INSPER – INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA LL.M EM

DIREITO DOS CONTRATOS

RAFAEL DUTRA PIRES

Limites da Cláusula de Não Concorrência no Âmbito do Antitruste

São Paulo

2019

RAFAEL DUTRA PIRES

Limites da Cláusula de Não Concorrência no Âmbito do Antitruste

Artigo apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em direito, no curso de pós-graduação *lato sensu* LL.M em Direito dos Contratos, do Insper -Instituto de Ensino e Pesquisa.

Orientador: Maria Isabel C. Sica Longhi

São Paulo

2019

Pires, Rafael Dutra.

Limites da Cláusula de Não Concorrência no Âmbito do Antitruste / Pires, Rafael Dutra — São Paulo: Insper, 2019. f.49

Artigo (LL.M em Direito dos Contratos). Insper -Instituto de Ensino e Pesquisa, 2019.

Orientador: Maria Isabel C. Sica Longhi

1. Ordem Econômica e Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2. Restrições à Concorrência e Lei Antitruste. 3. O Fenômeno da Exclusividade em Contratos. 4. Pressupostos de Validade da Cláusula de Não Concorrência. I. Rafael Dutra Pires. II. Limites da Cláusula de Não Concorrência no Âmbito do Antitruste.

Resumo

Este artigo analisa os limites da cláusula de não concorrência no âmbito do antitruste, com uma abordagem sobre as convenções e cláusulas lícitas e ilícitas, relativamente ao campo de exclusividades, propriamente sobre a convenção de restrição de concorrência, também conhecida como pacto de não concorrência.
A análise objetiva esclarecer os princípais conceitos entorno dos limites da cláusula de não concorrência, com abordagem sobre à ordem econômica e conselho administrativo de defesa econômica, passando pelas restrições à concorrência e lei antitruste, garantias constitucionais, livre iniciativa e autonomia privada, bem como a livre concorrência; com o principal enfoque sobre a função do pacto de não concorrência, seguindo para o entedimento prático sobre os pressupostos de validade da cláusula de não concorrência aceito pelo órgão antitruste. logo após, conterá a sintese de um breve comparativo com a jurisdição cível.
Ao final do estudo, será posssível compreender os beneficio que a clásula de concorrência agrega em uma importante tomada de decisão, em busca de realizar o melhor negócio, visando o crescimento da empresa.

Palavras-chaves: Contratos. Cláusula de não concorrência. Antitruste. Validade. Pressupostos de admissibilidade. Concelho Administrativo de Defesa Econômica.

Abstract

This article addresses the limits of the antitrust clause in the scope of the antitrust regime, with an approach on the conventions and liquidity and illicit clauses, in the field of exclusivity, on the so-called not competition.
The analysis aims to clarify the principle concepts surrounding the limits of the non-compete clause, with an approach to the economic Order and Administrative Council of Economic Defense, through restrictions on competition and antitrust law, guarantees Constitutional, free initiative and private autonomy, as well as free competition; With the main focus on the function of the non-compete pact, following for practical boredom on the validity assumptions of the non-compete clause accepted by the antitrust organ. Soon after, it will contain the synthesis of a brief comparison with the civil jurisdiction.
At the end of the study, it will be possible to understand the benefits that the competition class aggregates in an important decision making, in search of achieving the best business, aiming the growth of the company.

Key words: Contracts. Non-compete clause. Antitrust. Validity. Assumptions of admissibility. Administrative Council of Economic Defense.

Sumário

1. Introdução 7

2. Conceitos 8

2.1. Ordem Econômica e Conselho Administrativo de Defesa Econômica 8

2.2. Restrições à Concorrência e Lei Antitruste 10

2.3. Garantias Constitucionais 13

2.3.1. Livre Iniciativa e Autonomia Privada 13

2.3.2. Livre Concorrência 15

2.3.3. Liberdade de Contratar 16

3. Exclusividade em contratos 20

3.1. Exclusividade em contratos 20

3.2. O Fenômeno da Convenção de Exclusividade em Contratos 21

3.3. Cláusula de Não Concorrência 26

4. Limites da Cláusula de Não Concorrência no Âmbito do Antitruste 28

4.1. Pressupostos de Validade da Cláusula de Não Concorrência 28

4.2. Entendimento do Cade 34

4.3. Breve comparativo com a Jurisdição Cível 38

5. Conclusão 44

Referência bibliográficas 46

Bibliografia Complementar 49

Bibliografia Complementar – Jurisprudência. 49

1. Introdução

Este artigo tem como escopo indicar quais os limites da cláusula de não concorrência no âmbito do antitruste, com uma abordagem sobre as convenções de cláusulas lícitas e ilícitas, relativamente ao campo de exclusividades, propriamente sobre a convenção de restrição de concorrência, também conhecida como pacto de não concorrência.

O presente artigo traz um assunto que desperta o interesse sobre o entendimento do órgão antitruste, em face dos potênciais efeitos que o pacto de não concorrência poderá inflingir sobre o mercado relevante em detrimento de ameaças a livre concorrência.

Entender a função do órgão antitruste, considerar quais são as melhores condições de redigir contratos empresariais complexos com a edição de cláusula de não concorrência, saber identificar o modus operandi do pacto, afim de tornar possivel identificar quais são os pressupostos de admissibilidade da cláusla de não concorrência, é um dever do operador de direito e, estratégia de grande valia para conhecimento dos interessados que a utilizará.

Com base na doutrina e jurisprudência, indentificaremos os parâmetros básicos, bem como, entenderemos se os limites eleitos pela convecção contratual, poderá tornar a aludida cláusula de não concorrência, benéfica perante a utilidade dos contratos.

O objetivo do presente artigo é criar um repertório de conhecimento sobre a cláusula de não concorrência, para que os interessados ao tema, possam futuramente utilizar-se da pesquisa, para solucionar problemas práticos, ainda em caráter preventivo de modo educativo, a quem se destina utilizar da convenção de não concorrência.

A problemática sobre o tema gira em torno do desconhecimento quanto aos pressupostos de admissibilidade do pacto e, atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

2. Conceitos

2.1. Ordem Econômica e Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Toda interpretação constitucional da ordem econômica deve ter tratamento sistêmico, pois a ordem econômica se articula com o momento em que o Estado exerce seus direitos econômicos, instruindo formalmente suas ações em atividade econômica, fazendo-o, segundo as diretrizes Constitucionais do Art. 170, inciso IV e por essa razão, entendeu o legislador protegê-la, por meio de Lei específica conforme a dicção do Art. 173, § 4º, também da Carta Magna brasileira de 1988.[1]

Neste capítulo, faremos uma ponderação perante ao § 4º do artigo 173 da CF, a qual estabelece que "*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*". Com efeito, a proteção à livre-concorrência tem por objeto a prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico, que empresas exerçam ou possam eventualmente exercer em sua atuação nos mercados onde ofertem ou procurem bens e serviços.[2]

O conteúdo constitucional acima é o vetor à atuação do Estado para defender e garantir a livre atuação das empresas no mercado, concretizando este princípio com o disposto no artigo 36, IV, da Lei nº 12.529, de 2011, que tipifica e considera infração à ordem econômica o exercício abusivo de posição dominante.

Nos respeitáveis dizeres do eminente Autor AZEVEDO, Paulo Furquim de:

> As normas de defesa da concorrência coíbem e orientam comportamentos dos participantes do mercado. Seu princípio é evitar que empresas tomem ações que lhes seriam lucrativas, mas que, por serem prejudiciais à concorrência, causa danos ao consumidor final ou, em uma visão mais abrangente, ao bem-estar da sociedade. Procura-se evitar, por exemplo, a

---

[1] DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico e a função preventiva do cade. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. BR. vol. 4/1997. p. 5 – 19. Jan. 1997.

[2] DUTRA, 1997, loc. cit.

> combinação de preços, divisão de mercados, estratégias de bloqueio à entrada ou ao desenvolvimento de concorrentes, entre outras.[3]

Por tais razões, a proteção constitucional resulta aos seus planos objetivos, de evitar bloqueio de concorrência por meio de arranjos, combinações destinadas a se unir em prol de monopólio comercial ou industrial, por diversos setores da economia pública destinado a restringir o livre comércio.

Doravante, nosso diploma antitruste depreende do alcance da Lei 12.529 de 2011, resultado de um longo trabalho legislativo, tornou-se um marco histórico e decisivo para o aprimoramento da política brasileira de defesa da concorrência.[4]

É de todo oportuno gizar as palavras do ilustre Doutor CARVALHO, Vinícius Marques de, a respeito das funções de investigação e decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade):

> A nova lei promove uma completa alteração de estrutura dos órgãos do governo responsáveis pela proteção e defesa da concorrência no país. Pelo novo sistema, as funções de investigação de casos de conduta, instrução de atos de concentração e decisão final passam a ser unificadas em uma só autarquia independente, o CADE.[5]

Nos respeitáveis dizeres da eminente autora FORGIONI, Paula A:

> [...] naquilo que diz respeito à implementação da Lei 12.529/2011, foi incorporada pelo CADE, que passou a ser composto por dois órgãos principais: Tribunal Administrativo e Superintendência Geral. Ao primeiro, compete principalmente julgar as acusações de infração à ordem econômica e as operações de concentração; ao segundo, investigar e instruir os

---

[3] AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2014. 2. ed. p. 272.
[4] CARVALHO, Vinícius Marques de. Lei 12.529, de novembro de 2011 – Comentários. In: MENDES, Francisco Schertel. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de novembro de 2011**. São Paulo: Trevisan. 2017. 1. ed. p 31.
[5] Ibidem, p. 32.

> atos a serem apreciados pelo Tribunal. Há também o Departamento de Estudos Econômicos, cuja principal função é elaborar as análises e pareceres para embasar a atividade do CADE.[6]

A proposta legislativa é promissora, o órgão antitruste brasileiro se destaca como a uma autarquia especial e *sui generis*, responsável por todo a fardo de análise de fusões e aquisições e, por investigações nos casos de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e, evidentemente, pelo julgamento dos casos.

Cabe ressaltar, que a característica primordial da autarquia federal e o exercício das funções de investigação, fundamentalmente, já fora concebido de forma claramente separada pelo legislador, ainda que as funções atribuídas consistam em saber, a um só ente da administração pública.

2.2. Restrições à Concorrência e Lei Antitruste

Na defesa da concorrência, as restrições são anticoncorrencial quando implicam a criação de mecanismo de exclusão dos rivais ou aumentam a probabilidade do exercício coordenado do poder de mercado.

Outrossim, merece ser trazido à baila o entendimento das ilustres doutrinadoras VIEGAS, Cláudia Assunção dos Santos e, ALMEIDA, Sílvia Fagá de:

> Um ato de concentração é uma operação em que dois ou mais agentes independentes economicamente realizam um procedimento que resulta em uma mudança duradoura na sua estrutura empresarial ou na forma de controle. Tais operações têm a atenção do direito antitruste, já que podem resultar em

[6] FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste.** São Paulo: 6. ed. Revista dos Tribunais. 2013. p 124.

> alterações na organização dos mercados em uma extensão capaz de arrefecer a sua configuração concorrencial.[7]

Destaca-se que são pressupostos para a configuração de riscos de prejuízo à concorrência o poder de mercado sobre o mercado relevante de origem e o efeito sobre parcela substancial do mercado alvo das práticas.[8]

Aqui, no plano de restrições à concorrência, também temos que ponderar:

> [...] é essencial conhecer as práticas de restrição à concorrência. De várias maneiras, os agentes econômicos procuram distorcer a concorrência a fim de monopolizarem o mercado e, assim, maximizarem seus lucros. Dentro de um espectro de infrações à concorrência, destaque-se a restrição vertical por preços, ilícito concorrencial de difícil configuração. Por isso, deve-se procurar caracterizá-la de forma a dotar de elementos os órgãos de defesa de concorrência no momento de avaliar os potenciais danos provocados por tais condutas no mercado.[9]

Para avaliar os potenciais danos provocados por condutas anticoncorrenciais, a resposta da doutrina é unida no sentido de se utilizar da "regra da razão" para avaliação do poder de restrição à concorrência. Com muita propriedade, o douto autor Calixto Salomão Filho, traça as seguintes explanações sobre o assunto:

> A "regra da razão", como originariamente elaborada, tinha um objetivo muito simples: tornar viável a aplicação do direito concorrencial. A previsão genérica da *Section* I do *Sherman Act* de que seria ilícito "todo e qualquer contrato, combinação na forma de truste ou qualquer outra forma, ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre Estados, ou Nações

---

[7] SCHAPIRO, Mario Gomes at al. (e outros). **Direito Econômico Concorrencial**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. – (Série GVlaw: Direito econômico) vários autores. p. 51-52.
[8] BARRIONUEVO, Arthur at al. (e outros). Direito da concorrência, consumo e comércio internacional. **Revista do IBRAC**, BR - DTR\2011\5102. p. 183-206.
[9] FERES, Marcos Vinício Chein. Restrição vertical por fixação de preços. **Revista do IBRAC** – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. BR, vol. 9. p. 67 – 90. Jan. 2002.

> estrangeiras (...), permitia em tese declarar ilícitos grandes parte dos contratos comerciais”.[10]

A regra da razão acabou por se firmar visando a caracterização do ilícito pelo efeito, ou seja, restringindo a aplicação dos dispositivos apenas àqueles contratos que causassem uma desarrazoada restrição ao comércio.

Nesta definição, o sistema brasileiro de defesa da concorrência é considerado híbrido, pois aproveita tanto a tradição norte-americana quanto aos efeitos do ilícito no que toca a tipificação dos atos, quanto no que tange à caracterização do ilícito pelo objeto.

A esse propósito a renomada Professora FORGIONI, Paula A, leciona que:

> Para ser considerado contrário à ordem econômica, basta que o ato (quer acordo, quer abuso, quer concentração) determine a incidência do art. 36, *caput,* ou seja, tenha por objeto ou produza um dentre os seguintes efeitos: (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; ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.[11]

A corroborar o exposto acima, insta transcrever entendimento e voto dos Conselheiros do CADE em ata da 102ª Sessão Ordinária de Julgamento. abr. 2017:

> O Conselheiro Paulo Burnier da Silveira acompanhou integralmente o voto do Conselheiro Relator. A Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmid apresentou voto pelo arquivamento do processo em relação a todos os representados por considerar ausente análise a partir da regra da razão.[12]

---

[10] FILHO, Calixto Salomão. **Direito concorrencial.** 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 210.
[11] FORGIONI, op. Cit., p 132.
[12] Jurisprudência do CADE. **Ata da 102ª Sessão Ordinária De Julgamento**. abr. 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=353490&id_orgao_publicacao=0>. Acesso em 12 mai 19.

Neste contexto, torna-se evidente a aplicação da Lei Antitruste, caracterizando como contrário ao direito concorrencial o comportamento ou a estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição substancial e injustificável da concorrência.[13]

2.3. Garantias Constitucionais

2.3.1. Livre Iniciativa e Autonomia Privada

A livre iniciativa é um princípio da ordem econômica constitucional, e para melhor elucidar este conceito, com a lição de COSTA, Mauricio de Moura:

> A noção e o significado do "princípio" de livre iniciativa foram sempre estabelecidos a partir da questão da intervenção do Estado no domínio econômico. O princípio de livre iniciativa significa, de um lado, que o exercício de toda atividade econômica é livre. De outro lado, ele significa que o Estado deve se abster da exploração direta da atividade econômica.[14]

Quando estudamos sobre à ordem econômica, estudamos também o tema da livre concorrência e livre iniciativa, que são conceitos perfeitamente estabelecidos, já assentados no mundo todo, por conseguinte, integram-se todos eles, dentro de uma esfera pública, o interesse público, o interesse coletivo.[15]

---

[13] FILHO, op. cit., p 211-213.
[14] COSTA, Mauricio de Moura. O Princípio Constitucional de Livre Concorrência. **Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, BR, vol. 5/1998, DTR\2011\4888, p. 8 – 27, Jan. 1998.
[15] ARIBONI, Pietro. Painel III Restrições verticais e abuso de direitos de propriedade industrial vertical. **Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional,** São Paulo, Revista do IBRAC. vol. 10/2003, DTR\2011\5102, p. 183 – 260. Jan. 2003.

Por esta razão, a garantia da livre iniciativa e da livre concorrência é algo que diz respeito à própria política econômica e estrutura do Estado.[16]

Neste sentido, algumas questões devem ser levadas em consideração, pois a política econômica e estrutura do Estado é assunto que interessa a todos, ao consumidor na medida em que ele é consumidor e ao mesmo tempo cidadão.

As garantias constitucionais têm características bem distintas entre se, entretanto, todas elas são ao mesmo tempo destinada à proteção do interesse de cada indivíduo e de sua coletividade.

> Autonomia privada, mais do que expressão de liberdade individual, é autodeterminação, autorregulação dos próprios interesses nas relações sociais, autonomia social, se se quiser, à qual sobrevém o efeito sancionador do direito.[17]

Fica claro que a autonomia privada é um princípio que entra em rota de colisão, por exemplo, com a proteção do consumidor que limitou o âmbito de abrangência da vontade do individual.

Assim, impera que a necessidade dos indivíduos contratantes, não venha de modo algum colidir com o cotidiano de terceiros, ou seja, o contrato deve gerar efeitos somente entre seus participantes:

> O contrato, como negócio jurídico, é, portanto, ato de autonomia privada apto a criar regras de conduta (dever-ser) que, recepcionadas pelo ordenamento jurídico, geram efeitos para seus participantes. O contrato é o instrumento de autonomia privada.[18]

---

[16] ARIBONI, 2003, loc. cit.
[17] MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral dos negócios jurídicos**. 1. ed. São Paulo. Atlas, 1991. p. 42.
[18] FERNANDES, Wanderley et al. Princípio da autonomia da vontade ou da autonomia privada: **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28.

Observa-se, neste sentido, que a relação de instrumentalidade entre iniciativa econômica e autonomia privada, gerado pela à livre iniciativa se refletem na autonomia contratual, embora a recíproca não seja verdadeira, conforme será analisado mais adiante.[19]Através do mau uso da autonomia contratual, pode-se cometer infrações que não apenas atinjam o concorrente direto na esfera privada, mas se refletem negativamente sobre a própria ordem econômica.

2.3.2. Livre Concorrência

No que tange o campo de atuação da livre concorrência, é importante distinguir que o direito concorrencial visa primordialmente à defesa da instituição concorrência, e não à proteção do mercado, ou seja, não à proteção do concorrente.

Calixto Salomão nos ensina a não se olvidar sobre a importante distinção entre concorrência e concorrente, a fim de não os confundir com liberdade de mercado. [20]

Giza-se a esse respeito que à Lei 12.529/11, define com muita clareza a ideia de proteção da existência da concorrência, através de condutas tendentes à dominação do mercado.

> Para que seja possível uma real proteção da existência da concorrência, é preciso afastar-se do requisito de existência de prejuízo efetivo (ao concorrente) e aproximar-se da ideia de efeito potencial.[21]

---

[19] NETO, Francisco dos Santos Amaral. A Liberdade de Iniciativa Econômica - Fundamento, Natureza e Garantia Constitucional. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, vol. 1. São Paulo, Revista dos Tribunais. DTR\2012\1212, p. 89 – 109, Jun. 2011.
[20] FILHO, op. cit., p 63 – 66.
[21] FILHO, 2013, loc. cit.

Como observa Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, outro aspecto importante de se destacar é que o direito à livre concorrência possuí as características de um direito difuso.[22]

Pensamos, por exemplo, num cenário o qual uma empresa resolver contratualmente com o seu concorrente em um determinado mercado, praticar uma conduta de divisão de mercado por território. Na linha desse entendimento, o direito difuso foi lesado, todavia houve o efeito potencial, pois, a sociedade viu restringida a concorrência, o que, em longo prazo deverá redundar em aumento de preço, diminuição da quantidade e da qualidade dos produtos.

Neste contexto, é importante ressaltar que a livre concorrência é condição necessária para o desenvolvimento econômico sustentável, pois os efeitos maléficos das interferências praticadas pelas empresas que se valem de uma situação financeira estável e de uma posição econômica dominante para artificialmente garantir uma maior margem de lucros, caracteriza-se como um ilícito com potencial efeito de destruir a livre concorrência.

2.3.3. Liberdade de Contratar

O princípio da autonomia da vontade está ligado ao princípio da liberdade, com previsão legal na Constituição Federal no Título I, dos princípios fundamentais e, por conseguinte, se ramifica por todo o ordenamento jurídico.

Em um cenário econômico, o estabelecimento de vínculo jurídico entre empresários parte de dois pressupostos básicos, compartilhados pelos partícipes da avença: Confiram-se, nessa direção, os ensinamentos de Paula A. Forgioni:

> (i) O contrato só é celebrado se as partes creem que a situação dele resultante ser-lhes-á vantajosa e (ii) a contratação sempre

[22] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, São Paulo, Revista dos Tribunais. vol. 2. DTR\2004\78, p. 965 – 997, Dez, 2010.

> se desenvolve tendo em vista determinado escopo ou, mais tecnicamente, a função econômica do negócio.[23]

Por outro lado, a evolução da ordem contratual brasileira, demonstra que os direitos e garantias individuais passam a ser relativizados em nome de uma ordem social, que promove desmedidas intervenções na autonomia privada do cidadão.[24]

Contextualizando, o Professor Arnoldo Wald, rememora o entendimento passado em uma época onde não havia importância quanto a ordem econômica social:

> Por longo tempo, entendeu-se, tanto no direito francês como no brasileiro, que os pactos deviam ser respeitados religiosamente (*pacta sunt servanda*), pois refletiam um ato de liberdade individual. O contrato, pela sua própria natureza, por decorrer de um acordo de vontades, devia ser considerado justo e, conseqüentemente, era intangível, devendo ser executado, custasse o que custasse, de acordo com a intenção das partes, ressalvada tão-somente a ocorrência da força maior e do caso fortuito.[25]

A autonomia da vontade é a expressão da liberdade das partes em dispor e regular seus interesses, que poderá ser apresentar das seguintes formas: (i) liberdade de contratar que se refere à opção de realizar um contrato e (b) liberdade contratual que está relacionada com o conteúdo do contrato, mais precisamente, no que dispõe à regulação interna do contrato, em face da negociação das cláusulas contratuais.[26]

---

[23] FERNANDES, Wanderley at al. (e outros). **Fundamento e Princípios dos Contratos Empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva – (Série GVlaw) vários autores. 2012. p. 100.

[24] CAMINHA, Uinie; LIMA, Elisberg Francisco Bessa. Intervenção do estado na liberdade contratual: Análise da teoria da utilidade negocial. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, BR, n. 149-150, p. 201-217, jan. 2008. Disponível em: <http://vlex.com/vid/liberdade-contratual-utilidade-negocial-432195710>. Acesso em : 27 mai 19.

[25] WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e no brasileiro. **Escola Da Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro**, Rio de Janeiro, Revista da EMERJ, vol. 7 n. 26. p. 107. 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_94.pdf>. Acesso em : 27 mai 19.

[26] GOMES, Thaissa Garcia. Princípios contratuais. **Revista dos Tribunais**, BR, vol. 838/2005, DTR\2005\559, p. 725 – 744. Ago. 2005.

Convém destacar o entendimento de Fábio Ulhoua sobre o tema:

> A disciplina jurídica dos contratos é direito-custo. A margem de atuação da autonomia da vontade e a intervenção do estado, calibradas pela lei. Interferem no cálculo empresarial. A previsibilidade (condição de eficiência desse cálculo) depende de reconhecimento da vinculação da livre vontade dos contratantes, nas relações entre empresários iguais, e da aplicação o quanto possível objetiva do direito vigente, nas relações entre os desiguais.[27]

Historicamente, a liberdade, no plano contratual, tem sofrido amplas restrições, especialmente no tocante à faculdade de fixar conteúdo do contrato (liberdade contratual), que engloba os poderes de auto regência dos interesses, tratativas acerca das condições contratuais e ainda da escolha do tipo contratual. [28]

No mesmo sentido, conforme destaca Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior:

> O contrato é instituto emblemático de liberdade privada, voltado para a finalidade privada de fazer circular riquezas. Bem por isso, a Constituição Federal e o Código Civil garantem às pessoas o exercício da autonomia privada, concedendo às partes o direito de contratar com liberdade, apenas impondo como limites da disposição privada a ordem pública e a função social do contrato.[29]

Vale destacar a observação do autor João Bosco Leopoldino Fonseca:

> Devem ser enfatizadas as decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que criam realidades novas, impõem comportamentos novos, disciplinam, controlam e fiscalizam o mercado. As decisões proferidas pelo

---

[27] COELHO, Fábio Ulhoua. **Curso de Direito Comercial**: 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. 3. p. 32.
[28] WALD, op. cit., p 108.
[29] NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: Contratos.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3. p. 34-37.

> CADE constituem-se em forte limitação à liberdade de contratar. Os atos que lhes são apresentados se incluem na categoria dos contratos empresariais, que, amparados em legislações próprias, têm como elemento constitutivo básico a liberdade de contratar com quem quiserem, estabelecer as cláusulas que entendam necessárias para a efetivação do negócio jurídico, mas o CADE, com base na competência que lhe é atribuída pela Constituição e pela Lei, pode limitar aquela liberdade, quando entenda que poderá acarretar danos ao mercado, à coletividade.[30]

A liberdade de contratar, como assenta Wald, sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais.[31] A importância da liberdade de contratar é inegável na sistemática contratual, todavia, o interesse das partes moldam suas relações e, a contrapor-se a isso, necessário se faz certas limitações para que se proteja a atual filosofia jurídica de proteção a ordem econômica e social.

---

[30] FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p 67.
[31] WALD, 2004, loc. cit.

3. Exclusividade em contratos

3.1. Exclusividade em contratos

Os contratos constituem os instrumentos por excelência da economia, indispensável para escoar produção e distribuição de riquezas, organizado por interesses diversos exprimindo a relação entre fenômenos econômicos e sociais.

A considerar as necessidades que regem a atividade econômica, o pacto de exclusividade deve ser analisado no contexto do mercado, como fenômeno econômico e não como mera cláusula convencional.

O reflexo dos interesses dos indivíduos, estabelece naturalmente a exclusividade como um elemento comum entre modalidades contratuais, não sendo capaz de modificar a estrutura, mas sim de acrescer algo. Consequência importante do contrato é permitir a livre iniciativa em grande escala, gerando atividade negocial e circulação de riquezas.

A exclusividade é apontada por SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho como a obrigação assumida por uma parte de contrair exclusivamente com outra a prestação de um bem ou serviço determinado, ou também a exclusividade quanto ao território de atuação, necessariamente vinculado a um ajuste principal, nele inserindo elemento novo sem, contudo, alterar a disciplina típica do contrato.[32]

Observe-se, ainda, que a "*exclusividade é um pacto acessório de um contrato que envolva colaboração econômica, considerado, também, pacto de exclusividade como um aspecto particular do fenômeno de integração econômica"*.[33]

O nosso Código Civil, disciplina a importância da exclusividade vista como um efeito decorrente do direito real em diversos dispositivos, por vezes definindo sua

---

[32] SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. **Revista dos Tribunais - Revista de Direito Privado**, BR. vol. 13/2003. p. 250 – 263. Mar, 2003.
[33] Ibidem, p. 250 – 263.

existência e por outra vez permitindo sua defesa pelos meios de autotutela ou por ações petitórias (art. 1.210, § 1.º e arts. 1.228; 1.231 e 1.277 do CC).[34]

Ainda em relação ao Código Civil, nos negócios jurídicos bilaterais, o ordenamento também à disciplina determinando a observância da boa-fé objetiva, autonomia da vontade, adimplemento das obrigações, imutabilidade unilateral dos contratos, *pacta sunt servanda* e etc (arts. 421; 422; 389; 308; 476 etc. do Código Civil).[35]

Vale pontuar que foram conceituadas algumas características importante da exclusividade, sabendo que o tema de exclusividade em sua essência é demasiadamente amplo, pois, o assunto pode versar sobre diversos temas como por exemplo: desvio de clientela, concorrência desleal entre indústria e comércio, questões que vão da área societária até a área trabalhista. A esse respeito, tem-se que no momento, não será possível, e também não é a intenção do presente trabalho, exaurir o assunto de exclusividade, mas tão somente cria um entendimento crítico e especifico sobre a cláusula de não concorrência.

3.2. O Fenômeno da Convenção de Exclusividade em Contratos

Na estrutura, portanto, de um contrato, a exclusividade mostra-se como um instrumento de garantia dos produtos ou serviços, gravados com um sinal econômico que tem por finalidade racionalizar a organização da comercialização de produtos e/ou serviços.[36]

O Prof. Giuseppe Ferri distingue a cláusula de exclusividade do fenômeno da exclusividade.

> [...] o fenômeno da exclusividade não se exaure em uma cláusula. Não é sempre que, ao se estipular uma cláusula de exclusividade, se está diante do fenômeno da exclusividade;

---

[34] MINNER, Ricardo. As exclusividades e a importação paralela. **Revista dos Tribunais - Revista de Direito Empresarial**. BR, vol. 17/2016. p. 211 – 240. Ago. 2016.
[35] MINNER, 2003, loc. cit.
[36] SIQUEIRA, op. cit., p 255.

> enquanto, de outro lado, não é necessária estar explícita uma cláusula de exclusividade para encontrar-se diante do fenômeno da exclusividade. O fenômeno guarda um caráter econômico e é inerente a determinados ajustes.[37]

Vale observar que a função econômica da cláusula de exclusividade é parte da relação contratual sobre o interesse presente em determinados ajustes, que, por conseguinte, estabelecerá um vínculo jurídico com valores agregado a cláusula, ligado a individualidade e à sua dimensão, da qual o contrato é o instrumento essencial para o exercício da autonomia privada inserido no direito.

Em situação como a busca da maior eficiência econômica, onde a cláusula de exclusividade do contrato pode representar a melhor alternativa econômica para as partes interessadas, a esse respeito é de suma importância, saber, com quais regras, limites e categorias, a exclusividade poderá ser aplicada de maneira que seja bem acolhida pelo direito brasileiro.

O contrato celebrado com exclusividade incorre no campo do direito obrigacional, tornando-se assim, em uma cláusula penal compensatória. Por meio desse instituto insere-se uma multa na obrigação, para a parte que deixar de dar cumprimento ao pacto de exclusividade.

Por sua vez, Silvio de Salvo Venosa aponta o conceito de cláusula penal:

> Cláusula penal é uma obrigação de natureza acessória.
>
> A cláusula penal compensatória constitui prefixação de perdas e danos. Sua maior vantagem reside no fato de que basta ao credor provar o inadimplemento imputável ao devedor, ficando este obrigado ao pagamento da multa estipulada. Não existindo a previsão de multa, deve o credor, como regra geral, provar a ocorrência de perdas e danos e seu respectivo montante. Na

[37] SIQUEIRA, 2003 apud FERRI, 1996, p 255.

> multa, ocorrendo seus pressupostos de exigibilidade, ela é devida, sem discussão.[38]

A cláusula penal neste sentido, prevê uma interpretação sistêmica do contrato, ou seja, penalizando o descumprimento de uma obrigação assumida. Seja a cláusula penal estipulada em conjunto com a obrigação ou em instrumento separado, evidentemente deve ser fixada antes do descumprimento, pois o contrário se não compadeceria com a finalidade econômica, liquidação prévia do dano.[39]

Bassil Dower, conclui que, na cláusula penal se insere uma multa para evitar a inexecução de obrigações contratuais. Nas palavras dele, "*É uma convenção na qual se estipula uma pena ou multa para aquele que descumprir ou retardar a obrigação assumida contratualmente*."[40]

O Prof. Caio Mário da Silva Pereira, ensina que a cláusula penal ou pena convencionada é uma cláusula acessória, que subordina a eficácia da obrigação a um acontecimento futuro e incerto que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infringente de uma obrigação.[41]

A força da convenção de exclusividade fornece um valor jurídico avençado à cláusula, como uma medida adequada para condição de compensação de prejuízo definido.

A esse respeito o autor Caio Mário da Silva Pereira, infere-se ainda, sobre certos limites e princípios a serem observados:

> No sistema jurídico contemporâneo, é mister que a cláusula penal desempenhe seu papel de instrumento jurídico contra a inadimplência, mas também não gere efeitos altamente maléficos e iníquos à outra parte com a proibição da pactuação de obrigações desproporcionais e extremamente onerosas.

---

[38] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. II. p. 364-365.
[39] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Teoria geral das obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. II. p. 86.
[40] BASSIL DOWER, Nelson Godoy. **Curso moderno de Direito Civil: Direito das Obrigações.** São Paulo: NELPA, 2011, p. 367.
[41] PEREIRA, op. cit., p. 125.

> Deve, em síntese, estar em consonância com os princípios do renovado direito contratual, como a função social do contrato, o equilíbrio das prestações e a boa-fé objetiva, entre outros.[42]

O centro da problemática sobre à cláusula de exclusividade pode ser facilmente identificado quanto ao limite contratual livremente aceito, eficaz, que poderá ser atentatório à liberdade individual, pois seus efeitos poderão o colocar em rota de colisão com os princípios do renovado direito contratual.

Notadamente a influência dos princípios norteadores do Código Civil, é tão relevante aos negócios jurídicos contratuais e ao direito de propriedade que o artigo 2.035, no parágrafo único já prevê que "*nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como, os estabelecidos por este código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*".

Sem o amparo dos princípios de ordem pública, como o princípio da socialidade, seria difícil compreender os limites de uma convenção contratual, a definição do conceito de valor social pode ser observada como escreve o Prof. Caio Mário da Silva Pereira:

> O direito de escolha, na atualidade, deve-se sujeitar aos princípios da eticidade e da socialidade, inclusive no campo de direito contratual, como os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, além da lealdade, probidade e os limites impostos pelo fim econômico social, não podendo ultrapassar as barreiras axiológico materiais que a ordem jurídica lhe impõe.[43]

Exatamente por serem um fenômeno da sociedade, os princípios da socialidade busca superar a visão individualista que predominava anteriormente para privilegiar o interesse coletivo pela interpretação hermeneuta do direito.[44]

---

[42] PEREIRA, op. cit., p. 154.
[43] PEREIRA, op. cit., p. 121.
[44] REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 52.

Hoje o valor social está vinculado ao conteúdo do contrato e suas cláusulas, dentro da auto-regulamentação ou autodisciplina dos interesses próprios, como registra o raciocínio do Prof. Rodrigo Fernandes Rebouças:

> A função social dos contratos, deriva do princípio da socialidade, servindo como justa medida de freios e contrapesos da autonomia privada das partes contratantes, bem como, os impactos sobre toda a sociedade com base na proteção a ordem pública (proteção da pessoa humana, da livre iniciativa, do meio ambiente etc), assim a sociedade opera como limitador de abusos indevidos do direito ou agressões à ordem pública.[45]

Com base nessas análises podemos entender que o fenômeno da convenção de exclusividade em contratos, pautada pela liberdade de contratar gozará de proteção do Direito, pois emana-se dos princípios da autonomia privada contratual e guarda o caráter econômico de conveniência dos indivíduos.

Contudo, mostra-se patente a existência da preocupação de ordem pública sobre os efeitos potenciais pertinentes as convenções contratuais. Por isso, a exclusividade, deverá sempre ser observada pela postura respeitosa dos contratantes, em face dos valores norteadores e princípios do código civil.

Concluindo, por exemplo: sempre que houver superação de limites, entre o que as partes pactuarem como determinados ajustes de exclusividade, contrariar as formalidades definidas pelo ordenamento jurídico, se justificará a intervenção daquilo que foi celebrado, por intermédio de tutela jurídica.

---

[45] REBOUÇAS. op. cit., p. 53.

3.3. Cláusula de Não Concorrência

Na maior parte dos casos que contenham o fenômeno da exclusividade, o contrato será redigido de maneira a não deixar o menor lugar a dúvidas quanto ao caráter da prestação convencionada. A aceitação da prestação, conforme consta no contrato, determinará a intenção das partes, acerca do negócio jurídico que tende à exclusividade.

A distinção da cláusula de não concorrência foi bem desenvolvida por Amanda R. E. Navas:

> A cláusula de não concorrência é vista como determinada obrigação de uma das partes da relação jurídica instituída de se eximir de praticar qualquer conduta que implique em desvio de clientela ou instituição de concorrência direta com os produtos da sociedade empresária com a qual firmou determinado tipo de contrato (ex.: aquisição ou distribuição).[46]

Os efeitos jurídicos correspondentes a esse sentido serão os que normalmente produziram a interpretação do contrato, para que os contratantes possam satisfazer o objetivo econômico vinculado, bem como as necessidades que o levaram a contratar.

Em substância, tem-se que contratos que são propostos com convenções de não concorrência, almejam obter vantagens para alcançar determinada exclusividade perante a clientela. Nestes termos, o contrato deve com muito cuidado, ser preenchido por boa técnica contratual, pois, futuramente, a inobservância dos preceitos legais, podem gerar cláusulas malfadadas, o que poderá gerar conflito inevitável, não com o concorrente, mas sim perante a livre concorrência.

---

[46] NAVAS, Amanda R. E. Análise in casu das cláusulas de não concorrência em contratos de distribuição. **Revista dos Tribunais - Financeiro e Econômico; Comercial/Empresarial**. vol. 929/2013. p. 1209 – 1246. Mar 2013.

O desespero, a perturbação, relacionado com as práticas de conduta anticoncorrencial, especificamente sobre a cláusula de não concorrência, pode ser encontrada no anseio empresarial de restringir a competição entre empresas e, mitigar a luta pela conquista de clientela.

Alternativamente a isso, necessário se faz modificar o ambiente concorrencial empresarial, e por meio de contratos, gerar vínculos econômicos explícitos entre propostas de investimento, bem como desenvolvimento.

Sendo impulsionados pelo interesse de formalizar um ambiente mais favorável, a cláusula de não concorrência, pode ser um plano coerente para assegurar a capacidade de realização de meta de crescimento e estabelecer prioridades de planejamento.

Obviamente, previsões perfeitas de vendas não existem, porque elas dependem do estado futuro e incerto da economia. Entretanto, para ajudar as empresas a realizarem melhores projeções, há empresas que convencionam cláusulas de não concorrência e, por conseguinte, definem com maior eficiência seus investimentos e financiamentos em diferentes níveis de vendas e projeções econômicas para o que esperam que aconteça no setor econômico.

O cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, rotineiramente se depara com uma grande diversidade de casos que estão ou estarão envolvidos com práticas de condutas anticoncorrenciais e, um dos motivos sempre em voga, está à discussão sobre os limites e o impacto ocasionado pelas as chamadas cláusulas restritivas de concorrência ou *non compete*.

De modo mais geral, havendo previsão expressa da cláusula de não concorrência no desenvolvimento dos negócios avençados, irá existir um considerável interesse público sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Contanto que a essência da cláusula de não concorrência, não implique em restrição à concorrência com pretensão à dominação de mercado, bem como não gere prejuízo em relação a terceiros que não são partes no contrato, será uma boa estratégia para alavancar o crescimento da empresa e gerar riquezas.

4. Limites da Cláusula de Não Concorrência no Âmbito do Antitruste

4.1. Pressupostos de Validade da Cláusula de Não Concorrência

Certo é que abusos praticados pelos contratantes devem ser punidos, e a evolução do direito antitruste vem demonstrando que hoje há consenso quando à aplicabilidade da regra da razão, e, portanto, à inaplicabilidade da ilicitude ou licitude per se.

Na busca de estabelecimento dos critérios que podem compor um padrão de limites da cláusula de não concorrência no âmbito do antitruste, a ser utilizado pelas autoridades em defesa da concorrência, a legislação brasileira antitruste (Lei 12.529/2011), estabelece-se, que as restrições verticais serão consideradas infrações à ordem econômica quando implicarem a incidência de qualquer um dos efeitos listados nas condutas tipificadas art. 36, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica:

> 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.
>
> § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

> XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;
>
> XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;
>
> XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
>
> XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e
>
> XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

À primeira vista, distinguir o ilícito do licito parece um tanto quanto fácil, já que bastaria constatar se o efeito (ou potencial efeito) é observado na realidade dos fatos, contudo vale lembrar que a defesa da concorrência visa primordialmente à defesa da concorrência, e não à proteção ao concorrente.

Dito isso, é importante ressaltar que o contrato particular gerador da cláusula de não concorrência, geralmente despendem valores elevados para introduzir determinado produto ou serviço no mercado, o qual se justifica em função da natureza do negócio.

Nessa direção, confira-se o entendimento da Professora Amanda R. E. Navas:

> Impõe-se que a análise da cláusula de não concorrência se dê sob a ótica da proteção ao mercado, que deverá se pautar numa disputa saudável e transparente por parte dos agentes econômicos, pela conquista de parcela do mercado no qual atuam.[47]

[47] NAVAS. op. cit., p. 1.215.

Sobretudo é inegável que a referida cláusula é compatível com os princípios da livre concorrência e liberdade de contratar, por fim, não é possível confundi-lo com liberdade de mercado.

Nesta linha, cabe destacar o conceito do Prof. Calixto Salomão Filho, que elabora uma formula que podemos chamar de “regra da razão”, que tornará imprescindível para a hermenêutica da legislação antitruste:

> Em primeiro lugar, é necessário que a restrição seja efetiva, ou seja, que realmente restrinja a competição, ao invés de simplesmente estabelecer regra para ela. Esse é o aspecto qualitativo da regra. Em segundo lugar, é necessário que a restrição seja substancial, ou seja, analisadas as condições estruturais do mercado, promova substancialmente redução da competição. Esse é aspecto quantitativo da regra.[48]

Ana Paula Prado Garcia, ao tecer comentários sobre uma análise baseada na regra da razão, preleciona que:

> Sem dúvida, a Lei da Concorrência brasileira estabeleceu um sistema segundo o qual toda conduta deve ser avaliada de acordo com os seus efeitos reais ou potenciais, em uma análise baseada na regra da razão. Assim, os impactos negativos e os potenciais ganhos de eficiência deve ser equilibrados, a fim de se estabelecerem os efeitos líquidos da conduta sob investigação. Apenas quando tais efeitos líquidos são negativos é que uma restrição vertical deve ser considerada ilegal pela legislação brasileira.[49]

No mesmo rumo, os casos previstos no art. 36 e seguintes da Lei 12.529/2011, passam a ser contrário ao direito concorrencial quando o enquadramento legal daqueles comportamentos ou estruturas, tornam-se o

---

[48] FILHO, op. cit., p. 211.

[49] GARCIA, Ana Paula Prado. Restrições verticais exclusionária e descontos de exclusividade: a busca por um padrão probatório. **Revista dos Tribunais.** BR. vol. 24/2013. p. 105 – 146. Dez 2013.

instrumento eficaz para proporcionar uma restrição substancial e injustificável da concorrência.

Os acordos entre as empresas são vedados na medida em que configuram entrave à livre concorrência. A relevância do parâmetro que devemos colocar é percebido pela autora FORGIONI, nas seguintes palavras:

> Qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa em conduta dissociada de sua vantagem competitiva.[50]

Nessa linha, passa-se então a análise das condições de posição dominante e mercado relevante. Destaco que este será um dos pressupostos legais para a configuração de riscos de prejuízo à concorrência, analisar-se-á, por fim, o poder de mercado sobre o mercado relevante de origem e o efeito sobre parcela substancial do mercado alvo das práticas.

Para se entender essa relação de posição dominante, se faz necessário a releitura do Art. 36, § 2º que disse: *Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia*.

O critério do que venha ser o mercado relevante depende previamente à análise dos pressupostos e das condutas; sob tais condições, tem que identificar o mercado, tanto relativo ao produto quanto ao âmbito geográfico. As noções de mercado relevante quanto ao produto e mercado relevante geográfico, são um ponto de partida obrigatório.[51]

Em um ambiente competitivo, torna-se indispensável a compreensão do conceito de mercado relevante afetado.

---

[50] FORGIONI, op. cit., p. 138.
[51] FONSECA, op. cit., p. 288.

> [...] as noções de poder de mercado e de mercado relevante – a um tempo econômicas e jurídicas – são logicamente relacionadas de forma muito estreita. Assim como um mercado só é "relevante" para a análise de efeitos anticompetitivos potenciais se for um espaço econômico (definido em termos geográficos e de produto) no qual algum "poder de mercado" tenha possibilidade a priori de ser exercido, este último, por sua vez, também pressupõe obviamente uma definição de mercado tal que ele possa ser exercido.[52]

Na interpretação da validade da cláusula de não concorrência mediante um objeto anticoncorrencial, iremos indagar a respeito dos elementos formadores, constitutivos, da cláusula ou da conduta. Por outro lado, dizer que uma cláusula ou conduta tem ou pode ter um efeito anticoncorrencial, significa analisar os resultados reais ou potenciais em um contexto negocial especifico, fixados por período definido, dimensão geográfica e dimensão material de produto.

4.2. Entendimento do Cade

Certamente, é interessante questionar, a viabilidade de negociar estipulações favoráveis ao contrato a luz do que é considerado inapropriado pelo Cade. A jurisprudência pode indicar as razões que levam ou não, à aprovação do contrato, com a restrição imposta. Cuida-se, que a função do Cade é exatamente essa: verificar se nos contratos celebrados entre particulares, há cláusulas que obstruem a livre concorrência.

Portanto, é de salutar as precauções inerentes ao tema, a fim de observar o entendimento do órgão regulador, objetivando efetuar o melhor retorno econômico do negócio entabulado. Como escreve Paula A. Forgioni:

---

[52] POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional.** BR. vol. 3/1996. p. 75 – 93. Jan. 1996.

> Ter ciência das chances de uma liminar ser mantida pelo Tribunal é fundamental na definição da estratégia jurídica e comercial da empresa. Da mesma forma, saber o entendimento consolidado das cortes sobre determinada cláusula pode evitar desgaste no processo de negociação. Apontar para o agente econômico as possíveis consequências futuras dos atos presentes diminui a insegurança e a imprevisibilidade, aumentando suas chances de escolher a melhor estratégia.[53]

Sobre esse aspecto, temos que compreender os limites da cláusula de não concorrência no âmbito do antitruste, em outras palavras, o Cade considerará infrações à ordem econômica quando, as cláusulas de não concorrência implicarem a incidência de restrição ao mercado relevante de atuação, bem como levará em consideração os limites pertinentes ao tempo e ao espaço geográfico.

O mercado relevante depende dos parâmetros fixados, explícita ou implicitamente, pela autoridade antitruste. No que tange especificamente quanto ao mercado relevante de atuação, o Cade editou a Súmula nº 4, a saber:

> É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de joint venture, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação.[54]

O direito antitruste sujeita a fixação de cláusula de não concorrência, quando admitida, a determinados limites, que, uma vez violados, importam a abusividade do dispositivo contratual em face do isolamento do mercado relevante de uma operação; todavia, esta limitação está muito ligada ao grau de concentração do mercado que constituem as variáveis determinantes da análise concorrencial.

O direito antitruste entende, por exemplo, que a previsão contratual que vincula a não concorrência em todo o território nacional poderá afrontar o princípio da proporcionalidade, pois restringiria ilimitadamente a livre iniciativa em todo o país,

---

[53] FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais e arbitragem: Sugestões práticas para a redação de instrumentos contratuais. **Revista dos Tribunais - Revista de Arbitragem e Mediação**, BR, vol. 61. p. 37 – 56. Abr. 2019.
[54] Cade. Súmula nº 4, publicada no D.O.U. de 09 de dezembro de 2009.

evidenciando um caráter monopolista que poderia impor um pequeno, mas não transitório aumento de preços.

> Sob o prisma da ordem econômica, verifica-se também de modo indelével a potencialidade da ofensa. O que se acha em causa aqui é a alegação de monopólio sobre a produção do minério de ferro no País. Esse poder de monopólio, como se sabe, permite ao interessado impor preços acima daqueles que seriam obtidos em ambiente de normal concorrência, resultando dele a redução de investimentos e a retração do emprego e da renda, com conseqüências danosas para o crescimento da economia.[55]

Assim, o mercado relevante é apenas uma parte da análise da cláusula de não concorrência que incorporam outros desenvolvimentos de limites precisos, referente a razoabilidade quanto ao estudo dos limites por período, dimensão geográfica e dimensão material.

As cláusulas de não concorrência têm sido reconhecidas pelo Cade, quando limitadas no tempo e no espaço, como uma prática comercial normal. Na ausência de disposições expressas na Lei n° 12.529/2011 sobre o prazo de vigência de tais cláusulas, a jurisprudência do CADE tem consagrado o prazo de 5 anos como razoável para sua admissibilidade, conforme se assenta a Súmula nº 5, do órgão antitruste:

> É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio.[56]

Este entendimento de temporalidade coincide com ao art. 1.147 da Lei n° 10.406 de 10/01/2002, que institui o novo Código Civil brasileiro, "*Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência*".

---

[55] Decisão Monocrática Nº 2007/0281238-0 do STJ. Superior Tribunal de Justiça.
[56] Cade. Súmula nº 5, publicada no D.O.U. de 09 de dezembro de 2009.

A jurisprudência consolidou o critério de cinco anos para estipulação de cláusula de não concorrência, senão vejamos o debate, no caso Coca-Cola Femsa e Coca-Cola Company, no caso é possível notar as condições elencadas nos autos do processo administrativo de Ato de Concentração nº. 08012.000298/2007-13, mostrando-se assim a imposição às empresas a restrição de adequar a cláusula de não-concorrência prevista no contrato, a fim de que sua duração não ultrapasse cinco anos, conforme entendimento do Cade em outras situações semelhantes.[57]

Esse entendimento tem sido reiteradamente adotado pelo CADE, e no tocante à delimitação temporal, verifica-se que o prazo máximo de vigência da referida cláusula são aceito pelo período de 5 (cinco) anos, ou seja, em nenhuma hipótese será admitida renovações.

A jurisprudência do Cade é assente quanto ao prazo máximo de cinco anos e a edição da Súmula 2, do órgão antitruste, corrobora com o entendimento de ser o este o período razoável, bem como a abrangência territorial não podendo superar a efetiva atuação do objeto:

> A aquisição de participação minoritária sobre capital votante pelo sócio que já detenha participação majoritária não configura ato de notificação obrigatória (art. 54 da Lei 8.884/1994) se concorrerem as seguintes circunstâncias: (i) o vendedor não detinha poderes decorrentes de lei, estatuto ou contrato de (i.a) indicar administrador, (i.b) determinar política comercial ou (i.c) vetar qualquer matéria social e (ii) do(s) ato(s) jurídico(s) não constem cláusulas (ii.a) de não-concorrência com prazo superior a 5 (cinco) anos e/ou abrangência territorial superior à de efetiva atuação da sociedade objeto e (ii.b) de que decorra qualquer tipo de poder de controle entre as partes após a operação.[58]

Quanto aos três limites acima referidos, vale, trazer à colação o entendimento transcrito, consoante no parecer emitido pela Douta Procuradoria Federal nos autos do Ato de Concentração 08012.009679/2007-50:

---

[57] Ato de Concentração nº. 08012.000298/2007-13.
[58] Cade. Súmula nº 2, publicada no D.O.U. de 27 de agosto de 2007.

> [...] Assim, sob a ótica do direito antitruste, tem-se que a cláusula de não concorrência deve existir apenas e tão somente para garantir a viabilidade negocial. Neste ponto, ela deve ser fixada por período, dimensão geográfica e dimensão material necessários para a consecução do objeto contratual.[59]

Desta forma, da leitura combinada das cláusulas de não concorrência com o entendimento do Cade, extrai-se que a convenção de não concorrência é considerada essencial para assegurar os objetivos de determinada operação, ao lado disso, desde que respeitada a razoabilidade, associada à obediência das limitações tomadas em suas três dimensões (temporal, geográfica e material), o pacto de não concorrência é aceito e, mais, até bem visto pelo Cade.[60]

4.3. Breve comparativo com a Jurisdição Cível

O descumprimento decorrente de uma obrigação assumida em contrato, no presente caso, se tratando de cláusula de não concorrência, já vimos que o instituto do direito civil compreende como sendo uma cláusula penal acessória, notadamente passível de execução, caso o pacto seja desrespeitado.

O interessado terá a incumbência de demonstrar satisfatoriamente que houve o inadimplemento contratual e, por conseguinte, dar início a persecução e apuração do prejuízo estimado, previamente disposto no instrumento de convenção.

Percebe-se que não havendo o nexo entre o inadimplemento total ou parcial do pacto de não concorrência, não haverá então que se falar em reconhecimento de irregularidade contratual.

Resulta claro que a não concorrência ou a possibilidade de concorrência se coloca como condição para o dever de abstenção. Superadas todas essas evidências, a obrigação assumida pelo instrumento contratual com vestes econômica, vinculará apenas os contratantes.

---

[59] Ato de Concentração nº. 08012.009679/2007-50.
[60] NAVAS. op. cit., p. 1.215.

Atualmente, o art. 1.147 do Código Civil, conforme visto anteriormente, disciplina a questão, admitindo a existência de cláusulas de não concorrência, as quais, quando não estabelecem um prazo, devem viger por no máximo 5 anos.

A interpretação do contrato e especialmente, da cláusula de não concorrência, se acomoda com a dicção dos artigos 112, "*Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.* "; Art. 389, "*Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.* " e; pelo Art. 476. "*Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.* " Todos provenientes do Código Civil.

Destaca-se que, em regra, a orientação jurisprudencial pátria aponta para a legalidade da cláusula de não concorrência como mecanismo sujeito à disposição de vontade entre as partes e apto a resguardar os conhecimentos e técnicas específicas empregadas no negócio empresarial, protegendo-o da concorrência desleal que possa vir a sofrer nos casos de retirada de sócio, cessação de contrato de franquia ou qualquer outra hipótese análoga.

> Agravo de instrumento. Ação de rescisão contratual. Contratos de franquia. Tutela antecipada. Pedido de suspensão das cobranças de taxas de franquia e royalties e de suspensão da cláusula de não concorrência. Indeferimento mantido. Demanda fundada na alegação de inadimplemento contratual pela franqueadora. Ausência dos elementos ensejadores da medida. Necessidade de aguardar o prévio contraditório. Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2173690-46.2017.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Lazzarini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Regional III - Jabaquara - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/10/2017; Data de Registro: 19/10/2017).

> TUTELA ANTECIPADA. Ação de ratificação de denúncia de contrato de franquia, c.c. obrigação de fazer, não fazer e

> indenização por perdas e danos. Indeferimento do pedido antecipatório da franqueadora, para que fossem os agravados compelidos a sobrestar o exercício de atividade como salão de cabeleireiro infantil, onde anteriormente instalada a unidade franqueada. Prova inequívoca, contudo, de que os agravados rescindiram unilateralmente o contrato. Cláusula de não concorrência pelo período de 02 anos que foi redigida de forma clara e de fácil compreensão no instrumento de franquia. Continuidade das atividades dos agravados que poderá causar dano irreparável ou de difícil reparação ao direito da agravante (franqueadora). Tutela antecipada que deve ser concedida, para o fim de determinar o encerramento das atividades na unidade dos agravados, no prazo de 20 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2150028-24.2015.8.26.0000; Relator (a): Teixeira Leite; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 37ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/10/2015; Data de Registro: 08/10/2015).

De acordo como o entendimento da jurisprudência, necessário e, portanto, criteriosa análise das circunstâncias concretas da lide, deveram ser observadas pelo Julgador com a devida cautela na verificação do tênue limite existente entre a observância à autonomia da vontade nas tratativas negociais, e o respeito aos comandos constitucionais que resguardam a livre iniciativa (art. 170, caput, CF).

> 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. 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 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. (REsp 1203109/MG, Rel. ministro Marco Aurélio Bellizze, terceira turma, julgado em 05/05/2015, DJe 11/05/2015).

A jurisprudência não retira facilmente a força obrigatória dos contratos, não basta mera especulações acerca de um possível prejuízo futuro dos contratantes. Por maior razão, não se cogita qualquer afastamento dos princípios da obrigatoriedade dos pactos e da relatividade dos contratos.

Nota-se, que existe um consenso da jurisprudência e da doutrina que impera a impossibilidade de separar os princípios da liberdade de contratar, bem como a livre iniciativa, instrumentalizada pelo caráter econômico do contrato.

A consequência da ilicitude do objeto de cláusula de não concorrência se mantém delimitadas no espaço, tempo e também, quando não estão adequadas à ótica da proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de abuso e quebra de princípios constitucionais.

Associando a função e a força da cláusula de não concorrência, por corresponder à avença que restringe o direito fundamental à livre iniciativa, deve então preencher alguns requisitos essenciais para compor os pressupostos de validade.

A ausência de qualquer um desses pressupostos poderá resultar na invalidade e, portanto, na ilegalidade da referida cláusula. Cabem precisamente as palavras de Nelson Nery Jr, apontando os quatros requisitos como sendo eles:

> *Aspecto temporal*: a cláusula não pode impor ao alienante do estabelecimento comercial ou das cotas societárias ou do próprio contrato de trabalho que se abstenha de concorrer com o estabelecimento de que deixa de participar, eternamente, sem prazo delimitado ou com prazo desarrazoado, pois afetaria

> diretamente o direito de exercer livremente a atividade econômica que bem lhe aprouver.
>
> *Aspecto geográfico*: deve estar expresso na convenção contratual que a não concorrência restringe-se à área em que poderia, em concreto, haver uma disputa de mercado ou de clientela, ou seja, em áreas em que um dos concorrentes já está estabelecido; não é válida, portanto, cláusula que imponha a não concorrência fora da área geográfica que sofre influência dos estabelecimentos concorrentes.
>
> *Aspecto material*: para ser válida, a cláusula de não concorrência deve especificar minuciosamente qual é o ramo de atividade que é desenvolvido pelo estabelecimento e que, portanto, não poderá ser campo de atuação da pessoa que dele se retira.
>
> *Contrapartida financeira pela não concorrência*: a pessoa que se obriga a não concorrência possui o direito de receber contraprestação pecuniária proporcional ao tempo em que deixará de atuar no setor de mercado estabelecido na cláusula contratual.[61]

Por outro lado, a incidência de eventual violação ao princípio da igualdade ou de qualquer outro princípio constitucional, acarretaria não apenas a suspensão dos efeitos do instrumento de transação, mas a sua nulidade por ilicitude do seu objeto.[62] Com efeito, outra solução não seria admitida senão, a aplicação da literalidade do artigo 166 do Código Civil, como se lê:

> “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
>
> II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”.

---

[61] NERY JUNIOR, Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos - prejudicialidade externa entre processos. **Revista dos Tribunais - Soluções Práticas de Direito**. BR. vol. 7/2017. p. 467 – 513. Set. 2014.

[62] TEPEDINO, Gustavo. **Relações Obrigacionais e Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coleção soluções práticas de direito – Pareceres. vol. 2. 2012. p. 534.

Neste sentido, a circunstância de uma cláusula nula não pode prevalecer, porque contraria à lei, por isso se torna nula. Havendo discordância, haverá dúvida; havendo dúvida, haverá situação de incerteza, apta, pois, a dar ensejo à propositura de ação declaratória para resolver a situação da cláusula contratual.[63]

[63] NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. **Cláusula Nula**. Revista dos Tribunais. São Paulo. Soluções Práticas de Direito – Pareceres. vol. 2. 2011. p. 191.

5. Conclusão

A guisa de conclusões podemos considerar que:

1. A intervenção do Estado sobre à ordem econômica é muito bem recepcionada, quando em carácter de exceção, é utilizada com efeito de interesse público, visando a prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico, que empresas exerçam ou possam eventualmente exercer em sua atuação nos mercados onde ofertem ou procurem bens e serviços.

2. Em matéria concorrencial, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade – exerce a importante função de evitar bloqueios de concorrência por meio de arranjos, combinações destinadas a se unir em prol de monopólio comercial ou industrial, por diversos setores da economia pública destinado a restringir o livre comércio.

3. A livre concorrência e a livre concorrência são condições necessária para o desenvolvimento econômico sustentável. Todavia, diz respeito à própria política econômica nacional, tornando-as, portanto, indissociável do interesse público.

4. A considerar as necessidades que regem a atividade econômica, o pacto de exclusividade deve ser analisado no contexto do mercado, como fenômeno econômico e não como mera cláusula convencional.

5. Por meio deste trabalho, foi possível traçar importantes conclusões acerca dos efeitos positivos da cláusula de não concorrência, como sendo uma boa estratégia para alavancar o crescimento da empresa e gerar riquezas.

6. Os pressupostos de validade do pacto de não concorrência são relevantes para considerar os limites da cláusula de não concorrência no âmbito do antitruste, considerando, contudo, o mercado relevante e a razoabilidade quanto ao estudo dos limites por período, dimensão geográfica e dimensão material.

7. A consulta ao advogado especialista em contratos, bem como submeter ao exame a cláusula de não concorrência perante o órgão antitruste, reduzirá os riscos de incongruências e incidência de ilícito concorrencial.

8. Por fim, sob a ótica do direito antitruste, tem-se que a cláusula de não concorrência deve existir apenas e tão somente para garantir a viabilidade negocial. Neste ponto, ela deve ser fixada por período, dimensão geográfica e dimensão material necessários para a consecução do objeto contratual.

Referência bibliográficas

ARIBONI, Pietro. Painel III Restrições verticais e abuso de direitos de propriedade industrial vertical. **Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional,** São Paulo, Revista do IBRAC. vol. 10/2003, DTR\2011\5102, p. 183 – 260. Jan. 2003.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2014.

BARRIONUEVO, Arthur at al. (e outros). Direito da concorrência, consumo e comércio internacional. **Revista do IBRAC**, BR - DTR\2011\5102. p. 183-206.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Elisberg Francisco Bessa. Intervenção do estado na liberdade contratual: Análise da teoria da utilidade negocial. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, BR, n. 149-150, p. 201-217, jan. 2008. Disponível em: <http://vlex.com/vid/liberdade-contratual-utilidade-negocial-432195710>. Acesso em : 27 mai 19.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Lei 12.529, de novembro de 2011 – Comentários. In: MENDES, Francisco Schertel. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de novembro de 2011**. São Paulo: Trevisan. 2017.

COSTA, Mauricio de Moura. O Princípio Constitucional de Livre Concorrência. **Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, BR, vol. 5/1998, DTR\2011\4888, p. 8 – 27, Jan. 1998.

DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico e a função preventiva do cade. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. BR. vol. 4/1997. p. 5 – 19. Jan. 1997.

FERNANDES, Wanderley at al. (e outros). **Fundamento e Princípios dos Contratos Empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva – (Série GVlaw) vários autores. 2012.

FERNANDES, Wanderley et al. Princípio da autonomia da vontade ou da autonomia privada: **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERES, Marcos Vinício Chein. Restrição vertical por fixação de preços. **Revista do IBRAC** – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. BR, vol. 9. p. 67 – 90. Jan. 2002.

FILHO, Calixto Salomão. **Direito concorrencial.** 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais e arbitragem: Sugestões práticas para a redação de instrumentos contratuais. **Revista dos Tribunais - Revista de Arbitragem e Mediação**, BR, vol. 61. p. 37 – 56. Abr. 2019.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste.** São Paulo: 6. ed. Revista dos Tribunais. 2013.

GARCIA, Ana Paula Prado. Restrições verticais exclusionária e descontos de exclusividade: a busca por um padrão probatório. **Revista dos Tribunais.** BR. vol. 24/2013. p. 105 – 146. Dez 2013.

GOMES, Thaissa Garcia. Princípios contratuais. **Revista dos Tribunais**, BR, vol. 838/2005, DTR\2005\559, p. 725 – 744. Ago. 2005.

MINNER, Ricardo. As exclusividades e a importação paralela. **Revista dos Tribunais - Revista de Direito Empresarial**. BR, vol. 17/2016. p. 211 – 240. Ago. 2016.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Teoria geral dos negócios jurídicos**. 1. ed. São Paulo. Atlas, 1991.

NAVAS, Amanda R. E. Análise in casu das cláusulas de não concorrência em contratos de distribuição. **Revista dos Tribunais - Financeiro e Econômico; Comercial/Empresarial**. vol. 929/2013. p. 1209 – 1246. Mar 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. Cláusula de não concorrência e seus requisitos - prejudicialidade externa entre processos. **Revista dos Tribunais - Soluções Práticas de Direito.** BR. vol. 7/2017. p. 467 – 513. Set. 2014.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. A Liberdade de Iniciativa Econômica - Fundamento, Natureza e Garantia Constitucional. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, vol. 1. São Paulo, Revista dos Tribunais. DTR\2012\1212, p. 89 – 109, Jun. 2011.

NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. **Cláusula Nula**. Revista dos Tribunais. São Paulo. Soluções Práticas de Direito – Pareceres. vol. 2. 2011. p. 191.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, São Paulo, Revista dos Tribunais. vol. 2. DTR\2004\78, p. 965 – 997, Dez, 2010.

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional.** BR. vol. 3/1996.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 52.

SCHAPIRO, Mario Gomes at al. (e outros). **Direito Econômico Concorrencial**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. – (Série GVlaw: Direito econômico) vários autores. p. 51-52.

SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. **Revista dos Tribunais - Revista de Direito Privado**, BR. vol. 13/2003. p. 250 – 263. Mar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Relações Obrigacionais e Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coleção soluções práticas de direito – Pareceres. vol. 2. 2012. p. 534.

WALD, Arnold. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e no brasileiro. **Escola Da Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro**, Rio de Janeiro, Revista da EMERJ, vol. 7 n. 26. p. 107. 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_94.pdf>. Acesso em : 27 mai 19.

Bibliografia Complementar

COELHO, Fábio Ulhoua. **Curso de Direito Comercial**: 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. 3.

BASSIL DOWER, Nelson Godoy. **Curso moderno de Direito Civil: Direito das Obrigações.** São Paulo: NELPA, 2011, p. 367.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: Contratos.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3. p. 34-37.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Teoria geral das obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. II. p. 86.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. II. p. 364-365.

Bibliografia Complementar – Jurisprudência.

Ato de Concentração nº. 08012.000298/2007-13.

Ato de Concentração nº. 08012.009679/2007-50.

Cade. Súmula nº 2, publicada no D.O.U. de 27 de agosto de 2007.

Cade. Súmula nº 4, publicada no D.O.U. de 09 de dezembro de 2009.

Cade. Súmula nº 5, publicada no D.O.U. de 09 de dezembro de 2009.

Decisão Monocrática Nº 2007/0281238-0 do STJ. Superior Tribunal de Justiça.