

INSPER
LLC- DIREITO EMPRESARIAL

THAYS DE OLIVEIRA CAMPOS

**A IMPORTÂNCIA DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS
DE FRANQUIA E SUA LIMITAÇÃO TEMPORAL.**

SÃO PAULO

2019

THAYS DE OLIVEIRA CAMPOS

**A IMPORTÂNCIA DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS
DE FRANQUIA E SUA LIMITAÇÃO TEMPORAL**

Trabalho de conclusão de curso para
aprovação na Pós-graduação *latu sensu*
LLC Direito Empresarial no Insper, Direito.

Orientadora: Prof. Pamela Gabrielle
Romeu Gomes Roque

SÃO PAULO

2019

de Oliveira Campos, Thays.

A importância da cláusula de não concorrência nos contratos de franquia e sua limitação temporal.

Thays de Oliveira Campos, Thays Campos. -- São Paulo, 2019. 26 f.

Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque.

Trabalho de Conclusão de Curso (LLC Direito Empresarial) -, Insper, 2019.

1. Contrato de Franquia. 2. Limitação temporal. 3. Cláusula de não concorrência.
II. Campos, Thays. I. Romeu Gomes Roque, Pamela Gabrielle. II. Título.

THAYS DE OLIVEIRA CAMPOS

**A IMPORTÂNCIA DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS
DE FRANQUIA E SUA LIMITAÇÃO TEMPORAL.**

Trabalho de conclusão de curso para
aprovação na Pós-graduação *latu sensu*
LLC Direito Empresarial no Insper, Direito.

Orientadora: Prof. Pamela Gabrielle
Romeu Gomes Roque

DATA DE APROVAÇÃO: ___/___/___

RESUMO

O presente estudo aborda sobre a cláusula de não concorrência inserida nos contratos de franquia. Início com uma breve contextualização sobre o contrato de franquia e suas características, após abordado especificamente sobre a cláusula de não concorrência e seus elementos essenciais, bem como sua validade apresentando algumas decisões dos Tribunais de Justiça.

Palavras-chave: Cláusula de não concorrência. Contrato de franquia. Eficácia. Limitação temporal. Validade.

ABSTRACT

The present study deals with the non-competition clause inserted in franchise agreements. Start with a brief context about the franchise agreement and its characteristics, after specifically addressing the non-competition clause and its essential elements, as well as its validity by presenting some decisions of the Courts of Justice.

Keywords: Non-compete clause. Franchise agreement. Efficiency. Temporal limitation. Validity.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal.

INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	9
2.	DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA	11
3.	CONTRATO DE FRANQUIA: CONCEITOS BÁSICOS	14
3.1	CONTRATO DE FRANQUIA E SUAS CARACTERÍSTICAS	14
4.	A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E SEUS ELEMENTOS ESSENCIAIS.....	16
4.1	A APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO BRASIL	17
5	CONCLUSÃO.....	23
6	REFERÊNCIAS	24

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho serão analisados, à luz de princípios constitucionais e processuais, direitos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, com estudo dos princípios de direito econômico, frente à análise de potenciais conflitos existentes em razão da cláusula de não concorrência aplicada em contratos de franquia e a forma como o judiciário se posiciona quando questionado sobre a matéria.

Nesses casos falamos de um empresário, ou seja, o dono do negócio denominado como franqueador, interessado em ampliar a empresa, e de outro lado o empreendedor que tem interesse em adquirir um negócio próprio sob respaldo de uma marca sedimentada, denominado como franqueado.

Dividido em três partes, este estudo abordará aspectos relativos à livre iniciativa e à livre concorrência, conceitos e características do contrato de franquia e alguns casos julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”) e pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”).

A primeira parte do trabalho discorrerá sobre a concorrência, advinda da atividade empresarial, trazendo a necessidade de maior regulação e intervenção do Estado na economia, apenas para contextualizar a problemática que será discutida ao longo dos próximos capítulos, apontada como trava para o desenvolvimento dos empresários.

A segunda parte trará conceitos básicos sobre o escopo do contrato de franquia, pela consagração do princípio da autonomia da vontade das partes, e, em seguida, um estudo concentrado na cláusula de não concorrência, a qual impõe limites à exploração econômica dos franqueados durante a vigência do contrato ou mesmo após a sua extinção, com o fim da relação jurídica, além de sua limitação temporal dentro dos contratos, o objetivo específico do presente trabalho.

Como alvo principal, busca-se entender que a presença da referida cláusula nos contratos de franquia é de extrema importância tanto para o franqueado quanto para o franqueador, desde que respeitados os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, tomando como base o estudo doutrinário em conjunto com jurisprudência.

Nesse aspecto, a última parte do trabalho busca entender como o Judiciário vem decidindo quando a cláusula de não concorrência é respeitada ou aplicada de forma abusiva.

2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA

No Brasil, o início dos estudos com relação à concorrência, advindo da atividade empresarial, surgiu com redação do artigo 115 da Carta Magna de 1934. A partir deste momento houve o começo do regramento para estabelecer limites à ordem econômica.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, concede-se ao Estado meios para formular as práticas empresariais, destacando-se a respeito dos princípios gerais da atividade econômica. São eles: da livre iniciativa e da livre concorrência, conforme redação dos artigos 1º, inciso IV e 170, inciso IV e parágrafo único.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

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

IV – livre concorrência;

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.¹

Em estudo dedicado à concorrência, ensina Fábio Konder Comparato que:

[...] Nas hipóteses de restrições convencionais de concorrência, a jurisprudência, tanto aqui como alhures, firmou-se no sentido de enquadrar a licitude de tais estipulações **dentro de limites precisos de objeto, de tempo e de espaço**, tendo em vista o princípio da liberdade de concorrência, que entre nós, como sabido, tem assento constitucional (CF, art. 170). É preciso, com efeito, que a obrigação de não-concorrência defina o tipo de atividade sobre a qual incide.

(...)

Não basta, porém, que se defina o objeto dessa obrigação de não-concorrer. Importa, ainda, que ela seja limitada no tempo, ou no espaço. Estas duas últimas restrições podem ser cumuladas, mas é indispensável que exista pelo menos uma. Quando a causa da interdição de concorrência prende-se, sobretudo, à pessoa do empresário, é normal que se estabeleça uma limitação no tempo, pois

¹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, de 05 de outubro de 1988, Brasília, Distrito Federal.

a clientela pessoal tende a se dispersar no curso dos anos. Mas se a razão de ser da estipulação é a concorrência espacial entre estabelecimentos, o que importa é a fixação de uma distância mínima de separação entre eles, a prevalecer sem limitação de tempo.²

De acordo com os dizeres de Miguel Reale a livre iniciativa, também tem como destaque a livre escolha, senão vejamos:

[...] a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meio informa o princípio da livre iniciativa ³.

Nos dizeres de Eros Grau a respeito dos princípios ensina que:

Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplado-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): 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 formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.⁴

² COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos Shopping Centers. Revista de Direito Mercantil nº 97, p. 27-28.

³ REALE, Miguel. Medidas provisórias–choque na economia – controle de preços-liberdade empresarial- penalidades e discricionariedade. Revista de Direito Público. São Paulo: RT, 1989. V9. p.68-75.

⁴ GRAU, Eros Roberto. In: Comentários à Constituição do Brasil. Coord. CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 178.

Conforme demonstrado no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, são abordadas hipóteses que consistem na infração da ordem econômica, em caso de desobediência dos incisos abaixo:

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;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.⁵

Tomado certo cuidado acerca de possível infração à ordem econômica, alguns limites devem ser respeitados em âmbito contratual, cuja análise é objeto do presente estudo, para que não haja desvio de função da cláusula e abuso por quaisquer das partes contratantes.

Mesmo com a livre iniciativa em firmar contratos, com respaldo na Constituição e na Lei nº 12.529/2011, cuja finalidade é proteger a contratação, nota-se importante a análise ampla da cláusula de não concorrência pelas partes envolvidas, no momento antes da assinatura do contrato e até mesmo pelo próprio poder judiciário, em caso de uma possível discussão para que não seja aplicada de forma abusiva.

Para maior entendimento, faz-se necessária a apresentação do conceito, bem como de algumas características, do contrato de franquia.

⁵ BRASIL. Lei Nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, de 1 de Novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 13 de abril de 2019.

3. CONTRATO DE FRANQUIA: CONCEITOS BÁSICOS

3.1 CONTRATO DE FRANQUIA E SUAS CARACTERÍSTICAS

O contrato de franquia é um contrato de natureza mercantil, regulado pela Lei nº 8.955/94⁶, caracterizado por ser um “sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem quem, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício”, nos termos do artigo 2º da referida Lei.

Fábio Ulhoa Coelho entende que⁷:

[...] a franquia é um contrato pelo qual um empresário (franquiador - franchisor) licencia o uso de sua marca a outro (franquiado - franchisee) e presta-lhe serviços de organização empresarial, com ou sem venda de produtos. Através deste tipo de contrato, uma pessoa com algum capital pode estabelecer-se comercialmente, sem precisar proceder ao estudo e equacionamento dos aspectos do empreendimento, basicamente os relacionados com a estruturação administrativa, treinamento de funcionários e técnicas de marketing. Isto porque tais aspectos encontram-se devidamente equacionados pelo titular de uma marca de comércio ou serviço e ele lhe fornece os subsídios indispensáveis à estruturação do negócio.

É notório que ao procurar uma franquia, o franqueado está em busca de um mercado já consolidado, bem como de um repasse de *know how*, ou seja, um conjunto de métodos, técnicas e organizações de determinada atividade. Além disso, há também a autorização/licença para o uso de marca mediante remuneração e pagamento de *royalties*, que normalmente tem como quantia o percentual sobre o seu faturamento, conforme expresso na Lei nº 8.955/94.

⁶ BRASIL. Lei Nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 439

Destacamos o conceito de contrato de *know how* adotado por Maria Helena Diniz:

[...] é aquele que uma pessoa, natural ou jurídica, se obriga a transmitir ao outro contratante, para que este os aproveite, os conhecimentos que tem de processo especial de fabricação, de fórmulas secretas, de técnicas ou de práticas originais, durante certo tempo, mediante o pagamento de determinadas quantias chamada royalty, estipulada livremente pelos contraentes.⁸

As características da franquia, acima expostas, que buscam a proteção do franqueador e levam à necessária criação e aplicação efetiva de cláusula contratual que impeça o desenvolvimento, por parte do franqueado, das mesmas atividades por determinado período e em determinado local. E isto porque, não pode o novo negócio do franqueado ser associado à marca do franqueador, a fim de que não seja caracterizada a concorrência desleal.

⁸ DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, 3. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 27ª edição, Saraiva, 2011, p. 767.

4. A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E SEUS ELEMENTOS ESSENCIAIS

A cláusula de não concorrência, usualmente inserida em contratos empresariais, possui caráter protetivo, na medida em que traz certas salvaguardas ao próprio franqueador que, dentre outras garantias busca o sigilo sobre o *know how* que transmite aos franqueados – ou mesmo as características dos produtos e serviços que oferece – como já elencado acima.

Podendo ter efeitos pós-contratuais, visa equilibrar e garantir a saúde financeira da empresa, impedindo que o franqueado assuma novas atividades que conflitem com as da franquia.

Em outras palavras, tem como finalidade vedar que o franqueado exerça atividade concorrencial em relação ao franqueador enquanto se aproveita da estrutura e do conhecimento adquiridos após firmado o contrato de franquia.

Havendo rescisão do contrato de franquia, independente do motivo, a cláusula de não concorrência é capaz de impedir que o “antigo franqueado” desenvolva as mesmas atividades por um período determinado, e em delimitado território, evitando a concorrência desleal que se formaria pelo aproveitamento do aprendizado que lhe foi proporcionado.

A referida cláusula possui requisitos essenciais, são eles: o (i) limite temporal, (ii) limite territorial e (iii) segmento, sendo que necessariamente duas dessas características precisam estar devidamente expressas na cláusula para que tenha validade jurídica, respeitando os limites legais para que não seja aplicada de forma abusiva.

A estruturação da cláusula tem como condão evitar problemas durante o desenvolvimento da relação entre franqueador e franqueado, tendo a limitação temporal como garantia após o termo final do contrato, seja pelo seu encerramento por conta do término da vigência ou, por exemplo, pela própria rescisão por descumprimento contratual.

Neste caso, a proteção é para o franqueador, considerando que haverá um obstáculo com a finalidade de impedir que o franqueado concorra de forma desleal, ou seja, que ele desenvolva a mesma atividade da rede franqueadora, explorando o seu *know how*, caracterizando, conseqüentemente, a concorrência desleal.

Além disso, os efeitos desta cláusula podem se estender para os familiares do franqueado, com o intuito de evitar fraude.

Uma vez infringido esse princípio da ordem econômica, a penalidade pode resultar em indenização ou até mesmo enquadramento criminal, havendo também a extensão da penalidade aos familiares do franqueado que desrespeitarem essa delimitação.

Assim, no dizer de Fábio Ulhoa Coelho, a respeito da cláusula de não concorrência:

As cláusulas contratuais de disciplina da concorrência podem ou não ser válidas, de acordo com uma série de fatores, a serem especificadamente analisados. Para a análise, o critério mais relevante é o da preservação do livre mercado. Ou seja, as partes podem disciplinar o exercício da concorrência entre elas, desde que não a eliminem por completo. Em outros termos, a validade da disciplina contratual da concorrência depende da preservação de margem para a competição (ainda que futura) entre os contratantes; ou seja, da definição de limites materiais, temporais e espaciais. Em concreto, a vedação não pode dizer respeito a todas as atividades econômicas, nem deixar de possuir delimitações no tempo ou no espaço.⁹

Para manter o equilíbrio, a cláusula em comento deve ser estruturada de forma que proteja os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, não prejudicando ou excedendo o poder para nenhuma das partes envolvidas.

4.1 A APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Após apresentação dos elementos essenciais para elaboração da cláusula de não concorrência, importante abordar sobre a sua efetiva aplicação. Considerando que não há previsão legal que regule especificamente a cláusula, há a necessidade

⁹ COELHO. Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 1 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, fls. 265.

de levantar possíveis cuidados que o franqueado e o franqueador podem ter com esse tipo de disposição.

Vale ressaltar a interpretação dada pelos tribunais no que tange à cláusula de não concorrência.

Colacionam-se abaixo algumas decisões judiciais que entenderam pela viabilidade da cláusula de não concorrência:

Franquia. Ação de obrigação de não fazer. Tutela de urgência. Cláusula de não concorrência. Elementos que permitem afirmar, em sede de cognição sumária, que os agravados inauguraram nova instituição de ensino no mesmo local da antiga unidade franqueada, descumprindo as cláusulas 2.8 e 18.4.4 do contrato de franquia. Risco latente de desvio da clientela da agravante. Validade e eficácia da cláusula de não concorrência que independe da culpa pela rescisão do contrato de franquia. Preenchimento dos requisitos do art. 300 do CPC/2015. Precedentes desta C. Câmara. Decisão reformada. Tutela de urgência concedida. Agravo provido, prejudicado o agravo interno.¹⁰

FRANQUIA Período de interdição Dois anos Legitimidade Inexistência de ofensa ao direito de livre exercício da profissão ou da livre iniciativa Cláusula que protege franqueadora da concorrência desleal, eis que investiu na obtenção do know how, disponibilizados aos franqueados Legitimidade do período de desvinculação do empreendedor da atividade empresarial afeta ao contrato de franquia Irrelevância da inexistência de outro franqueado na mesma cidade na data do término do contrato Possibilidade de a franqueadora vir a desenvolver suas atividades em outro estabelecimento empresarial.¹¹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C DE INDENIZAÇÃO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. Pleito liminar para determinar que as rés se abstenham de abordar clientes da autora e de oferecer no mercado a comercialização e intermediação dos mesmos produtos que a autora comercializa. Deferimento na origem. Decisão revogada após formação do contraditório e colhimento da prova oral, oportunidade em que o juízo também suspendeu o curso do processo com base no art. 313, V, a) do NCPC. SUSPENSÃO DO PROCESSO. Conhecimento, a despeito de ausência de previsão expressa no rol do art. 1.015 do NCPC. Suspensão correta. Inteligência do art. 313, V, "a" do NCPC. TUTELA ANTECIPADA. Presentes os requisitos

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento Nº 21936083620178260000. Relator: Alexandre Marcondes, Data Julgamento 11 de dezembro de 2017, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 12 de dezembro de 2017.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0050114-77.2009.8.26.0114. Relator, Desembargador Ricardo Negrão. Diário de Justiça, de 29 de Maio 2017.

autorizadores previstos no art. 300 do CPC. Verossimilhança da situação de fato. **Indícios de desvio de clientela praticado pelas ex-colaboradoras da autora, que detendo informações sobre a carteira de clientes**, passaram a negociar diretamente com eles, mas em nome da corrê AG AGRO. **Violação da cláusula de não concorrência**, no entanto, que deve, por ora, ficar restrita aos produtos (óleo de soja) que as rés negociavam enquanto trabalhavam em parceria com a autora. (...). RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.¹²

Cláusula de não concorrência. Diretor presidente de sociedade anônima aberta. Contrato de prestação de serviços. Denúncia imotivada do contrato pelo antigo administrador, concomitantemente à assunção de cargo semelhante em empresa concorrente. Relação empresarial. Inexistência de hipossuficiência do diretor agravado no momento da contratação. Cláusula de não concorrência que está alinhada com os requisitos legais e afigura-se razoável. Limitação temporal e espacial suficientes, considerando-se o cargo ocupado pelo agravado, o termo do contrato de prestação de serviços e a magnitude das operações das partes. Necessidade de assegurar a eficácia da obrigação contratada. A simples contratação do agravado e a violação da obrigação de não concorrer impactam os elementos imateriais dos estabelecimentos das companhias em questão. Decisão de primeiro grau, negando liminar de afastamento do administrador, que merece reforma, em resguardo da proteção da concorrência e do aviamento da agravante. Agravo de instrumento provido.¹³

A jurisprudência do STJ entende pela validade da referida cláusula, citando neste ponto o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO EMPRESARIAL ASSOCIATIVO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AFASTADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZADO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. LIMITE TEMPORAL E ESPACIAL. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Demanda em que se debate a validade e eficácia de cláusula contratual de não-concorrência, inserida em contrato comercial eminentemente associativo. (...) 5. A funcionalização dos contratos, positivada no art. 421 do Código Civil, impõe aos contratantes o dever de conduta proba que se estende para além da vigência contratual, vinculando as partes

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento Nº 2071574-25.2018.8.26.0000. Relator (a): AZUMA NISHI; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 24ª Vara Cível; Julgamento em 25 de julho 2018; Data de Registro em 27 de julho 2018.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2172981-45.2016.8.26.0000; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; julgamento em 09 de novembro 2016; Data de Registro em 11 de novembro de 2016.

ao atendimento da finalidade contratada de forma plena. 6. **São válidas as cláusulas contratuais de não-concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela** - valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente. 7. Recurso especial provido.¹⁴

Ressalta o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo o reconhecimento e a validade da cláusula de não-concorrência como mecanismo apto a resguardar os conhecimentos e técnicas específicas empregadas no negócio empresarial:

“APELAÇÃO. FRANQUIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL COM PEDIDOS CUMULADOS DE COBRANÇA, CANCELAMENTO DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Procedência parcial da lide principal e da reconvenção. Decisão mantida. MATÉRIA PRELIMINAR. Deserção, não conhecimento de documentos novos apresentados pela ré e cerceamento de defesa alegado pela apelante. Acolhimento apenas para considerar não cognoscíveis os documentos apresentados com a apelação. Ausência de justificativa para a apresentação extemporânea de documentos na fase recursal. Inteligência do parágrafo único do art. 435 do NCPC. Preparo complementado tempestivamente após determinação do relator. CERCEAMENTO DE DEFESA. Não configurado. Autor que intimado a especificar provas, não requereu a produção de perícia. Preclusão. MÉRITO. Rescisão contratual culposa por parte do autor que violou cláusula de exclusividade. Fato admitido pelo autor. Inexistência de elementos que permitam verificar se havia pagamento a menor de comissões. Franqueada que aderiu a aditivo contratual por meio do qual suas comissões passaram a ser variáveis. Cláusula de não concorrência. Validade. Hipótese em que não se constata abusividade na limitação imposta ao autor após a rescisão do contrato de franquia. RECURSO DESPROVIDO. (...) **Em princípio, justifica-se a inserção de cláusula de não**

¹⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Especial nº 1203109/MG. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 05 de Maio de 2015. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, de 11 de maio 2015.

concorrência em contrato de franquia, pois nesses casos o franqueado teve acesso à dinâmica do negócio, tendo, pois, informações privilegiadas sobre o knowhow atinente à atividade empresarial objeto do contrato. Assim, por receber informações relevantes, mostra-se compatível com o ordenamento a cláusula que veda, após a rescisão do contrato, que o franqueado explore a mesma atividade.

(...) Assim, a validade da estipulação convencionada no contrato de franquia depende da definição precisa e razoável dos limites temporal e especial em que a cláusula restritiva projeta efeitos.

(...) No caso, a limitação territorial não é abusiva, pois a ré tem seus direitos de exploração exclusiva assegurados em todo o território nacional. Logo, uma vez inserta tal abrangência no contrato de franquia, não há falar de ilegalidade. Evidentemente que a medida não visa impedir a atividade profissional, mas apenas vedar a utilização dos conhecimentos adquiridos pelo franqueado para a constituição de nova sociedade empresária, o que decerto é indevido após a rescisão do contrato, sob pena de usurpação indevida dos investimentos realizados pela franqueadora na elaboração do negócio e no desenvolvimento de técnicas específicas para o ramo explorado ¹⁵

Sendo assim, entende-se que é necessário impor limites claros e em conformidade com a lei para que a cláusula de não concorrência tenha plena aplicabilidade. Em geral, após análise de diversos julgados, nota-se que o limite temporal nos contratos de franquia é fixado num prazo médio entre 02 (dois) anos a 05 (cinco) anos, sendo que nesse período o franqueado ficará impedido de praticar a mesma atividade da franquia.

Também é importante ressaltar que a cláusula de não concorrência não prevê o fim da atividade empresarial, ela apenas impossibilita por um prazo determinado o

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1003080-60.2016.8.26.0400. Relator Desembargador Azuma Nishi. Julgamento em 26 de abril de 2018 – sem ênfase no original (grifo nosso).

aproveitamento do *know how* do franqueador e, após transcorrido esse prazo, o franqueado poderá desenvolver a mesma atividade. Porém, em caso de descumprimento do prazo estabelecido, com expressa previsão contratual, haverá cobrança de multa.

Assim, nota-se que os tribunais brasileiros têm entendido pela validade da cláusula de não concorrência, por ter como finalidade evitar o desvio da clientela, desde que delimitada de modo razoável e proporcional, sem afrontar os princípios constitucionais apontados acima, sendo pacífica a preservação da franquia e de seus segredos comerciais.

5 CONCLUSÃO

O estudo com relação à cláusula de não concorrência especialmente na análise da limitação temporal com o intuito de evitar a concorrência desleal, ao passo que ela tem como objetivo limitar por um período determinado que o ex-franqueado exerça a mesma atividade do franqueador, revela que a adoção dessa cláusula é de suma importância para proteger o sistema de franquias, ao passo que beneficia o desenvolvimento econômico do mercado.

Entende-se que para sua correta aplicabilidade pelo judiciário em caso de possível discussão, a cláusula precisa necessariamente conter elementos essenciais, além da análise específica de cada caso.

Destarte, observa-se o receio do legislador em proteger o franqueador, uma vez que o mesmo repassou informações sigilosas ao franqueado, impedindo que mesmo utilize de forma indevida.

Por fim, verificamos algumas decisões para entender como o Judiciário vem se posicionando com relação ao descumprimento da cláusula de não concorrência, especificamente quanto ao prazo após término da vigência do contrato.

Neste sentido, observa-se que, se a cláusula for aplicada com razoabilidade, ou seja, quando há menção da fixação de limites temporais em que o franqueado não poderá exercer as mesmas atividades, ela não viola as relações concorrenciais e nem prejudica os consumidores.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, de 05 de outubro de 1988, Brasília, Distrito Federal.

BRASIL. **Lei Nº 12.529**, de 30 de Novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, de 1º de Novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 13 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei Nº 8.955**, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 13 de abril de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Especial nº 1203109/MG**. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 05 de Maio de 2015. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, de 11 de maio 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento Nº 2071574-25.2018.8.26.0000**. Relator (a): AZUMA NISHI; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 24ª Vara Cível; Julgamento em 25 de julho 2018; Data de Registro em 27 de julho 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2172981-45.2016.8.26.0000**; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 28ª Vara Cível; julgamento em 09 de novembro 2016; Data de Registro em 11 de novembro de 2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento Nº 21936083620178260000**. Relator: Alexandre Marcondes, Data Julgamento 11 de

dezembro de 2017, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data de Publicação: 12 de dezembro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0050114-77.2009.8.26.0114**. Relator, Desembargador Ricardo Negrão. Diário de Justiça, de 29 de Maio 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1003080-60.2016.8.26.0400**. Relator Desembargador Azuma Nishi. Julgamento em 26 de abril de 2018 – sem ênfase no original.

CARVALHOSA, Modesto (Org.). Contratos mercantis. 2.ª edição, rev. e atual. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2018.

CHAVES, G. Franquia Empresarial e os Limites Temporais da Cláusula de não-concorrência. Tese (Pós-Graduação em Direito Empresarial e Contratos) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO. Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos Shopping Centers. Revista de Direito Mercantil nº 97.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, 3. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 27ª edição, Saraiva, 2011, p. 767.

FERNANDES, Wanderley. Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIEDRA, G. Obrigação de não-concorrência. São Paulo: Editora Singular.2007.
FORGIONI, P. A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2009.

FRAN, Martins. Contratos e obrigações comerciais: incluindo os contratos de representação comercial, seguro, arrendamento mercantil (leasing), faturização

(factoring), franquia (franchising), know-how e cartões de crédito. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010.

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

KURITA, T. Cláusula de não concorrência em contrato de franquia não obedece às mesmas regras dos contratos trabalhistas. Disponível em : <https://www.portaldofranchising.com.br/noticias/clausulas-de-nao-concorrencia-em-contrato-de-franquia/> Acesso em 15/04/2019.

MARTINS, Fran; CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Contratos e obrigações comerciais: incluindo os contratos de representação comercial, seguro, arrendamento mercantil (leasing), faturização (factoring), franquia (franchising), know-how e cartões de crédito. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELO, Diogo L. Machado de. Cláusulas contratuais gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e o código civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código civil comentado. 10. ed., rev. ampl e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALOMÃO FILHO, C. Direito concorrencial. São Paulo, SP: Malheiros, 2013.

REALE, Miguel. Medidas provisórias–choque na economia – controle de preços- liberdade empresarial- penalidades e discricionariedade. Revista de Direito Público. São Paulo: RT, 1989.

SANTOS, A. Aplicabilidade e Limites das Cláusulas de Não Concorrência nos Contratos de Franquia. Tese (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

SAD, Maria Fernanda Bussamra. O contrato de franquia e o abuso do poder econômico: fixação de preço de revenda. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós Graduação em Direito). Insper, São Paulo.

VENOSA, S. S. Direito Civil: contratos em espécie. Vol 3. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.