

Pontifícia Universidade Católica De São Paulo  
PUC-SP

Daniel Henrique Rodrigues Gonçalves

A Boa-Fé Contratual e a Interpretação da Cláusula de não Concorrência

Mestrado em Direito Civil

São Paulo  
2021

Daniel Henrique Rodrigues Gonçalves

A Boa-Fé Contratual e a Interpretação da Cláusula de não Concorrência

Mestrado em Direito Civil

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Civil e Efetividade do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto.

São Paulo

2021

Banca Examinadora:

---

---

---

## RESUMO

A dissertação abordará acerca das restrições e abrangências da cláusula de não concorrência previstas nos contratos de prestação de serviço. Para isso, será abordado de forma profunda a definição de liberdade e a teoria geral do direito para aplicação no Direito. Em continuação, também será discorrido sobre a teoria geral dos contratos e a irradiação do direito constitucional no Código Civil, com o surgimento dos princípios da boa-fé e função social do contrato com enfoque na dignidade da pessoa humana. Assim, chegaremos nos elementos que são cruciais para delimitar e impedir abusividades na cláusula de não concorrência. A possibilidade de intervenção estatal em razão do dirigismo contratual.

**Palavras-chave:** Liberdade. Teoria geral do direito. Teoria geral dos contratos. Direito Constitucional. Código Civil. Função social do contrato. Dignidade da pessoa humana. Dirigismo contratual.

## ABSTRACT

The dissertation will report the restrictions and scope of the non-competition clause, according to the service provision contracts. For this, the definition of freedom and the general theory of law for application in law will be discussed in depth. In continuation, the general theory of contracts and the irradiation of constitutional law in the Civil Code will also be discussed, with the emergence of the principles of good faith and social function of the contract with a focus on the dignity of the human person. Thus, we will arrive at the elements that are crucial to delimit and prevent abuse in the non-competition clause. The possibility of state intervention due to contractual direction.

**Keywords:** Freedom. General theory of law. General contract theory. Constitutional right. Civil Code. Social function of the contract. Dignity of human person. Contractually dirigism.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b> .....   | 1  |
| <b>2 A LIBERDADE E SUA INFLUÊNCIA NA LIMITAÇÃO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA: ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS</b> ..... | 2  |
| 2.1 O DIREITO SOB A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE .....   | 3  |
| 2.2 A ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA À LUZ DA TEORIA GERAL DO DIREITO .....                                  | 4  |
| 2.3 A LIBERDADE E A SUA INFLUÊNCIA NA LIMITAÇÃO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA.....                                      | 13 |
| 2.4 CENÁRIO DA ECONOMIA MUNDIAL A PARTIR DE 2015 .....  | 21 |
| <b>2.4.1 No Brasil</b> .....  | 21 |
| <b>2.4.2 No mundo</b> .....   | 22 |
| <b>2.4.3 Pandemia da COVID-19 (SARS-COV-2)</b> .....  | 23 |
| 2.5 CONSEQUÊNCIAS DA NOVA FORMA DE CONTRATAÇÃO.....   | 24 |
| <b>3 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS: UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA À LUZ DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA</b> .....               | 26 |
| 3.1 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PRIVADO .....  | 27 |
| <b>3.1.1 O código civil brasileiro e o direito civil constitucional</b> .....   | 31 |
| <b>3.1.2 Direito público e privado</b> .....  | 33 |
| <b>3.1.3 A transformação do direito privado</b> .....   | 39 |
| <b>3.1.4 O direito privado e a sua autonomia</b> .....  | 42 |
| 3.2 A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E A FUNÇÃO SOCIAL .....  | 44 |
| 3.3 OS PRINCÍPIOS MODERNOS DO CONTRATO .....  | 48 |
| 3.4 ABUSO DE DIREITO.....   | 53 |
| <b>4 AS ABUSIVIDADES DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA</b> .....  | 55 |
| 4.1 LIBERDADE DE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA.....   | 55 |
| 4.2 DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.....   | 60 |
| 4.3 OBJETO DE PROTEÇÃO E FUNDAMENTOS .....  | 61 |
| 4.4 DIRIGISMO CONTRATUAL .....  | 68 |
| 4.5 LIMITES DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA .....   | 71 |

|   |    |
|---|----|
| <b>4.5.1 Aspecto temporal</b> .....                       | 72 |
| <b>4.5.2 Aspecto material</b> .....                       | 74 |
| <b>4.5.3 Aspecto geográfico</b> .....                     | 75 |
| <b>4.5.4 Casos Concretos</b> .....                        | 75 |
| <b>4.6 COMPENSAÇÃO, EXTINÇÃO OU DESCUMPRIMENTOS</b> ..... | 77 |
| <b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....                       | 80 |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....                                  | 82 |

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a cláusula de não concorrência não está positivada no ordenamento jurídico, porém é uma prática aceita e realizada pela sociedade. Na maioria dos casos, a referida cláusula é prevista nos contratos de prestação de serviços pactuados entre empresas, prevendo que após o término do contrato, a empresa contratada ficará impossibilitada de prestar serviços à empresa concorrente por determinado período.

Isso ocorre pois, no Brasil, vigora o sistema capitalista, norteado pela livre iniciativa, propriedade privada e livre concorrência. Por isso, as empresas precisam ser cada vez mais competitivas para garantir sua permanência no mercado. Atualmente, vários segredos, industriais e comerciais, são a essência da empresa, o que justifica a existência da cláusula de não concorrência.

Todavia, essa cláusula não é ilimitada, uma vez que há limites para a sua aplicação, como a boa-fé e a função social do contrato, visando afastar situações que configuram abuso de direito. Além dessas, também há outros, como a dignidade da pessoa humana e outros regramentos constitucionais que tutelam o trabalho.

Atualmente, inúmeros são os contratos pactuados na sociedade, verbal ou por escrito, que contém a referida cláusula, tendo como fonte as regras e princípios do Direito Civil e Constitucional. Dessa forma, são incontáveis os pactos formalizados com a cláusula de não concorrência com a presença de abusividade e contrariedade aos princípios que regem o ordenamento jurídico.

O aludido tema tem como objetivo geral o estudo da essência da cláusula de não concorrência, especificamente no que diz respeito às abusividades inseridas nos contratos.

Com a intenção de fornecer as bases adequadas sobre as quais se devem analisar a cláusula de não concorrência, investiga-se, no primeiro capítulo deste trabalho, a liberdade e sua relação com a cláusula de não concorrência, sob os enfoques da teoria geral do direito e da liberdade, abordando inclusive delineamentos filosóficos acerca do tema. Por fim, será tratado sobre o atual cenário da economia, de modo a verificar os impactos da nova forma de contratação dos dias atuais na cláusula de não concorrência.

No capítulo seguinte, por sua vez, analisa-se a teoria geral dos contratos sob uma perspectiva principiológica à luz da cláusula de não concorrência. Essa



abordagem inicia-se com um estudo sobre o direito civil constitucional e sua relação com o direito privado, tratando inclusive sobre sua transformação e autonomia. Em seguida, será tratado sobre a teoria geral dos contratos e sua função social, bem como sobre os princípios modernos que norteiam o contrato.

Já no terceiro e derradeiro capítulo, examina-se as abusividades da cláusula de não concorrência. O estudo será pautado numa análise da liberdade de iniciativa e livre concorrência, bem como dos efeitos dessa cláusula nos contratos de prestação de serviços. Posteriormente, a análise será feita com foco no objetivo de proteção e fundamentos da referida cláusula, bem como com sua relação com o dirigismo contratual. Por fim, será realizada uma abordagem sobre os limites da cláusula de não concorrência e alguns aspectos extintivos.

Dessa forma, é de suma importância o estudo da cláusula de não concorrência. Apesar deste estudo pairar exclusivamente no âmbito nacional, aludida matéria tem abrangência também no direito internacional, uma vez que inúmeras empresas multinacionais formalizam contratos com este tipo de cláusula.

O estudo direcionado à limitação e abrangência da cláusula de não concorrência é fundamental para a sociedade como um todo. Isto porque a circulação de riquezas é de suma importância para o desenvolvimento de uma sociedade, devendo, portanto, ter regras que permitam uma competição limpa e de boa fé no mercado.

## **2 A LIBERDADE E SUA INFLUÊNCIA NA LIMITAÇÃO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA: ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS**

É notório que no sistema capitalista vigora a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência. Sendo assim, as empresas precisam ser competitivas, de modo a garantir a sua permanência no mercado. Para tanto, é fundamental que se proteja a sua propriedade intelectual, bem como seus segredos industriais e comerciais. Essa proteção é que justifica a cláusula de não concorrência.

No ordenamento jurídico brasileiro a cláusula de não concorrência não é considerada ilegal e sequer imoral, uma vez que se trata de uma obrigação de não fazer. A princípio, o que se exige é que sejam preenchidos os requisitos do artigo 104 do Código Civil, isto é, capacidade; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Todavia, as empresas contratantes, na maioria das vezes mais fortes economicamente que as empresas contratadas, utilizam-se desta cláusula de forma abusiva e excessiva, ocasionando uma afronta a alguns princípios norteadores do direito civil.

Daí surge o seguinte questionamento: quando ocorre a abusividade da cláusula de não concorrência? Essa indagação será respondida ao longo do trabalho, a partir do estudo que será realizado.

Diante disso, neste primeiro capítulo, serão abordados alguns aspectos da liberdade e sua relação com a cláusula de não concorrência. Para tanto, será feito um breve estudo sobre a teoria geral do direito, especialmente à luz dos ensinamentos de Erhlich, expoente da sociologia do direito, e Kelsen, que tratava o direito como uma ciência puramente normativa. Este ponto é fundamental para a compreensão da dissertação, uma vez que é a partir de tais ensinamentos que serão interpretadas as obrigações inseridas nas cláusulas de não concorrência previstas nos contratos civis.

O estudo também tramitará sob o enfoque da liberdade, que também possui íntima ligação com o trabalho, tendo em vista que, com o estabelecimento da cláusula de não concorrência, a liberdade fica restrita durante um período. Desse modo, será feito um estudo com viés filosófico no que diz respeito à liberdade, de modo a entender o seu significado no desenrolar da história, pois, a partir disso, será estabelecido o verdadeiro sentido de liberdade.

Ao final deste capítulo, o estudo será voltado sobre o atual cenário da economia mundial, fazendo uma análise da economia do Brasil e do Mundo. Tal compreensão é essencial, haja vista que levará ao entendimento sobre a nova forma de contratação dos dias atuais, que exige cada vez mais a previsão da cláusula de não concorrência.

## 2.1 O DIREITO SOB A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE

A cláusula de não concorrência não é positivada no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, trata-se de uma prática realizada pela sociedade. Portanto, a questão é: como fica essa regulamentação sem normatividade/positividade pelo Estado?

Normalmente a aludida cláusula pode ser vista em contratos de prestação de serviços pactuados entre empresas, que preveem após o término do contrato a

impossibilidade da outra empresa prestar serviços para sua concorrente, em um período de 5 (cinco) anos.

Destaca-se que a cláusula de não concorrência é muito importante dentro dos negócios jurídicos. Entretanto, deve haver equidade entre as partes para que não seja utilizada como ferramenta de coação em detrimento da parte mais fraca.

Portanto, a questão que se deve abordar inicialmente é como o Direito, que já possui normas positivadas, deve tratar o surgimento desta prática abusiva e excessiva por parte de alguns indivíduos da sociedade. E, para tanto, é fundamental transitar sobre o tema da teoria geral do direito. Isso porque alguns fundamentos estão intimamente relacionados com este estudo, direcionados a entender os aspectos cruciais do direito.

## 2.2 A ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA À LUZ DA TEORIA GERAL DO DIREITO

O aludido tema não é atual, posto que desde o final do século XIX e começo do XX, inúmeras teorias e teses foram criadas para explicar o Direito como uma sociologia do Direito ou uma ciência puramente normativa.

Os grandes pensadores e propulsores da Teoria do Direito e Sociologia do Direito foram, respectivamente, Kelsen<sup>1</sup> e Erlich, com pensamentos totalmente antagônicos.

---

<sup>1</sup> Cf. MERKL, Adolf. "Hans Kelsen System einer reiner Rechtstheorie". (1921) Tradução estabelecida em italiano como "Il sistema kelseniano di una teoria pura del diritto". Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi. Milano: Giuffrè, 1987, p. 67 ss.; CARRÉ DE MALBERG, René. Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement a as formation. Paris: Sirey, 1993; EBENSTEIN, William. La teoria pura del derecho. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1974; TREVES, Renato. "Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen". Revista Internazionale di filosofia del diritto, Milano: Giufdrè, pp 177-198, 1952; ROSS, Alf. Towards a Realistic Jurisprudence: a criticism of the dualismo in Law. (1964) Tradução estabelecida em castelhano como Hacia una ciencia realista del derecho: Critica del dualismo em el derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 46 ss.; BOBBIO, Norberto. "La teoria pura del diritto e i suoi critici". (1954) Diritto e pote: saggi su Kelsen. Napoli: Esi, 1992, pp. 15-39; HART, Helbert L. A. The Concept of Law. (1961) 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 35 ss., 19 ss., 292 ss.; Id., Essay in Jurisprudence and Philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 286-342; ROEHRSSSEN, Carlos (coord.). Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento. Roma: Istituto dela Enciclopedia Italiana, 1983; CELANO, Bruno. La teoria del diritto di Hanks Kelsen: una introduzione critica. Bologna: Il Mulino, 1999. PAULSON, Stanley, Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000; VILLAR BORDA, Luis (coord.). Hans Kelsen 1881-1973. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

Para Kelsen<sup>2</sup>, o Direito é uma ciência normativa, dedutiva, una e baseada na razão. Já para Erlich, o Direito é uma ciência dos fatos, pluralista, humanista e indutiva.

A grande diferença entre estas duas teorias é que o Direito deve ser baseado no "ser" (sein) ou no "dever ser" (sollen), bem como uma trata o Direito como teoria e a outra como Sociologia do Direito.

Eugen Ehrlich, de origem judaica, nasceu em Czernowitz, na Bucovina, hoje parte da República da Ucrânia (ex-soviética), em 14 de setembro de 1862, influenciado fortemente por Bernhard Windscheid, que por curiosidade se habilitou em direito romano.

Para Erlich era impossível que as inúmeras multiplicidades da realidade social fossem tratadas como uma unidade jurídica. Isto porque, desde os primórdios, a criação do direito não é encontrada na legislação, nem na ciência jurídica, nem na jurisprudência, mas na própria sociedade. Assim, a História e a Sociologia são, em partes, ciências complementares, posto que uma boa parte do material da sociologia recebe da história. Ou seja, uma exposição sociológica do direito em bases históricas é uma exposição do direito no contexto social, de como o direito é resultado da evolução histórica da sociedade.

Para sociologia do Direito, a "proposição jurídica" não é direito, mas apenas uma forma particular de direito, para propósitos completamente determinados e como consequência de um processo social. Assim, o Estado pode criar lei, mas não cria toda a lei, apenas aquela parte que é precisamente expressa em "proposições jurídicas", que formam uma unidade apenas no contexto da sociedade em que operam.

O ponto mais importante da teoria de Ehrlich é a diferenciação dos três tipos de direito, quais sejam: direito social primário, direito secundário dos juristas e direito secundário do Estado. O primeiro direito (social primário) é baseado no desenvolvimento social, contém os preceitos jurídicos relevantes e fundamentais para o comportamento dos seres humanos e surge autonomamente dos fatos do direito

---

<sup>2</sup> Uma das distinções mais importantes da teoria kelseniana diz respeito a normas jurídica (rechtsnorm), de um lado, e à preposição jurídica (rechtssatz), de outro. Com tais categorias pretendeu-se acentuar a diferença entre a atividade de aplicação do direito e a desenvolvida pelo cientista jurídico. Para Kelsen, o conjunto de normas jurídicas, a ordem em vigor, não tem lógica interna. As autoridades simplesmente ato de vontade, no exercício de suas competências jurídicas. Aliás, como as normas podem ser unicamente válidas ou inválidas, não havendo sentido atribuir-lhes ou negar-lhes função de verdade. (COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. Editora Max Limonad. Ed. 2ª. P.27)

(uso, domínio, posse, declaração da vontade), como norma de ação que estrutura o grupo social. Assim, a possibilidade da violação do ordenamento primário de paz leva a existir uma ordem funcionalmente diferente do direito social primário, ou seja, o direito dos juristas (secundários).

O Direito dos juristas consiste essencialmente em regras de decisões dirigidas aos tribunais, sendo que tal fato não serve para a formação da vida dos grupos sociais, mas para sua proteção.

Por fim, o último Direito deriva do Estado, mas não tanto pela forma, mas sim pelo conteúdo: é um direito que surge unicamente por meio do Estado e que não poderia existir sem o Estado. Assim, nada mais é que a ordenação coercitiva do Estado, que se manifesta no estado organizador do direito e no direito à proteção da vida social, contendo essencialmente o que Ehrlich chama de "normas de intervenção" (Eingriffsnormen).

Portanto, estes três conjuntos de regras são encontrados entre eles em um processo de intercâmbio e juntos formam o "direito vivo", que constitui um direito social a um nível superior, que é influenciado pela reação ao direito dos juristas e ao direito estatal.

A todo momento Ehrlich insistiu na importância das forças sociais e desenvolvimentos sociais como a principal influência sobre a "lei da vida" em relação às meras imposições legislativas e jurisdicionais, transformando a sociologia do direito como uma ciência pura e, por consequência, o desenvolvimento do Direito sobre o movimento interno da sociedade independente do Estado.

Por outro lado, Kelsen coloca como problema prioritário não as multifacetadas relações da sociedade, mas o da unidade das formas jurídicas. Portanto, se o Estado e Direito para ele são as mesmas coisas, é claro que o Estado nunca pode "produzir" o direito como uma entidade diferente dela mesma<sup>3</sup>. Na teoria pura do direito de Kelsen há uma separação clara entre as normas legais e outras normas, levando a uma identificação de lei e Estado.

Na sua opinião, o Estado é uma "forma especial de sociedade" ou "unidade social", de modo que todas as normas legais podem ser rastreadas. Assim, é a tarefa

---

<sup>3</sup> O direito é definido, pela teoria pura, como uma ordem coativa, no sentido de que estabelece a imposição de um ato de coação contra as situações sociais consideradas indesejáveis. (BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico. Milão. 1977, 3ª ed. Edizioni di Coomunitá)

da ciência da lei descrever o conjunto de normas legais válidas em um determinado território e tempo, independentemente do seu valor ético e trabalho empírico, sendo que a lei é um instrumento destinado a definir decisões jurídicas tomadas por critérios puramente formais<sup>4</sup>.

Segundo Kelsen<sup>5</sup>, a norma precisa ter um mínimo de eficácia para ter validade, sendo neste ponto que a sua tese sofre inúmeras críticas. A teoria Kelseniana aduz que a norma válida é o mesmo que dizer que existe no conjunto normativo e que, por existir, deve ser obedecida e aplicada juridicamente. Ou seja, as normas válidas são obrigatórias<sup>6</sup>.

Para aludido autor, uma doutrina do direito puramente empírica é (como a cabeça oca na fábula de Fedro) uma cabeça que pode ser bela, mas que, lamentavelmente, não tem cérebro. (Immanuel Kant)

Kelsen também estabelece uma hierarquização das normas, atribuindo a existência destas na dicotomia: Norma superior-fundante X Norma inferior-fundada, a primeira sempre direciona esta última. A norma superior-fundante é quem regula e institui a criação e os métodos utilizados na norma inferior-fundada.

Entretanto, Kelsen se depara com uma resistência: se há sempre uma norma superior-fundante, isto é, a Constituição emanando direções às normas inferiores, como ocorre a existência de uma norma superior que orienta a própria constituição (norma superior-fundante)? Surge nesse momento a norma "hipotética" fundamental, a qual se estabelece como uma pressuposição, uma hipótese capaz de dar identidade e identificar as normas da ordem jurídica.

---

<sup>4</sup> A reflexão epistemológica de Kelsen tem seu núcleo em duas ideias básicas. Por um lado, está a ideia segundo a qual o positivismo jurídico é a única postura filosófica e epistemologicamente adequada para proporcionar um conhecimento genuinamente científico do direito. Isso é assim porque o positivismo se ocupa do direito positivo: do direito "real" (a única forma de direito "real" que possuímos), "empírico", que pertence àquele setor da realidade empírica que é a realidade social (o direito, precisa Kelsen já em sua primeira obra, é "fenômeno social". Por outro lado, sem embargo, encontra-se a ideia segundo a qual os postulados epistemológicos tradicionalmente associados ao positivismo pertencem a um empirismo ingênuo não totalmente depurado de influências metafísicas e compromissos valorativos. (CHIASSONI, Pierluigi, O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen. Editora Contracorrente. Ed. 01. 2017. P. 418.)

<sup>5</sup> A validade da norma jurídica, em Kelsen, depende, inicialmente, de sua relação com a norma fundamental. Ou, por outra, é função da manifestação de vontade de uma autoridade competente. (COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. Editora Max Limonad. Ed. 2ª. p. 40)

<sup>6</sup> Normatividade: o direito, ou mais precisamente cada uma das inumeráveis experiências sociais assim denominadas ou qualificadas, é o fenômeno normativo, é questão de normas (relações, institutos, instituições, órgão não são, de fato, senão o reflexo ou a combinação de normas. (BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Torino: Giappichelli, 1958, cap. 1.)

Assim, aludida teoria se vê obrigada a utilizar da transcendentalidade para justificá-la, levando em conta que a norma "hipotética" fundamental se trata de um pensamento, uma pressuposição situada em um plano superior e inacessível, estando além do ordenamento jurídico. Mas é ela quem confere, segundo o autor, validade a todo o ordenamento jurídico.

Portanto, para Kelsen, não há direito sem normas estatutárias e, para Ehrlich, não há direito sem regularidades factuais. Ocorre que tanto na teoria de Kelsen, quanto na teoria de Ehrlich, há falhas quanto ao surgimento do Direito, por exemplo: Kelsen não consegue explicar o surgimento da norma superior-fundante, já Ehrlich não consegue explicar a diferença de fatos para fatos da lei.

Além da maior crítica acima em relação aos dois autores, na teoria pura do direito o conceito de validade não traz consigo o senso de justiça, sendo uma definição autoritária e simplista, o que inclusive não justificaria as limitações na cláusula de não concorrência<sup>7</sup>.

Com relação a sociologia jurídica de Ehrlich, o ponto mais fraco é, sem dúvida, sua distinção entre normas legais e outros tipos de normas sociais. É a mesma coisa que tentar generalizar algo impossível de individualizar, é dizer que cada ato relevante feito pelo indivíduo se torna lei, trazendo uma insegurança jurídica enorme. Ou seja, é considerar norma uma abusividade prevista na cláusula de concorrência.

Fato é que devemos ter em mente que a proposição jurídica (lei) é antes de tudo um produto de forças sociais, e nisso, em seu tratamento científico, o que importa não são as questões psicológicas e, sim, a sua organização e sua eficácia futura.

Destarte, dificilmente seria possível explicar, restringir ou regulamentar os atos abusivos em contratos civis nas teorias de referidos autores.

---

<sup>7</sup> Kelsen distingue dois tipos ideais de ordenamento normativo: o ordenamento estático e o dinâmico. O estático é um conjunto de normas vinculadas entre si por nexos de derivação material (de conteúdo): o vértice do ordenamento é constituído por uma norma fundamental substancial (por exemplo: "ama ao próximo como a ti mesmo"), da qual todas as outras normas do sistema são obtidas mediante operações intelectuais à luz das quais estas aparecem como outras tantas especificações e concretizações da primeira ("não matar", "não roubar", "não mentir", etc). Já o ordenamento dinâmico, pelo contrário, é um conjunto de normas vinculadas entre si por nexos de derivação formal ou produtiva: o vértice do ordenamento é constituído por uma norma fundamental "de autorização": quer dizer, que institui uma autoridade normativa e prescreve observar desta os preceitos (por exemplo: "age segundo a Natureza", "comporta-te como Deus manda", "faz o que diz Touro Sentado", etc); todas as outras normas do ordenamento pertencem a este se, e somente se, forem válidas neste, enquanto produzidas pelas autoridades normativas individualizadas na norma fundamental. (CHIASSONI, Pierluigi, O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen. Editora Contracorrente. Ed. 01. 2017. P. 461)

Diante de tais considerações e percebendo que tanto a Teoria Pura do Direito, quanto a Sociologia do Direito têm suas falhas, na segunda metade do século XX surgiu uma nova teoria criada por Niklas Luhmann, que explica o fenômeno de auto reprodução de uma espécie, fundamentado no princípio de fechamento operativo que existe dentro dos sistemas que a compõem<sup>8</sup>.

Assim, para começarmos a discorrer sobre este fato social, qual seja, os limites das obrigações inseridas na cláusula de não concorrência nas relações da sociedade, a teoria criada por Luhmann será utilizada para explicar até que ponto as irritações do ambiente podem criar ou gerar uma norma generalizável, conforme à alegoria do jogo de sinuca<sup>9</sup>.

A priori, Luhmann aduz que os conceitos e teorias devem ser condensados para que fossem identificáveis num uso futuro, sendo que a reutilização se daria em situações distintas, quando cada caso seria um novo caso e as estruturas de sentido deveriam ser confirmadas na invariabilidade de sua forma.

Portanto, ele parte da premissa que o que for produzido nas universidades, seja em ações humanas, seja em forma de texto, pode sugerir alterações à prática do sistema jurídico, ou seja, as “teorias do direito” que surgem na prática ou no ensino são, juntamente com os textos em vigência, a forma pela qual o direito é como resultado de interpretações<sup>10</sup>.

Vale observar a proximidade da teoria de Kelsen e Luhmann quando assevera que o conceito de norma é básico e indispensável, sendo que a norma prescreve o

---

<sup>8</sup> "A Sociedade é o sistema abrangente de todas as comunicações, que se reproduz autopoieticamente, na medida em que produzem, na rede de conexão recursiva de comunicações, sempre novas (e sempre outras) comunicações." (LUHMANN, Niklas. O Conceito de Sociedade. ed. IV, p. 83). A teoria dos sistemas costuma ser associada à cibernética, sobretudo por críticos que, tal como Jurgen Habermas, pretendem associá-la a uma espécie de “tecnologia social”. Entretanto, conforme ressalta Edgar Morin, muito embora haja uma espécie de “zona cinzenta” entre ambas, é preciso notar que o campo da teoria dos sistemas não se confunda com o da cibernética. Cg. MORIN, Edgar. Introduction à la pensée complexe. Paris: Éditions du Seuil, 2005, p. 28

<sup>9</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo, et al. (orgs.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaude, 1996, p. 83 – 128. CAMPILONGO, Celso Fernandes. O direito na sociedade complexa: Maxx Limonad, 2000, p. 81.

<sup>10</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1974. Para uma análise da evolução conceitual da dogmática jurídica com uma especial ênfase na teoria de Luhmann, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck e GONÇALVES, Guilherme Leite. Incerteza social e dogmática jurídica: limites da abordagem luhmanniana. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo batalha da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27-61 e p. 193-224.



que deve ser e não podem ser “deduzidas” de fatos e, tampouco, podem ser descritas como fatos<sup>11</sup>. Ou seja, não se deve questionar o fato de o direito impor que nesse ou naquele caso certa lei tenha de ser concretizada, desde que havendo fundamentações boas e conceito definido por si mesmo, como autorreferência.

Assim, Luhmann afirma que num contexto pluralista de ciência, o objeto do Direito envolve, ao mesmo tempo, a possibilidade de que distintas teorias e mesmo diferentes disciplinas definem seus objetos de maneira diferente, razão pela qual não podem se comunicar uma com a outra. Ou seja, falam sobre coisas diferentes, mesmo quando usam os mesmos nomes – aqui, para o nosso caso, “direito”, fenômeno este chamado de reflexões cruzadas.

E tal fenômeno justifica, sobretudo, na relação da ciência do direito com a sociologia. Para a ciência do direito, trata-se de um ordenamento normativo<sup>12</sup>. Já a sociologia, a depender da tendência teórica, ocupa-se do comportamento social, das instituições, dos sistemas sociais – portanto, de algo que é como é – e, assim, lança desafios a prognósticos e explicações.

Há um modo de se observar jurídico e outro da sociologia do direito, mas sempre o direito como um sistema auto-observante. Portanto, o sociólogo observa o direito de fora, o jurista o observa de dentro, sendo que o sociólogo é atrelado unicamente por seu próprio sistema, que dele pode exigir, por exemplo, “investigações empíricas”. Já o jurista, por sua vez, obedece somente ao seu próprio sistema; o sistema aqui, contudo, é o próprio sistema do direito, sendo que a teoria jurídica do direito seria uma autodescrição do sistema de direito.

A real dificuldade visualizada por Luhmann são as inúmeras circunstâncias de vida que entram no campo de observação do sistema do direito e, portanto, torna-se

---

<sup>11</sup> É importante notar que o foco desta análise é o direito moderno, caracterizado, segundo Luhmann, por sua positividade. (GONÇALVES, Guilherme Leite e VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Teoria dos sistemas Sociais. Direito e Sociedade na obra de Niklas Luhmann. Editora Saraiva, 2013, p. 72.)

<sup>12</sup> Nesse ponto a similitude entre Luhmann e Kelsen é manifesta. Na *Teoria pura do direito*. (Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 110), Kelsen, no que concerne à dinâmica jurídica afirma: “É, com efeito, uma característica muito significativa do direito o ele regular a sua própria produção e aplicação” Como decorrência dessa similitude, alguns autores, como é o caso de François Ost. Vinculam Kelsen ao paradigma da teoria dos sistemas autopoieticos (OST, François. Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoietico applique au droit. *Archives de Philosophie du Droit* 33, Paris: Sirey, 1986, p. 133-162). Por fim, há que ressaltar à análise feita por Renato Treves acerca das semelhanças e diferenças entre Luhmann e Kelsen. Treves ressalta que o conceito luhmanniano de autopoiese teria novamente chamado a atenção para o problema kelseniano de autoprodução do direito; contudo pontua as proximidades e distâncias entre essas duas teorias (TREVES, Renato. Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantianes. *Droit et Sociéte*, n 7, p. 330-331, 1987).

mais difícil a manutenção de uma consistência de unidade, uma vez que o direito tem de zelar pela comprovação, tanto em questões de fato como em questões de validade, e ainda ser uma unidade<sup>13</sup>. E assim surge a teoria dos sistemas, que elabora uma descrição de sociedade mais concreta e muito mais rica, e isso se aplica em relação a todos os sistemas funcionais da sociedade, inclusive no direito.

O ambiente do sistema jurídico é a sociedade que aparece como altamente complexa, e a consequência disso é o sistema jurídico fazer referência a si mesmo: a uma autonomia que lhe é própria, a limites autodeterminados e a um código próprio. Assim, o que se pretende é descrever o sistema jurídico como um sistema que se auto-observa e se descreve, e, portanto, desenvolve suas próprias teorias, procedendo de modo “construtivista”, ou seja, sem qualquer tentativa de representar o mundo exterior no sistema, servindo de linha mestra, a distinção entre sistema e ambiente<sup>14</sup>.

Vale ressaltar que aludida teoria não descarta a influência do ambiente da sociedade ao sistema do direito, sem que isso se dissolva a unidade do sistema, uma vez que ficam mantidas as operações do próprio sistema, fenômeno este conceituado de “fechamento operativo” do sistema, tanto para o sistema da sociedade como para o sistema legal<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der gesellschaft*, p. 84. Vale observar que Gunther Teubner, ao tratar do problema da interferência sistêmica entre subsistemas autorreferenciais e autopoieticos, afirma que a solução que tenta conciliar fechamento normativo e abertura cognitiva não resolve o problema de regulação do direito, pois, segundo ele, acaba por conduzir as contradições com os pressupostos essenciais da teoria da autopoiese, que postulam que tais sistemas, dentre os quais se inclui o próprio direito, apenas interagem com realidades criadas por eles mesmos. Cf. TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*, p. 169-170. É certo, entretanto, que a abertura cognitiva não altera esse estado de coisas. O fato de o sistema levar em consideração fatos externos não faz com que ele deixe de interagir com realidades criadas por ele mesmo. No que tange especificamente ao âmbito jurídico, isso significa que o direito, ao considerar fatos externos, os constrói internamente como normas. As normas, entretanto, não derivam dos fatos nem os fatos derivam das normas. Isso pode trazer problemas de regulação para o direito; contudo, ao contrário do que afirma Teubner, não parece estar em contradições com os pressupostos da teoria autopoiese. Os sistemas continuam a se reproduzir mediante operações recursivas internas, ocorre apenas que podem considerar fatos externos, que não migram para dentro deles, nem determinam sua reprodução, mas são reconstruídos em seu interior.

<sup>14</sup> Conforme ressalta Luhmann, a rigidez que o código fornece ao sistema no que tange à sua adaptação ao ambiente é contrabalançada pelos programas que, por meio de sua variação, permitem tal adaptação. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 192-193.

<sup>15</sup> “Direito e sociedade são sistemas de sentido que se reproduzem com base em comunicações. Luhmann chama a atenção para o fato de que a relação entre direito e sociedade é ambígua, pois, por um lado, a sociedade seria o entorno do direito e, por outro, todas as operações do direito, por serem baseadas na comunicação, são operações que se efetuam dentro da sociedade. Disso decorre que não há direito fora da sociedade, mas apenas direito na sociedade. Contudo, o direito não se confunde

Aludidas influências do ambiente ou irritações são chamadas por meio do fenômeno de acoplamento estrutural<sup>16</sup>, ou seja, o sistema se comunicará com outro sistema ou com o ambiente.

Apesar das possíveis irritações ao sistema, a teoria da sociedade como sistema de comunicação operativamente fechado é a abordagem teórica mais abrangente e, ao definir o sistema jurídico como subsistema do sistema social, qualquer pretensão à dominância, seja de cunho pragmático, seja estruturalista, pode ser desconsiderada.

Desta forma, diferentemente da abordagem tradicional da sociologia do direito, que demonstra sua relação com a sociologia, sobretudo pelo uso de métodos empíricos e, assim, passa a aplicar teorias sociológicas ao direito, a tese de Luhmann tem como ponto de partida que o sistema jurídico é um subsistema do sistema social<sup>17</sup>.

Entretanto, ele está muito mais preocupado em criar uma tese do direito visando a contribuição a sua teoria da sociedade, distinguindo a sociologia do direito a uma ciência e não ao sistema jurídico<sup>18</sup>.

Não resta dúvida que a teoria criada por Luhmann é muito mais completa e abrangente que as teorias desenvolvidas por Kelsen e Ehrlich, como podemos notar na explicação de que os fatos sociais influenciam no Direito de forma específica, por meio da teoria de sistema desenvolvida pelo autor que, inclusive, permite uma segurança jurídica com a unidade do Direito. Essa influência só ocorre em razão dos conceitos de “acoplamento estrutural” e “irritação” que se encontram condicionados entre si de maneira recíproca. A irritação é uma forma de percepção do sistema. O conceito de irritação não contradiz a tese do fechamento autopoietico, nem nega que o sistema seja determinado por suas próprias estruturas. O problema está em saber

---

com a sociedade. (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Editora Max Limonad. P. 195)

<sup>16</sup> “Pelo o acoplamento estrutural não ocorre a determinação do sistema pelo entorno, mas simples irritação ou perturbação de um pelo outro. (...) que são, elas próprias, construções internas dos sistemas autopoieticos. A partir de tais irritações, aceitando-as ou as rechaçando, de modo que torna possível que o sistema se equilibre e se estabilize de forma adaptativa perante seu entorno. É, portanto, um mecanismo que permite conciliar auto-referência e inter-relação sistêmica.” (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Editora Max Limonad. p. 250)

<sup>17</sup> A sociologia do direito seria uma forma de observação e descrição externa (*Außenbeschreibung*) do sistema jurídico. Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 361. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 16-17

<sup>18</sup> A sociologia do direito não pode ser confundida nem com a teoria do direito nem com a dogmática jurídica. (GONÇALVES, Guilherme Leite e VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Teoria dos sistemas Sociais. Direito e Sociedade na obra de Niklas Luhmann. Editora Saraiva, 2013, p. 151.)

como o sistema é capaz de desenvolver sua capacidade de ser irritado e como ele pode perceber que há algo errado.

É fundamental dizer que o direito se encontra obrigado a realizar, e fazê-lo de maneira eficaz, a sua própria função, e não com a função da economia, caso contrário, os sistemas entrariam em colapso. Já o conceito de acoplamento estrutural permite que as operações econômicas próprias sejam eficazes como irritações do sistema de direito e que as operações jurídicas próprias sejam como irritações do sistema econômico. Mas isso em nada modifica o caráter de fechamento de ambos os sistemas e não altera em nada o fato de que a economia busque lucros ou inversão rentável de capital e que o sistema do direito, sob condições dificultadas pela economia, busque a justiça ou decisões casuísticas suficientemente consistentes.

Certamente o sistema jurídico não pode se isolar dos juízos sociais de valor que são objetos de aceitação generalizada, que provocarão irritações no sistema jurídico, ocasionando uma busca de soluções aparentemente “melhores” para os problemas com base num quadro atual de avaliação perante o ambiente (sociedade).

Assim, é com base nessa linha de evolução da teoria do direito que serão tratadas as limitações das obrigações inseridas na cláusula de não concorrência em contratos civis, para que haja o equilíbrio entre as partes contratantes.

### 2.3 A LIBERDADE E A SUA INFLUÊNCIA NA LIMITAÇÃO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

Chamado de período clássico, na Grécia Antiga, a liberdade era associada ao ato de pensar, de filosofar. A reflexão racional que o homem faz sobre seus desejos. Ser livre era ser mestre de si mesmo, ter domínio sobre suas ações. O homem, ao filosofar, volta-se para si mesmo e, a partir de então, torna-se livre e responsável pela construção da verdade.

Para Sócrates, acreditava que o homem livre é aquele que consegue dominar seus sentimentos, seus pensamentos, a si próprio. Sendo dele a célebre frase: “Conhece-te a ti mesmo”. Já para Platão (427 a.C a 347 a.C.), através do famoso “mito do anel de Giges”<sup>19</sup>, nos esclarece que, o homem é levado pelo desejo de ter sempre

---

<sup>19</sup> “Giges era um pastor a serviço do rei de Lídia. Houve uma grande tempestade e um terremoto fez uma abertura na terra no lugar onde ele estava alimentando seu rebanho. Espantado com a visão, desceu até a abertura, onde, entre outras maravilhas, viu um cavalo oco de bronze, com portas. Giges então se agachou e viu o corpo de um homem com apenas um anel de ouro no dedo. Ele pegou o anel

mais (poder, glória, conforto, prazeres e vantagens, por exemplo) e que é a “Lei” que o reconduzirá ao respeito pela igualdade, pois não agiremos assim de bom grado por natureza, mas somente forçosamente.

Já Aristóteles (384 a.C a 322 a.C), aduz que a liberdade é a capacidade de decidir-se a si mesmo para um determinado agir ou omissão, sem haver coações. Assim, liberdade é o princípio para escolher entre as alternativas possíveis, realizando-se como decisão e ato voluntário.

Na Idade Média, a sociedade era teocêntrica, recebendo forte influência da igreja católica, que pregava que a natureza humana tinha sua vontade determinada por uma natureza superior. Pensadores cristãos buscaram refletir a relação entre liberdade e Deus. A concepção de liberdade tinha a ver com a elevação de espírito, a superação das tentações e dos pecados.

Para Santo Agostinho (354 d.C a 430 d.C), apesar de Deus saber o que vamos fazer, ele não controla as nossas ações. A liberdade seria fruto de uma escolha: o homem é livre porque pode escolher entre o bem e o mal. O livre-arbítrio seria uma dádiva de Deus, mas a ação será legítima se guiada pela fé e pelas leis do Criador. Se ele escolher o bem, certamente encontrará a liberdade. Se sua escolha for o mal, a natureza pecaminosa o distanciará de Deus. Estamos diante do famoso pensamento Neoplatônico que a busca pela verdade, o homem está condenado e só está salvo pela graça divina.

Posteriormente, Martinho Lutero (1483 d.C – 1546 d.C) acreditava que tudo que acontece com o homem é fruto da soberania de Deus, pois ele não apenas conhece o que se passa com os homens, mas também controla a tudo e a todos.

Na Idade Moderna, influenciada pelo Renascimento e pelo Iluminismo, que trouxeram uma nova visão e compreensão da realidade. A visão teológica foi substituída por uma visão racional do indivíduo em sociedade. A liberdade surge como

---

e voltou para a superfície. (...) Com esse anel no dedo, foi assistir à assembleia habitual dos pastores, que se realizava todos os meses, para informar ao rei o estado dos seus rebanhos. Tendo ocupado o seu lugar no meio dos outros, virou sem querer o engaste do anel para o interior da mão; imediatamente se tornou invisível aos seus vizinhos, que falaram dele como se não se encontrasse ali. Assustado, apalpou novamente o anel, virou o engaste para fora e tornou-se visível. Logo em seguida repetiu a experiência, para ver se o anel tinha realmente esse poder; reproduziu-se o mesmo prodígio: virando o engaste para dentro, tomava-se invisível; para fora, visível. Assim que teve certeza, conseguiu juntar-se aos mensageiros que iam conversar com o rei. Chegando ao palácio, seduziu a rainha, conspirou com ela a morte do rei, matou-o e obteve assim o poder. (PLATÃO. A República. São Paulo, Editora Scipione, 2002.)

um direito de cada um, na condição de cada sujeito e sua capacidade de ser dono do próprio destino.

Fundador do racionalismo moderno, o filósofo René Descartes (1596-1650) associa a liberdade ao conceito de livre-arbítrio. O homem é livre na medida em que pode escolher fazer ou não alguma coisa sem ser coagido por força exterior. Na visão cartesiana, a liberdade é o ato de saber avaliar bem e racionalmente todas as alternativas disponíveis antes de tomar uma decisão. Para ele, age com mais liberdade quem melhor compreende as alternativas que precedem a escolha.

Segundo JOHN LOCKE (1632- 1704) acreditava que o Estado se tornaria imprescindível para a criação de leis que regulamentem os direitos naturais dos indivíduos, como o direito à propriedade. “Onde não há lei, não há liberdade”, disse Locke. A sociedade não retira a liberdade dos indivíduos, mas a normatiza. Ele entendia que a liberdade deveria ser garantida por leis promulgadas pelo legislativo, em consenso com a comunidade.

O suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) afirmou que os homens nascem livres e que a liberdade não existe sem igualdade. Não haveria democracia sem a livre circulação de ideias. Ele difundiu o conceito de que a liberdade é um direito e um dever ao mesmo tempo. Para ele, haveria um pacto social para que o indivíduo mantenha sua liberdade. Esse pacto deveria ser fruto da vontade geral. O povo faria parte do processo de elaboração das leis e de cumprimento delas. Seria um ato de liberdade criá-las e obedecê-las.

Os ideais de Rousseau influenciaram a Revolução Francesa em 1789, que fundou a noção dos direitos civis e reconheceu a liberdade como um dos princípios fundamentais da revolução (liberdade, igualdade e fraternidade). O povo, não o rei, deveria ter o verdadeiro poder, o que afrontava o absolutismo vigente na época.

No final do século 19, Karl Marx (1818-1883) criticou a liberdade e sua relação com o capitalismo. Para ele, quando a sociedade é dividida em proletários e capitalistas, as pessoas se tornam meras ferramentas de produção e a atividade produtiva se torna coerção, a vida humana se reduz à mera sobrevivência. É o que ele chama de “necessidade”.

Na Idade Contemporânea, após a Segunda Guerra Mundial, floresce o existencialismo. O filósofo Jean-Paul Sartre (1905-1980) disse: “estamos condenados a ser livres”. Essa frase traz a liberdade como possibilidade única da existência. Ele

entende que somos livres para existir e construímos nosso mundo interior a partir de escolhas. Na concepção de Sartre, o homem está condenado a ser livre. Condenado porque não se criou a si próprio e, no entanto, é livre. E uma vez lançado no mundo, seria responsável por tudo o que fizer. Essa liberdade traria uma angústia: a responsabilidade diante de seus atos e a exclusão das outras possibilidades não escolhidas. Como saber qual é o caminho certo?

O filósofo francês Michel Foucault (1926-1984) acreditava que a dominação e o poder são exercidos em várias direções, cotidianamente, em escala múltipla. As diversas instituições da sociedade (Escolas, a Família, Médicos, a Justiça, entre outros) são responsáveis por indicar aos homens como se comportar.

Em 1948, o escritor inglês George Orwell previu que a sociedade do futuro seria toda vigiada por câmeras. O mundo digital também trouxe a questão das diluições das fronteiras entre o público e o privado na convivência online e o controle das pessoas através de bancos de dados (LGPD), monitoramento de informações e câmeras de vídeo.

Entretanto, ao meu ver, a concepção de Liberdade posta pelo teórico social russo-britânico Isaiah Berlin (1909 - Oxford, a 1997), equilibra de forma mais correta a análise das abusividades na cláusula de não concorrência.

No seu livro Estudos sobre a Humanidade, no capítulo “2 Conceitos de Liberdade”, aborda duas questões primordiais: Obediência e Coerção, sendo que coagir um indivíduo é privá-lo da liberdade. Mas, liberdade de quê?

Para o autor, o significado de liberdade é poroso e, assim, propõe a examinar dois sentidos/acepções centrais. O primeiro sentido político de liberdade é o chamado de negativo: Trata-se da área em que o sujeito, pessoa ou grupo de pessoa é ou deve ter permissão de fazer ou ser o que é capaz de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?

O segundo sentido é chamado de positivo: O que ou quem é a fonte de controle ou interferência capaz de determinar que alguém faça ou seja uma coisa em vez de outra?

As duas perguntas são diferentes, mesmo que as respostas possam coincidir parcialmente. Assim, para liberdade negativa o indivíduo é considerado livre na medida em que nenhuma pessoa ou grupo de pessoas interfiram na minha atividade. Portanto, a liberdade política nesse sentido é simplesmente a área na qual um homem

pode agir sem ser obstruído por outros. Caso haja restrição, então há a coerção. A coerção implica na interferência deliberada de outros seres humanos na área de atuação.

Vale destacar que há diferença de liberdade política e liberdade econômica (escravidão econômica). A liberdade econômica ou, de forma antagônica, a escravidão econômica é se um indivíduo é demasiado pobre para obter algo isento de proibição legal (um pão, uma viagem ao redor do mundo, um recurso aos tribunais), ele é tão pouco livre para conseguir esse intento quanto seria se a lei proibisse sua ação. Assim, tudo depende de uma teoria social e econômica particular sobre as causas da pobreza ou fragilidade.

Conclui-se que há a necessidade de que a área de livre ação dos indivíduos deva ser limitada pela lei, porém deve haver a área mínima de liberdade pessoal que não deve ser violada de modo algum. É preciso traçar uma fronteira entre a área da vida privada e a da autoridade pública. Isto porque, a liberdade para o peixe graúdo significa a morte para o peixe miúdo; a liberdade de um professor de Oxford é algo muito diferente da liberdade para um camponês egípcio ou (minhas palavras) para um professor egípcio.

Outro ponto importante é que a liberdade não é igualdade, equidade, justiça ou cultura. O que não pode haver é a revogação da liberdade individual em prol da liberdade coletiva. Não há princípio para isso, mas pode haver uma compensação dos princípios conflitantes, mas nunca a sua revogação absoluta.

Benjamin Constant<sup>20</sup> declara que, no mínimo, a liberdade de religião, opinião, expressão e propriedade tenha de ser garantida contra uma invasão arbitrária. Mas, de forma absoluta? Qual seria esse mínimo? A maioria dessas liberdades passou a ser prevista nas Constituições Federais.

A defesa da liberdade consiste na meta negativa de evitar a interferência. A concepção clássica da liberdade negativa é de que toda coerção, na medida em que frustra desejos humanos, é ruim a si mesma, ao passo de que a não-interferência, que é o oposto da coerção, é boa em si mesma, embora não seja o único bem.

---

<sup>20</sup> Assim, deve-se preservar um mínimo de liberdade pessoal, se não quisermos “degradar ou negar nossa natureza”. Constant, *Principes de politique*, cap. 1, p. 275 in Benjamin Constante, *De la liberté chez es modernes: écrits politiques*, ed. Marcel Gauchet, Paris, 1980.



Ainda, os indivíduos devem procurar descobrir a verdade. O desejo de não ser coagido, de ser deixado em paz, tem sido uma marca da alta civilização, tanto da parte dos indivíduos como das comunidades. Por fim, a liberdade negativa não é incompatível com alguns tipos de autocracia ou autogoverno, sendo que sua preocupação não é com a sua fonte e, sim, pela sua área de controle. Não havendo uma ligação necessária entre a liberdade individual e a regra democrática.

Já a liberdade positiva temos o seguinte. O sentido da palavra liberdade provém do desejo que o indivíduo nutre de ser seu próprio senhor. Desejo este que a vida e as decisões dependem da própria pessoa, e não de forças externas de qualquer tipo. Assim, a positiva consiste no “eu” real que pode ser concebido como algo mais amplo que o individual, como um conjunto social do qual o indivíduo é um elemento ou aspecto. Devendo buscar sempre a felicidade, o desempenho do dever, a sabedoria, uma sociedade justa e a auto-realização. Deixando de lado o “eu” empírico.

Ocorre que por se tratar de uma subjetividade do que é bom para mim e para os outros, ou seja, a felicidade, o desempenho do dever, a sabedoria, uma sociedade justa, a auto-realização, pode ser diferente para X e para Y.

Entretanto, a liberdade tem que estar fora do alcance dos desejos particulares e ser resistente aos desejos. Por ROUSSEAU, a liberdade é obediência a lei e a lei que prescrevemos a nós mesmos, sendo que nenhum homem é capaz de escravizar a si mesmo<sup>21</sup>.

É por isso que ao mentir aos homens, enganá-los, isto é, usá-los como um meio para meus fins independentemente concebidos, e não para os deles, é com efeito tratá-los como subumanos, comportar-se como se os fins deles fossem menos supremos e sagrados do que os meus.

O único método verdadeiro de alcançar a liberdade é pelo uso da razão crítica, a compreensão do que é necessário e do que é contingente. O desejo de ser livre para viver conforme ordena a vontade racional (meu “eu real”), mas como também livres devem ser os outros. Como evitar a colisão com suas vontades? Onde está a fronteira entre meus direitos e os direitos idênticos dos outros?

Um Estado racional (ou livre) seria um Estado governado por leis que todos os indivíduos racionais aceitariam; isto é, leis que eles próprios teriam decretado se lhes tivessem perguntado o que (como seres racionais) solicitavam. Por isso, as fronteiras

---

<sup>21</sup> Social contract, livro 1, cap. 8, p. 365.

seriam aquelas que os homens racionais considerariam as fronteiras corretas para os seres racionais. Assim, tendo como princípio que duas verdades não podem ser logicamente compatíveis, portanto, uma ordem justa deve possibilitar soluções corretas para todos os possíveis problemas que nela poderiam surgir.

Com isso, podemos citar a passagem de LOCKE que dizia: onde não há lei, não há liberdade, porque a lei racional é uma direção para os interesses próprios de um homem ou para o bem geral. Ou seja, não se pode esperar que as crianças compreendam por que são obrigadas a ir para escola, nem que os ignorantes saibam por que são obrigados a obedecer às leis que farão deles, no futuro, seres racionais.

Aqui, destacamos a necessidade de criação de um artigo de lei no Código Civil acerca das limitações a serem seguidas quando houver a cláusula de não concorrência em contratos civis.

Nesse caminho, o argumento/crítica racionalista é a contraposição entre uma doutrina ética da responsabilidade individual e do aperfeiçoamento individual em relação a um Estado autoritário obediente às diretrizes de uma elite de guardiões platônicos<sup>22</sup>. Ou seja, o triunfo do despotismo é forçar os escravos a se declarar livres. Talvez não seja necessária a força, os escravos podem proclamar sua liberdade com total sinceridade: mas não deixam de ser escravos.

Portanto, a sociedade é livre se for governada por dois princípios inter-relacionados. O primeiro, que nenhum poder pode ser considerado absoluto. O segundo é que há fronteiras traçadas de modo não artificial, dentro das quais os homens devem ser invioláveis, de forma desumana ou insanamente.

Como exemplo dado acima, compelir as crianças a serem educadas e proibir as execuções públicas são certamente freios à liberdade positiva. A justificativa é alegar que a ignorância, uma educação bárbara ou prazeres e emoções cruéis são piores para os indivíduos do que a restrição necessária para reprimi-los. Esse julgamento depende, por sua vez, de como determinamos o bem e o mal, isto é, de nossos valores morais, religiosos, intelectuais e econômicos e estéticos.

Frisa-se, a extensão da liberdade de um homem ou de um povo/classe para escolher a vida desejada deve ser sopesada contra as reivindicações de muitos outros

---

<sup>22</sup> “Até o mais pobre indivíduo da Inglaterra tem uma vida para viver assim como o maior indivíduo.” Thomas Rainborow, falando em Putney em 1647, p. 301, in *The Clarkee papers: selections from the papers of Willaim Clarke*, ed. C. H. Firth, vol. 1, Londres, 1891.

valores, dos quais a igualdade, a justiça, a felicidade, a segurança e a ordem pública são talvez os exemplos mais óbvios.

Por fim, podemos concluir que o mais correto é pelo menos reconhecer o fato de que as metas humanas são muitas e nem todas comensuráveis, e em perpétua rivalidade uma com as outras. Supor que todos os valores possam ser graduados numa única escala é falsificar nosso conhecimento de que os homens são agentes livres. Talvez o ideal da liberdade é de escolher os fins sem reivindicar a validade eterna para eles e para o pluralismo de valores.

Diante de todas as análises feitas pelos famosos filósofos sobre o conceito de liberdade, chegamos em algumas conclusões que passaremos a discorrer.

De fato, no decorrer dos séculos, o debate sobre a definição de liberdade progrediu e nos dias atuais talvez tenha chegado em sua melhor concepção. O debate que ocorre sobre o tema tem no seu âmago a possibilidade de haver uma liberdade absoluta ou uma liberdade restringida pela obediência ou coerção.

Alguns autores defendem uma liberdade absoluta, um estado em que ninguém pode interferir o que meu “eu real” pretende fazer, desde que isso seja moral para mim. Em contrapartida, os autores mais atuais defendem uma liberdade restringida por leis, que deve haver um equilíbrio dos indivíduos perante a sociedade.

Entretanto, o maior embate acerca das eventuais restrições é que aludidas leis devem ser pautadas sobre os olhares da justiça e da mínima dignidade da pessoa humana, sendo que a criação da norma restritiva não pode estar preocupada exclusivamente nos fins de quem as cria.

Neste aspecto, podemos dar como exemplo de correta restrição à liberdade nos casos de obrigações abusivas previstas nas cláusulas de não concorrência, que se faz necessário, em razão da nova ordem econômica.

Portanto, a restrição da liberdade por obediência a uma norma consubstanciada pela dignidade humana e moral é muito diferente de uma coerção que infrinja direitos à liberdade.

Desta forma, para que possamos viver em uma sociedade, na qual o discurso/debate deva ser polarizado e a liberdade deva prevalecer em todos os setores, há a necessidade de criação de algumas restrições do direito à liberdade para que possa aludido direito ter maior alcance para todos os indivíduos que compõe a sociedade.

## 2.4 CENÁRIO DA ECONOMIA MUNDIAL A PARTIR DE 2015

### 2.4.1 No Brasil

Nos anos de 2013 a 2014, o percentual de pessoas com carteira de trabalho assinada no Brasil era algo em torno de 60% da população. A partir de 2015, essa porcentagem somente caiu. Em 2016, havia 35,6 milhões de trabalhadores sem carteira assinada, sendo que, em 2017, o país tinha 37,3 milhões de pessoas trabalhando nestas condições.

O total de trabalhadores informais que exercem alguma atividade remunerada em 2017 representava em torno de 40,8% de toda a população ocupada no país. Ainda, em 2017, 58% das empresas abertas foram prestadoras de serviços, sendo que o comércio e a indústria ficaram em segundo e terceiro lugar, com 31% e 11%, respectivamente.

Dentre as regiões, o Sudeste — que abriga cidades como São Paulo, Rio Janeiro e Belo Horizonte, algumas das principais capitais brasileiras — registrou 48% dos novos empreendimentos em 2017. No mesmo período, as regiões Sul e Nordeste apresentaram 16% e 13%, respectivamente.

Já no mês de janeiro de 2018, na região Sudeste, houve um aumento de 69% na criação de novas companhias em comparação ao mês de dezembro de 2017, com prestadores de serviços ainda em evidência - 64%, seguido do comércio (25%) e indústria (11%).

Vale destacar que são consideradas atividades de serviços os transportes, comércio, limpeza, alimentação, telemarketing, hospedagem e beleza, sendo que aludido segmento é o de maior peso na economia brasileira, respondendo por cerca de 70% do PIB – Produto Interno Bruto.

Ocorre que em razão da crise no Brasil, houve uma modificação na forma da contratação, conforme podemos tomar como base a lei de terceirização. Muitas empresas utilizam a lei de terceirização, sancionada pelo presidente Michel Temer em 31 de março de 2017, para o crescimento e desenvolvimento das suas atividades, sendo tal movimento uma tendência mundial.

A referida legislação estabelece critérios para esse tipo de contratação. As pessoas perderam o medo de terceirizar, posto que antes não faziam isso porque tinham receios de gerar vínculos trabalhistas e encararem medidas judiciais.

Por exemplo, há relatos que, uma empresa que oferece serviços de telemarketing e de consultoria, chegou a ter apenas 10 funcionários durante o período mais forte da crise, em 2015. Hoje, está com 112, graças aos novos contratos na forma de terceirização.

Em razão de aludida lei houve um leve aumento no volume de trabalhos, aproximadamente 1,4% no número de trabalhadores informais. Considerando somente os empregos com carteira assinada, a expansão no segmento foi de apenas 0,2% no segundo trimestre (2018), de acordo com números do Ministério do Trabalho filtrados pela CNS.

#### **2.4.2 No mundo**

Essa nova forma de relação de trabalho não foi algo particular no Brasil, ocorreu no mundo todo, com exceção de alguns países que já tinham sofrido tal recessão em anos anteriores.

As condições da justiça laboral chilenas são bem parecidas com a do Brasil e o contexto atual também, visto que as leis do trabalho chilenas passaram por mudanças recentes. Alterada em 2014 pela presidente Michelle Bachelet, mas entrando em vigência apenas em 1º de abril de 2017. Portugal, Espanha, França e Itália passaram por profunda flexibilização do mercado do trabalho, alegando que isso é essencial para evitar ainda mais desemprego em meio à deterioração econômica<sup>23</sup>.

Na Alemanha, as leis de flexibilidade no trabalho que permitiram o país a superar a crise econômica inspiraram algumas medidas da reforma trabalhista brasileira. Por lá, o cidadão pode ter diferentes tipos de contratos com seu empregador, como ser contratado por hora, para determinados dias ou por um tempo pré-estabelecido. Destaca-se que em 2018 a taxa de desemprego na Alemanha era de 4,3%, sendo que na França era algo em torno de 10%.

---

<sup>23</sup> <https://www.politize.com.br/direitos-trabalhistas-no-mundo/>: É preciso modernizar e acompanhar os novos paradigmas econômico.

Nos Estados Unidos, o espaço é mais aberto para negociações individuais, muito embora exista uma legislação federal específica que legisla sobre os padrões mínimos do trabalho. Esses padrões mínimos são infinitamente menores do que os dispostos pela nossa Consolidação de Leis Trabalhistas.

Teoricamente, a China concede diversos direitos a seus trabalhadores, mas não há fiscalização, nem pelos órgãos internacionais. Na China, os empregados têm apenas 5 dias de férias por ano.

Todas essas modificações implicam diretamente nos direitos pessoais, cívicos, políticos, econômicos e sociais dos cidadãos. Na União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais foi incorporado em seu artigo 15 a liberdade profissional e direito de trabalhar.

### **2.4.3 Pandemia da COVID-19 (SARS-CoV-2)**

A partir de 2019, com as pequenas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho que criaram novas formas de contratação, a economia voltou a reagir com o crescimento do mercado econômico na maioria dos países, inclusive, no Brasil.

Houve a criação de mais empresas de pequeno porte, mais e-commerces diante do crescimento das vendas on-line, e tornou-se mais fácil a contratação de parceiros na esfera civil, com a consequente circulação de riquezas na sociedade.

Todo este cenário facilitou o dia a dia dos empresários e demais parceiros quando sobreveio a crise de 2020, em razão da Pandemia da COVID-19 (SARS-CoV-2).

Isto porque, no auge da Pandemia, houve a restrição de circulação de pessoas e da abertura do comércio em geral, para que fosse controlada a disseminação do vírus. Todavia, em razão das novas modalidades de contratação e parcerias, apesar do mercado ter sido gravemente afetado pelas aludidas restrições, tornou-se um pouco mais brando o impacto da crise.

Sem dúvida houve inúmeras empresas fechadas em razão dos impactos econômicos da Pandemia da COVID-19, mas em outra via, as empresas e pequenos negócios que já estavam mais adaptados ao trabalho remoto e à venda on-line, conseguiram sobreviver e se manter no mercado.

Podemos citar como exemplo a terceirização, tendo em vista que diante dessa modalidade muitas empresas terceirizadas conseguiram manter a sua parceria mediante o trabalho remoto e a assistência física suspensa até a abertura do comércio.

Outro exemplo seria com as próprias domésticas (residenciais ou comerciais) que passaram a ser contratadas somente uma única vez por semana.

Apesar das consequências imensuráveis de aludida Pandemia, em razão das mudanças e alterações nos anos anteriores foi possível uma pequena manutenção das empresas, comércios e trabalho.

## 2.5 CONSEQUÊNCIAS DA NOVA FORMA DE CONTRATAÇÃO

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi aprovada em 1943, sendo uma compilação de todas as leis já existentes sobre a regulamentação das relações de trabalho.

Entretanto, em meados de 2017, a CLT teve inúmeras modificações em seus artigos, sofrendo críticas por infringir alguns direitos trabalhistas conquistados e elogios por flexibilizar a relação de trabalho.

Vale destacar que a maioria dos direitos fundamentais protegidos pela CLT não foram atingidos. Até porque são direitos de extrema importância aos empregados e que foram conquistados lentamente ao longo de muitos anos. Um exemplo disso é a promulgação da lei que garante o repouso semanal remunerado no ano de 1949 e a do seguro-desemprego no ano de 1990. A legislação trabalhista vai além e visa garantir os direitos humanos dos trabalhadores.

O direito ao trabalho também foi externado na Constituição Federal de 1988, no Título II, denominado os Direitos e Garantias Fundamentais, sendo reconhecido como um Direito Social. A Constituição Brasileira designa o trabalho como um direito social fundamental (artigo 6º) e fundamento da ordem econômica (artigo 170), afirmando o primado do trabalho como base da ordem social (artigo 193).

Ainda, a Resolução nº 34/46, de 1979, da Assembleia Geral da ONU, enuncia claramente que: "a fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho".

Vale destacar que há diferença na definição da relação de trabalho e relação de emprego. A relação de trabalho ocorre quando algum dos requisitos do artigo 3º da CLT não é preenchido, ou seja, basta que um, e apenas um, daqueles critérios não seja suprido para que tenhamos uma relação de trabalho.

A relação de emprego ocorre quando estão presentes os requisitos do artigo 3º da CLT, ou seja, temos uma relação de emprego quando há a prestação de serviços de natureza não eventual ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Destaca-se que a prestação de serviços tem que ser *intuitu personae*, ou seja, apenas aquela pessoa pode fazer, sendo a mesma insubstituível para aquela tarefa.

Se a prestação dos serviços é eventual, temos a relação de trabalho. E diante das novas mudanças globais na economia é a relação de trabalho que está aumentando em todo o país e assegurando o Direito ao Trabalho a todos.

Notoriamente, em situações de crises, sempre há uma evolução ou retrocesso. Ocorre que, atualmente, com as tecnologias que temos, os indivíduos estão sendo trocados pelas máquinas, não havendo mais sentido o trabalho ser somente com base na relação empregatícia.

Com essa mudança no mercado de trabalho, com o objetivo de superar a crise e garantir aos indivíduos o direito de trabalhar, surge então uma modalidade diferente da relação empregatícia movida pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

Por exemplo, a lei de terceirização, que prevê contratos civis entre empresas, e a Lei Complementar nº 150/15 (conhecida como Lei das domésticas). A famosa lei das domésticas dispõe que somente serão empregadas se trabalharem por mais de 2 dias, ou seja, menos de 2 dias são prestadoras de serviços<sup>24</sup>.

Por consequência da aludida forma de trabalho, surgem algumas problemáticas, como por exemplo: abusividades na cláusula de não concorrência.

O tema desta dissertação tem como base essas novas formas de contratação, que geram contratos civis e relação de trabalho. A questão envolve a cláusula de não concorrência que, em sua maioria, pode ser vista em contratos de prestação de serviços pactuados entre empresas.

O seu significado é que a contratada não poderá prestar serviços a outras empresas que são ligadas à contratante por um período determinado após o término do contrato.

---

<sup>24</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm)



Como exemplo há o contrato de prestação de serviços, mas a inclusão de tal cláusula também é comum em contratos de representação comercial, de gestão, de empreitada, entre outros.

Ocorre que é muito comum a existência de abusividades quando da elaboração da cláusula de não concorrência, justamente por não haver legislação específica, sendo uma forma de restringir o direito de liberdade ao trabalho, afetando o direito da personalidade da pessoa física ou jurídica.

Destaca-se que o direito à personalidade não se restringe à pessoa física. Isto porque “pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Já “sujeito de direito” é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial<sup>25</sup>.

Além das pessoas físicas ou naturais, são reconhecidos como sujeito de direito entidades abstratas, criadas pelo homem, às quais se atribui personalidade. São as denominadas pessoas jurídicas, que assim como as pessoas físicas, são criações do direito<sup>26</sup>.

Pode-se então conceituar pessoa jurídica como sendo “a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações<sup>27</sup>.”

Assim, de fato as pessoas jurídicas não poderiam ficar de fora dos direitos relacionados à personalidade, posto que os titulares destas pessoas jurídicas são indivíduos que possuem direitos e obrigações.

Desta feita, havendo abusividades nas cláusulas de não concorrência que restrinjam o desenvolvimento do trabalho da empresa e seus sócios, também refletirão no direito da personalidade da pessoa jurídica.

### **3 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS: UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA À LUZ DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA**

---

<sup>25</sup> MARIA HELENA DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro. V.1, 18 ed, Saraiva: São Paulo, 2002, p.116.

<sup>26</sup> PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado (atual. Por Wilson Rodrigues Alves), Bookseller, 1999, (pág.345)

<sup>27</sup> MARIA HELENA DINIZ, Curso de Direito Civil Brasileiro. V.1, 18 ed, Saraiva: São Paulo, 2002. p.206.

Por muitos séculos, o direito privado permaneceu inerte quanto ao sistematizar regras sobre as atividades entre os entes privados. No curso da história, por muitas razões a dicotomia entre o direito público e o privado foi sendo relativizada, o que motivou o surgimento de inúmeros estudos sobre um novo papel a cada um desses ramos do direito.

Nessa seara, surgiu o direito civil constitucional, que altera o enfoque do estudo do direito privado centralizado única e exclusivamente no Código Civil, passando a ter como fonte de encontro direto a Constituição Federal, e que terá especial importância na sua interpretação e desenvolvimento<sup>28</sup>, inclusive, para compreender os limites das obrigações pactuadas dentro da cláusula de não concorrência.

Em um passado recente houve inúmeras indagações acerca da pertinência de uma configuração autônoma do direito privado (e do próprio direito civil), exatamente pela preeminência do Texto Constitucional no sistema jurídico e pelo fenômeno da publicização. Ocorre que, em razão do agrupamento de inúmeros preceitos constitucionais pelo Código de 2002, há um ponto de interrogação do próprio caminho do direito civil constitucional.

Como ressalta J. J. Canotilho<sup>29</sup>, esses estudos, por vezes, denotam logo a matriz constitucionalista ou civilista dos seus autores. Uns falam com arrogância sobre civilização do direito constitucional e outros respondem de igual modo da constitucionalização do direito civil.

Entretanto, apesar das inúmeras críticas, o direito civil constitucional serve de extrema importância para a vertente metodológica indispensável para a interpretação e aplicação das cláusulas contratuais.

### 3.1 O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PRIVADO

---

<sup>28</sup> LARENZ, Karl. Derecho Civil – Parte General. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. P. 96-97.

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 20003. P. 339.

O direito civil constitucional é um instituto do mundo moderno, já que a incidência direta do Texto Constitucional no direito privado nem sempre foi aceita no curso da História. Desde os primórdios dos ordenamentos era o direito privado quem fundamentava e dava subsídios teóricos para a estruturação dos Estados políticos. Mas foi o liberalismo, que formalmente reconhecia todos os seres humanos como universalmente iguais, o responsável pelo fato de que, no campo jurídico, a Constituição e direito privado (Código Civil) caminharam durante um longo período paralelamente, como mundos que não se tocavam senão sob o aspecto formal.

A História do fenômeno da constitucionalização do direito privado não pode ser contada sem referência da Alemanha. Konrad Hesse<sup>30</sup> narra que naquele país, desde o advento da Constituição de Weimar, de 1919, importantes modificações foram sentidas na relação entre o direito privado e o direito constitucional. Se antes o direito privado servia de fonte para o direito político, e as barreiras entre direito privado e Constituição eram intransponíveis, o sentido de incidência dessa relação foi alterado nesse período e assim permanece até hoje.

A primeira parte da Constituição da Alemanha descrevia a estrutura política e as tarefas do Reich (competência legislativa da Câmara Federal para legislar sobre o direito civil, por exemplo), mas pela primeira vez trazia importantes matérias na sua segunda parte: previu, naquela época, os direitos e as obrigações fundamentais dos alemães, em especial o alcance e a eficácia das garantias dos institutos privados.

A propriedade, o matrimônio, a família, a garantia constitucional da liberdade contratual no tráfico econômico – até então considerados apenas preceitos programáticos, vieram pela primeira vez estatuídos na Constituição. Mas o importante é que, também pela primeira vez, uma Constituição trouxe ao seu bojo normas de direito privado. Assim, desde a Constituição de Weimar, a norma constitucional deixou de ser fonte exclusiva de direito público (que regula forma de governo, sistema federativa, organização estatal, etc.) para prever também outras funções, como as relações entre os particulares.

Com o advento da Lei Fundamental da Alemanha, a primazia da Constituição sobre as leis finalmente é reconhecida. Todavia, os fundamentos do direito privado não são mais considerados intocáveis. Os direitos fundamentais, expressos pela Lei

---

<sup>30</sup> HESSE, Konrad. Derecho constitucional y derecho Privado. p. 48.

Fundamental (que agora traz em um dos seus artigos a primazia da Constituição), passam a ser imediatamente aplicáveis<sup>31</sup>.

A Lei Fundamental alemã, ao prever toda uma seção de direitos fundamentais (inclusive com limitações e garantias aos institutos de direito privado), passa a incidir em todos os âmbitos do Direito, mas em especial sobre o direito privado, sendo que nenhuma prescrição jurídico-civil poderá estar em contradição com aqueles direitos fundamentais, tendo de ser interpretados segundo seu espírito.

Para garantir a aplicação do direito privado, o papel da Constituição é de fundamental importância, sendo o degrau mais alto do ordenamento jurídico. Todas as disposições devem a ela se sujeitar e respeitá-la. Dessa forma, as constituições da segunda metade do século XX deixam de ser documentos meramente programáticos ou políticos para se tornarem aplicáveis, direta e automaticamente.

Após a Segunda Guerra Mundial, inúmeros países incorporaram em suas constituições direitos fundamentais. Dentre esses, inúmeros preceitos que eram até então conhecidos como institutos tipicamente privados e em razão dessas inovações constitucionais, e por causa das diferenças de datas, tornou-se necessário que todo o direito privado fosse lido não mais como antigamente, mas de maneira diferenciada. Inclusive, muitas matérias relativas à pessoa humana ascenderam, nesse período, ao degrau Constitucional, sendo necessário, portanto, uma ampla reforma de concepção de direito privado, bem como toda uma reestruturação dos códigos civis.

Diante desse descompasso, os estudiosos do direito privado se viram obrigados a uma nova empreitada, a um novo estudo, que muitos autores em diversas partes do mundo chamaram de direito civil constitucional, pregando a inteligência do direito civil e do direito privado, tendo como centro não mais o Código, mas a Constituição dos respectivos países.

O fenômeno da constitucionalização do direito privado pode ser visto sob dois enfoques. No primeiro, trata-se apenas da descrição do fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.) passaram a ser disciplinados também nas constituições contemporâneas. Numa segunda acepção, implica analisar as consequências, no âmbito do direito privado, de

---

<sup>31</sup> HESSE, Konrad. Derecho constitucional y derecho privado. p. 65.

determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais, individuais e sociais<sup>32</sup>.

Para o catedrático da Universidade de Oviedo, o direito civil constitucional apresenta-se não como uma parte do direito civil, mas como infra-estrutura do mesmo, contribuindo para superar o fracionamento do saber jurídico, bem como de alguns efeitos nocivos e secundários da dicotomia entre o direito público e direito privado, ressaltando a superioridade do ordenamento<sup>33</sup>.

Da mesma forma dos diversos países do mundo, a Constituição brasileira de 1988 passou a disciplinar diretamente matérias que até então tinham exclusivo tratamento pela lei ordinária, muito particularmente por referir a matéria até então objeto de regulação exclusiva do Código Civil de 1916. Pela primeira vez em nosso ordenamento, uma Constituição da República trata, logo em sua primeira parte, em seus primeiros títulos, dos chamados Princípios Fundamentais e dos Direitos e Garantias Fundamentais, deixando as normas de organização político-estruturais em segundo plano.

Não é por mera coincidência que os direitos individuais, quando previstos nas Constituições Brasileiras, vieram tratados somente nos artigos finais do texto, sendo que somente em 1988 esses dispositivos foram antepostos aos artigos de estruturação do Estado em um evidente atestado ideológico, mostrando que os direitos do ser humano não podem mais ser relegados ao segundo plano.

Embora esse fato pareça algo irrelevante, os novos estudos da civilística moderna não trataram tal dado como mero detalhe formal, mas como uma evidência ideológica solidificada pelo constituinte originário, momento em que deixou claro que os princípios fundamentais e os direitos inerentes à pessoa humana deverão ser sempre antepostos (e nunca pospostos) às demais regras constitucionais, precedendo às regras de organização do próprio Estado.

Cumprе relembrar o que expõe Pensovecchio Li Basi<sup>34</sup>, catedrático da Universidade de Milão, que o intérprete não deve esquecer que a Constituição contempla as opções fundamentais de um dado sistema jurídico, devendo o intérprete

---

<sup>32</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões históricas-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. Ins: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 22.

<sup>33</sup> FLORES-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El derecho civil constitucional*. p. 178-179

<sup>34</sup> LI BASI, Pensovecchio. *L'interpretazione delle Norme Costituzionali*. Milão: Giuffrè, 1972. p. 62.

atentar cuidadosamente para os valores políticos consagrados nos princípios fundamentais nela esposados.

Mesmo com muita resistência, a doutrina passou a aceitar a mudança de enfoque do direito privado. O Código Civil deixa de ser o centro, passando para a Constituição a condição de fonte propulsora de informações, sendo que os principais institutos do direito privado (agora elevados ao status constitucional) deveriam ser revisitados para a perfeita e adequada harmonização.

Se o código se mostrava incapaz de informar, com os princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o Texto Constitucional poderia fazê-lo, já que o constituinte, como foi dito, interveio (por meio de princípios e normas) nas relações de direito privado, determinando os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais, recuperando-se, assim, o universo desfeito, reunificando o sistema.

O direito privado pós-Constituição de 1988 passa a se desenvolver segundo os critérios e princípios que a Constituição estatui. Não há dúvidas de que a missão do direito civil (e mais amplamente do direito privado) reside na homologação ou na concordância com os novos princípios constitucionais, o que não significava, todavia, que seu futuro está em xeque ou, muito menos, que a Constituição bastará para regular as relações jurídico-privadas. O que passou despercebido é que, nesse contexto, o direito privado ganha força e uma vital capacidade renovadora dentro do ordenamento, pelo que não poderá ser desconsiderado.

### **3.1.1 O código civil brasileiro e o direito civil constitucional**

Parece óbvio que a Constituição, em razão da preeminência hierárquica, sempre incidirá sobre toda a legislação infraconstitucional, sob todo o ordenamento jurídico nacional, bem como continuará sendo o feixe orientador, incidindo sobre as relações privadas e tutelando os valores fundamentais.

Por sua vez, o Código Civil de 2002, por suas próprias raízes metodológicas e filosóficas (eticidade, sociabilidade, operabilidade, atividade<sup>35</sup>), não tem objetivo de ser um Código fechado. É um Código que está imbuído daquilo que o professor Migueal

---

<sup>35</sup> Este quarto princípio é acrescentado por RENAN LOTUFO.

Reale achou por bem nomear de princípio da socialidade, que significa que todos os valores do Código encontram um balanço entre o valor do indivíduo e valor da sociedade. Não exacerba o social e, ao mesmo tempo, procura, em todas as regras, não exacerbar o individualismo. Perfeitamente aplicável no caso de cláusula de não concorrência.

A socialidade, a despatrimonialização do direito privado e o ideal de justiça social não nasceram com o CC/2002, mas dos fundamentos da República Federativa do Brasil estabelecidos no Texto Constitucional. Se hoje o Código traz em seu bojo inúmeros preceitos que também são encontrados na Constituição, nunca é demais lembrar que muitos desses só foram incorporados depois de um processo de adaptação do então Projeto de Código ao sistema constitucional vigente<sup>36</sup>. Não se quer aqui desqualificar o papel do Código Civil na vida dos cidadãos comuns. É bem verdade que um Código, tal como o vigente, apenas favorece a realização dos preceitos constitucionais, servindo as cláusulas gerais de porta de entrada para os valores constitucionais dispostos no ordenamento. Tudo isso, porém, não quer dizer que o Código voltará a ser o centro do direito privado, eis que sempre deverá estar em conformidade com o Texto Constitucional. Daí a revitalização da importância do estudo do direito civil constitucional, que deverá continuar fazendo a ligação entre a previsão normativa privada e a previsão constitucional.

A codificação, por mais que contenha cláusulas gerais ou que tenha intenções louváveis, jamais será suficiente para a completa adequação do direito à realidade social e a realidade normativa.

Para Judith Martins-Costa<sup>37</sup>, os códigos civis elaborados da segunda metade do século XX em diante já não têm a pretensão de plenitude legislativa, são mais modestos em relação aos seus congêneres oitocentistas. Segundo a professora da

---

<sup>36</sup> Na fase final de tramitação do então Projeto do Código Civil, em razão do *descompasso* entre algumas regras do projeto e o Texto Constitucional o Congresso brasileiro editou, em 28 de janeiro de 2000, que deu a seguinte redação ao artigo 139-A, §1º de 1970-CN: “O relator do projeto na Casa em que se finalizar a sua tramitação no Congresso Nacional, antes de apresentar perante a Comissão respectiva seu parecer, encaminhará ao Presidente da Casa, relatório apontando as alterações necessárias para atualizar o texto do projeto em face das alterações legais aprovadas durante o curso de sua tramitação”. De maneira jamais vista no ordenamento jurídico brasileiro, foi conferido ao relator geral do Projeto do Código Civil a competência para fazer a adaptação constitucional da redação final do que já estava aprovado, portanto, submetido efetivamente ao devido processo legislativo. Se houvesse algum conflito com a Constituição de 1988, poderia o relator fazer a adaptação do texto do projeto do Código Civil.

<sup>37</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. p. 77.

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), a finalidade, hoje, de um Código Civil, é menos regulativa e mais ordenatória, no sentido de pôr ordem, ordenar as relações interprivadas segundo certas técnicas e valores postos como diretrizes, garantias e direitos fundamentais pela Constituição, sendo que as características culturalistas do Código Civil de 2002, em vez de representar o retorno à posição de supremacia como no século XVIII, deverá apenas servir para viabilizar a incessante comunicação e complementaridade intertextual com a Constituição e com os direitos fundamentais.

Assim, mesmo com a codificação, o direito civil constitucional mantém seu papel fundamental de correlação da nova normativa com os direitos fundamentais previstos na Constituição. Deve ser estudado como um sistema jurídico articulado, que contém e limita, outrossim, a extensão das normas públicas. Mesmo diante das inúmeras evoluções trazidas pelo Código Civil de 2002, o estudo do direito civil constitucional mantém a vital importância para que a ligação entre os direitos fundamentais e o Texto Constitucional seja feita de forma harmoniosa, atuando para o preenchimento das cláusulas gerais e servindo de norte para a aplicação das normas de direito privado.

Portanto, não é possível principiar discorrer sobre a cláusula de não concorrência sem partir da Constituição Federal, pois esta modificou completamente o alcance dos conceitos usuais e o direito civil, como exercício metodológico, permitindo o constante renovar dos institutos típicos de direito privado.

### **3.1.2 Direito público e privado**

Feito essa análise sobre o direito constitucional civil, entende-se necessário abordar alguns aspectos do direito público e privado. Para Hannah Arendt<sup>38</sup>, a separação entre as esferas pública e privada caracteriza-se na cultura da Antiguidade de forma peculiar. A esfera privada compreendia o reino da necessidade da atividade humana, cujo objetivo era atender as exigências da própria condição animal do homem, como exemplo: alimentar-se, repousar, procriar. Estas necessidades coagem o homem e o obriga exercer um tipo de atividade para sobreviver. Com isso a palavra

---

<sup>38</sup> ARENDT, Hannah. A condição humana. São Paulo: Forense/Edusp, 1981. P. 31.



“privado” teria um sentido de *privus*, ou seja, do que é próprio, daquele âmbito em que o homem, submetido às necessidades da natureza, buscava sua utilidade nos meios de sobrevivência. Nesse espaço, não havia liberdade, pois todos, inclusive os senhores, estavam sob a coação da necessidade.

A libertação dessa necessidade era privilégio de alguns: no curso da história, percebe-se que apenas os cidadãos (*civis*) exerciam suas atividades no âmbito da polis. Individualmente, na Grécia Antiga, reunidos com os iguais, participavam intensamente das grandes decisões envolvendo os interesses da comunidade, havendo nessa época a interpenetração do público e do privado. Já em Roma, essas duas esferas são nitidamente separadas, posto que havia pouca participação direta dos cidadãos enquanto tais na esfera pública<sup>39</sup>.

Na idade média, em razão da primazia da propriedade imobiliária sobre os demais institutos e da total fragmentação das formações sociais, houve absorção do público pelo privado, sendo que neste período, os senhores feudais exerciam verdadeira função pública sobre os habitantes de seus feudos, estabelecendo regras cogentes, impondo e arrecadando tributos, julgando seus servos e executando as suas decisões.

No século XVIII, ocorre a mais intensa divisão entre o que é público e privado. O direito público passa a ser visto como ramo do direito que disciplina as atividades do Estado, sua estruturação e seu funcionamento, ao passo que o direito privado busca a regulamentação, as relações entre os entes privados, que passa a ter todo o seu arcabouço normativo nas grandes codificações. O direito privado ganha autonomia no momento das grandes codificações civis, cujo marco, sem qualquer sombra de dúvida, foi a Revolução Francesa. A Revolução Francesa tem como principal bandeira o rompimento com a monarquia e a nobreza, com o clero e, além disso, é contra a magistratura francesa.

Para Renan Lotufo, o povo não mais aceitava que o direito favorecesse só a nobreza, porque, inexistindo um sistema de legislação nacional, os juizes, sendo locais, sofriam a influência do seu meio e decidiam no mais das vezes de acordo com

---

<sup>39</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direito fundamentais e direito privado*. P. 16

a praxe e o costume, evidentemente favoráveis aos status quo então vigente na França<sup>40</sup>.

Uma das razões que motivou a Revolução Francesa, e também a Revolução Americana ocorrida no último quarto do século XVIII, foi a total aversão à intervenção do Estado nas relações entre os particulares, principalmente nas relações econômicas. Vale registrar que a Revolução Francesa insurgiu contra o Estado Absolutista, no qual todo o poder estava concentrado nas mãos do soberano, e a nobreza gozava de inúmeros benefícios em detrimento do restante da sociedade. Ainda, no que toca ao movimento americano, com a conquista da independência, com a Declaração de Direitos da Virgínia e a Constituição Norte-americana consagraram como direito fundamental daquele povo a liberdade.

No caso da França, a Constituição Francesa de três de setembro de 1791 determinou que se elaborassem as novas leis, e essas deveriam vigor em todo o território nacional. Daí partiu-se para o trabalho de codificação, sendo que, após tentativas frustradas, finalmente com Napoleão no poder, foi promulgado o Código Civil Francês.

A partir desse momento histórico, as demais legislações foram postas de lado. Toda a França e também as nações vizinhas passaram a tomar como base no Código Civil francês, que refletiu em seu texto os princípios da Revolução, quais sejam: liberdade, fraternidade e igualdade. Não obstante, focalizou em dois outros valores fundamentais: propriedade e contrato. Isto porque, o ideal revolucionário burguês de “garantir propriedade a todos” era realizado por meio de contrato. Assim, toda dogmática contratual foi construída, naquele período, tendo como premissa a plena liberdade de contratar.

Diante disso, a liberdade era entendida como algo inato a todo ser humano, livre para contratar como e com quem quiser<sup>41</sup>. O direito privado passou a ser o centro dos interesses exatamente por representar o expurgo do Estado Absoluto.

---

<sup>40</sup> LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. P. 22.

<sup>41</sup> LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*. p. 22-23

As legislações surgiram por toda a Europa. Na Alemanha, o BGB (Bürgerliches Gesetzbuch<sup>42</sup>) nasceu para buscar a unificação do povo e da nação. O direito privado se emancipava e era visto como autêntico baluarte da liberdade burguesa, relegando o direito constitucional a um segundo plano.

Naquele tempo, o direito constitucional (ou outra manifestação do direito público) não exercia qualquer influência sobre o direito privado, mas este, ao contrário, tinha notável influência sobre o direito constitucional. Os recursos aos conceitos do direito privado eram indispensáveis para a formação do chamado direito constitucional, que estava mais próximo de um direito político.

Até neste ponto o individualismo é o valor a ser prestigiado, como reação natural ao período estamental que caracterizou a era medieval, em que o valor do indivíduo estava ligado não as suas características e seus méritos pessoais, mas ao estamento social em que estava integrado. Enquanto a liberdade dos antigos permitia ao cidadão intervir no espaço público, a liberdade, nessa época, significava a livre movimentação no espaço econômico-privado.

A ideologia individualista do período pós-Revolução Francesa é bem explicada por Fábio Konder Comparato<sup>43</sup>:

[...] revolução, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra, ao destruir os estamentos e abolir as corporações, acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo. Em lugar do solidarismo desigual e forçado dos estamentos e das corporações de ofícios, criou-se a liberdade individual fundada na vontade, da mesma forma que a filosofia moderna substituiu a tirania da tradição pela liberdade da razão.

Essas revoluções culminaram no estrondoso crescimento do comércio e da atividade industrial, que resultou no período do liberalismo econômico, tão bem ilustrado na célebre expressão *laissez faire et laissez passer, le monde va de*

---

<sup>42</sup> GRAN WIEACKER: “O positivismo da ciência jurídica do século XIX tinha, com a formação de um sistema fechado de direito privado e de uma teoria geral do direito civil, não apenas imposto pela primeira vez no direito positivo as exigências metodológicas do jusracionalismo, mas tinha ao mesmo tempo exprimido do ponto de vista espiritual a imagem jurídica da sociedade civil de seu tempo. O direito privado e a teoria geral do direito civil tornaram-se assim em modelos mesmo para as restantes disciplinas da ciência jurídica, nomeadamente para o direito penal e para o direito político.” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 628.

<sup>43</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 128.

*luimême*, que orientou François Quesnay<sup>44</sup> e os fisiocratas franceses do século XVIII a guindarem a não interferência do Estado como princípio basilar da economia.

Assim, o intervencionismo estatal deveria ser mínimo. O papel do Estado, segundo Adam Smith<sup>45</sup>, seria o de apenas interferir para evitar a injustiça e a opressão, em prol do professor da educação e da proteção da saúde pública, e para a manutenção de empresas necessárias, que nunca seriam instaladas pelo capital particular.

Desta forma, no século XIX, o direito privado teve como premissas o individualismo e o patrimonialismo, sendo a propriedade privada e a liberdade contratual símbolos fundamentais dos direitos de igualdade e liberdade dos cidadãos.

O Brasil também foi influenciado pelo contexto mundial, favorecendo o desenvolvimento e a emancipação do estudo do direito privado na sua ordem interna. O Código Civil de 1916 nasceu com suas raízes nas doutrinas individualista e voluntarista que, incorporadas pelas codificações do século XIX, inspirou o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu nosso Código. Naquela altura, o valor fundamental era a vontade individual.

O Código Civil brasileiro de 1916, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado, conforme aduz Gustavo Tepedino<sup>46</sup>. De fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-se contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. O Código almeja completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular.

O Código Civil, do ponto de vista formal, deveria prever a atuação dos sujeitos de direito (contratante e proprietário), que nada mais queriam senão aniquilar os

---

<sup>44</sup> Segundo EDWARD McNALL BURNS, a ideia do *laissez faire* compreendia noções como a santidade da propriedade e os direitos do livre contrato e da livre produção. Constituíam-se na ideia de libertar a atividade econômica das restrições sufocantes até então impostas pelo Estado. BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*. 3. ed. São Paulo: Ed. Globo, 1955. V. 2. p. 595.

<sup>45</sup> BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*. p. 596.

<sup>46</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 2-3.

privilégios feudais. Como já mencionado, até então não havia interferência do direito público no direito privado, assumindo o Código Civil brasileiro o papel de estatuto singular e monopolizador das relações privadas.

Não há dúvida nenhuma que a cultura francesa exerceu marcante influência em nosso país, sendo corrente o ensino da língua francesa nos cursos secundários e superiores. Essa influência, no campo do direito, fez com que sofrêssemos forte influência da escola da exegese, que leva o Código Civil ao centro das relações privadas<sup>47</sup>.

Durante o período que antecedeu a Constituição de 1988, pode se afirmar que no Brasil o direito privado estava imbuído por essa filosofia patrimonialista e individualista, tendo como único foco de incidência o Código Civil até então vigente. Todo o direito de família, por exemplo, estava centrado única e exclusivamente na figura do casamento, voltado em grande parte às questões patrimoniais daquele tipo de família reconhecida. A propriedade, por sua vez, era considerada um direito pleno, sendo definida como uma relação de dominação da pessoa sobre o bem, sem intermediários, sob o prisma do direito subjetivo. O direito de contratar estava sob a égide da autonomia da vontade, sendo que as partes estavam livres para contratar, sendo vedada qualquer interferência estatal sobre esse direito individual. Ou seja, eventuais abusos de direito em cláusulas contratuais eram supostamente permitidos em razão da autonomia da vontade.

Mas a estabilidade e a segurança, retratadas pelo Código Civil de 1916, entraram em declínio na Europa na segunda metade do século XIX (Revolução Industrial), declínio intensificado com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, tornando-se inevitável a necessidade de uma intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia, o que forçou o legislador na edição de leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes, com o intuito de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas que, de certa forma, representavam as situações de iniquidade que a Revolução Francesa procurava exterminar, ou pelo menos disfarçava a sua intenção.

A partir desse momento, a legislação codificada apresenta sinais de esgotamento, com crise em seu instrumental teórico, sendo visível a vocação

---

<sup>47</sup> LOTUFO, Renan (Coord.). Apresentação. *Direito civil constitucional*. Caderno 1. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 8.

expansionista da legislação especial. O excesso do liberalismo, manifestado pela preeminência do dogma da vontade sobre todas as situações jurídicas, cede às exigências das ordens pública, econômica e social, que passam a prevalecer sobre o individualismo, funcionando como fatores limitadores da autonomia privada individual, no interesse geral da coletividade.

### 3.1.3 A transformação do direito privado

O direito privado não ficou incólume ao processo de transformação econômica, social e jurídica que se iniciou na Primeira Guerra Mundial, sendo certo, ao contrário, o forte impacto sentido em suas estruturas.

De um lado, floresceram as ideias modernas de Estado, assumindo funções antes deixadas à iniciativa privada. Se o chamado mundo da segurança – que caracterizou a era das codificações e das constituições liberais – representou, de certa forma, o primado do direito privado sobre o direito público, essa relação se inverte com o aparecimento do constitucionalismo social e do conseqüente intervencionismo estatal mais acentuado, fruto das concepções do Welfare State.

Segundo Norberto Bobbio<sup>48</sup>:

[...] o primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, emancipação essa que fora o resultado da ascensão da classe burguesa. Com o declínio dos limites à ação do Estado, foi ele aos poucos se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência extrema do Estado total.

Nesse primeiro momento de intervenção estatal, o que existiam eram leis emergenciais, que não alteraram a centralização e a exclusividade do Código Civil na disciplina das relações de direito privado, situação pouco a pouco alterada pela premente necessidade do Estado em contemporizar os conflitos sociais emergentes<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 25. Apud NETO, Eugênio Facchini Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. p. 22.

<sup>49</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. p. 5.

Com isso surgem leis em caráter emergencial ou conjuntural, registrando-se assim um segundo momento na história do direito privado: o código perde a natureza de exclusividade sobre as relações privadas, tornando-se direito comum, aplicável aos negócios jurídicos em geral. O legislador levou a cabo longa intervenção assistencialista, que se corporifica a partir dos anos 1930, cuja expressão, na teoria das obrigações, constitui-se fenômeno do dirigismo contratual, que será tratado em tópico posterior.

Na final da Segunda Guerra Mundial ocorreu a redemocratização do mundo. Na Europa, os regimes totalitários abriram caminho para a constitucionalização de inúmeros direitos fundamentais. Com as vitórias dos Estados Unidos, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que passou a ser o grande centro emanador de valores para todo o mundo, inclusive para o direito privado.

Renan Lotufo<sup>50</sup> aduz que em quase todos os países do mundo, nesse período, continuaram tendo os seus códigos, cujos textos eram anteriores a essa remodelação trazida pelas constituições, o que foi pouco a pouco mudando com tempo, conforme veremos a seguir:

[...] evidentemente que tais diferenças de datas importarão na exigência de uma leitura diferenciada do direito privado. Muitas matérias relativas à pessoa humana ascenderam, neste período, a nível Constitucional, sendo necessário, portanto, uma ampla reforma de concepção do direito civil, bem como toda uma reestruturação dos Códigos Civis.

Assim, o Estado deveria voltar a intervir nas relações econômicas travadas entre particulares, visando assegurar o respeito aos direitos fundamentais, garantir a existência de uma verdadeira igualdade, uma igualdade substancial.

Definitivamente, o Código Civil perdeu seu papel de constituição de direito privado, já que as constituições dos países passaram, paulatinamente, a definir de forma expressa em seus textos princípios relacionados ao direito privado, antes exclusivamente reservados ao Código Civil e ao império da vontade (função social da propriedade, organização da família, etc.), passando a integrar a ordem pública constitucional.

---

<sup>50</sup> LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*, 2003. p. 21.

Portanto, a clássica noção de direito privado foi sendo, aos poucos, superada. Defronte tantas alterações, direito privado e público tiveram seus significados originários modificados. O direito privado deixou de ser, necessariamente, o âmbito da vontade individual, e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão<sup>51</sup>.

Outro fenômeno observado no direito privado foi que, ao lado dos códigos, as legislações extravagantes tornaram-se mais frequentes, retratando a intervenção do legislador em uma nova realidade econômica e política no âmbito das relações privadas. Surge a “era dos estatutos”, em que o legislador retira da principal lei civil setores inteiros da atividade privada, estabelecendo diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante, autônoma e própria, disciplinando exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil (Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações, etc.). Percebe-se que o direito privado perde a cômoda unidade sistemática, e a liberdade, paradigma de tempos anteriores, abre espaço para outro princípio fundamental: a igualdade.

Repor a igualdade no centro da reflexão liberal foi uma das façanhas de John Rawls, professor da Universidade de Harvard, autor de uma das obras de filosofia política mais provocantes da época. Rawls<sup>52</sup> gastou cerca de 20 anos para desenvolver as ideias de Uma teoria da Justiça e mais 20 anos para debatê-las, mastigar as críticas e remontar sua concepção de sociedade bem ordenada. A ideia de uma sociedade pluralista bem ordenada exige, segundo o autor de Harvard, a noção de justiça como equidade (fairness), onde a ideia de promoção da igualdade ao lado da liberdade encontra-se tão bem explicada.

Vale destacar que nos dias atuais, torna-se difícil individualizar um interesse exclusivamente privado, autônomo, independente, isolado do interesse público. Assim, a interpretação do direito público e privado, como se viu, é um ponto característico da sociedade contemporânea, a significar uma profunda alteração nas relações entre cidadão e Estado<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Revista de Direito Civil*, São Paulo, RT, n. 65, p. 27, 1993.

<sup>52</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Brasília: Ed. UNB, 1981. p. 27 e ss. e 159-197

<sup>53</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 3. ed., p. 124.



[...] daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado.

Há de se destacar que esse fenômeno não foi somente percebido pelos privatistas, ao contrário do que se pensava. Como comenta Adilson Dallari<sup>54</sup>, essa interpretação também é sentida pelos publicistas, que percebem a forte influência do direito privado sobre certos institutos do direito público, até então vistos como intocáveis:

[...] pode-se falar até numa equiparação entre Direito Público e Direito Privado, eliminado o preconceito decorrente de uma antiquíssima tradição privatística, no sentido de ser o direito privado um direito civil modificado, diferente, excepcional. Com o reconhecimento de que o Direito Público tem fundamentos e princípios próprios, autônomos, que nada têm a ver com o Direito Privado, provavelmente ficará mais clara a percepção de que ambos os campos do conhecimento de atuação possuem raízes comuns, que estão na teoria geral do direito.

Entretanto, o direito privado se mantém intacto e, pelo próprio comando constitucional, deve ser preservado, eis que a sua tutela representa a própria tutela dos direitos individuais e a consecução prática dos direitos fundamentais previstos no Texto Maior.

### **3.1.4 O direito privado e a sua autonomia**

O tratamento autônomo do direito privado não se mostra em nenhum momento incompatível com o chamado direito civil constitucional. O direito civil constitucional, como metodologia nova e revolucionária, deve ser visto ainda como um sistema jurídico articulado, que contém e limita, outrossim, a extensão das normas públicas<sup>55</sup>.

Na medida em que sustenta a publicização ou a existência de um direito constitucional civil, o direito privado corre o risco de perder sua identidade. Entretanto, a distinção do Direito em ramos, até mesmo para os críticos da dicotomia público e

---

<sup>54</sup> DALLARI, Adílson Abreu. Emancipação do direito público no Brasil. In: *Perspectivas do direito público* – estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 104.

<sup>55</sup> BARROS DIAS, José Joaquim de. Direito civil constitucional. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 53.

privado, é salutar para a sua sistematização, pois permite o estabelecimento de princípios teóricos para a operação das normas de um ou de outro grupo.

O direito privado já não mais atende apenas à autodeterminação individual, mas também não atende somente à justiça social, desenvolvendo-se agora em uma nova dimensão. Isso significa que a utilidade da autonomia do direito privado está acabada? Obviamente, não. O direito privado mantém sua vitalidade, devendo ser considerado um setor jurídico próprio e irrenunciável, fundamental para preservação, concretização e desenvolvimento da personalidade humana dentro do seu sistema.

Mesmo com a mudança de enfoque, o direito privado não perde a sua autonomia estrutural, mas, dentro dessa nova perspectiva constitucional, ganha força e vitalidade para progredir.

Ora, o que ocorreu no mundo foi a nítida utilização do princípio da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* em contrariedade aos direitos fundamentais eclodidos após o término da Segunda Guerra Mundial.

Entretanto, conforme aduz Konrad Hesse<sup>56</sup>, duas são as razões de se considerar o direito privado um setor autônomo e irrenunciável:

- i) A personalidade do ser humano e o seu desenvolvimento pressupõem um âmbito exclusivamente privado na vida de cada um, âmbito em que a pessoa possa estar e permanecer incomunicável e tão fechada que autoridades não possam nele interferir, sendo pressuposto fundamental da dignidade e da liberdade. A tarefa do direito privado, assim, seria de defesa dessa personalidade.
- ii) É também preceito fundamental do Direito a autonomia privada e, em particular, a forma de liberdade contratual. Esse é o aspecto ativo da personalidade, âmbito em que a pessoa pode atuar de forma autônoma e responsável, não sendo lícito convertê-la a simples meio para outros fins sociais.

Isso não significa que se deve resgatar o direito civil do século passado. A preservação tanto do direito público quanto do direito privado encontra suas limitações no próprio sistema constitucional, que continua sendo o feixe de incidência sobre as relações privadas.

É dizer: o direito privado e o direito constitucional aparecem como partes necessárias de uma ordem jurídica unitária que, reciprocamente, complementam-se, apoiam-se e condicionam-se. O direito constitucional é de importância decisiva para o direito privado, e vice-versa.

---

<sup>56</sup> HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. p. 74-75.

O significado do direito constitucional para o direito privado consiste nas insubstituíveis funções de garantia, orientação e impulso. Garantia eis que a Constituição preserva e resguarda importantes institutos jurídicos privados em seu corpo, protege-os da supressão ou do esvaziamento por meio de leis, assegurando-os de lesões do Estado ou de outros particulares. Orientação, porque a Constituição expressa mandados, como igualdade entre homens e mulheres, entre filhos e outros, que deverão ser seguidos por todos que se submeterem a uma vicissitude da vida civil. E o Impulso é o direito constitucional que reage muito mais rápido às mudanças da realidade hoje, graças à amplitude e à abertura de suas normas, que são mais aptas a receber e tomar conta das transformações dos pressupostos e das exigências.

Dessa forma, nem tanto pela hierarquia normativa, mas também sob o aspecto prático, o Texto Constitucional torna-se meio para o desenvolvimento do direito privado<sup>57</sup>. Em resumo, as normas de direito privado também podem servir para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais<sup>58</sup>.

O direito privado mostra-se importante para permitir o desenvolvimento do ser humano esperado e desejado pela Lei Fundamental. O ser humano livre e responsável só pode existir onde o ordenamento jurídico abre possibilidades para autonomia de pensamento e de ação. E é exatamente ao direito privado que cabe exercer essa função<sup>59</sup>. Portanto, o direito civil (e, mais precisamente, o direito privado sob a perspectiva civil-constitucional) só terá sentido se a autonomia do direito privado for efetivamente reconhecida.

Essa mudança nas codificações é totalmente possível à luz da teoria geral do direito de Luhmann, na forma explicada nos tópicos anteriores, isto porque, a irritação do ambiente sociedade no sistema do direito fez com que este se adeque para a nova realidade.

### 3.2 A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E A FUNÇÃO SOCIAL

---

<sup>57</sup> HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. p. 83.

<sup>58</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais y derecho privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 34.

<sup>59</sup> HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. p. 87-88.

A teoria geral dos contratos, tal como estudada sob a égide do Código de 1916, não mais atendia às necessidades próprias da sociedade. Como dito em linhas atrás, o ordenamento jurídico brasileiro, ao eleger como fundamento da República Federativa a preservação da dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III) deixou expresso que todo o raciocínio jurídico deverá levar em conta a tutela do ser humano.

Em cada caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo, inclusive no direito privado, pelo qual o intérprete sempre deverá se orientar em seu ofício. E, segundo Antônio Junqueira de Azevedo<sup>60</sup>, “no campo contratual, a dignidade humana, sob o ângulo da igualdade, também tem concretização”.

De início, devemos restar claro que o direito à personalidade não se restringe à pessoa física. Isto porque os titulares das pessoas jurídicas são indivíduos que possuem direitos e obrigações. Assim, nos termos da doutrina já citada nesta dissertação (vide capítulo 2.5), pessoa jurídica é um ente artificialmente criado mediante reunião de pessoas ou de bens que, cumprindo determinados pressupostos, adquire personalidade jurídica por atribuição legal.

Por tais razões, o artigo 52 do Código Civil é claro ao dispor que aplica-se às pessoas jurídica, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Além da dignidade da pessoa humana, a CF/88 contempla, em seu artigo 3º, inc. I, dentre outros objetivos da República Federativa do Brasil, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Desse dispositivo se extraem outros princípios fundamentais que, em patamar mais amplo, exercem influência estrutural na análise e no estudo dos contratos: a liberdade, a justiça e a solidariedade social.

Das diversas interpretações que se extrai do conceito de liberdade previsto no artigo 3º, inc. I, da CF, dentro dessa nova perspectiva de um direito civil franqueado à incidência da Constituição no âmbito dos contratos, destaca-se a que é dada por Giovanni Ettore Nanni<sup>61</sup>, ao tecer uma análise conjunta com o princípio da dignidade da pessoa humana, que salienta a liberdade estatuída na Constituição não é mais aquela que confere aos contratantes a plena liberdade para estabelecer o programa contratual. Há de se considerar também uma outra vertente de que o:

---

<sup>60</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade humana. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

<sup>61</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 145.

[...] pleno exercício de um direito é atado à liberdade, razão pela qual é inerente a qualquer negócio jurídico a garantia de liberação de seus protagonistas. [...] é assegurado a qualquer pessoa o direito de desvincular-se de uma relação jurídica, por aplicação do princípio constitucional da liberdade. A forma usual desse fato é por meio do correto cumprimento da obrigação, adimplemento e conseqüente quitação. Todavia, em determinadas e excepcionais situações, quando plenamente configurada anormalidade, ilegalidade ou inequívoco desequilíbrio no negócio, é possível buscar a liberação, desde que seja preservada a igualdade de sacrifícios entre as partes.

Quanto à justiça social, ideia trazida pelo mesmo dispositivo constitucional (CF/88, artigo 3º, I), segundo Cláudio Luiz Bueno de Godoy<sup>62</sup>, é ela quem dá substrato à chamada justiça contratual, na medida em que:

[...] impõe novo padrão de conduta das partes que transacionam e que, também, determina e assegura o equilíbrio de suas prestações. Não se espera, por identidade de motivos, que os contratantes possam agir de forma desleal, que fujam de um padrão de retidão comportamental, ou que possam contratar ou manter-se vinculados, tal como na origem, de maneira excessivamente desequilibrada, o que, de resto, não seria leal nem permitiria fosse o contrato visto com instrumento de cooperação e colaboração entre as partes.

Já a solidariedade social também exerce papel dentro dos novos estudos do direito civil. Sobre a importância da evolução do conceito de solidariedade no curso da história do Direito Privado, sintetiza Franz Wieacker<sup>63</sup> que:

[...] tornou-se significativo da evolução do direito privado o facto de a solidariedade social não se ter circunscrito à limitação dos direitos privados pelo direito público, mas ter também começado a insinuar-se, através da jurisprudência, na concepção das relações contratuais, intersubjectivas, dos direitos patrimoniais e, sobretudo, do direito de propriedade, nas suas relações com os outros particulares. Com isto, coloca-se ao sistema de direito privado a questão de princípio de uma nova justificação das figuras centrais do direito subjectivo, da autonomia privada, do contrato, da propriedade e da liberdade de associação.

Para Pietro Perlingieri<sup>64</sup>, o solidarismo constitucional, mesmo em sua máxima amplitude, e com todas as dificuldades de interpretação, deve se voltar à proteção da

---

<sup>62</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. p. 33.

<sup>63</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 719.

<sup>64</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. p. 167 e 168.

pessoa. A solidariedade supera a individualidade do homem. Nesse contexto, as relações privadas, tal como estudadas e reconhecidas em décadas ou séculos anteriores, não deverão ficar limitadas ao olhar exclusivo e estático sobre as partes envolvidas, e sim inseridas em um contexto mais amplo de direitos e limitações, antes e após a sua extinção. Portanto, nos contratos, essa solidariedade concebe o substrato genérico da chamada função social dos contratos.

Em comentário a um dispositivo similar na Constituição italiana (artigo 2º), Massimo Bianca<sup>65</sup> expõe que a solidariedade social corresponde ao ideal do sistema, exigindo que os contratos, ao lado de satisfazer a função individual, sirvam para tornar os indivíduos substancialmente mais iguais. Mas, a incidência da solidariedade no âmbito dos contratos não para por aí. Não se resume a um simples comando genérico e exterior, tendo também a repercussão interna na relação entre os contratantes.

Sob o ponto de vista intrínseco, a mencionada solidariedade impõe um dever de cooperação entre os sujeitos contratantes, para impor a todos deveres positivos de colaboração na efetivação do programa contratual. Para Denis Mazeaud<sup>66</sup>, a solidariedade entre credores e devedores deve significar a cooperação e a colaboração até mesmo como forma de evitar (ou ao menos aliviar) a exclusão social e, com isso, preservar a dignidade da pessoa humana.

Dentro dessas perspectivas, tem-se que o contrato não é e nem pode ser considerado um instrumento de opressão e exploração. O abuso do mais forte sobre o mais fraco produz um efeito anti-social. Devem ser garantidas aos contratantes as condições mínimas de igualdade. Mas, ao contrário da impressão de alguns civilistas, por exemplo Grante Gilmore, o contrato não morreu nem tende a desaparecer. O que mudaram foram os paradigmas constitucionais e a filosofia do sistema, não podendo o direito privado ficar alheio a essa mudança, aguardando estático que a realidade econômica de hoje se adapte aos vetustos institutos herdados das codificações civis dos séculos passados.

Sintetizando as ideias expostas até agora: segundo análise sistemática do Texto Constitucional, deve ser abolido das relações contratuais o exercício descomedido da vontade. Não se fala mais em autonomia da vontade, mas em

---

<sup>65</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. v. 3. Milão: Giuffrè, 1987. p. 33.

<sup>66</sup> MAZEAUD, Denis. *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle: L'avenir du droit: mélanges em hommage à François Terré*. Paris: PUF, 1999. p. 623.

autonomia privada, que deve ser entendida como o poder reconhecido pela ordem jurídica ao ser humano de jurisdicizar a sua atividade, realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.

Os estudos contemporâneos sobre a estrutura do contrato fizeram que a definição voluntarista se tornasse completamente superada, quando muito insuficiente para defini-lo em seus atuais contornos. Em última análise, o contrato, ostenta não só uma nova estrutura como também, e ainda de maior relevância, novo papel a desempenhar, nova função que o ordenamento, em maior ou menor escala, sem desconsiderar seu atributo de exercício de uma liberdade individual, lhe reserva para cumprir objetivos sociais eleitos dentro do sistema.

Segundo Joaquim de Sousa Ribeiro<sup>67</sup>, analisar o contrato como instrumento de normação das relações sociais, permite-se a ligação entre as partes e ganha-se então novas tonalidades, que lhes são transmitidas pela sua inserção num determinado campo objetivo de atividade, com as suas exigências próprias e as suas conexões de sentido que ultrapassam a relação e o querer individual.

Ainda, Ricardo Lorenzetti<sup>68</sup> afirma que:

[...] o contrato atual não é um assunto individual, mas que tem passado a ser uma instituição social que não afeta somente os interesses dos contratantes. À sociedade, representada pelo Estado e outras entidades soberanas, atribui-se o controle de uma parte essencial do Direito Contratual.

Assim, o contrato não é valorado como um fenômeno psíquico nem como um simples acordo de vontades, mas como um fenômeno social, um valor objetivo no qual as partes constituem, extinguem ou modificam uma relação própria (patrimonial ou não), sobre o qual recaem novos princípios e novas premissas, realçado em novas bases constitucionais, exercendo um novo papel dentro da sociedade.

### 3.3 OS PRINCÍPIOS MODERNOS DO CONTRATO

Na visão clássica, herdada do século XIX, três eram os princípios fundantes da disciplina do direito contratual: liberdade das partes (ou autonomia da vontade ou

---

<sup>67</sup> RIBEIRO, Joaquim Sousa. *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. p. 18.

<sup>68</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Saraiva. p. 551.

privada, a designar a plena liberdade de contratar), o princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) e o princípio da relatividade de seus efeitos. Todo o corpo do contrato se assentava sobre a vontade individual, que era a razão de ser da sua força obrigatória.

Vale destacar que a inclusão do artigo 421-A, do Código Civil, pela Lei nº 13.874/2019, reforça o princípio da liberdade das partes (autonomia privada) e da força obrigatória do contrato nos instrumentos civis e empresariais, presumindo-se a simetria e paridade dos contratos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção.

Apesar das novas perspectivas do direito, refletindo sobre a principiologia do novo direito contratual, Antônio Junqueira de Azevedo<sup>69</sup>, professor titular da Universidade de São Paulo, explica que se vive hoje em um momento que ele denomina de hipercomplexidade:

[...] os anteriores (princípios dos contratos) não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos, mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses novos princípios: A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social.

Assim, a hipercomplexidade da atual teoria geral dos contratos é um fenômeno que explica a conjugação e a congregação entre velhos e novos princípios, submetidos ao programa constitucional, formatando um novo modelo de pensar o contrato. A tarefa do intérprete será, portanto, conciliar os princípios clássicos de índole liberal, com os princípios contemporâneos, de índole social e tutelar, num equilíbrio mais fiel possível ao compromisso que a esse respeito foi firmado na área constitucional<sup>70</sup>.

Ao lado das forças obrigatórias dos contratos, da liberdade contratual e da intangibilidade dos efeitos do contrato, são agregados outros três princípios para harmonização e desenvolvimento da teoria contratual: boa-fé objetiva, equilíbrio contratual e a função social dos contratos, que serão fundamentais na limitação da

---

<sup>69</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. Em *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. p. 111.

<sup>70</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*. p. 111.



predisposição de cláusulas contratuais gerais, além da descoberta da abusividade de sua utilização.

Conceituar a função social do contrato não é algo fácil, seja por sua vagueza, seja pela equívocidade dos seus significados. Em trabalho específico sobre o tema, que lhe rendeu, aliás, o grau de doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Cláudio Luis Bueno de Godoy<sup>71</sup> salienta que o contorno primeiro, genérico e básico da função social do contrato está, antes de tudo, na promoção daqueles objetivos do Estado Social, na eficácia dos valores básicos do ordenamento, que deve servir para influenciar situações concretas de preservação da dignidade e do solidarismo. Percebe ainda um aspecto extrínseco (ou ultra partes) desse princípio, vertente pouco estudada em doutrina, que mitiga a relatividade dos efeitos do contrato, não mais concebendo o seu estudo como algo impermeável às relações sociais que o circundam.

O contrato, segundo a acepção da função social, não é visto como um átomo, algo que somente interessa às partes, transcendendo sua finalidade também no âmbito social, desde a sua concepção até após a sua conclusão. Neste ponto, Cláudio Luiz Bueno de Godoy<sup>72</sup>, aduz de que a expansão da oponibilidade dos ajustes, por si só, já significa um complemento à sua força obrigatória:

[...] na medida que garante, posto que diante de terceiros, a plena eficácia do quanto contratado. Sem contar, ainda, no mínimo a comunicação de deveres contratuais anexos ou garantias contratuais a terceiro não contratante. Sempre, destarte, uma releitura que a função social impõe acerca da situação do terceiro em face de um contrato mesmo dos contratantes em face do terceiro.

A boa-fé objetiva, por sua vez, também é agregada aos novos princípios. Segundo Karl Larenz<sup>73</sup>, o personalismo ético, que eleva o respeito pela dignidade pessoal de cada ser humano à categoria de imperativo moral supremo, não seria suficiente para fundamentar uma ordem jurídica (ou as relações privadas) se não interviesse também um elemento ético-social: e esse elemento indispensável é a boa-

---

<sup>71</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. p. 123.

<sup>72</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. p. 124.

<sup>73</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Civil – Parte general*. p. 58.

fé. Uma sociedade na qual cada indivíduo desconfiasse do próximo seria semelhante a um estado de guerra latente e, em vez da paz, dominaria a discórdia.

Hoje não há mais dúvidas de que a boa-fé estudada nos contratos é objetiva, um standard, um dever imposto às partes para agirem de acordo com determinados padrões (de correção, lisura, honestidade, etc.) socialmente recomendados. É denominada boa-fé, lealdade ou confiança, adjetivos que realçam o escopo desse princípio: a tutela das legítimas expectativas da contraparte, para a garantia da estabilidade e da segurança das transações.

É sempre bom lembrar que, no âmbito dos contratos, a boa-fé se traduz em três comandos, três funções distintas e conjugadas:

Primeiro, função interpretativa, na qual as partes devem proceder de acordo com a boa-fé quando se trate de determinar o sentido das estipulações contidas em determinado contrato. Segundo, função de integração ou supletiva em que amplia os deveres de comportamento de credor e devedor e, por último, a função de controle em que marca os limites dos direitos que o credor tem de exercer contra o devedor.

Segundo a função supletiva, os direitos e deveres das partes não são, para cada uma, apenas o de realizar a prestação estipulada no contrato ou, eventualmente, cumprir os itens acrescidos por outros deveres previstos pelas partes e, ainda, os estabelecidos nas leis supletivas ou imperativas, aplicáveis ao negócio celebrado. A boa-fé, nesse sentido, impõe a observância de muitos outros deveres de conduta que podem gerar, mesmo diante da extinção da prestação principal, uma responsabilização pelo descumprimento por esses específicos deveres. Em sua vertente supletiva, a boa-fé, além de integrar as lacunas do contrato, cria o que se vem chamando de deveres jurídicos acessórios, laterais, instrumentos ou secundários das obrigações e dos contratos.

Explicando esse desdobramento que a boa-fé traz ao âmbito das obrigações, explica Antunes Varella<sup>74</sup> que os chamados deveres principais são aqueles que definem o núcleo, o tipo da relação, são aqueles que se traduzem na realização da prestação debitória. Eles seriam, afinal, o débito da concepção clássica da obrigação, por exemplo: pagar o preço devido e entregar a coisa certa no processo de compra e venda, ceder ao uso e pagar o aluguel no caso de locação.

---

<sup>74</sup> VARELLA, João Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. Coimbra: Almedina, 10. ed., 2000. p. 122 e 124.

Já os deveres secundários são aqueles destinados a preparar o cumprimento ou a assegurar a perfeita execução da prestação principal. São aqueles dirigidos à realização de prestação principal, sendo que no caso da compra e venda, o dever do vendedor de entregar ao comprador os documentos necessários ao registro translativo, na locação o dever do locatário de devolver o bem findo o prazo do ajuste, no contrato de prestação de serviço a não concorrência por um período determinado.

Há ainda uma terceira modalidade de deveres no âmbito da relação obrigacional: os chamados deveres laterais, essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Não diz respeito à prestação, principal ou auxiliar, visam proteger a pessoa e os bens da outra parte contra riscos de danos e, em geral, auxiliar a realização das finalidades da própria relação obrigacional. Assim, no caso do contrato de compra e venda, a obrigação seria do vendedor de prestar assistência caso o comprador precise de uma retificação dos dados do registro imobiliário.

São todos aqueles deveres decorrentes do fato jurígeno obrigacional cujo escopo não seja, diretamente, a realização ou a substituição da prestação, sendo possível concluir, assim, que esses deveres estão presentes, em maior ou menor grau, no conteúdo normativo das relações obrigacionais<sup>75</sup>.

São exemplos desses deveres, no âmbito dos contratos: deveres de informação, sigilo, de transparência, de cooperação, de confiança, de cuidados, de previdência, de segurança, de prestar contas, entre outros. Fernando Noronha, apoiado nos ensinamentos de Menezes Cordeiro<sup>76</sup>, reduz a três genéricos deveres laterais que sintetizariam os já mencionados: deveres de proteção (as partes, enquanto perdure um fenômeno contratual, permanecem ligadas, cabendo evitar que, durante esse fenômeno, sejam-lhes infligidos danos mútuos, pessoais ou em seu patrimônio); esclarecimento (as partes estão obrigadas a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes aos vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham por certa a relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir) e, por fim de lealdade (obrigam as partes

---

<sup>75</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.75.

<sup>76</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. v.1. Coimbra: Almedina, 1984. p. 615-620.

a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignadas).

Dentre seu vasto plexo de atuação, sedimenta-se a ideia de que a boa-fé gera inúmeros deveres de conduta, não podendo se estudar a relação obrigacional com olhos voltados exclusivamente na prestação principal ou no vínculo.

A violação dos deveres laterais de conduta gera as mais diversas consequências. Às vezes implica a invalidação do próprio negócio ou, até mesmo, a própria responsabilidade pré-contratual (invocação da culpa in contrahendo), que reconhecidamente ofende os deveres gerados pela boa-fé.

Constata-se, portanto, que as concepções do contrato com fenômeno social, bem como os princípios da função social como a boa-fé, dão novas bases à interpretação dos contratos, permitindo a visualização dos novos deveres entre os contratantes, viabilizando uma extensão e uma dimensão até então não concebidas pelos estudos tradicionais, franqueando-se uma abertura até então ignorada.

### 3.4 ABUSO DE DIREITO

Por fim, abordaremos o instituto do abuso de direito como ato ilícito, também conhecido por teoria dos atos emulativos, que amplia a noção de ato ilícito para considerar como precursor da responsabilidade civil aquele ato praticado em exercício irregular de direitos, ou seja, o ato é originariamente lícito, mas foi exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes.

É por esse instituto que aplicamos nesta dissertação a terminologia “abusividade”, extraída do artigo 187 do Código Civil<sup>77</sup>, e não como a prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Frisa-se, o abuso de direito nos termos do artigo 187 do CC, trata-se de um ato originariamente lícito, mas exercido de forma abusiva aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes.

---

<sup>77</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ora, a definição de abuso de direito está baseado em quatro conceitos legais que seriam fim social, fim econômico, boa-fé e bons costumes.

Assim, podemos conceituar abuso de direito nas palavras de Rubens Limongi França, “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito.” (FRANÇA, Rubens Limongi. 1977. p. 45)

O conceito de abuso de direito mantém íntima relação com o princípio da socialidade, adotado pela atual codificação, pois o artigo 187 do CC faz referência ao fim social do instituto violado. De igual modo, o abuso de direito interage com o princípio da eticidade, eis que o atual Código Civil prevê as consequências do ato ilícito para a pessoa que age em desrespeito à boa-fé.

Nesta seara, a boa-fé é de natureza objetiva, fazendo com que o abuso de direito esteja presente na esfera contratual, ou seja, da autonomia privada.

Ou seja, o abuso de direito é um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista, entre o ato jurídico e o ato ilícito. Na linha do Enunciado nº 539, da VI Jornada de Direito Civil, considera que o abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil e, em razão disto, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia o controle independente de dano. Em continuidade a esse raciocínio, para que o abuso de direito esteja configurado, nos termos do que está previsto na atual codificação privada, é importante que tal conduta seja praticada quando a pessoa exceda um direito que possui, atuando em exercício irregular de direito, conforme pontua Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. Assim, não há que se cogitar o elemento culpa na sua configuração, bastando que a conduta exceda os parâmetros que consta do artigo 187 do CC.

Por fim, devemos ressaltar que o abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se constitucionalmente nos princípios da solidariedade, com critério objetivo-finalístico, aplicando-se a todos os ramos do direito.<sup>78</sup>

Diante dessas considerações, adentraremos nas limitações razoáveis da cláusula de não concorrência para que não haja o abuso de direito.

---

<sup>78</sup> Na doutrina nacional, são partidários da tese de que a reponsabilidade decorrente do abuso de direito é objetiva, entre outros: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: 1, p. 371-372; DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 2009; DUARTE, Nestor. Código Civil comentado. Coord. Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 124.

## **4 AS ABUSIVIDADES DA CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA**

Apesar de haver liberalidade na contratação em virtude da liberdade individual, a autonomia privada sofre algumas restrições de ordem pública, sejam elas limitações legislativas ou de princípios que regulam a matéria. Na cláusula de não concorrência os limites serão temporais, materiais e geográficos, sob pena de ferir o artigo 170 da CF/88; além disso, o princípio da boa-fé e a função social do contrato também devem ser respeitados.

Ocorre que o contrato estabelece um vínculo obrigacional entre as partes contratantes, tornando obrigatório o seu cumprimento, em respeito a boa-fé, segurança jurídica e interesse social. Entretanto, diante de cláusulas abusivas, contratos desiguais, etc, o princípio da autonomia privada passa a conflitar com normas cogentes previstas no ordenamento jurídico. Surgindo, então, o poder Dever de o Estado interferir nessas relações, de modo a garantir a equidade entre as partes.

Desse modo, a partir de todas as premissas até aqui estudadas, a seguir, o estudo será voltado para entender quando ocorre o abuso de direito na cláusula de não concorrência.

### **4.1 LIBERDADE DE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA**

Para tratar de cláusula de não concorrência, primeiramente é necessário tecer breve histórico sobre a liberdade de iniciativa e livre concorrência, e isso porque referida cláusula está umbilicalmente ligada com esses institutos.

Com efeito, a cláusula de não concorrência tem por objetivo imediato a preservação dos segredos próprios do negócio do empresário, tendo por escopo mediato e macro a manutenção de um equilíbrio formal na competição por uma fatia de mercado, procurando evitar que um dos competidores obtenha vantagens por conta de informações obtidas por ex-empregados e ex-empresas prestadores de serviços.

O princípio da liberdade de iniciativa econômica tem suas origens no édito de Turgot, de 1776, que determinou o fim das monopolistas corporações de ofício. Com a revolução Francesa de 1789, definitivamente a indústria e o comércio ficaram liberados das velhas restrições – período em que se incrementou substancialmente a

produção em razão do uso das máquinas industriais, impondo a necessidade de escoamento dos bens, provando acentuada concorrência, o que causou barateamento dos preços dos produtos, obrigando as indústrias a diminuir custos com o escopo de se manterem competitivas frente à concorrência instaurada.

Em 1791, foi editado o decreto d'Allarde, que reafirmava o princípio da liberdade de iniciativa econômica, ao enunciar a liberdade ao exercício de qualquer negócio, ofício, profissão ou arte, desde que mediante o pagamento de um imposto, taxas aplicáveis e sujeição aos regulamentos de polícia, suprimindo com isso as corporações de ofício.

A lei Le Chapelier promulgada ainda naquele ano tem as mesmas bases, proibindo as corporações de ofício. O que se constata é que, nem mesmo na origem, inexistia liberdade absoluta ao exercício da atividade econômica, que ficava sujeita aos regulamentos aplicáveis.

Entre 1860 e 1960, há uma mudança de paradigma, pois se passou a perceber a importância dos inventos como forma de riqueza, não se exaurindo no produto acabado<sup>79</sup>, tanto que a Convenção de Paris de 1886, regulou a proteção da propriedade industrial, tendo por objeto as patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, marcas de serviço, nome comercial e as indicações de procedência ou denominações de origem, bem como a expressa repressão da concorrência desleal.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2002, trata da livre iniciativa, sob o título "Liberdade de empresa", consoante se extrai do artigo 16, que reconhece a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário, e as legislações e práticas nacionais.

No que tange ao cenário constitucional nacional, a Constituição Federal do Brasil de 1934<sup>80</sup> foi a primeira a dedicar capítulo às ordens econômica e social, estabelecendo os limites de exercício da liberdade econômica, no sentido de que a ordem econômica deveria ser organizada de acordo com os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, a fim de possibilitar a vida digna a todos.

---

<sup>79</sup> JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. *Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 7.

<sup>80</sup> Artigo 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

A Carta de 1937<sup>81</sup> trazia o capítulo atinente à Ordem Econômica, e dispunha que a riqueza nacional se fundava na iniciativa individual, criação, organização e invenção do indivíduo. Essa iniciativa deveria ser exercida nos limites do poder público, embora o Estado não pudesse intervir no domínio econômico, salvo para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção.

A Constituição de 1946 voltou a intitular capítulo relativo à Ordem Econômica e Social, prevendo em seu artigo 145, que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

Disciplinou, ainda, nos termos do artigo 148, que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive, as uniões ou os agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. A Carta de 1946 foi a primeira a enunciar a repressão ao abuso do poder econômico e a preservação da concorrência.

Já a Constituição de 1967 se aproximou da redação atual, ditando que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, observados: I) a livre-iniciativa; II) a valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III) a função social da propriedade; IV) a harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V) o desenvolvimento econômico; VI) a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Portanto, o Direito da Concorrência é o ramo do Direito que analisa, sob a ótica econômica e legal, como se comportam, concorrencialmente, as pessoas e empresas que atuam em um dado mercado.

O embrião da concorrência no Brasil foi em 1807, ano em que teve início as fases econômica e cultural que propiciaram o desenvolvimento do comércio e das

---

<sup>81</sup> Artigo 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.



pequenas indústrias, motivado pela chegada da Corte de Dom. João VI e estrangeiros que a acompanhavam, bem como em razão da abertura dos portos<sup>82</sup>.

Em 1850, por meio da Lei nº 556, foi criado o Código Comercial, que tinha por escopo regular as relações dos comerciantes, agentes auxiliares do comércio e outras relações de comércio e empresa.

O primeiro caso de repercussão nacional em que se defendeu a preservação do concorrente foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal em 1914. O Conde Antônio Álvares Leite Penteado alienou a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, no entanto, pouco tempo após, o Conde construiu nova fábrica (Companhia Paulista Aniagem) para atuar exatamente no mesmo ramo da Cia. Juta, e ainda vizinha desta casa.

Na época, o contrato nada previa quanto à possibilidade de o alienante constituir novo fundo de comércio e, por consequência, ocorrendo a concorrência com a fábrica de que alienou. Dada a ausência de previsão contratual de não concorrência, a demanda foi julgada em favor do Conde Penteado. Pouco tempo depois, a doutrina começou a defender majoritariamente o contrário “fazer boa ao comprador a coisa vendida”, ou seja, a venda teria de aproveitar ao comprador, e evidentemente a fundação de novo estabelecimento em concorrência ao adquirente, no mínimo, o privaria parcialmente da coisa vendida. Hoje o tema é quase pacífico nos termos do artigo 1.147 do Código Civil.

Em 1916, por meio da Lei nº 3.071, foi promulgado o Código Civil. Tanto o Código Comercial quanto o Código Civil apresentavam preocupação com o aliciamento de trabalhadores, prevendo multas elevadas aos infratores.

Em 1943, após a criação da Justiça do Trabalho, foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho, até hoje vigente com algumas modificações e acréscimos. O anteprojeto do Código do Trabalho de 1963, de autoria de Evaristo de Moraes Filho, trazia disposição expressa acerca da cláusula de não concorrência na esfera trabalhista. Embora não tenha se transformado em lei, vale conhecer o teor do anteprojeto, já que este se aproxima bastante do que tem se compreendido por aceitável pela doutrina e jurisprudência.

---

<sup>82</sup> JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. *Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

O artigo 581<sup>83</sup> do anteprojeto previa as seguintes condições para o pacto de não concorrência: a) forma escrita; b) duração máxima de quatro anos para dirigentes, e dois anos para os demais casos; c) a limitação de trabalho; c.1) referia-se ao desempenho de funções iguais ou análogas às exercidas perante o empregador; c.2) abrangia determinada área geográfica; c.3) deveria ser determinado quanto ao objeto, tempo e lugar; c.4) não poderia anular a liberdade de trabalho; c.5) deveria vir acompanhada de indenização ou compensação mensal durante o prazo da vigência do pacto.

Egon Felix Gottschalk<sup>84</sup>, em 1970, apontou que, na ausência de proibição legal, poder-se-ia sustentar a validade da cláusula de não concorrência no contrato de emprego, “desde que observa, quanto ao alcance, lugar, tempo, e compensação pecuniária, os limites razoáveis ainda computáveis com a liberdade do exercício da profissão do empregado”. Porém, ainda assim apontou sérias dúvidas quanto à validade da cláusula de não concorrência, aos argumentos de que: a) a CLT repudia contratos de prazo relativamente extensos, tanto que em 1967 reduziu o prazo do contrato de experiência de quatro para dois anos (ainda que prorrogáveis); b) são condicionados os contratos de experiência a requisitos restritivos e prazos exíguos.

Todavia, diante da omissão legislativa que persiste até os dias de hoje, posto que apesar da modificação da CLT em 2017, aludido tema não foi inserido no texto e, inexistindo fundamento legal para a limitação do exercício das atividades das partes nas relações civil ou empregatícia, respectivamente, contratados e empregados, conforme aduz João Batista dos Santos e Juary C. Silva<sup>85</sup>, as cláusulas restritivas de

---

<sup>83</sup> Artigo 581. O pacto de exclusão de não concorrência celebrado entre empregador e empregado é nulo de pleno direito se não for celebrado por escrito, dele constando uma indenização ou compensação mensal durante o prazo de sua vigência a favor do empregado e conforme certos limites de objeto, tempo e lugar.

§1º A duração do compromisso não poderá ser superior a 4 (quatro) anos para os dirigentes e a 2 (dois) anos nos demais casos.

§2º O objeto do compromisso deve cingir-se ao desempenho de funções iguais ou análogas às exercidas anteriormente, dentro de uma certa área geográfica, tudo de maneira a não anular a liberdade de trabalho, assegurado no artigo 2º deste Código.

<sup>84</sup> GOTTSCHALK, Egon Felix. A cláusula de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 34, p. 785-786, nov. 1970.

<sup>85</sup> SANTOS, João Batista dos; SILVA, Juary C. Cláusulas restritivas à liberdade de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 41, p. 600, jan. 1977.

liberdade de trabalho são admitidas, desde que obedecidas a certos limites de objeto, tempo e lugar.

#### 4.2 DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Deve-se anotar que a cláusula de não concorrência não é ilegal ou imoral por se tratar de uma obrigação de não fazer e que, havendo partes com capacidade, legitimidade e não sendo prescrito em lei, tal pactuação é totalmente admissível.

Ocorre que as empresas contratantes, estas, por sua vez, mais fortes economicamente em comparação com as empresas contratadas, usam aludida obrigação de forma abusiva e excessiva, dando espaço à ocorrência do abuso de direito.

Tal abusividade pode ser notada quando referida cláusula é por tempo indeterminado, ou, pasmem, a não concorrência se estende para os parentes de 1º ou 2º grau dos sócios da pessoa jurídica ou da pessoa física contratada.

Como se não bastasse, mais absurdo ainda, é a cláusula de não concorrência que determina que o contratado não poderá prestar serviços ou, nem mesmo, tornar-se empregado de empresas que fabricam produtos similares da contratante. Por exemplo: A empresa “x” vende computadores, tendo como seu representante comercial a empresa “y”. O contrato entre “x” e “y” prevê que mesmo após o término do contrato, a empresa “y” não poderá representar ou ser contratado da empresa “z” que vende produto similar, mas não igual.

- X é a empresa Positivo (notebook).
- Y empresa prestadora de serviço.
- Z é a empresa Apple (notebook, celular e relógio).

No caso exemplificado, a empresa “y” emprega seus esforços para a venda ou avanços tecnológicos com relação a um produto específico da empresa “x”, porém após o término do contrato, a empresa “y” não poderá atuar em outra empresa em produto diverso do que trabalhava.

A questão que envolve a cláusula de não concorrência está ligada estritamente na sua abrangência/área e a sua não limitação temporal, como será tratado a seguir.

Como já explicado, referida cláusula, em sua maioria, pode ser vista em contratos de prestação de serviços pactuados entre empresas. Citou-se como exemplo o contrato de representação comercial, mas também é comum em contratos de prestação de serviços, de gestão, de empreitada.

Cabe ressaltar que uma empresa de software tem por bem maior os seus inventos; um escritório de advocacia tem como maior patrimônio a sua clientela e o seu know how; uma indústria farmacêutica possui como maior patrimônio as suas fórmulas, e assim por diante, não podendo a cláusula de não concorrência abranger outras áreas de menor importância da empresa.

Frisa-se, aludida cláusula não é ilegal ou imoral, por se tratar de uma obrigação de não fazer e totalmente admissível, conforme preceitua o artigo 104 do Código Civil.

Assim, em razão das possíveis abusividades na cláusula de não concorrência, o Estado não pode ser conivente com aludidas excessividades comerciais. Aliás, o Estado e, nem mesmo, as câmaras de arbitragem, posto que as grandes empresas realizam os contratos com os seus prestadores prevendo a cláusula de arbitragem.

Portanto, aludida matéria deve ser apreciada por doutrinadores e regulamentada por lei para que não possa haver abusividades que praticamente impossibilitam os prestadores de serviços, após o fim do contrato, retornarem as suas atividades.

Vale destacar que a cláusula de não concorrência é muito importante dentro dos negócios jurídicos, entretanto, tem que haver equidade entre as partes para que a mesma não seja utilizada como ferramenta de coação para a parte mais fraca.

#### 4.3 OBJETO DE PROTEÇÃO E FUNDAMENTOS

O sistema capitalista tem a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre-concorrência como pilares e, nesse cenário, as empresas/empregadores possuem o poder diretivo, organizam os sistemas produtivos e necessitam ser competitivos, bem como flexíveis de modo a ajustarem-se às condições do mercado, protegendo a sua propriedade intelectual e também seus segredos industriais, operacionais e comerciais.

O fator conhecimento assume destaque, mantendo a empresa em condições de concorrer junto aos demais competidores. Assim, desde a contratação e/ou

admissão, a repouso absoluto das informações estratégicas, haja vista que o vazamento destas pode implicar a inviabilidade da própria atividade econômica desenvolvida.

Assim, o objeto de proteção da cláusula de não concorrência é o know how da empresa – entendido como tal, nos dizeres de Egon Felix Gottschalk<sup>86</sup>, como “tudo que é a alma de certos negócios ou o verdadeiro segredo da atividade empresarial (...)”.

Os avanços da tecnologia se multiplicaram, elevando a propriedade intelectual a um degrau de substancial valor agregado, e cobrando dos parceiros e empregados a compreensão e domínio dos processos produtivos. Essa sociedade diminuiu consideravelmente a mão de obra braçal, obrigando ao cidadão desenvolver-se para atuar com processos de tecnologia, sob pena de ficar desatualizado e despreparado para assunção de novas oportunidades.

Daí surge a preocupação com os bens imateriais, e isso porque não se pode pensar em alcançar os objetivos organizacionais sem o efetivo comprometimento e participação dos principais atores, no caso os empresários e empregados.

No campo organizacional, para que uma empresa seja competitiva, faz-se necessária a sinergia entre os diversos setores, de modo que todos têm de estar envolvidos nos processos, afinal não basta que a equipe de vendas supere todas as metas se a produção não entregar o objeto da venda, ou se estabelecer uma belíssima estratégia de marketing, e não treinar os vendedores explicando os diferentes produtos.

Mal comparando, é como uma equipe de vôlei. Não basta dizer que a meta é fazer o ponto. Dado o alto grau de competitividade instaurado, e a cada vez menor diferença de nível entre as equipes, é necessário traçar estratégias, e instruir a cada um dos comandados que, necessitam saber não só das suas atribuições, mas também as dos demais, formando uma equipe coesa e com plano tático definido a ser cumprido. A técnica individual já não mais garante títulos; é necessário trabalho em conjunto.

Portanto, o que se quer dizer é que, na empresa contemporânea, as partes interagem, de modo que há uma interdependência de funções, a fim de se alcançar

---

<sup>86</sup> GOTTSCHALK, Egon Felix. *A cláusula de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho*. Revista LTr, São Paulo, v. 34, p. 782, nov. 1970.

os resultados almejados. A isso se alia o alto grau de especialização para diversas atividades, a presença diuturna de tecnologia de ponta tanto na produção, quanto na criação e comunicação, onde se incluem o trabalho remoto, perfazendo um cenário onde a proteção de bens imateriais deixa de ser opção para tornar-se obrigação entre as empresas que querem manter-se no mercado e se pretendem serem competitivas.

Nessa condição, em decorrência da prestação de serviço, tem a contratada acesso às diversas fases da atividade empresarial, que propiciam o conhecimento não só do sistema de produção, mas também de valores concorrenciais, que representam a alma do negócio. Não se pode permitir que o concorrente tenha acesso às informações que são próprias da empresa, e que foram obtidas após considerável volume de trabalho, dedicação e envolvimento dos partícipes nos processos de planejamento, criação, produção e distribuição, além de recursos financeiros.

O know how, no entanto, não se revela sem investigação técnica, e não transparece com o produto final. Mesmo não sendo objeto da tutela da propriedade industrial, representa bem de valor patrimonial e, tanto assim o é, que parte das vezes figura como parcela do capital para ingresso em sociedade empresarial.

Cada vez mais, o empresário/empregador torna-se difícil demonstrar o que se sujeita à confidencialidade, e quais os bens imateriais a serem protegidos, fazendo-se imperiosa a adoção de política preventiva, mediante a proposição da cláusula de não concorrência combinada com a política de confidencialidade, visando ao resguardo, a título exemplificativo, dos seguintes bens: lista de clientes, informações pessoais de clientes, banco de dados (Lei Geral de Proteção de Dados), política de preços, planos de marketing, transações, segredos e dados comerciais, estratégias de negócios, segredos de indústria e de negócios, fórmulas e técnicas de produção, novos inventos, métodos de fabricação e produção, entre outros.

Desse modo, e a fim de não enfrentar um concorrente que tenha acesso às suas informações estratégicas, o empresário visa à preservação de seu know how, o que pode ser alcançado por meio da cláusula de não concorrência, preferentemente combinada com a política de confidencialidade definida.

A aplicação do pacto de não concorrência durante e após o encerramento da relação entre as partes goza de amparo constitucional, fundado na livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV e artigo 170, caput – ambos da CF), direito geral da liberdade (artigo 5º, caput, da CF), direito de propriedade (artigo 5º, caput e inciso XXII, da CF),

propriedade privada (artigo 170, II da CF), livre concorrência (artigo 170, inciso IV da CF), defesa do consumidor (artigo 170, V da CF), e até mesmo na busca do pleno emprego (artigo 170, VIII da CF).

Com efeito, em um sistema capitalista, o mercado se desenvolve a partir da livre-iniciativa, livre concorrência, liberdade contratual, direito de propriedade e defesa do consumidor, razão pela qual, no momento, se dedicará aos fundamentos e breve visão dos impactos da livre iniciativa na formação da livre concorrência.

A livre-iniciativa é princípio fundamental a ser observado, inserido no artigo 1º, inciso IV, da CF, juntamente com outros valores sociais. Isto porque a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

As prescrições do artigo 170 da CF também revelam que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e visa, dentre outros, garantir a livre concorrência e a defesa do consumidor. O parágrafo único do artigo 170 assegura expressamente o livre exercício de qualquer atividade econômica, ressalvados os casos previstos em lei, para os quais há a necessidade de autorização dos órgãos públicos.

A observância da livre-iniciativa de cunho constitucional consagra a liberdade de iniciativa econômica, consubstanciada na liberdade de instituir e explorar atividade econômica, não estando sujeita as restrições, senão em virtude de lei – o que possibilita o acesso do fornecedor ou prestador ao mercado, e traz ínsita a livre concorrência e a liberdade contratual.

A livre concorrência, a seu turno, caracteriza-se pela faculdade de conquistar uma fatia do mercado, em uma competição aberta aos que dela desejam participar desde que atuem de modo legal e ético, ou seja, desde que não exerçam concorrência desleal ou atuem de modo a minar a livre concorrência no mercado, contando, para tanto, com a atuação do Estado. Por óbvio que a livre concorrência possui caráter de igualdade formal, mas não material. Daí o porquê inclusive de a norma constitucional prever tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte.

A concorrência se caracteriza, pois, pela liberdade: de acesso das empresas ao mercado; de tomada de decisões empresariais; e de escolha por parte dos

consumidores. Sua origem se encontra na livre iniciativa da organização empresarial, e se estabelece quando o produto ou serviço é posto no mercado.

Trata-se de disputa entre aqueles que exercem a mesma atividade, e goza de expressa garantia constitucional. Figura como elemento essencial para o almejado crescimento econômico, na medida em que força o desenvolvimento das empresas de um modo geral, desde os produtos, serviços, tecnologia empregada, atendimento prestado, até o incremento de produtos, serviços, tecnologias e outras melhores visando à obtenção de maior parcela do mercado objeto de competição.

Nas relações concorrenciais, o elemento boa-fé deve se fazer obrigatoriamente presente, ficando vedadas práticas abusivas ou que visem ao ganho de fatia de mercado de modo ilegal. A competição livre é condição sem a qual o mercado não sobrevive, e serve como escudo ao consumidor. Isso porque não só impede a prática abusiva de preços, como também fomenta a entrega de produtos e serviços de melhor qualidade.

Ademais, o artigo 219 da Carta de 1988<sup>87</sup> reconhece que o mercado nacional integra o patrimônio nacional, e que será incentivado para a viabilização do desenvolvimento econômico, bem-estar da população, dentre outros.

Possível ainda a fundamentação com base no direito geral de liberdade inserido no artigo 5º, caput, da CF como preceito para a liberdade contratual, e também com fulcro na autonomia privada.

Inserir-se também o inciso VIII do artigo 170 da CF, que trata da busca do pleno emprego, e isso porque a violação à cláusula de não concorrência pode ter efeitos desastrosos, colocando em risco a continuidade do negócio da empresa atingida, e por evidente consequência os empregos por esta produzidas.

O vazamento de informações estratégicas para os concorrentes diretos coloca a empresa em situação de evidente desvantagem concorrencial. A depender do tipo de concorrência em que a empresa está inserida, esta pode ser levada a falência.

Soma-se ainda que a ciência e tecnologia ganharam capítulo próprio dentro do título Da Ordem Social, junto à Carta Magna (Capítulo IV), o que revela a preocupação do constituinte com o desenvolvimento do país, atribuindo às empresas o papel de buscar incremento tecnológico, e ao mesmo tempo, garantindo que estas possam se

---

<sup>87</sup> Artigo 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.



valer economicamente das suas descobertas por força da proteção oferecida aos bens imateriais relativos à propriedade industrial.

Nesse contexto, a proteção das informações estratégicas, políticas empresariais e outros elementos que compõe o know how dos competidores é uma das formas de permitir uma concorrência justa e equilibrada, ao menos sob o ponto de vista formal. Portanto, é adequado, necessário e justo que as sociedades empresariais se protejam se houver um potencial risco de lesão a esses bens imateriais.

Essas considerações e fundamentos quanto à liberdade de iniciativa e livre concorrência são imprescindíveis para a compreensão da cláusula de não concorrência, pois lhe emprestam fundamento social, na medida em que esta representa forma eficaz de tutela do know how do empresário, a fim de que a outra parte não gere um desequilíbrio concorrencial por conta de informações confidenciais obtidas no curso do contrato e repassadas após o término da relação em favor de concorrente, o que prejudica até mesmo o consumidor, quando conduz à diminuição ou ausência de concorrência.

No cenário infraconstitucional, seguindo os ditames da Carta Maior, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que revogou inúmeros dispositivos da Lei nº 8.884/94, estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

O capítulo II, artigo 36 da Lei nº 12.529 de 2011, trata das infrações à ordem econômica, destacando-se para fins do presente estudo o inciso I, que trata da infração decorrente de qualquer forma prejudicial à livre concorrência ou à livre iniciativa.

Por sua vez, por irradiação constitucional, a cláusula de não concorrência goza de amparo nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva (artigo 422 do CC) e função social do contrato (artigo 421 e 421-A CC), além da presunção de licitude do contrato (artigo 122 do CC). Acresça-se ainda a possibilidade de as partes firmarem contratos atípicos (artigo 425 do CC).

Aliás, a boa-fé objetiva e a função social do contrato se encontram no rol dos princípios que estruturam o direito contratual contemporâneo, ao lado do equilíbrio

econômico e da eticidade. Tais princípios estão presentes em todas as relações contratuais, e irradiam os preceitos constitucionais.

Como estudado em tópicos anteriores, a boa-fé é trazida como regra de conduta imposta aos contratantes em todas as fases, ou seja, desde a fase pré-contratual até o momento pós-contratual.

Sobre a cláusula geral da boa-fé sob a perspectiva contratual, escreve Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi<sup>88</sup>: “haverá ilicitude sempre que se configurar ofensa ao princípio da boa-fé ou abuso de direito. O intérprete não perquire acerca dos efeitos pró ou anticompetitivos, mas se houve oportunismo”.

A cláusula geral da boa-fé objetiva impõe comportamento correto, equilibrado, ético e honesto em todas as fases das relações contratuais. Nesse diapasão, a boa-fé objetiva prevista pelo artigo 422 do CC fundamenta a responsabilidade pré e pós-contratual, e se divide em dever de proteção e lealdade. Com isso, derivam deveres colaterais, tais como de cuidado, aviso e esclarecimento, informação e proteção nas relações contratuais.

Destacam-se os deveres de guardar sigilo acerca das informações sobre quais se teve acesso no curso de uma relação contratual, ou em fases preliminares de negociações. A boa-fé objetiva fundamenta, pois, a responsabilidade pré e pós-contratual.

Com efeito, o contratado deve se abster de utilizar ou repassar as informações estratégicas e confidenciais que lhe foram passadas por força do contrato, também ao final deste, dada especialmente a boa-fé que rege as relações contratuais, mantendo-se o equilíbrio contratual.

A responsabilidade pós-contratual, assim, consiste no encargo do contratante que não agiu de acordo com a boa-fé, após o término do contrato, mesmo que tenha cumprido com todos os seus deveres durante o contrato. Caracteriza-se, pois, pela existência de deveres para os contratantes, mesmo após a extinção do contrato.

A função social do contrato prevista pelo artigo 421 do CC não só limita a autonomia privada, como também tem por objeto a busca de comportamento ético, com exata comutatividade e boa-fé, mesmo após a extinção do contrato. E ainda, o

---

<sup>88</sup> MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. 2007. Dissertação (mestrado em direito) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2007. P. 140.

artigo 122 do CC enuncia serem lícitas as condições não contrárias à lei, à ordem ou aos bons costumes.

A irradiação dos direitos constitucionalmente previstos via cláusulas gerais encontra abrigo seguro nos dispositivos acima citados, posto que tratando de cláusula de não concorrência a presunção é de inexistência de ilegalidade, porém isso não significa dizer que a cláusula estipulada entre as partes será sempre válida.

#### 4.4 DIRIGISMO CONTRATUAL

Apesar da liberalidade de contratar ser decorrência da liberdade individual, sendo o negócio jurídico perfeito e acabado, composto dos elementos indispensáveis à sua formação, a autonomia privada no contrato sofre restrições decorrentes da supremacia da ordem pública, que nada mais é do que as limitações das legislações vigentes à época e, que no caso em tela, devem estar previstas no Direito Civil e Constitucional.

No caso da cláusula de não concorrência deverá haver limites temporais, materiais e espaciais para ser válida, caso ao contrário, estará ferindo o direito da livre concorrência previsto no artigo 170 da Constituição Federal.

Inclusive, também deve ser analisado o que se extrai do artigo 422 do Código Civil<sup>89</sup>, que traz expresso o princípio da boa-fé que abrange todo o campo do contrato, conforme discorrido no capítulo 2 desta dissertação.

O fato é que em razão do extraordinário desenvolvimento do comércio foi possível o aperfeiçoamento do contrato, instrumento para a circulação dos bens. O direito contratual foi um dos instrumentos mais eficazes da expansão capitalista em sua primeira etapa.

Aliás, o direito contratual do início do século XIX forneceu os meios mais simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesses, sendo que eliminou o formalismo e aumentou a segurança das transações, abrindo espaço à lei da oferta e da procura, com as restrições legais à liberdade de estipular. Com aludida evolução foi sendo inserido na relação negocial o princípio da boa-fé,

---

<sup>89</sup> Artigo 422 do CC: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

que atrai conceito ético prevendo que todos devem proceder com correção, dignidade, honestidade, lealdade, boa intenção, com o propósito de ninguém prejudicar.

Por sua vez, surgiu o princípio do dirigismo contratual. Explica-se: uma vez ultimado, o contrato liga as partes contratantes, estabelecendo entre elas um vínculo obrigacional, ou seja, o contrato faz lei entre as partes, tornando-se obrigatório por uma questão de boa-fé, segurança jurídica e interesse social.

Anteriormente, o contrato só poderia ser desfeito por concordância de todos os interessados – distrato, força maior ou caso fortuito. O descumprimento da avença sujeita o inadimplente à reparação das perdas e danos (responsabilidade civil contratual: artigo 389 do CC).

Isto porque a obrigatoriedade do contrato decorre também de preocupação de ordem geral, para atender à necessidade de segurança. O problema não é individual, particular, e sim social. Quem se compromete através da manifestação da vontade a dar, fazer ou não fazer algo, cria uma expectativa no meio social que a ordem jurídica deve garantir.

Assim, o propósito de se obrigar, restringindo espontaneamente a liberdade individual, provoca consequências que afetam o equilíbrio da sociedade. Então a lei, para defender a harmonia das relações interindividuais, cria elementos compulsórios do adimplemento.

Ora, se não houver cumprimento, não circulam bens e serviços, e sobrecarrega-se o Judiciário. As pessoas ficam com medo de prestar serviços e vender mercadorias, não contratam temendo o inadimplemento, a economia enfraquece, os juros aumentam. Ex.: indivíduo tem medo de alugar o seu imóvel temendo o descumprimento contratual – ficam escassas as ofertas, e o preço, pela demanda, passa a aumentar.

A lei que torna obrigatório o cumprimento do contrato compele quem se vinculou livremente a manter a sua promessa, procurando assegurar as relações estabelecidas.

Portanto, o contrato se aperfeiçoa pela coincidência de duas ou mais manifestações unilaterais da vontade. Se tais manifestações se externarem livre e conscientemente, obedecendo a lei, tornam-se obrigatórias, impondo a reparação das perdas e danos em caso de inadimplemento.

Ocorre que o dirigismo contratual surge para atenuar a desigualdade que se estabeleceu em função do domínio econômico do mais forte sobre o mais fraco e, que no caso em tela, preserva o direito constituído no artigo 170 da Constituição Federal com o fundamento no artigo 422 do Código Civil.

Assim, o princípio da autonomia da vontade passa a conflitar com normas cogentes, editadas pelo Estado, em favor da supremacia da ordem pública. Cláusulas abusivas, contratos desiguais e que oprimem por disposições lesivas passam a ser nulos por ferirem normas de ordem pública. Ou seja, o Estado começa a interferir nas relações privadas para tentar recuperar a igualdade, o equilíbrio entre os contratantes.

Importante destacar que o direito contratual deve ser flexível, tolerar a intervenção do Estado, que diminui a autonomia privada, criando leis de ordem pública (cogentes) para restabelecer a equidade entre os contratantes.

A igualdade no contrato é puramente teórica. O contratante mais fraco tem necessidade de contratar (o segurado; aquele que vai pedir um empréstimo, um financiamento, o representante comercial, etc.), e o contratante mais forte leva vantagem no negócio, ditando as condições do ajuste e impondo regras abusivas.

Assim, o contratante mais forte impõe as cláusulas e o mais fraco a elas se submete. Na atualidade, a maioria dos contratos é de adesão, pois um dos contratantes é em geral uma empresa, economicamente mais forte.

O Estado, pelas funções principalmente legislativa e judiciária, interferiu no sistema contratual e criou normas de ordem pública para limitar a autonomia privada – normas que não são suscetíveis de modificações pelos contratantes, particulares. Ex.: Lei do Inquilinato, Leis acerca de planos de saúde, Código de Defesa do Consumidor, Lei do Representante Comercial, etc. (são dezenas de leis de ordem pública, nos últimos anos, limitando a liberdade de contratar).

A questão é: como saber se a lei é de ordem pública ou é facultativa? O fato é que a ideia de ordem pública é mais jurisprudencial que legal. A pesquisa é necessária a cada caso, para verificar se a jurisprudência admite disposição em sentido contrário ao que estabelece certa norma. Como exemplo, a redução proporcional da multa por conta do cumprimento parcial do contrato. Tal norma é cogente (artigo 413 do CC). Os tribunais não admitem, normalmente, a disposição em sentido contrário.

Da mesma forma, nos contratos de adesão, a renúncia prévia a direito estabelecido em lei, como por exemplo a cláusula de arbitragem, não pode valer, salvo se proposta pelo aderente ou assinada em apartado.

Trata-se do dirigismo contratual: o Estado, por normas cogentes e decisões judiciais, define as cláusulas do contrato ou as moldam de acordo com o que atende melhor ao equilíbrio entre as partes contratantes.

Se o juiz tem mais liberdade para decidir sobre a cogência ou não de uma lei, ampliam-se as restrições ao princípio da autonomia da vontade. O juiz tem um instrumento para restringir a liberdade dos contratantes.

Nesta linha de conflito, o artigo 421-A, do Código Civil que fora introduzido recentemente pela lei nº 13.874/2019, reforça o princípio da liberdade das partes e da força obrigatória do contrato, nos instrumentos civis e empresariais, presumindo-se a simetria e paridade dos contratos, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais. Entretanto, na parte final referido artigo aduz que caso haja elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, a revisão contratual deverá ser feita de maneira limitada e excepcional.

Apesar desse artigo, a função social do contrato e a boa-fé objetiva, que obrigam os contratantes ao comportamento leal, ainda que não expressos em cláusula contratual, relativizam a autonomia privada e também o princípio da obrigatoriedade dos contratos.

Portanto, o contrato que antes só se desfazia por distrato, impossibilidade da prestação, caso fortuito ou força maior, passa a ser resolvido por abusividades e onerosidade excessiva. O dirigismo contratual está intimamente ligado com a abusividade excessiva nos contratos e com a teoria da imprevisão nas relações cíveis.

Assim, trata-se da atuação do Estado, através do Judiciário, para evitar o ônus desproporcional ao contratante que passa a ter prestação excessivamente onerosa, abusiva e ilegal, sem a observância do princípio da boa-fé. O contrato evolui sacrificando a amplitude de seus princípios básicos em favor de restrições que o fazem mais justo e mais humano.

#### 4.5 LIMITES DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

Como já reiterado no trabalho, a cláusula de não concorrência não poderá violar a garantia constitucional de que é livre o exercício de qualquer trabalho, devendo, portanto, o conteúdo de aludido pacto não infringir tal preceito.

O fato é que a motivação da criação desta cláusula é proteger uma concorrência desleal por parte das empresas para que não haja a divulgação de segredos e conhecimentos específicos de uma determinada operação. Em razão desta motivação é que aludido pacto tem por objeto direito disponível e preenchendo os requisitos de validade dos atos jurídicos, seu conteúdo é livre, prevalecendo, pois, a manifestação privada das partes por meio dela externada.

Assim, a interpretação de referida cláusula deverá ser na medida em que a finalidade visada pelo acordo é preservar segredos e operações de determinada empresa para afastar uma concorrência desleal consubstanciada no princípio da boa-fé que deve orientar as relações contratuais (artigo 422 do Código Civil)<sup>90</sup>.

É notório que para a análise da cláusula de não concorrência, deverá ser realizada a interpretação mais adequada no sentido de prevenir abusos de direito e poder econômico.

Para tanto, para que uma cláusula de não concorrência não prejudique o ambiente concorrencial, cumprindo estritamente a sua definição, devem ser observados limites temporal, matéria e geográfico/espacial<sup>91</sup>.

#### **4.5.1 Aspecto temporal**

A limitação *ad eternum* ao direito do livre exercício do trabalho, no tempo e no espaço, é absolutamente ineficaz, pois deixaria de ser restrição para se tornar impedimento. Cabe agora perquirir sobre o limite dessa restrição.

---

<sup>90</sup> Prestação de serviços - Ação declaratória de impedimento de concorrência cumulada com indenização - Subsistência, validade e infração da cláusula de não-concorrência - Reconhecimento - Penalidade pactuada - Imposição - Admissibilidade. Evidenciada infração à cláusula de não-concorrência, a condenação do réu ao pagamento da penalidade prevista contratualmente era medida de rigor. Dano moral - Não configuração - Indenização indevida. A infração à cláusula de não-concorrência não constitui ofensa à personalidade e não justifica condenação a título de danos morais, não se entendo, em semelhante procedimento, agressão à honra subjetiva, versando, a hipótese, apenas sobre eventual descumprimento contratual. Recursos improvidos. (TJSP, Apelação nº 9080705-51.2008.8.26.0000, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Orlando Pistoresi, j. 26/09/2012)

<sup>91</sup> [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php)

Aludida restrição terá de ser adequada para impedir a violação do direito que se pretende resguardar, assim como necessária para tanto, inexistindo outra medida com o mesmo grau de eficácia. Nesse diapasão, deve ser limitado o tempo em que a outra parte não poderá exercer a atividade concorrente.

A doutrina aponta que esse tempo de quarentena pode ser de cinco anos com fulcro no artigo 1.147 do CC, ou de dois anos mediante aplicação analógica do artigo 445, caput, da CLT. A crítica que se permite fazer é que o período de cinco anos é muito extenso, e o artigo 445 da CLT não serve de base para fixação do período de quarentena.

Entretanto, os Tribunais vem reiteradamente decidindo ser o prazo de 5 (cinco) anos um período razoável e incapaz de prejudicar a livre concorrência<sup>92</sup>.

Todavia, a situação deve ser analisada no caso concreto. Por vezes, dois anos será um período muito longo, eis que nesse tempo o produto ou bem imaterial a ser protegido pode se tornar obsoleto, ao passo que, em outras situações de implantação longa, o período pode se revelar curto demais.

Ademais, não se enxerga óbice para a prorrogação do período inicialmente fixado a não concorrência, desde que: a) respeite os limites temporais em regra utilizados, tal como acima apontado, para a preservação dos direitos da empresa, sem violar o núcleo essencial do direito da parte; b) não se prorrogue além do necessário para a preservação do bem defendido; c) essa prorrogação ocorra de modo bilateral.

A prorrogação de aludido pacto, observados os limites acima apontados, se insere dentro da autonomia privativa das partes, e não tem por que não ser reconhecida, na hipótese de demanda judicial.

Não parece adequada, no entanto, a cláusula que prevê a prorrogação do período de não concorrência ao exclusivo critério do contratante, na medida em que perderia a bilateralidade contratual, ficando ao arbítrio da parte contratante em detrimento do hipossuficiente.

---

<sup>92</sup> EMPRESARIAL. Concorrência desleal. Cláusula que previa período de quarentena. Ex-sócio que não poderia divulgar e se utilizar da tecnologia da empresa por período de 5 anos. Pedido indenizatório. Licitude desta disposição que não prejudica os direitos por créditos societários e/ou trabalhistas do apelante. Período certo e que não o impossibilita de trabalhar. Hipótese ainda da clara intenção associada a finalidade para a mesma atividade mas, por empresas constituídas com familiares, para esse mesmo objeto social. Concorrência desleal constatada. Recurso voltado a afastar essa conclusão, desprovido. (TJSP, Apelação nº 0016593-73.2007.8.26.0224, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Teixeira Leite, j. 02/10/2012)



Vale destacar que apesar de inexistir norma específica e regular da cláusula de não concorrência, aplica-se, por analogia, o artigo 1.147, caput, do CC, in verbis:

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

Como se observa no artigo supracitado, o objetivo principal da Lei consagrado na cláusula de não concorrência é vedar a concorrência desleal, para a proteção do estabelecimento empresarial, porém não pode haver abusividades.

Dito isso, no próximo tópico serão abordados os limites materiais da cláusula de não concorrência.

#### **4.5.2 Aspecto material**

No tocante aos limites materiais, deve-se entender que a cláusula de não-concorrência pactuada deve se restringir ao setor de atividade envolvida na operação. Portanto, a obrigação de não competitividade deve estar limitada à área de atuação do ramo de atividade de cada empresa, razão pela qual não destoaria do entendimento do CADE<sup>93</sup>.

Assim, o ajuste da cláusula de não concorrência de uma multinacional de bebidas com uma empresa prestadora de serviço de marketing para ser adequada, precisa ser limitada. Essa limitação é necessária caso a prestadora de serviço no término do contrato é contratada para área do marketing do concorrente.

A limitação ao exercício de qualquer trabalho é inaceitável, mas se for limitada à área de atuação da empresa em que se ajusta a cláusula de não concorrência é totalmente justo.

Vale destacar que é inadmissível haver restrição aos familiares do sócio retirante e/ou do sócio da empresa prestadora de serviço, de qualquer grau de parentesco, a praticar concorrência ou explorar o mesmo ramo de atividade da sociedade em questão.

Isto porque, as limitações impostas em eventual cláusula não pode ultrapassar o limite da pessoa jurídica ou natural que pactuam e nem mesmo ter abrangência muito ampla e restrições extremamente exageradas, no sentido de proibir os

---

<sup>93</sup> Parecer do PROCADE n. 052/2009 da Procuradoria Geral do CADE.

familiares da parte, de qualquer grau de parentesco (cônjuge, ascendentes, descendentes, herdeiros e colaterais de qualquer grau), em atenção aos dispositivos constitucionais tuteladores dos direitos e garantias individuais previsto no artigo 5º, XIII e artigo 6º, ambos da Constituição Federal.

#### **4.5.3 Aspecto geográfico**

A amplitude geográfica da limitação depende da atuação ou influência geográfica da empresa, na medida em que deve existir legítimo interesse da empresa nesta limitação, ou seja, fazer-se presente a efetiva possibilidade de prejuízo da parte, na hipótese de concorrência.

Embora a limitação da restrição do espaço geográfico para o exercício da sua atividade faça parte do rol dos requisitos que fundamentam a aplicação da cláusula de não concorrência, por vezes, e cada vez mais, tal limitação pode se tornar inócua. Isto porque em tempos de mercado globalizado, telemática, os mercados ficam cada vez mais próximos.

Contudo, não significa que a limitação da amplitude geográfica deva ser desprezada, até porque, em regra, as limitações muito amplas de lugar só têm razão em serviços de alta especialização. Exemplo de fácil visualização diz respeito a contratada que presta serviço a uma multinacional no desenvolvimento regional de produto específico com alcance mundial, e que irá trabalhar em concorrente direto da mesma área, no mercado mundial.

Portanto, tem-se entendimento de que a cláusula contratual deve-se restringir à área de atuação da empresa no território em que a outra parte contratual tem domicílio ou endereço comercial.

#### **4.5.4 Casos Concretos**

Passemos à análise de alguns casos concretos envolvendo o exame da cláusula de não concorrência.

Em um contrato de franquia foi incluída uma cláusula que fazia referência tão somente aos limites territoriais para a venda/distribuição de produtos da franqueadora

durante a execução do contrato, e outra cláusula referente à cláusula de não concorrência.

Contudo, a cláusula de não concorrência não fazia qualquer menção quanto aos limites territoriais prevista na cláusula de venda/distribuição de produtos.<sup>94</sup>

Assim, ao contrário do que se pretendia a autora da demanda, o Judiciário entendeu que a interpretação conjunta das cláusulas resultava na proibição ampla e genérica da atuação mercantil da franqueada em todo o território nacional.

Nos termos do que fora estudado, a cláusula de não concorrência válida deverá prever em seu bojo as limitações temporal e territorial e não ser integrada por cláusula diversa do contrato, que sequer tem relação com o contexto e o sentido da cláusula de barreira avençada.

Outro caso interessante<sup>95</sup>, trata-se de uma ação ajuizada pela empresa prestadora de serviço (X) em face do condomínio (Y), alegando que existiu a rescisão do contrato de prestação de serviços pelo condomínio (Y) e posterior contratação de ex-funcionário da empresa prestadora de serviço (X) para o mesmo posto de trabalho.

Entretanto, havia a existência de cláusula expressa vedando a contratação, direta ou indireta, de ex-funcionário.

O fato é que o condomínio (Y) não contratou o ex-funcionário (C.H.R) da empresa (X), de forma direta, para o exercício da atividade de porteiro. O que houve foi a contratação de outra empresa prestadora de serviço (L.S.C. EIRELI) para a prestação de serviços de limpeza, conservação e portaria, terceirizada da qual C.H.R. era atual empregado.

Vale mencionar o quanto disposto na cláusula de não concorrência do contrato

---

<sup>94</sup> Agravo de Instrumento. Direito Empresarial. Franquia. Ação de rescisão contratual. Tutela de urgência formulada pela franqueada. Alegação de abusividade de cláusula de não concorrência. Proibição ampla, genérica, sem limitação territorial. Cláusula de barreira desprovida de critério específico. Franqueada que, em rigor, atua como mera distribuidora de produtos da franqueadora. Inteligência do artigo 300 do CPC. Preenchimento dos requisitos legais. Decisão agravada mantida. Agravo desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2209647-06.2020.8.26.0000; Relator (a): Pereira Calças; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 02/12/2020; Data de Registro: 21/12/2020)

<sup>95</sup> PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – Cobrança – Multa – Cláusula que veda a contratação de ex-empregado, seja de forma direta, seja por meio de outra empresa terceirizada – Abusividade – Contrato que faz lei entre as partes — Impossibilidade de infringência a princípio da livre concorrência e também a direito ao trabalho – Contratação de empresa terceirizada – Possibilidade de prestação de serviço por quaisquer de seus empregados – Ausente inadimplemento – Inexigibilidade da cláusula penal – Sem demonstração da quebra de boa-fé. Apelação não provida. (TJSP; Apelação Cível 1013653-28.2019.8.26.0506; Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/03/2020; Data de Registro: 10/03/2020)

de prestação de serviços firmados entre as empresas X e Y: “tendo em vista o investimento da CONTRATADA na seleção, preparação e treinamento de seus funcionários, a CONTRATANTE compromete-se a não admiti-los, mesmo que através de outras empresas terceirizadas ou empreiteiras, ainda que para outras funções, durante a vigência desde contrato, bem como até 180 (cento e oitenta) dias posteriores ao seu término”

E acrescenta que: “caso venha a CONTRATANTE a infringir o disposto nesta cláusula, deverá pagar à CONTRATADA, a título de multa pela infração, com o fim de ressarcimento dos investimentos desta na preparação de seus prepostos, o valor correspondente a 6 (seis) meses do pagamento mensal ora estipulado, exceto se a quebra contratual for por ato da CONTRATADA por falência, inadimplência, ou débitos não quitados junto aos funcionários ou repartições como FGTS, INSS, ISS, etc.”

No caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que deve interpretar o sentido e o alcance da cláusula contratual para adequação e aplicação ao caso concreto. Isso porque o exercício da liberdade de contratar não é irrestrito, submete-se a princípios do ordenamento, sob pena de vício, o que legitima a revisão e o controle pelo Poder Judiciário.

Com isso, o exercício da atividade não pode restringir o exercício da atividade empresarial de terceiro, com infringência à livre concorrência, princípio da ordem econômica (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal) e, também, não pode influir na liberdade de contratar das empresas de forma desproporcional, chegando a suprimi-la.

Por fim, o Tribunal usou como fundamentação que a cláusula de não concorrência não pode interferir no direito ao trabalho (artigo 6º da Constituição Federal), em atenção ao princípio do pleno emprego (artigo 170, inciso VIII, da Constituição Federal).

Desta feita, apesar do contrato fazer lei apenas entre as partes, a cláusula de não concorrência não pode desrespeitar princípios constitucionais, devendo os negócios jurídicos serem interpretados conforme a boa-fé (cf. artigo 113 do Código Civil).

#### 4.6 COMPENSAÇÃO, EXTINÇÃO OU DESCUMPRIMENTO

Questiona-se se seria obrigatória a indenização prévia em razão da cláusula de não concorrência? A meu ver aludida estipulação não deve ser obrigatória.

Isto porque a cláusula de não concorrência é aceita dentro dos seus limites temporais, geográficos e material, independente da outra parte receber indenização, posto que é um direito da parte contratante não ter seus elementos empresariais repassados a sua concorrente.

Entretanto, caso haja a estipulação de indenização prévia, tal pactuação será totalmente admissível, observando-se a exata comutatividade da relação, de modo a que não se gere um desequilíbrio nas obrigações e deveres das partes, que sempre deverão agir de boa-fé, não prejudicando os outros, mesmo após o encerramento do contrato.

Ainda, a cláusula de não concorrência pode ser firmada mediante evento futuro e incerto, que, em não ocorrendo, gera o desaparecimento das obrigações. Da mesma forma, havendo interesse recíproco na extinção do pacto de não concorrência, inexistente óbice, mormente após o término da relação. Todavia, se somente uma das partes desejar rescindir, o pacto se mantém íntegro, tal como foi estipulado, salvo ocorrência de hipótese que modifique o estado das coisas, aplicando-se a cláusula *rebus sic stantibus*.

Outro ponto de reflexão é a hipótese de denúncia unilateral do pacto de não concorrência, na hipótese de este perder seu objeto. Tome-se por hipótese o fato de a empresa alterar seus processos produtivos, ou ocorrer outra modificação qualquer que torne a avença desnecessária. Neste caso, opera-se a rescisão de pleno direito.

Com relação ao descumprimento da cláusula de não concorrência na vigência ou após o término da relação, havendo provas contundentes do descumprimento da obrigação, haverá que ser indenizada a parte lesada.

Assim, caso haja a previsão de multa pela parte infratora, a cláusula penal deverá observar a proporcionalidade e razoabilidade, não podendo extrapolar os limites com o único intuito de enriquecimento sem causa, conforme entendimento extraído do artigo 412 do Código Civil<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> CONTRATO DE FRANQUIA Autora que figura como franqueadora de rede de clínicas de emagrecimento e de estética, sob a marca EMAGRECENTRO Celebração de dois contratos de franquia com a ré, em 2010, com vigência por cinco anos Distrato do contrato em dezembro/2012 Ré que, no início de fevereiro de 2011, constituiu a empresa INSTITUTO DE EMAGRECIMENTO CORPO IDEAL, com serviços relacionados à estética, emagrecimento e beleza Verificação, nos autos, que, além de atuar no mesmo ramo, e próximo a uma franquia da EMAGRECENTRO, a empresa-ré utiliza tratamentos semelhantes, flyers e publicidades idênticas Manifesta possibilidade de induzir o

Isto porque, o valor da cláusula penal não poderá exceder o da obrigação principal, sob pena de se tornar fonte de enriquecimento sem causa. No caso em questão, não há um valor fixado e, portanto, as partes deverão utilizar um parâmetro de cálculo que ressarce um eventual prejuízo no caso de infringência da cláusula de não concorrência.

Vale destacar que o artigo 413 do Código Civil<sup>97</sup>, prevê a possibilidade do juiz reduzir a cláusula penal que se mostrar excessiva. O dispositivo em questão confere ao juiz não a possibilidade de reduzir, mas sim o dever de reduzir a cláusula penal que extrapole o razoável e consubstancie onerosidade excessiva a um dos contratantes, com manifesto enriquecimento indevido da outra parte, ainda que haja a configuração do ilícito do devedor.

A norma é de ordem pública, não admitindo que as partes afastem sua incidência, dispondo que a multa prevista é irredutível<sup>98</sup>. Assim, uma vez reconhecida a abusividade na cobrança da cláusula penal, o montante devido deverá ser recalculado para que não haja um enriquecimento sem causa por uma das contratantes.

Caso não haja fixação de multa no contrato, a parte lesada poderá buscar judicialmente uma indenização equivalente aos danos ocasionados pelo descumprimento da cláusula em questão ou até mesmo a obrigação da outra parte de não trabalhar para o concorrente.

---

consumidor a erro Caracterização de concorrência desleal e de descumprimento do contratado Sentença de improcedência reformada Ré que deverá respeitar o contrato firmado, abstendo-se de usar o sistema e o modelo do negócio da autora, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00, no prazo improrrogável de sessenta dias, a contar da publicação deste acórdão, não sendo o caso de fechamento da empresa-ré Condenação da ré, ainda, ao pagamento da multa contratual de R\$ 100.000,00, cujo valor mostra-se adequado e razoável para a hipótese em tela Apelo parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1025962-14.2014.8.26.0100; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 24ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/04/2015; Data de Registro: 15/04/2015)

<sup>97</sup> Artigo 413 do Código Civil. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

<sup>98</sup> Sobre o tema, orientação do STJ: “A jurisprudência do STJ é no sentido de que a norma do CC/16 924 [CC 413] permite ao juiz a redução da sanção convencionada para o caso de descumprimento do contrato por parte do promissário comprador, autorizando-o a reduzi-la na proporção recomendada pelas circunstâncias do contrato” (STJ, 4ª T., REsp 91603-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., j. 13.8.1996, DJU 9.9.1996).

Aludida multa não incidirá no Imposto de Renda por se tratar de verba com caráter indenizatório, nos termos da interpretação do artigo 43, do Código Tributário Nacional.

Por fim, ambas as partes podem sustentar a não obrigação de manter a avença. Isso se decorrer de força maior ou onerosidade objetivamente excessiva em razão de acontecimentos extraordinário e imprevisível, que torna insustentável a manutenção da avença, dentro das condições ajustadas de tempo, espaço e restrições de atividades.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como visto nos tópicos acima, a cláusula de não concorrência é imprescindível no sistema capitalista para que haja a proteção de vários elementos intrínsecos e extrínsecos de uma atividade comercial.

Com isso, a limitação e a abrangência da cláusula de não concorrência são necessárias para que não provoquem restrições à liberdade dos indivíduos, com vistas a livre iniciativa ou livre comércio, direito geral da liberdade, na busca do pleno emprego e dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, aludida cláusula também tem como premissa proteger a parte que disponibilizou as informações inerentes a sua atividade empresarial para outra parte e, portanto, deve haver proteção contra a divulgação de informações que são relevantes e de cunho pessoal da empresa.

Para isso, imprescindível a aplicação da teoria da boa-fé e função social do contrato, com o único objetivo de equidade entre as partes contratantes, uma vez que não existe norma legal para regulamentar mencionado desequilíbrio.

Ora, como dissertado, há a necessidade de que a área de livre ação dos indivíduos deve ser limitada pela lei, porém deve haver um mínimo de liberdade pessoal, que não deve ser violada de modo algum. Assim, uma ordem justa deve possibilitar soluções corretas para todos os possíveis problemas que nela poderiam surgir, devendo ser sopesados os valores de igualdade, justiça, segurança, ordem pública e mínima dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, é de extrema importância defender que tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica devem ter seu direito à personalidade protegido.

Isto porque, a pessoa jurídica nada mais é do que uma unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações.

Todas essas ponderações devem ser feitas com enfoque na Constituição brasileira, bem como no Código Civil por se tratar de sistemas em perfeita harmonização, no qual este último tem como princípio a socialidade. Devemos ressaltar que a própria Constituição permite a aplicação da teoria do dirigismo contratual para preservar direitos fundamentais.

Destarte, a interpretação da cláusula de não concorrência deve ser interpretada pelo princípio da boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social, instituída dentro dos deveres laterais de proteção e lealdade, nos termos do Código Civil.

Com tais argumentos, devemos limitar a cláusula de não concorrência nestes três objetos: temporais, materiais e geográficos.

Com relação ao limite temporal, é pacífico que o período não pode ultrapassar 5 anos para que possa ser válido aludido pacto. Já o material, deve-se entender que a cláusula pactuada deve se restringir ao setor da atividade envolvida no contrato e na pessoa em que faz parte do contrato.

Por fim, o aspecto geográfico dependerá da atuação ou influência da empresa contratante, na medida em que deve existir legítimo interesse da empresa nesta limitação.

Por sua vez, havendo o descumprimento por qualquer das partes de aludido pacto, haverá a possibilidade de a parte lesada buscar judicialmente uma indenização equivalente ou até mesmo já estar prevista referida indenização na cláusula.

Como último ponto de destaque, entende-se pela não obrigatoriedade de indenização prévia para que seja válida a não concorrência, bem como pela não incidência do Imposto de Renda no valor da multa em caso de descumprimento pela parte.



## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. São Paulo: Forense/Edusp, 1981.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade humana. **In:** Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROS DIAS, José Joaquim de. Direito civil constitucional. **In:** LOTUFO, Renan (Coord.). Direito civil constitucional. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BIANCA, Massimo. **Diritto civile: il contratto**. v. 3. Milão: Giuffrè, 1987.
- BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico**. Milão. 1977, 3ª ed. Edizioni di Comunità.
- \_\_\_\_\_, **Teoria dela norma giuridica**. Torino: Giappichelli, 1958.
- BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental**. 3. ed. São Paulo: Ed. Globo, 1955.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**: Maxx Limonad, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais y derecho privado**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. **In:** SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. Editora Max Limonad. Ed. 2ª. 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA, Mario Julio Almeida. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 5. Ed., 1999.
- CHIASSONI, Pierluigi, **O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen**. Editora Contracorrente. Ed. 01. 2017.
- DALLARI, Adílson Abreu. Emancipação do direito público no Brasil. **In:** Perspectivas do direito público – estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- DINIZ, MARIA HELENA. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V.1, 18 ed, Saraiva: São Paulo, 2002.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FLORES-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Civitas, 1986

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. Saraiva: 2007.

GONÇALVES, Guilherme Leite e VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas Sociais**. Direito e Sociedade na obra de Niklas Luhmann. Editora Saraiva, 2013.

GOTTSCHALK, Egon Felix. **A cláusula de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho**. Revista LTr, São Paulo, ano 34, p. 785-786, nov. 1970.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho Privado**. Cuadernos Civitas: 2016

JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil – Parte General**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LI BASI, Pensovecchio. **L'interpretazione dele Norme Costituzionali**. Milão: Giuffrè, 1972.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang. O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito civil constitucional**. Caderno 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

LUHMANN, Niklas. **La costituzione come acquisizione evolutiva**. In: ZAGREBELSKY, Gustavo, et al. (orgs.). Il futuro dela costituzione. Torino: Einaude, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado, 1999.

MIRANDA, PONTES DE. **Tratado de Direito Privado** (atual. Por Vilson Rodrigues Alves), Bookseller, 1999.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. v.1. Coimbra: Almedina, 1984.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. In: Revista de Direito Civil, São Paulo, RT, n. 65, 1993.

MORIN, Edgar. **Introduction à la pensée complexe**. Paris: Éditions du Seuil, 2005.

MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição. 2007. Dissertação (mestrado em direito) – Universidade de São Paulo – **USP**, São Paulo, 2007.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NETO, Eugênio Facchini Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 3. ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

PLATÃO. **A República**. São Paulo, Editora Scipione, 2002

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Brasília: Ed. UNB, 1981.

RIBEIRO, Joaquim Sousa. **O problema do contrato** – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. 1. ed. Almedina, 1999.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo batalha da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, João Batista dos; SILVA, Juary C. **Cláusulas restritivas à liberdade de trabalho**. Revista LTr, São Paulo, v. 41, p. 600, jan. 1977.

SILVA, Clóvis do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TREVES, Renato. **Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantianes**. *Droit et Socipete*, n 7, 1987.

TUROLLA, Rodolfo. O direito do trabalho ao redor do mundo. **Politize**, 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/direitos-trabalhistas-no-mundo/>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

VARELLA, João Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. 1. Coimbra: Almedina, 10. ed., 2000.

VILLAS BÔAS FIILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Editora Max Limonad. 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 45.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Fundação Caloueste Gulbenkian, 2010.