anomalia estrutural da competição, a lei contra o abuso do poder econômico, possui mecanismo reguladores e fiscalizadores para eliminar tais ações.

Referências Bibliográficas

- BDINE JÚNIOR, H.C. **Cessão da posição contratual**. São Paulo: Saraiva, 2007, 132p.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Dicionário jurídico**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 1501p.
- FIEDRA, G. **Obrigação de não-concorrência**. São Paulo: Singular, 2007, 179p.
- FORGIONI, P.A. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 571p.
- GRAU, E.R.; FORGIONI, P. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, 352p.
- MENDONÇA, C.J.X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, vol. 5, 1963.
- PINDYCK, R.S.; RUBINFELD, D.L. **Microeconomia**. São Paulo: Makron Books, 1994, 968p.
- ROSSETTI, J.P. **Introdução à economia**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, 922p.
- SANDRONI, P. **Dicionário de economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2005, 905p.
- SILVA, C.V.C. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2008, 176p.
- VARIAN, H.R. **Microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, 778p.
- VASCONCELLOS, M.A.S.; GARCIA, M.E. **Fundamentos de economia**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, 246p.
- VERÇOSA, H.M.D. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Malheiros, vol. I, 2006, 350p.
- ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. **Direito & economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, 315p.