



REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A cláusula de interdição de concorrência no direito brasileiro e sua fundamentação histórica: o caso da Companhia dos Tecidos de Juta (1914). Notas sobre seus reflexos normativos, doutrinários e jurisprudenciais

The competition clause prohibition on Brazilian Law and its historical background: the *Juta* case (1914). Remarks upon its normative, doctrinaires and forensic outcomes.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Daniel Amin Ferraz

Sumário

INOVAÇÃO INSTITUCIONAL E RESISTÊNCIA CORPORATIVA: O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	14
Leandro Molhano Ribeiro e Christiane Jalles Paula	
A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA MAGISTRATURA BRASILEIRA: ACCOUNTABILITY E RESPONSABILIDADE EM MEIO À TENSÃO ENTRE O DEVER DE PRESTAR CONTAS E A GARANTIA DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL	30
Marcelo Roseno de Oliveira	
THE END OF THE WORLD AS THEY KNEW IT: SHOULD FORMER JUDGES BE DENIED ADMISSION TO THE BAR AFTER THE TRANSITION TO DEMOCRACY?	42
Stefan Kirchner	
CONDICIONANTES E DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ENFOQUE COMUNITARISTA DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	52
João Pedro Schmidt	
GESTÃO PÚBLICA E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: TEORIA DO ESTADO E TECNOLOGIAS DE GOVERNANÇA DIFUSA PARA CONTROLE SOCIAL	74
Thiago Souza Araujo, Kinn Peduti de Araujo Balesteros da Silva e Aires Jose Rover	
A TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR PARTE DE PESSOAS JURÍDICAS. A EMPRESA COMO AGENTE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: NOTAS INTRODUTÓRIAS AO DIREITO EMPRESARIAL CONSTITUCIONAL	100
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Patrícia Perrone Campos Mello	
DA TEORIA OBJETIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E OS GRUPOS DE SOCIEDADES SOB A ÓTICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	121
Daniel Amin Ferraz e Marcus Vinicius Silveira de Sá	
A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA: SEMELHANÇAS E INCOMPATIBILIDADES	141
Leonardo Roscoe Bessa e Ricardo Rocha Leite	

A CLÁUSULA DE INTERDIÇÃO DE CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA: O CASO DA COMPANHIA DOS TECIDOS DE JUTA (1914). NOTAS SOBRE SEUS REFLEXOS NORMATIVOS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS	157
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Daniel Amin Ferraz	
CONDITIONAL CASH TRANSFERS (CCT) IN LATIN AMERICA: ANALYZING THEIR POTENTIALS AND CHALLENGES SPECIAL REFERENCE TO THE ARGENTINE REPUBLIC	178
Luciano Carlos Rezzoagli, Gonzalo Chiapello e Florencia Cabrera	
A CONTRADIÇÃO ENTRE A REGULAMENTAÇÃO EXISTENTE E A COMPLEXIDADE DOS FATOS REAIS NO CASO DAS DROGAS PARA DOENÇAS NEGLIGENCIADAS	194
Marcos Vinício Chein Feres, Lorena Abbas da Silva, Pedro Henrique Oliveira Cuco e Alan Rossi Silva	
A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA QUANTO À ORIENTAÇÃO SEXUAL.....	210
Francisco Antonio Morilhe Leonardo	
TRANSEXUALIDADE E O “DIREITO DOS BANHEIROS” NO STF: UMA REFLEXÃO À LUZ DE POST, SIEGEL E FRASER	223
Maria Eugenia Bunchaft	
CHINA’S NEW CONCEPT OF DEVELOPMENT FROM THE PERSPECTIVE OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS.....	245
Di Zhou	
CONTAMINAÇÃO MICROBIOLÓGICA DA ÁGUA: PERSPECTIVAS A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO	260
Patrícia Maino Wartha, Haide Maria Hupffer, Gustavo da Silva Santanna e Fernando Rosado Spilki	
SOLAR PANELS IN BRAZIL: A FEASIBLE PUBLIC POLICY.....	279
Henrique Pissaia de Souza	
UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, TERRAS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS NO ESTADO DO AMAPÁ: COMO DESENVOLVER UM ESTADO CUJO TERRITÓRIO ESTÁ 70% PROTEGIDO POR LEIS?	290
Linara Oeiras Assunção	
A EDUCAÇÃO DIFERENCIADA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE INCLUSÃO SOCIAL DOS GUARANI E KAIOWÁ NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL	310
Isabelle Dias Carneiro Santos	

**ESTADO E RELIGIÃO. O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O CRISTIANISMO: INVENTÁRIO DE
POSSIBILIDADES ESPECULATIVAS, HISTÓRICAS E INSTRUMENTAIS330**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Patrícia Perrone Campos Mello

O RIO E A CIDADE: O DIÁLOGO JURÍDICO ENTRE O PLANO HÍDRICO E O PLANO DIRETOR360

Clarissa Ferreira Macedo D'Isep

A cláusula de interdição de concorrência no direito brasileiro e sua fundamentação histórica: o caso da Companhia dos Tecidos de Juta (1914). Notas sobre seus reflexos normativos, doutrinários e jurisprudenciais*

The competition clause prohibition on Brazilian Law and its historical background: the *Juta* case (1914). Remarks upon its normative, doctrinaires and forensic outcomes.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**

Daniel Amin Ferraz***

RESUMO

O tema da concorrência desleal conta presentemente com uma regra no Código Civil Brasileiro de 2002. O artigo explora seus fundamentos históricos. Com esse objetivo, o artigo analisa um caso da década de 1910, no qual dois grandes advogados e um ministro da Suprema Corte tiveram um papel especial. Esses bacharéis fixaram o conceito de concorrência desleal, no contexto compreensivo de aviamento e de clientela. O artigo, também, apresenta alguma referência bibliográfica relativa ao caso, bem como a construção jurisprudencial em torno da questão, inclusive em outros campos do direito, a exemplo do direito do trabalho.

Palavras-chave: Cláusula de proibição de concorrência. Código Civil de 2002. O caso da juta. Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça. Direito Empresarial. Fundamentos históricos.

ABSTRACT

The subject of the unfair competition presently has a special rule in the Brazilian Civil Code of 2002. The paper explores its historical background. With this aim, it analyses a Brazilian case from the 1910's, in which two great Brazilian lawyers and a memorable Brazilian Supreme Court Justice had a distinctive role. Those litigants set the very concept of unfair competition in the context of good will. The paper also presents some bibliographical references related to the case, as well as the way the Brazilian Courts understand the subject, also in some other realms, as Labor Law.

Key words: Legal provision of the prohibition of unfair competition. Brazilian Civil Code of 2002. The case of juta. Rui Barbosa and Carvalho de Mendonça. Business Law. Historical background.

* Recebido em 27/11/2016
Aprovado em 28/11/2016

** Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP.

*** Doutor em Direito Internacional pela Universidade de Valencia (Espanha). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra (Portugal). Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Uma antiga e elegante discussão, que também opôs fazendeiros e comerciantes no Brasil do século XIX¹, relativa à unificação ou divisão do direito privado², foi de algum modo retomada com a construção dos arranjos institucionais que resultaram na inserção de um livro sobre Direito de Empresa no Código Civil de 2002³. Certa tradição historiográfica apontava que a dicotomia entre Direito Civil e Direito Comercial, no contexto da tradição normativa dos códigos de Napoleão, decorria, entre outros, da necessidade do *Pequeno Caporal*⁴ propiciar alguma segurança jurídica, assim para os proprietários rurais, bem como para a classe comerciante, então em larga expansão⁵.

Na França da era napoleônica o Código Civil atenderia à burguesia fundiária, cuja riqueza se assentava na propriedade do solo rural e urbano, e o Código Comercial acolheria à burguesia enriquecida com o comércio e com a indústria⁶. Resolvia-se, no plano normativo, a perspectiva de uma aliança política que se desdobrava desde a derrubada do último monarca da linhagem absolutista⁷, e que corria o risco de se dissolver em um quadro singularmente anárquico⁸.

No Brasil, dois textos normativos de direito privado marcam nossa tradição. Contávamos com um Código Comercial, de 1850, inspirado nos códigos francês (1807), espanhol (1829) e português (1833), ainda que “(...) não era cópia servil de nenhum deles (...) apresentava cunho singular, respeitando a tradição jurídica e mostrando adiantamento notável sobre os seus modelos”⁹. Também contávamos com um Código Civil, de 1916, construído ao longo de muita discussão e desilusão¹⁰, e centrado no esforço final de Clóvis Beviláqua¹¹, ainda que obcecadamente impugnado por Rui Barbosa, especialmente por razões gramaticais¹².

Uma tentativa de unificação das duas ordens se esboçou na construção do Código Civil de 2002¹³, embora o resultado da aproximação das duas ordens só tenha se realizado, integralmente, no campo das obrigações¹⁴. Concretamente, contamos hoje com um Código Civil que contempla matéria ordinária da ordem comercial (ou da ordem empresarial, para usarmos uma expressão mais contemporânea), um Código Comercial que persiste com a parte não revogada, relativa ao Direito Marítimo, com matérias pulverizadas em leis esparsas, a exemplo da Lei de Falência e Recuperação de Empresas, da Lei das Sociedades Anônimas, ademais de toda a matéria relativa aos títulos de crédito, e a par de um projeto de novo Código Comercial, presentemente discutido no Congresso Nacional¹⁵.

1 Nesse tema, por todos, inclusive quanto à expressão “elegante discussão”, FORGIONI, Paula A., *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro - da mercancia ao mercado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 78 e ss.

2 RIBAS, Joaquim Conselheiro, *Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 43. Trata-se de edição fac-símile da 2ª edição desse texto histórico, datada de 1880.

3 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, arts. 966 e ss.

4 HOBBSBAWN, Eric, *The Age of Revolution - 1789-1848*, London: Abacus, 1999, pp. 94-98.

5 CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris: Presses Universitaires de France, 2002, pp. 276 e ss.

6 Cf. AMARAL, Francisco, *Direito Civil - Introdução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 182.

7 HOBBSBAWN, Eric, *Ecos da Marselha - Dois séculos reveem a Revolução Francesa*, São Paulo: Companhia das Letras, 1996. Tradução de Maria Célia Paoli.

8 É essa a opinião de um autor clássico, quase contemporâneo aos fatos ocorridos na primeira fase da Revolução Francesa: “Como seu objetivo não foi apenas mudar um governo antigo, e sim abolir a forma antiga da sociedade, a Revolução Francesa teve de atacar simultaneamente todos os poderes estabelecidos, demolir todas as influências reconhecidas, apagar as tradições, renovar os costumes e os usos e, por assim dizer, esvaziar o espírito humano de todas as ideias nas quais se haviam fundamentado até então o respeito e a obediência. Daí seu caráter tão singularmente anárquico”. TOQUEVILLE, Alexis de, *O Antigo Regime e a Revolução*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 11. Tradução de Rosemary Costhek Abílio.

9 MENDONÇA, José Xavier Carvalho, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro - Volume I*, São Paulo: Freitas Bastos, 1945, p. 103.

10 Cf. MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1979, pp. 228 e ss.

11 Cf. MEIRA, Sílvio, *Clóvis Beviláqua - Sua vida. Sua obra*, Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 1990, pp. 137 e ss.

12 BARBOSA, Rui, *Réplica, Obras Completas, Vol. XXIX, 1902, Tomos I e II*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1953.

13 Por todos, REALE, Miguel, *História do Novo Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

14 É a tese de LIPPERT, Marcia Mallmann, *A Empresa no Código Civil, Elemento de Unificação do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Conferir também as notas introdutórias de Claudia Lima Marques, inclusive com a mediação dos problemas do direito do consumidor no contexto dessa clivagem entre direito civil e direito comercial.

15 Importa referir que a matéria cível, entendida como expressão sinônima de direito privado, passou por tentativas de unificação,

A fixação do Direito de Empresa no novo Código Civil engendrou um *aggiornamento* de alguns institutos da vida negocial, calcados no conceito de empresário, que copiamos do Código Civil da Itália, de 1942. Elenca-mos nesse contexto os elementos de identificação e exercício da empresa, a definição de sua titularidade, o distanciamento para com o arquétipo da antiga figura do comerciante, o sistema de registros, de atribuição de personalidade, os colaboradores, além dos atributos do empreendimento¹⁶. Nesse último caso, regras sobre trespasse, aviamento e clientela.

Entre as inovações, exatamente no tema do trespasse e da clientela, a existência de disposição expressa sobre cláusula de não restabelecimento, reputada como uma convenção lícita. Trata-se do art. 1.147 do novo Código, que dispõe que “*Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência*”. Há, também, um parágrafo único, que complementa a regra geral do *caput*, dispondo que “*No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição (...) persistirá durante o prazo do contrato*”.

Substantiva porção da literatura relativa a esse assunto aponta um processo de dimensão histórica, decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 1914, no qual atuaram como advogados João Xavier Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa. Envolveu-se no processo um importante industrial de São Paulo o conde Antônio Álvares Penteadó; trata-se do estrondoso caso da *Companhia dos Tecidos de Juta*, que trataremos no núcleo do presente artigo. Disposição atual do Código Civil aponta para solução, absolutamente, diferente da que então se chegou em 1914, na qual se prestigiou a liberdade de atuação comercial, em desfavor de uma aparente boa-fé objetiva. Rui conseguiu que o STF mudasse de posição em embargos infringentes do julgado, invocando o princípio liberal da amplitude da ação do empresário, e o princípio jurídico de que a restrição de direitos exige cláusula expressa.

Com o objetivo de se resgataremos a fundamentação histórica dessa discussão, apresentamos, primeiramente, as linhas gerais e estruturais da discussão ocorrida junto ao STF, com base, especialmente, nos textos compilados de Rui Barbosa em *As Cessões de Clientela e a Interdição de Concorrência nas Alienações de Estabelecimentos Comerciais e Industriais*¹⁷. Avançamos, com a decisão proferida pelo STF, com alguma atenção, também, para o voto vencido então apresentado pelo Ministro Pedro Lessa.

Em seguida, antecedendo às considerações finais e encaminhamento de conclusões, apresentamos as alusões doutrinárias que há ao instituto, e ao fato pretérito aqui mencionado, em alguns manuais que se

dentre outros, no Direito português, italiano ou espanhol, não chegando, nunca, a contento. Em todos estes sistemas jurídicos, o que ocorreu foi, além da continuidade de existência de vasta legislação esparsa em matéria mercantil, os próprios códigos promovem a divisão da matéria em seu âmbito, com a regulação em livros ou títulos próprios. Aliás, o mesmo ocorre no Brasil, com o Código Civil de 2002. Melhor seria que o código fosse denominado de cível, já que tentaria abarcar a matéria privada. Entende-se, em verdade, que o elemento dificultador da unificação seria decorrente da classificação destes dois direitos, civil e mercantil, já que aquele se qualificaria como um direito individual, direito que se preocupa com o indivíduo e define suas expressões, *vg.*, a nacionalidade, a naturalidade, a maioridade. Diz-se do direito civil que seria um direito individual, como categoria de qualificação. Por outro lado, diz-se deste, o direito mercantil, como sendo um direito de massa, fundamentado que está na relação jurídica em si, e não nos indivíduos vinculados à uma dada relação jurídica.

16 Três são as teoria definidoras da matéria como empresária. Assim, na origem, a teoria subjetiva seria a determinante da matéria. Por esta teoria (subjetiva), toda relação jurídica seria qualificada como empresária desde que presente à mesma pelo menos um comerciante, com profissionalidade e habitualidade. Entendia a teoria subjetiva a profissionalidade como registro, hoje nas Juntas Comerciais. Já por habitualidade a prática reiterada da matéria empresária. A teoria subjetiva foi adotada no Direito brasileiro pelo Código Comercial de 1850, ainda em vigor. Por outro lado, a teoria objetiva seria aquela que entenderia que uma determinada matéria seria qualificada como empresária desde que determinados atos, atos de comércio, fossem praticados. Interessante notar que o Direito brasileiro adota a teoria objetiva com a edição do Decreto 737, de 25 de novembro de 1850, que veio à luz para regulamentar o Código Comercial de 1850. Observe-se que o Decreto 737 segue em vigor. Finalmente, a teoria empresarial. Entende-se a empresa como “organização concreta de fatores produtivos, como valor de posição no mercado”, CARVALHO, Orlando. Critérios e estruturas do estabelecimento comercial, Coimbra Editora, Coimbra, 1967. A teoria empresarial é aquele que entende como ponto definidor da matéria empresária a necessária organização dos fatores de produção, independentemente de quem os organize. A teoria empresarial, em tese, foi adotada no Brasil pelo Código Civil de 2002. Veja-se que, hoje, em nosso sistema jurídico, as três teorias coexistem, promovendo um profundo alargamento da matéria empresária, seja pela vertente subjetiva (teoria subjetiva), pela objetiva (teoria objetiva) ou, finalmente, pela vertente empresária (teoria empresarial).

17 BARBOSA, Rui, *Obras Completas, Vol. XL, 1913, Tomo I*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.

tem hoje disponíveis no mercado editorial. A cláusula de interdição de concorrência também se irradia para matéria trabalhista e consumerista, é do mesmo modo recorrente em contratos de *franchising*, pelo que apresentamos algum levantamento de jurisprudência, com o objetivo de mapearmos a importância da questão.

O objetivo de nosso ensaio é explorar, à luz de uma fundamentação substancialmente histórica, conflitos que decorrem da aplicação de fórmulas de boa-fé e de liberdade de atuação, no direito empresarial. O resgate dessa importante reminiscência histórica, recorrentemente citada e pouco explicitada, é de igual maneira um motivo que animou nossa pesquisa.

2. O CASO DA COMPANHIA DE JUTA

2.1. Os fatos e o início da discussão

A Companhia Nacional de Tecidos Juta ajuizou no foro de São Paulo uma ação de cobrança e indenização contra o Conde Antônio Álvares Leite Penteadado e uma empresa deste, Companhia Paulista de Aniagens. Estávamos no início da década de 1910. O Conde Penteadado (1852-1912) explorou fazendas no interior de São Paulo e foi um dos pioneiros da indústria de tecelagem, na capital daquele estado¹⁸. A economia brasileira era, substancialmente, agrária, fundada nas exportações de café. À época, houve algumas expressivas tentativas de formação de expansão de um parque industrial, especialmente na cidade de São Paulo¹⁹. O monopólio da energia elétrica, por parte de William Reid e da Light and Power é forte indicativo da preponderância do imperialismo e do capital financeiro, em torno da Inglaterra, da França e dos Estados Unidos²⁰.

O Conde Penteadado presidiu a Associação Comercial de São Paulo, e seus interesses econômicos se ajustavam com as tendências imperialistas da época. Quanto ao presente caso, o Conde e sua mulher, quando proprietários da Fábrica Juta Santana, transferiram cotas a filhos e parentes, transformando-a em uma sociedade anônima, que então denominaram Companhia Nacional de Tecidos Juta. Em seguida, contrataram peritos para que avaliassem a empresa. Ao que consta, o Conde pretendia vender o empreendimento, sob o argumento que se retirava dos negócios, por força da idade (faleceu em 1912, dois anos antes da decisão do STF nesse rumoroso caso, foram seus herdeiros que se beneficiaram da decisão final). No entanto, logo após a venda, o Conde se restabeleceu com uma nova fábrica, no mesmo ramo, e na mesma região. É a questão que foi levada à juízo²¹.

Antes da conclusão da venda, os peritos estimaram que maquinários e instrumentos da fábrica orçavam cerca de 7.500:000\$000 (sete mil e quinhentos contos de reis) e que a posição que a empresa ocupava no mercado valia cerca de 3.000:000\$000 (três mil contos de reis). Pela soma (10.500:000\$000- dez mil e quinhentos contos de reis, valor da fábrica e posição no mercado) transferiram a empresa para os autores da ação. A certeza do êxito, dada a fama e a posição da fábrica no mercado, decorrentes do sucesso empresarial do Conde Penteadado, teriam estimulado os compradores a fazerem esse vultoso negócio²²; teria sido o motivo da compra. A frustração desse objetivo suscitou a discussão judicial.

Um ano depois da transação o Conde Penteadado fundou e instalou, no próprio bairro da fábrica que havia vendido, uma nova empresa, que denominou Companhia de Aniagens. Atuaria no mesmo ramo industrial,

18 TOLEDO, Roberto Pompeu de, *A Capital da Vertigem*, São Paulo: Objetiva, 2015.

19 PRADO Jr., Caio, *Evolução Política do Brasil e outros estudos*, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, pp. 101 e ss.

20 CARONE, Edgard, *A Primeira República (1889-1939) - Corpo e Alma do Brasil*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988, pp. 159 e ss.

21 A decisão final do Supremo Tribunal Federal foi publicada pela Revista dos Tribunais, ano III, fascículo 64, volume XII, 2 de dezembro de 1914, pp. 180-189.

22 Cf. MORATO, Francisco, *Prefácio*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas, Vol. XL, 1913, Tomo I*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.

exatamente sob idêntica firma individual. Retornou à atividade principal da fábrica que vendera, ensejando toda a discussão judicial que seguiu. A dúvida levada ao Judiciário consistia em se compreender se o Conde agira de má-fé, concorrendo com os compradores de sua fábrica, ou se, por outro lado, exercia, legitimamente, sua liberdade de iniciativa, de comércio e de indústria. Não havia regra específica que tratasse do assunto no Código Comercial então vigente (1850) e na legislação esparsa. Também não havia precedente judicial. Tinha-se um caso totalmente novo no direito brasileiro.

Os compradores, que se sentiram prejudicados, requereram a restituição dos 3 mil contos referentes ao valor estimado da posição e da freguesia, acrescidos de juros de mora, além de perdas e danos. Representados pelo reputado advogado comercialista João Xavier Carvalho de Mendonça²³ os autores da ação fundamentaram o pedido nos termos de aplicação analógica do art. 214 do Código Comercial de 1850. Mencionada regra dispunha sobre a obrigação do vendedor “(...) *fazer boa ao comprador a coisa vendida, ainda que no contrato se estipule que não fica sujeito a responsabilidade alguma; salvo se o comprador, conhecendo o perigo ao tempo da compra, declarar expressamente no instrumento do contrato, que toma sobre si o risco; devendo entender-se que esta cláusula não compreende o risco da coisa vendida, que, por algum título, possa pertencer a terceiro*”. Na medida em que passou a concorrer com o comprador de seu negócio o Conde Penteado, no contexto dessa interpretação, turbava e ameaçava a plena propriedade dos compradores.

Carvalho de Mendonça investia numa interpretação analógica do art. 214 do Código Comercial, em época na qual não se tratava mais detidamente do tema da boa-fé objetiva. Esta, no entanto, era o ponto de fundo da linha argumentativa, que não prosperou em primeira instância. O Conde conseguiu triunfar na contestação, talvez à custa dos vários pareceres que encomendou na Europa, elaborado pelos mais reputados comercialistas de então, a exemplo de Vivante e de Planiol.

A decisão de primeira instância²⁴, desfavorável à tese de Carvalho de Mendonça, centrava-se nas seguintes conclusões: a. freguesia não fora objeto da escritura; b. os peritos não destacaram o valor distinto e autônomo da clientela; c. não se pactuou na escritura cláusula ou condição de interdição de concorrência; d. a livre concorrência é princípio soberano, que deve ser respeitado; e. não se poderia concluir restritivamente onde não havia restrição; f. a renúncia a um determinado direito não pode ser presumida. Nesse último caso, enfatizou-se “*não se presume a renúncia de direito ao exercício de determinado ramo de comércio ou indústria (...) a renúncia deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco dos termos contratuais*”²⁵. A negativa de presunção de renúncia substancializou essa primeira decisão.

Carvalho de Mendonça apelou para o Supremo Tribunal Federal, que reverteu a decisão originária. Conforme entendimento do STF, em acórdão proferido na apelação, o trespasse significaria a transmissão da clientela; isto é, no preço da fábrica vendida estava embutido o prestígio angariado pelo Conde, aferido pelos peritos no quesito *posição no mercado*. Forte no art. 214 do Código Comercial - aderindo, portanto, à tese de Carvalho de Mendonça - o STF sustentou que o transmitente está obrigado a garantir ao comprador que não haja turbação na posse, não só em relação a terceiros, mas, especialmente, quanto à fato próprio. O Conde teria descumprido obrigações assumidas com a venda, restabelecendo-se com idêntico negócio, na mesma paragem, dentro do raio de ação da empresa vendida²⁶.

O Conde Penteado contratou os serviços de Rui Barbosa com o objetivo de impugnar essa primeira decisão do STF, o que se dava por embargos infringentes. Rui Barbosa teria trabalhado quatro meses na

23 Carvalho de Mendonça nasceu no Recife em 24 de setembro de 1861. Pretendia estudar medicina, porém por causa de problemas no calendário escolar, frequentou a Faculdade de Direito no Recife, na qual se formou. Foi contemporâneo de Urbano Santos e de Clóvis Beviláqua, de quem foi muito amigo. Foi promotor no interior do Ceará, Juiz em Santos, no estado de São Paulo, professor interino em São Paulo e renomado advogado. Para dados relativos à carreira de Carvalho de Mendonça, consultar MORALES, Cesar Mecchi, *Carvalho de Mendonça*, in RUFINO, Almir Gasquez e PENTEADO, Jaques de Camargo, *Grandes Juristas Brasileiros*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 45 e ss.

24 Reportamo-nos aqui à análise de MORATO, Francisco, cit.

25 MORATO, Francisco, cit., p. XIII.

26 MORATO, Francisco, cit.

redação de seu arrazoado, prazo que se desdobrou entre a vista dos autos e a devolução do processo em cartório²⁷. Ainda que o prazo regimental fosse de 10 dias para juntar os embargos, e mais cinco dias para a sustentação oral, Rui obteve a dilatação do prazo, por especial deferência e concordância de Carvalho de Mendonça²⁸. Nessa ação há intervenções de expressivos representantes do bacharelismo liberal brasileiro, a exemplo dos Advogados, Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça, e do Ministro Pedro Lessa, voto vencido na decisão final do STF²⁹.

2.2. Os memoriais de Rui Barbosa³⁰

O texto de Rui observou Francisco Morato, fora “*um dos mais pomposos, pacientes e eruditos memoriais que se deparam nos fastos forenses da literatura jurídica nacional*”³¹. O estilo de fato é pomposo e erudito, e esse passo é marcante logo nas palavras de abertura:

*“Quando assumi o patrocínio desta causa, depois da sentença do Supremo Tribunal Federal que acabava de condenar, em grau de apelação, os meus constituintes, reformando a decisão do juiz seccional de S. Paulo, defrontei-me com uma questão nova no foro brasileiro, da maior relevância para os interesses, assim do comércio, como da indústria, e resolvida em termos fatais a um e outra, num país, como o nosso, de imenso território, escassa população, comunicações difíceis e incalculável desenvolvimento futuro. Essa decisão, a meu ver errônea e injusta, inspirada na doutrina que subentende a cessão da clientela e a interdição da concorrência nas alienações, quer de estabelecimentos comerciais, quer de estabelecimentos industriais, estriba, declaradamente, ‘na jurisprudência dos povos cultos’. Mas de tal jurisprudência, invocada apenas com essa vaga referência no julgado, não se transcreve, nos autos, nem um texto (...)”*³².

A título de “*considerações preliminares*” Rui explicitou sua versão da causa e interpretou o acórdão então embargado. No tópico “*a questão*”, fracionou sua peça em dois pontos, “*os fatos*” e “*o direito*”. Quanto aos fatos, analisou, com muita paciência, os atos das partes, os atos dos peritos, o problema da não avaliação da clientela, e a premissa de que os réus-embargantes não assentiram com a cessão da clientela.

No ponto “*o direito*” relacionou o fundo de comércio com a cessão da clientela, a referida cessão nos estabelecimentos comerciais, o fundo de comércio em relação às fábricas, avaliou as intenções das partes, o dano real, o problema das interdições absolutas, com estações nos direitos inglês e norte-americano. Em seguida, explorou ao limite duas questões: a interdição da cessão de clientela e as interdições absolutas. Concluiu pela necessidade de reforma da decisão.

Na parte relativa aos *fatos* Rui Barbosa examinou, exaustivamente, o contrato entabulado entre o Conde e os compradores, argumentando que não houve disposição expressa relativa à transmissão de clientela. Com muita percuência, dissertou sobre os pontos que comprovavam sua tese. Entre outros aspectos, ponderou sobre a escritura que constituía a sociedade objeto do litígio, datada de 4 de janeiro de 1908:

27 Prazo curto, dada à extensão do trabalho, sobretudo quando cotejado com os passos da agitadíssima vida política de Rui Barbosa, especialmente nos anos de 1913 e 1914. Para consultar acurada cronologia de Rui, publicada pela Casa de Rui Barbosa, *Cronologia da Vida e Obra*, em 1999.

28 MORATO, Francisco, cit.

29 Essa cultura jurídica bacharelesca é explorada, entre outros, por BARRETO, Plínio, *A Cultura Jurídica no Brasil*, São Paulo: Gráfica d’O Estado de São Paulo, 1922. VENÂNCIO FILHO, Alberto, *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo: Perspectiva, 2004. A biografia de Rui, especialmente, VIANA FILHO, Luiz, *A Vida de Rui Barbosa*, São Paulo: Livraria Martins Editora, s.d. Conferir também, MACHADO NETO, A. L., *História das Ideias Jurídicas no Brasil*, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

30 O caso da Companhia da Juta é mais um dos polêmicos e rumorosos casos que se envolveu Rui Barbosa. Rui foi ministro da Fazenda ao longo do governo provisório de Deodoro da Fonseca, isto é, de 1889 a 1891. É de seu tempo a crise financeira do encilhamento, bolha inflacionária que marcou o início de nossa era republicana. Há também uma sinistra ordem para a destruição de documentos da escravidão, que teria sido dada por Rui, na qualidade e autoridade de ministro, em despacho datado de 14 de dezembro de 1890, e cumprido por intermédio de circular, datada de 13 de maio de 1891. À época da circular Rui já não era mais o chefe da pasta da Fazenda; o executor da ordem fora seu sucessor, Tristão de Alencar Araripe. Esse assunto, a queima dos arquivos, foi estudado por vários intelectuais brasileiros, a exemplo de Américo Jacobina Lacombe e Gilberto Freyre. A queima dos arquivos da escravidão, trata-se, na sempre feliz expressão de Lacombe, de uma pedra de escândalo em nossa história cultural.

31 MORATO, Francisco, cit., p. IX.

32 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 3.

“Nesse ato se declara que a sociedade se passava a chamar Companhia Nacional dos Tecidos de Juta, e que o seu capital se fixava em 10.500 contos, consistindo todo ele na fábrica, nos edifícios, nos terrenos ali descritos e confrontados, isto é, exclusivamente em imóveis, por natureza ou por destino. Onde estava aí a clientela? Explícita, não há uma palavra, que a designe. Implícita, não há uma referência que a insinue. Bem ao contrário, o texto da escritura abertamente a exclui: visto como, sendo a clientela, no consenso unânime da jurisprudência e da doutrina, em toda a parte, um bem móvel, uma propriedade incorpórea (...)”³³.

O ponto central da argumentação, nesse tópico, consistia na desconstrução da tese de Carvalho de Mendonça, para quem - e com seu prestígio como comercialista - a venda compreendia a garantia da freguesia. Rui, impugnava essa posição:

“Tudo o que nesses terrenos e fábricas, portanto, se continha, e era objeto de posse e domínio, caía, englobadamente, como entrada social do conde e sua mulher, no patrimônio da companhia ali instaurada. Mas nada mais: nada, que não se incluísse no acervo desses valores corpóreos, em cuja massa o stock do estabelecimento não entrava senão, e necessariamente, com conteúdo material dos imóveis que o compunham (...) Tudo era o material da fábrica: a sua casa, o seu solo, os seus maquinismos, os seus instrumentos, o que nela materialmente se continha, e com ela se achava ali, fisicamente incorporado. De valores incorpóreos, imateriais, como a freguesia, nem o mínimo traço: ao contrário, exclusão formal, total, radical, não só pelo silêncio observado a esse respeito, mas ainda pela declaração absoluta de que das propriedades enumeradas no texto da escritura se compunha todo o capital da sociedade”³⁴.

É dizer, não se referia na cessão de direitos que seriam cedidos bens que não estivessem contidos na escritura, explícita ou implicitamente. Na síntese de Francisco Morato, o embargante deixava claro que *“na constituição da sociedade anônima Companhia Nacional de Tecidos de Juta, seu capital só se constituiu de imóveis, sem inclusão explícita ou implícita da clientela da Fábrica Santana ou mesmo simples referência a ela”³⁵*. A clientela, assim, não fora objeto da venda, pelo que o vendedor poderia, nessa linha de raciocínio, estabelecer-se, no mesmo negócio, e na mesma área.

Além do que, prosseguiu Morato em sua resenha introdutória sobre o caso, *“na avaliação preliminar da Fábrica Sant’Ana, que constituiu o capital da nova sociedade anônima, não incluíra, os peritos a clientela, a qual tomaram apenas como elemento atestatório de sua reputação e justificativo do preço que deram à usina em seu conjunto”³⁶*. Consequentemente, *“desde que no cômputo do capital não se incluiu a clientela, é óbvio que, cedendo suas ações a novos acionistas, o Conde Álvares Penteado e seus parentes não lha transferiram, nem se obrigaram a não restabelecer-se”³⁷*. O vendedor, insistia o advogado, não havia transferido sua clientela, pelo que não estaria proibido de retomar seu negócio quando e onde pretendesse.

Ao que consta, na argumentação de Rui, e aqui a tese é sutil, os peritos não poderiam avaliar a clientela. O documento que os vinculou aos antigos proprietários não outorgou mandato para avaliação da freguesia. Os peritos estariam vinculados à escritura pública da fundação da sociedade, e nessa *“os acionistas fundadores constituíram o capital social só e só com imóveis”³⁸*. Não se constava que o capital social da empresa vendida contemplasse rubrica indicando a clientela.

Na cessão relativa aos *direitos*, Rui Barbosa insistiu que os autores da ação teriam cometido quatro pecados capitais, inadmissíveis, de acordo com a jurisprudência e com a doutrina: a. argumentaram que a cessão do fundo de comércio significaria que o vendedor teria implicitamente assumido o compromisso de não se estabelecer; b. sustentaram que no silêncio do contrato deveria se presumir a cessão da clientela; c. confundiram fundo de comércio com estabelecimento industrial; e, d. pensaram ser possível uma cláusula de interdição de restabelecimento industrial.

Para Rui Barbosa, a clientela é um bem móvel e como tal, se cedida fosse, deveria contar com previsão na escritura. Com muita sutilidade, Rui Barbosa insistiu que a avaliação da empresa, que redundou no preço

33 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., pp. 30-31.

34 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 32.

35 MORATO, Francisco, cit., p. XXIX.

36 MORATO, Francisco, cit., p. XXX.

37 MORATO, Francisco, cit., loc. cit.

38 MORATO, Francisco, cit., loc. cit.

pago, alcançava a *reputação*, e não a *clientela*; afinal, a reputação é o crédito ou nome que um produto desfruta no mercado, enquanto a clientela é “o complexo de pessoas habituadas a negociar com um estabelecimento comercial ou industrial”³⁹. A avaliação dos peritos (com base na qual fixou-se o preço pago) incluía a reputação, e não a clientela, na tese de Rui Barbosa.

Trabalhador incansável, Rui, também, analisou com profundidade todos os arestos estrangeiros que foram citados por Carvalho de Mendonça. Extraiu dos vários julgados uma conclusão exatamente oposta àquela que fora alcançada pelo adversário: a vedação de restabelecimento na atividade só se imporia na hipótese da cessão do estabelecimento ter incluído expressamente a clientela; e mesmo assim, com muitas restrições de tempo, local e objeto. Atento para o conceito de fundo de comércio, argumentou que a clientela não estaria incluída nesse conceito.

Além disso, havia diferenças entre *estabelecimento comercial* (ao qual se agregaria o fundo de comércio) e *estabelecimento industrial* (representado pela fábrica propriamente dita). O objeto da venda, segundo Rui, fora a fábrica, um estabelecimento industrial, e não um fundo de comércio. Rui também refutou a doutrina de Carvalho de Mendonça, para quem a alienação de um fundo de comércio subentenderia a cessão da clientela (*achalandage*), o que resultaria na “interdição ao vendedor, ao menos em data próxima à venda, de abrir na vizinhança outro estabelecimento da mesma natureza”⁴⁰. Na argumentação de Rui, clientela não é integrante do fundo de comércio, dotada que é de certa autonomia. Como consequência, não se poderia reputar inclusa nas alienações de estabelecimentos mercantis⁴¹.

Concedendo, no entanto, que a clientela pudesse acompanhar o fundo de comércio, na premissa de que a clientela fosse componente do fundo, e com ele concomitantemente transferida, o contrato celebrado se referia à venda de um estabelecimento industrial, de uma fábrica, não se podendo falar - portanto - em fundo de comércio e, principalmente, em clientela.

A interdição que Carvalho de Mendonça pretendia impor ao vendedor não poderia ser, segundo Rui, absoluta, projetando-se em toda a parte, o tempo todo. Ainda que convencionada a interdição, prosseguia Rui, a cláusula seria írrita. Não poderia deixar de definir a duração e o território de alcance. A interdição suporia renúncia, necessariamente apontada no contrato, expressamente, de modo inequívoco. Ainda assim, no entanto, dúvidas poderia haver, porque cláusula contratual restritiva de ação laboral poderia atentar contra o princípio, então consagrado, da livre-concorrência.

Com ênfase no direito comparado, Rui apontou que os direitos britânico e norte-americano não admitiriam cláusula de interdição de atuação, porque seriam reputadas como desarrazoadas e anormais. No direito continental, cláusulas de interdição, também, seriam repudiadas, na medida em que incidiriam sobre a liberdade de comércio e de indústria.

2.3. A sustentação oral de Carvalho de Mendonça

O insigne comercialista explorou em sua argumentação a má-fé que marcara os passos do Conde Penteadado, desde o início da transação. O Conde teria preparado uma armadilha, primeiramente quando ao lado da esposa e filhos criara uma sociedade comercial que teria como objeto a exploração de uma fábrica. A análise dos balanços daquela sociedade revelava que o Conde reservava para si, e somente para si, todos os lucros que resultavam da empresa, o que comprovava que era o único proprietário daquela universalidade de bens. Assim, enfatizou que a clientela estava, efetivamente, compreendida na transação realizada, espontaneamente declarada, argumentando,

“Diz-se, sem fundamento na verdade que, na escritura de organização da sociedade, Antônio Penteadado não ofereceu, por outra, não fez expressa declaração desse bem incorpóreo, para servir de quota social. Nessa escritura está dito que, além dos imóveis, elemento material do estabelecimento mercantil, Antônio Penteadado entrava com a ‘fábrica funcionando’, com a

39 MORATO, Francisco, cit., p. XIX.

40 MORATO, Francisco, cit., p. XXX.

41 Cf. MORATO, Francisco, cit., p. XXXI.

*fábrica em plena atividade e prosperidade, como era notório nas praças do Estado e em outras onde entretinha relações com as indústrias ali exploradas'. Eis, pois, a referência em termos inequívocos ao aviamento, à freguesia, elemento característico do estabelecimento industrial ou mercantil, que era de Antônio Penteado e somente dele*⁴².

Insistiu, também, que o Conde Penteado tinha conhecimento do laudo dos avaliadores, que estimaram do mesmo modo o valor da posição do empreendimento no mercado, e que a aprovação fora expressa, ocorrida em assembleia, com registros constantes em farta documentação. Os peritos teriam orçado todos os elementos do empreendimento, corpóreos e incorpóreos. A aceitação do laudo, por parte do Conde, era sinal inequívoco de que havia uma aceitação para com uma avaliação relativa aos bens incorpóreos, incluindo-se a clientela entre eles.

Carvalho de Mendonça argumentou que os autores da ação não haviam comprado a fábrica do Conde Penteado. Teriam comprado as ações que davam direito à exploração daquela usina. E que, dizendo-se afastar da atividade por razões de saúde, o Conde teria feito o negócio, adquirido novo maquinário na Europa e em seguida recomeçou a exploração da atividade. Segundo Carvalho de Mendonça:

*"(...) os industriais do Rio, não compraram a Fábrica Sant'Ana (...) compraram as 'ações' da companhia que explorava mercantilmente a Fábrica Sant'Ana. Ajustada a venda das ações, Antônio Penteado, em ata da concorrência propôs vender-lhes todas as ações da companhia 'resolvera retirar-se do comércio, da indústria e por bem da sua saúde'. Mas, Antônio Penteado punha em execução o seu plano. Vendidas as ações, partiu para a Europa, onde adquiriu maquinismos para uma grande fábrica de tecidos de juta. Regressou a S. Paulo, construiu nova fábrica na Mooca, vizinha à Fábrica Sant'Ana, para abrir a esta franca concorrência. Dirigiu-se por carta à sua velha e conhecida freguesia (...) e por meio de circulares e anúncios pela imprensa, iniciou forte propaganda, afirmando que sua nova fábrica oferecia melhores condições de aparelhamento e produção que as similares (...)"*⁴³.

Carvalho de Mendonça explicou aos Ministros do STF que seguiu então um protesto dos compradores e que o Conde Penteado constituiu uma nova sociedade, apressou-se em doar as ações para filhos e genros, marcando-as com cláusula de inalienabilidade e registrando-as como adiantamento de legítima⁴⁴. Os compradores foram afetados pelas manobras do Conde Penteado, tiveram a clientela desviada, com pesadíssima diminuição de receitas, estando em estado quase falimentar, não fosse o fato de que *"credores obrigacionistas e quirografários não lhe tivessem concedido moratória"*⁴⁵.

O fundamento jurídico do pedido de ressarcimento fora a comprovação de dolo por parte do Conde Penteado, e pela cumplicidade da Companhia Paulista de Aniagens na fraude então engendrada. Carvalho de Mendonça insistiu, de tal modo, que

*"Aqueles que contribuem com coisa certa e determinada, ainda que incorpórea, para o capital das sociedades anônimas transferem-na a estas sociedades e assumem pleno iure a obrigação de garantir o gozo pacífico e a posse dessa coisa, respondendo, conforme as mesmas regras que obrigam o vendedor para com o comprador nos casos de moléstia ou turbação, causadas pelo fato pessoal do próprio vendedor"*⁴⁶.

O Conde Penteado teria desrespeitado cláusula essencial e integrante do contrato, que *"(...) consistia em não praticar atos que inquietassem essa companhia na posse, no gozo, esperando da posição conquistada no mercado pela freguesia certa e escolhida em vários estados do Brasil, a mais valiosa, senão única vantagem com a qual contava para o êxito da empresa"*⁴⁷. Segundo Carvalho de Mendonça, pelo trespassse, o Conde Penteado havia se obrigado a não se restabelecer, direta ou indiretamente, no mesmo ramo da indústria. De tal modo, prosseguia o comercialista, o efetivamente avaliado, como posição do comércio, fora a freguesia certa e escolhida, um bem incorpóreo que, segundo os avaliadores, *"não era menos real nem menos apreciável que o de qualquer dos terrenos, edifícios ou máquinas sujeitos à avaliação"*⁴⁸. Sustentou, assim, que o STF mantivesse o acórdão.

42 MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 337.

43 MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 339.

44 Cf. MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 340.

45 MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., loc. cit.

46 MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 341.

47 MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 342.

48 MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Sustentação oral, Supremo Tribunal Federal*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 343.

2.4. A sustentação de Rui Barbosa

Rui, por sua vez, advertiu que a premissa da autora consistia na afirmação de que o Conde Penteados teria alienado sua liberdade industrial, “o direito a se estabelecer outra vez com a indústria, onde quer que for, e quando quer que seja”⁴⁹. E, assim, teria chegado a parte “(...) a essa conclusão monstruosa, alegando que o vendedor, ao ceder o estabelecimento, com ele cedeu a sua clientela, e afirma que ele a cedeu, embora não haja, em ato absolutamente nenhum do alienante, disposição, cláusula, ou palavra alguma nesse sentido”⁵⁰. Juntamente ao STF, Rui Barbosa argumentou que da escritura que mediou o negócio somente era objeto de trespasse a fábrica, suas máquinas, o cabedal em artefatos e a provisão de matérias primas. Não haveria, assim, a inclusão do elemento clientela, ou freguesia.

A cessão da clientela não teria ocorrido, não constava do contrato. Rui perseverava que a situação de uma fábrica no mercado seria sua reputação, que não se confundiria com clientela; e a expressão específica e essencial reputação de um produto, continuava, consistia em sua marca. Consequentemente, e com base nos juristas europeus que foram então ouvidos, Rui observou que os peritos teriam avaliado a reputação dos produtos que saíam da fábrica, isto é, o crédito da marca. Os peritos não teriam avaliado a clientela.

Firme no argumento de que não havia interdição para que o vendedor se estabelecesse, Rui Barbosa lembrou que o contrato não estipulava condição alguma de tempo ou lugar para a mencionada vedação. Ainda assim, mesmo que a interdição fosse estipulada, Rui argumentou com base na doutrina e em larga jurisprudência, produzida pelos tribunais belgas, franceses, ingleses e norte-americanos, que a cláusula seria nula, de pleno direito. Os tribunais deveriam declarar essa nulidade; nesse sentido, Rui arrematou observando que “na espécie vertente, ninguém, até hoje pode mostrar, nestes autos, uma cláusula contratual, em que o réu houvesse outorgado cessão de clientela, e, muito menos, renunciado o direito de se restabelecer na indústria exercida pelo estabelecimento que alienou”⁵¹.

Com ironia e forte apelo retórico, Rui Barbosa fechou lembrando que se o Tribunal julgasse contra seu cliente estaria inaugurando uma nova jurisprudência, na qual, na dúvida, se resolve contra a liberdade, na qual, as renúncias de direito se presumem, e na qual estariam permitidas as alienações perpétuas e absolutas da liberdade comercial e industrial, pelo que, “o nosso progresso jurídico receberia (...) um choque desastroso”⁵².

2.5. A decisão por maioria e a vitória da tese de Rui Barbosa

O STF⁵³ reformou a decisão prolatada no recurso de apelação, conhecendo e provendo os embargos interpostos por Rui Barbosa⁵⁴. O processo foi relatado pelo Ministro Oliveira Ribeiro⁵⁵. Votaram com ele, formando maioria, os Ministros Canuto Saraiva⁵⁶, Leoni Ramos⁵⁷, Enéias Galvão⁵⁸, Coelho e Campos⁵⁹ e

49 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 325.

50 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., loc. cit.

51 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 333.

52 BARBOSA, Rui, *Obras Completas*, cit., p. 334.

53 A composição e as características do STF à época são estudadas por HORBACH, Carlos Bastide, *Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

54 Supremo Tribunal Federal- Apelação Cível nº 2.183.

55 Nomeado por Rodrigues Alves, fora também promotor, juiz de direito, deputado à Assembleia do Império, chefe do polícia da capital federal e procurador-geral do Estado de São Paulo. Formou-se em Recife, em 1871. Cf. HORBACH, Carlos Bastide, cit., pp. 61-62.

56 Nomeado por Afonso Pena, fora também promotor e juiz de direito. Formou-se em São Paulo, em 1875. Cf. HORBACH, Carlos Bastide, cit., p. 64.

57 Nomeado por Nilo Peçanha, atuou antes como promotor e juiz de direito. Formou-se em Recife, em 1879. HORBACH, Carlos Bastide, cit., p. 65.

58 Nomeado por Hermes da Fonseca, foi antes promotor, juiz de direito e chefe de polícia. Formou-se em São Paulo, em 1886. HORBACH, Carlos Bastide, cit., p. 66.

59 Nomeado por Hermes da Fonseca, foi promotor, deputado e senador. Formou-se em Recife, em 1862. HORBACH, Carlos Bastide, cit., p. 67.

Manoel Murtinho⁶⁰. Vencidos, os Ministros Pedro Lessa⁶¹ e Guimarães Natal⁶². A maioria considerou que a freguesia não foi objeto do contrato pelo qual a Companhia Nacional de Tecidos de Juta adquiriu a Fábrica Sant'Ana com as suas dependências. A escritura lavrada era omissa à respeito da mencionada transferência, no perceber da maioria da Corte. O valor de mercado, entendeu-se, compreendia, tão somente, a respeitabilidade que a marca detinha, porque atendia às exigências do mercado consumidor, conquistado também pelo *“critério, propriedade e firmeza do plano das instalações e pela reputação de seus produtos”*.

A decisão levou em conta que o Conde Penteado não estava legalmente inibido de exercer indústria similar, adotando-se a tese de Rui Barbosa, no sentido de que *“não se presume a renúncia do direito ao exercício de determinado ramo de comércio e indústria”*. Para a maioria dos julgadores, a renúncia a esse direito deveria ser expressa, ou pelo menos inequívoca, nos termos do estipulado, restrita no tempo, no espaço, no objeto, prestigiando-se o *“princípio soberano da livre concorrência”*.

O Ministro Pedro Lessa foi vencido e se reportou a sua decisão originária, quando da apelação, enfatizando, em plenário, que nenhum motivo tinha para modificar a doutrina que sustentou no primeiro julgamento da causa. Segundo Pedro Lessa, o valor da posição do mercado, fixada pelos peritos avaliadores, e paga pelos empresários compradores, representava os serviços do Conde (pelos vinte anos de esforço inteligente à frente da empresa que vendia), a reputação dos produtos e a clientela:

“Sendo assim, a que se deu o valor de três mil contos de reis? Aos serviços do fundador da fábrica? À reputação dos produtos? À clientela? A nenhuma dessas coisas isoladamente, mas, ao conjunto, ao todo; pois, os peritos não discriminaram, deram o valor de três mil contos de reis a tudo isso. É pois, manifesto e indiscutível que a freguesia foi cedida à sociedade anônima por esta aos outros. Fora o máximo dos absurdos supor que Álvares Penteado recebeu três mil contos de reis pelos seus serviços na instalação da fábrica e pela sua hábil direção do estabelecimento, bem como pela reputação dos produtos e pela clientela; mas que a clientela ficou excluída da alienação assim feita ... da mesma clientela”⁶³.

A voto vencido de Pedro Lessa foi enfático. Entendeu que não havia dúvidas que o alienante assumira a obrigação de não se restabelecer, justamente porque sua retomada do mesmo negócio prejudicaria o comprador. Para Lessa, a intenção dos contratantes era muito clara. A freguesia estava cedida com a entrega da fábrica.

Concluindo, o STF reformou decisão própria, aderiu às teses de Rui Barbosa, e garantiu ao Conde Álvares Penteado o direito de se restabelecer, negando uma cláusula proibitiva, que o direito brasileiro somente conhecerá com o Código Civil de 2002.

3. REFERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS À CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIAS E REFERÊNCIAS AO CASO DA JUTA

O art. 1.147 do Código Civil, que definiu a cláusula de não-obrigatoriedade, não acendeu muita discussão ao longo das várias comissões que trataram sobre o texto. Observa-se idêntica redação e relativa

60 Nomeado por Prudente de Moraes, foi juiz de direito. Formou-se em São Paulo, em 1869. HORBACH, Carlos Bastide, cit., p. 59.

61 Pedro Lessa, a par de Ministro do STF, deixou-nos também um conjunto de lições de filosofia do direito. Os textos de Filosofia do Direito de Lessa foram pelo autor compilados por volta de 1911. Pedro Lessa rejeitava a confusão do Direito com a religião. A busca de verdades gerais e fundamentais, orientadoras na fixação de princípios, também gerais e fundamentais, núcleo de um programa de estudos de Filosofia do Direito — acreditava Lessa — deveria ser tema a ser explorado ao fim do curso; mas não podia ser abandonado. Pedro Lessa defendia um programa de Filosofia do Direito que alcançasse, criticasse e elencasse fundamentos e princípios cardeais, referenciais para a construção de um saber prático, justificado a partir de um esforço especulativo. A cientificidade do Direito, insistia Lessa, dependia de estudos regulares de Filosofia. O desconhecimento e o desprezo para com a investigação e a discussão dos princípios gerais, acentuava Lessa, redundava na redução do direito a *“(...) mera arte, cujos preceitos facilmente se desvirtuam na prática, aplicando-se ao talante das conveniências individuais”*. A leitura da obra de Pedro Lessa permite a constatação de que também temos uma tradição jusfilosófica, ainda que caudatária do pensamento europeu. Há também entre nós o registro do esforço de reflexão sobre nossas condições morais, sobre as quais se firmam nossos arranjos institucionais.

62 Foi nomeado por Rodrigues Alves. Antes, foi juiz e deputado. HORBACH, Carlos Bastide, cit., p. 62.

63 Supremo Tribunal Federal- Apelação Cível nº 2.183, voto do Ministro Pedro Lessa.

proximidade topográfica em todos os textos que foram escrutinados no Congresso, nomeadamente, no PL 634-1975-Câmara dos Deputados (art. 1.181), no PL 118-1985-Senado (art. 1.147), no PL 634-C=1988-2º turno (art. 1.146) e no texto definitivamente promulgado (art. 1.147, como já visto)⁶⁴.

Os comentaristas avaliaram que “*não se trata mais de cláusula implícita no trespasse, mas de um mandamento legal (...) quem adquire um estabelecimento quer também sua clientela*”⁶⁵. Explicitou-se também que adotamos “*(...) a orientação do direito italiano, estatuinto legalmente a proibição de concorrência pelo prazo de cinco anos, salvo disposição expressa em contrário*”⁶⁶; há autor que também constatou a fixação da cláusula de não-concorrência nos códigos de Honduras e do México⁶⁷. Constatou-se, simplesmente, que “*a lei impede que o alienante do estabelecimento faça concorrência ao seu adquirente durante os cinco anos que se seguem à transferência, a menos que receba autorização expressa para isso*”⁶⁸. Quanto aos aspectos históricos e pragmáticos da cláusula de não concorrência, a doutrina também consignou que

*“Até o início da vigência do Código Civil de 2002, era muito comum a inserção, nos contratos de trespasse, de uma cláusula de interdição de concorrência, explicitando estar o alienante proibido de organizar novo estabelecimento similar ao transmitido e, assim, impor substancial prejuízo ao adquirente, dada a depreciação decorrente de inevitável perda de clientela e diminuição do aviamento. Agora, a proibição está subentendida, ostentando caráter geral e vigorando por um prazo certo, de cinco anos contados da celebração de contratos onerosos ou gratuitos resultantes na transferência da titularidade de um estabelecimento, de trespasse ou de doação”*⁶⁹.

Referências ao caso da Companhia de Juta são muito frequentes nos livros texto de Direito Comercial e de Direito Civil que há disponíveis no mercado editorial brasileiro. Por exemplo, colhe-se explicação pormenorizada do caso em obra muito divulgada, a propósito de explicações relativas às convenções lícitas, no estudo referente à clientela, enquanto um atributo da empresa, ao lado do aviamento⁷⁰. Assim,

*“No caso de venda de estabelecimento comercial, procura-se preservar a sua clientela, dispendo em cláusula convencional que o empresário-vendedor se absterá de organizar novo fundo de comércio. A cláusula se impõe, pois não se considera, pelo menos no direito brasileiro, implícita como obrigação do vendedor. A esse respeito é famosa a questão judicial intentada em São Paulo, em 1913, pela Companhia Nacional de Tecidos de Juta contra o Conde Álvares Penteado e a Companhia Paulista de Aniagens (...)”*⁷¹.

Em seguida, o autor narrou os passos da discussão, enfatizando que a vitória de Rui Barbosa foi de algum modo impugnada pelo voto do Ministro Pedro Lessa. Concluiu que o art. 1.147 do atual Código Civil dispõe sobre a matéria no direito contemporâneo. O autor esclareceu as duas teses em jogo: para Carvalho de Mendonça o princípio da boa-fé condenava a retomada do negócio feita pelo Conde Penteado, enquanto que para Rui Barbosa a liberdade de atuação comercial e industrial não poderia ser obstaculizada por cláusula inexistente e, se eventualmente presumida, nula porque não fixava limites de tempo, lugar e objeto.

Há, também, outras referências ao problema, resumido sucintamente, na qual o autor conclui que “*a tese, que hoje é dominante na jurisprudência e na doutrina, não logrou, naquela oportunidade, sagrar-se vencedora*”⁷². Bem entendido, a par da doutrina e da jurisprudência citadas, a tese defendida por Carvalho de Mendonça também está positivada, no contexto do art. 1.147 do Código Civil.

De igual modo, há registro de outra síntese do caso, com críticas à decisão do STF, naturalmente, contendo-se com o benefício do retrospecto histórico, como segue:

64 PASSOS, Edilene e LIMA, João Alberto de Oliveira, *Memória Legislativa do Código Civil*, Brasília: Senado Federal, 2012, p. 336.

65 FAZZIO Júnior, Waldo, *Manual de Direito Comercial*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 82.

66 TOMAZETTE, Marlon, *Curso de Direito Empresarial, Teoria Geral e Direito Societário, vol. 1*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 122.

67 Cf. FRANCO, Vera Helena de Mello, *Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 140.

68 TZIRULNIK, Luiz, *Empresas e Empresários no novo Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 128.

69 BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes, *Art. 1.147 Código Civil- Comentários*, in PELUSO, Cezar (coordenador), *Código Civil Comentado- Doutrina e Jurisprudência*, Barueri: Manole, 2010, p. 1.103.

70 REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 437 e ss. Edição atualizada por Rubens Edmundo Requião.

71 REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 453.

72 COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de Direito Comercial- Direito de Empresa*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

“Hoje, tal decisão afrontaria o que dispõe o art. 1.147 do Código Civil. Porém, mesmo à época, não havendo disposição equivalente no ordenamento jurídico, a decisão foi equivocada, pois, do ponto de vista concorrencial, acabou promovendo uma concorrência desleal pelo desvio indevido da clientela, uma injustiça, portanto; além disso, não respeitou o princípio da boa-fé nem a obrigação do vendedor de fazer boa a coisa vendida”⁷³.

Em outro manual atualizado, em passagem referente à cláusula de não concorrência, ou de não restabelecimento, do mesmo modo faz-se menção ao caso, esclarecendo-se que a empresa que comprou o estabelecimento do Conde Penteadado “(...) sentiu-se prejudicada, pois claramente houve uma redução do aviamento, e pleiteou a devolução de parte do valor pago pela Fábrica (...) naquela época o STF decidiu em favor das rés, já que no contrato não havia cláusula de não restabelecimento, e ela não deveria ser considerada”⁷⁴.

Outro autor recente referiu-se ao evento da Companhia de Juta, no sentido de que “a disciplina da concorrência decorrente do contrato de trespasse no direito brasileiro foi fruto de um embate histórico, no qual litigavam Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa, sendo certo que à época não havia dispositivo legal regulamentando a concorrência na venda do estabelecimento”⁷⁵. Há também passagem colhida em mais um autor atual, que explicou o episódio com bastante pormenor, concluindo, em crítica à decisão do STF, que

“(...) não obstante tenha a Suprema Corte assim decidido nesse célebre caso, a jurisprudência foi, ao longo dos anos, consolidando-se em sentido oposto. Firmou-se o entendimento de que, mesmo na ausência de cláusula contratual expressa, o alienante tem a obrigação contratual implícita de não fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento comercial. Essa obrigação implícita imposta ao alienante é uma decorrência lógica da aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais e encontra respaldo em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros (...)”⁷⁶.

Prestigioso comentarista do direito de empresa dissertou com alguma extensão sobre o art. 1.147 do Código Civil. Nesse contexto, explicou o embate que houve entre Carvalho de Mendonça e Rui Barbosa, esclarecendo que o STF acolhera inicialmente a tese da impossibilidade do Conde Penteadado poder se estabelecer no mesmo ramo e no mesmo negócio, após o trespasse de seu empreendimento; concluiu, porém, observando que o STF, “(...) em grau de embargos, reformou a decisão para enunciar que, não havendo cláusula dispondo em contrário, a alienante podia abrir novo estabelecimento com o mesmo ramo de negócio em local próximo”⁷⁷.

Ainda a propósito dessa histórica decisão, um outro autor recente observou que “(...) a possibilidade de restabelecimento, consagrando a ideia de que a obediência às cláusulas de interdição de concorrência somente poderia ser admitida entre alienante e adquirente de fundo empresarial se expressas em documento firmado pelos contratantes”⁷⁸. Retoma-se a linguagem do código e se registra que “(...) salvo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não poderá oferecer concorrência ao adquirente, nos cinco anos seguintes à alienação, sendo que na hipótese de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição em referência vigorará durante o prazo do contrato respectivo”⁷⁹. Por fim, também se ressaltou que “(...) não há impedimento para que se estabeleça expressamente no contrato o direito de o alienante ou proprietário concorrer como adquirente ou usufrutuário”⁸⁰. Há, assim, amplo consenso doutrinário em torno da cláusula.

73 TEIXEIRA, Tarcisio, *Direito Empresarial Sistematizado*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

74 VIDO, Elisabete, *Curso de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 88.

75 PEDRO, Paulo Roberto Bastos, *Curso de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 85.

76 RAMOS, André Luiz Santa Cruz, *Direito Empresarial Esquematizado*, São Paulo: Método, 2016, p. 122.

77 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Direito de Empresa- Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 637.

78 NEGRÃO, Ricardo, *Manual de Direito Comercial e de Empresa- Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118.

79 GOMES, Fábio Bellote, *Manual de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 86.

80 BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *Curso Avançado de Direito Comercial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 120.

4. REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS À CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

A doutrina da cláusula da não concorrência, que também se relaciona diretamente com o tema da cessão da clientela, é o pano de fundo de várias discussões que se desdobram na dinâmica do direito empresarial. O assunto irradia-se em vários outros campos, a exemplo do direito do trabalho, dos contratos de franquia, do direito do consumidor, do direito da concorrência e de várias ações indenizatórias. O opaco limite entre as concepções de boa-fé e de liberdade de atuação profissional é tópico recorrente nas várias discussões que há, e que compõem recolha jurisprudencial muito significativa.

O STJ considera que são válidas as cláusulas contratuais de não concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porque adequadas “à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela - valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente”. Nesse assunto, há também discussões que chegaram ao STJ e que tem o dano moral como pano de fundo. Exemplifica-se com recusa do STJ no sentido de reexaminar o contexto fático-probatório em um caso determinado, no qual não se caracterizou o dano moral invocado, porquanto o interessado não teria se prejudicado, com base na cláusula de não concorrência, uma vez que foi indenizado com o pagamento de cotas da sociedade contra a qual litigava⁸¹.

No direito do trabalho, a mencionada cláusula também provoca acirrados debates. Há contratos de trabalho com cláusula de não concorrência expressa, que se considera lícita, para o período posterior ao término do pacto laboral; sua alteração, no entanto, feita unilateralmente, e prejudicial ao empregado, é declarada nula de pleno direito, nos termos do art. 468 da CLT⁸². Sua inclusão nos contratos é lícita, como condição genérica, indicadora de elemento acidental do negócio jurídico, e com eficácia subordinada a evento futuro e incerto⁸³.

Em ações de indenização reparatórias, deve o empregado comprovar que a cláusula de não concorrência existente no contrato de trabalho prévio impossibilitou sua contratação por outra empresa ou impedido, de qualquer forma, posterior desempenho de suas atividades profissionais; caso contrário, inexistente prejuízo capaz de ensejar o deferimento da indenização reparatória pretendida, nos dizeres de importante acórdão trabalhista⁸⁴.

A jurisprudência trabalhista admite, inclusive, a validade de estipulação de cláusula de não concorrência, mesmo já vigendo o contrato de trabalho; geralmente, é acompanhada das cláusulas de sigilo, de confidencialidade e de não concorrência, sendo, portanto, contextualizada junto às expectativas de boa-fé⁸⁵. Cogita-se de uma indenização compensatória, em favor do empregado, nas hipóteses da cláusula de não concorrência, a exemplo do julgado que segue, que nos revela circunstância de constrangimento ao livre exercício da atividade profissional, nos termos da ementa adiante reproduzida, com ênfases nossas:

“Ementa: ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE TRABALHO DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. A estipulação, em termo de aditamento contratual, de cláusula que proíba o empregado, pelo prazo de 24 meses da data do eventual término de seu contrato de trabalho, independentemente do motivo da rescisão, exercer suas atividades profissionais para quaisquer empresas (ou suas subsidiárias, controladoras, coligadas ou associadas), que comercializem artigos de vestuário em geral e seus acessórios, inclusive calçados, nas Regiões Metropolitanas em que a reclamada mantiver operando quaisquer de suas lojas, praticamente inviabiliza o seu retorno ao mercado de trabalho uma vez que o obreiro fica proibido de atuar no setor onde tem conhecimento amplo, devendo, em consequência, ser compensado financeiramente, sob pena de comprometer diretamente a sua própria subsistência e ferir o

81 STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 2037 SP 2011/0040879-2 (STJ) - Data de publicação: 31/03/2014.

82 TRT-1 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00114968720135010205 RJ (TRT-1) - Data de publicação: 30/06/2015.

83 TRT-15 - Recurso Ordinário RO 52325 SP 052325/2011 (TRT-15)- Data de publicação: 19/08/2011.

84 TRT-4 - Recurso Ordinário RO 00017812720105040404 RS 0001781-27.2010.5.04.0404 (TRT-4) - Data de publicação: 25/09/2013.

85 TRT-9 - 1815420092908 PR 18154-2009-2-9-0-8 (TRT-9) - Data de publicação: 17/08/2010.

*tratamento isonômico que deve existir entre as partes contratantes, diante do caráter comutativo do pacto laboral, que exige equivalência nas prestações executadas*⁸⁶”.

A definição de cláusula de não concorrência, para efeitos trabalhistas, decorre de uma concepção obrigacional de natureza moral e de lealdade. Afasta-se, inclusive, um imaginário princípio preponderante, que seria o princípio da liberdade do trabalho. Nesse sentido, em julgado marcado por forte cunho didático, fixou-se que, também, com ênfases nossas:

*“Ementa: CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. VALIDADE. Embora a legislação trabalhista seja omissa quanto ao tema ventilado. O artigo 444 da CLT prevê, como regra, pactuação livre das cláusulas contratuais, desde que não haja violação às disposições legais, coletivas, e, às decisões das autoridades competentes. A cláusula de não concorrência é a obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o (a) empregador (a). Trata-se de uma obrigação de natureza moral e de lealdade. Não há de se falar em ofensa ao Princípio da Liberdade de Trabalho, quando o pacto de não concorrência foi livremente pactuado e há previsão do limite temporal da restrição, mediante justa retribuição, como é o caso vertente. Revelado o descumprimento da referida avença, cabe ao obreiro restituir à empregadora o valor proporcional ao tempo que falta para completar os 12 meses de restrição*⁸⁷”.

Em matéria de contratos de franquia a cláusula de não concorrência também é recorrente, em que, também informada por um princípio de boa-fé, que a justifica, a exemplo do que ocorre nos outros campos no direito, exatamente como concebido por Carvalho de Mendonça, em âmbito de direito empresarial, como vimos ao longo do Caso da Companhia de Juta. À luz dessa premissa, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu que *“analisada a cláusula de não concorrência à luz da função limitadora da boa-fé, observa-se que não há justificativa para impedir que a antiga franqueada explore atividade que não exerce concorrência sobre o mesmo mercado, destacada a vedação de utilização das técnicas da franqueadora*⁸⁸”.

Nesse mesmo tópico, contrato de franquia, há limites para a duração da interdição negocial, dado que, conforme decidido também pelo TJ-MG, *“a parte aderente a cláusula de não-concorrência não pode permanecer indefinidamente ligada a outra, com o pretexto de se proteger informações tidas como estratégicas em um determinado momento, mas que dada a dinamicidade do mercado e da sociedade globalizada, podem se tornar rapidamente obsoletas*⁸⁹. Deve-se precaver, no entanto, com a potencialidade de abuso que a cláusula enceta, devendo-se - - uma vez de que reconhecido abuso - - readequar-se, judicialmente, o contrato a aspectos de limitação temporal, material e espacial⁹⁰.

Nesse campo, contrato de franquia, a cláusula suscita algumas peculiaridades, entre outras, no sentido de que seja *“(…) possível a aplicação da cláusula de não concorrência prevista no contrato de franquia firmado entre as partes, quando a franqueada não prova que a franqueadora é a responsável pela rescisão*⁹¹. Há, até mesmo, necessidade de fixação de cláusula de não concorrência no corpo do contrato de distrato, como já decidido Tribunal de Justiça de São Paulo⁹². Nos contratos de franquia há, eventualmente, certa mitigação das condições restritivas, a favor do franqueado, atendidas as regras do franqueador, desde que não abusivas⁹³.

86 TRT-16 - 2415200400116009 MA 02415-2004-001-16-00-9 (TRT-16) - Data de publicação: 22/06/2007.

87 TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 16201820125020 SP 00016201820125020011 A28 (TRT-2) - Data de publicação: 30/10/2013.

88 TJ-MG - Agravo de Instrumento Cv AI 10701130245460001 MG (TJ-MG) - Data de publicação: 09/05/2014.

89 TJ-MG - Apelação Cível AC 10024060443082002 MG (TJ-MG) - Data de publicação: 19/04/2013.

90 TJ-RS - Embargos Infringentes EI 70055224042 RS (TJ-RS) - Data de publicação: 06/08/2013.

91 TJ-MG - Apelação Cível AC 10210120061333001 MG (TJ-MG) - Data de publicação: 25/02/2014.

92 TJ-SP - Agravo de Instrumento AI 02575687320128260000 SP 0257568-73.2012.8.26.0000 (TJ-SP) - Data de publicação: 25/07/2013 - Ementa: Antecipação de tutela. Ação de obrigação de fazer. Deferimento parcial. Manutenção da decisão agravada. Réus-agravantes que não conseguiram infirmar a vislumbrada verossimilhança das alegações da autora-agravada e o fundado receio de dano de difícil reparação. Existência de cláusula de não concorrência tanto no contrato de franquia quanto no distrato, que veda a exploração do mesmo ramo de atividade da autora, ou seja, a comercialização de “batata e mandioca recheadas”.

93 TJ-SP - Agravo de Instrumento AI 21176089720148260000 SP 2117608-97.2014.8.26.0000 (TJ-SP) - Data de publicação: 20/08/2014 - Ementa: TUTELA ANTECIPADA. Ação de resolução de contrato de franquia com declaração de nulidade de cláusulas e indenização. Pedido para que possam exercer livremente a atividade, afastando-se, temporariamente, a cláusula de não-

Os rigores da cláusula provocam constante intervenção judicial, a exemplo de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que definiu que “*a rigor, o pacto da não concorrência é compatível com o ordenamento jurídico (...) a validade da cláusula, contudo, deve ser averiguada tanto sob a ótica temporal, quanto sob a ótica da privação do trabalho*”⁹⁴. Exatamente como Rui Barbosa insistia no caso da Companhia da Juta, os aspectos temporais, materiais e espaciais devem ser bem fixados, com razoabilidade. Caso contrário, como também decidido pelo TJ-RS, “*impõe-se reconhecer parcialmente a sua abusividade, com a sua readequação (...)*”⁹⁵. O critério temporal na cláusula de não concorrência deve ser plausível, o que comprova inexistência de ilícito, e, portanto, não suscita indenização⁹⁶. Também, o limite territorial, que deve ser fixado, uma vez não respeitado, também suscita condenação, como ofensa à boa-fé objetiva, que justifica a tipificação de concorrência desleal⁹⁷.

A boa-fé objetiva, com base no Código Civil, é o fundamento para a observância da cláusula de não concorrência, doutrina que se formou na atuação de Carvalho de Mendonça no caso Companhia da Juta. Como já decidido, “*as partes devem guardar a boa-fé objetiva antes, durante e após a execução do contrato (CC, art. 422) (...) ainda que extinto o contrato, remanesce válida a cláusula de não concorrência firmada no bojo de contratos, à luz da eficácia pós-contratual decorrente do princípio da boa-fé objetiva prevista no art. 422 do CC/02*”⁹⁸. Bem entendido, a cláusula de não concorrência somente alcança as partes contratantes, não vinculando terceiros estranhos à relação mercantil, consumerista, de franquia ou trabalhista, como também já definido pela jurisprudência. A jurisprudência é enfática em reconhecer que a boa-fé objetiva é a cláusula geral que deve orientar todos os contratos, com mais razão na hipótese dos contratos de *trespasse*, que contenham cláusula de não concorrência⁹⁹.

Os tribunais, além disso, separam pretensões de condenações por dano moral, quando há cláusula contratual de não concorrência. No caso de pedidos duplos, a cláusula subsiste, é válida, não se configurando o dano moral; assim, decidiu-se que “*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*”¹⁰⁰. A jurisprudência não admite condenação por danos morais quando a ação se baseia em descumprimento de cláusula de não concorrência.

Deve-se ater aos rigores da fixação de prazos. A jurisprudência não admite contratos com prazo indeterminado, o que qualifica cláusula abusiva e desproporcional, como reiteradamente decidido¹⁰¹. Quando os prazos são razoáveis, um ano por exemplo, o descumprimento do pactuado justifica ordem judicial para condenação do faltante¹⁰². Uma vez caracterizado e comprovado o rompimento da cláusula, tem-se a de-

concorrência. Deferimento apenas parcial, mantido. Decisão que permite a continuidade da atividade, mas atendidas as regras do franqueador. Ausência de prova inequívoca do direito alegado. Recurso desprovido.

94 TJ-RS - Agravo AGV 70055010383 RS (TJ-RS) - Data de publicação: 19/07/2013.

95 TJ-RS - Apelação Cível 70036049377 RS (TJ-RS) - Data de publicação: 14/11/2012.

96 TJ-RS - Apelação Cível AC 70043703263 RS (TJ-RS) -Data de publicação: 22/04/2013.

97 TJ-SP - Apelação APL 00064771920128260099 SP 0006477-19.2012.8.26.0099 (TJ-SP) - Data de publicação: 22/01/2015 - Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C. REPARACAO DE DANOS. TRESPASSE DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL. CONCORRENCIA DESLEAL. Recurso do réu. Concorrência desleal caracterizada. Violação de cláusula de não concorrência. Limite territorial não respeitado pelo réu (...). Afronta à boa-fé objetiva. Lucros cessantes provados pela queda do faturamento no período. Sentença mantida na íntegra no mérito. (...).

98 TJ-SP - Apelação APL 24969520098260451 SP 0002496-95.2009.8.26.0451 (TJ-SP). Data de publicação: 29/08/2011.

99 TJ-SP - Apelação APL 00113944720098260597 SP 0011394-47.2009.8.26.0597 (TJ-SP) - Data de publicação: 27/02/2013.

100 TJ-SP - Apelação APL 9080705512008826 SP 9080705-51.2008.8.26.0000 (TJ-SP) - Data de publicação: 27/09/2012.

101 TJ-SP - Apelação APL 00189786220138260004 SP 0018978-62.2013.8.26.0004 (TJ-SP)- Data de publicação: 14/05/2015 - Ementa: CONCORRÊNCIA DESLEAL. Alienação de carteira de locação e administração de imóveis. Contrato celebrado do ano de 1990, contendo cláusula de não concorrência por prazo indeterminado. Cláusula abusiva e desproporcional, segundo iterativo entendimento dos tribunais. Ré que somente retomou atividade empresarial no mesmo ramo 14 anos depois - Ausência de desvio de clientela. Ação improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido.

102 TJ-SP - Apelação APL 01316849320108260100 SP 0131684-93.2010.8.26.0100 (TJ-SP) - Data de publicação: 13/04/2015 - Ementa: Contrato de Arrendamento de Software para Montagem de Portal de Anúncios. Cancelamento por iniciativa do réu. Cláusula de não concorrência pela qual se obrigou a não montar outro portal na mesma região pelo prazo de um ano. Descumprimento do período de quarentena. Condenação do pagamento de indenização por danos morais. Não configuração. Ausência de comprovação de mácula à imagem e honra da empresa. Recurso provido.

monstração da ilicitude, e a conseqüente condenação¹⁰³; trata-se da regra geral nos contratos de trespasse, como comprova a ementa que segue, cujas linhas gerais evocam o Caso da Fábrica de Juta, em seus contornos:

“Ementa: CONTRATO DE TRESPASSE. Obrigação legal de não concorrência durante determinado prazo. Loja de materiais de construção. Resolução. Admissibilidade. Prosseguimento do alienante no mesmo ramo empresarial e âmbito territorial em estabelecimento comercial pertencente à sua irmã. Violação positiva do contrato. Ausência de empresa em nome do alienante. Irrelevância. A vedação do art. 1.147 é ampla, à concorrência de modo geral, e não apenas à constituição de pessoa jurídica concorrente. Violação da cláusula de não concorrência e dos deveres anexos de lealdade e de informação. Sentença reformada. Recurso provido¹⁰⁴”.

A jurisprudência já reconheceu também que a cláusula de não concorrência pode se encontrar embutida em outros termos contratuais, a exemplo da obrigatoriedade de alteração de título de estabelecimento, em hipóteses de trespasse de estabelecimento comercial¹⁰⁵. Como regra, a condenação se dá em perdas e danos, afastando-se, como já explicitamos, a condenação por dano moral¹⁰⁶. De igual modo, a retirada de sócio de empresa, vinculada a cláusula de não concorrência, também justifica condenação, ainda que o sócio que se retira opere por intermédio de empresa pertencente a seus familiares¹⁰⁷.

Há notícias de solução arbitral levada a juízo em tema de alegado desrespeito a cláusula de não concorrência inserida em negócio de cessão de direitos. Nesse caso, tratava-se de discussão em torno de propriedade industrial, na qual o cedente – criador de uma coleção de moda – utilizou o nome da filha, que na etiqueta vinculava ao seu. A utilização transversa de um nome civil, que, indiretamente, indicava a autoria da coleção, no entender do TJ-SP, caracteriza violação de cláusula de não concorrência¹⁰⁸.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cláusula de proibição de concorrência é um interessante tema que suscita reflexões em torno de um conflito real entre os princípios da boa-fé objetiva e da liberdade de ação empresarial. O rumoroso caso da juta, e toda a sofisticada argumentação que lá se encontra, ilustra, de modo significativo, a forma como a questão circulou até definitiva e pacífica incorporação no Código Civil de 2002.

Constatamos que essa fixação normativa é menos o resultado dos efeitos do caso da juta do que mera

103 TJ-SP - Apelação APL 994080444283 SP (TJ-SP)- Data de publicação: 30/08/2010 - Ementa: Trespasse - Violação de cláusula de não- concorrência - Caracterização de ato ilícito - Condenação do alienante - Recurso parcialmente provido.

104 TJ-SP - Apelação APL 40100171620138260602 SP 4010017-16.2013.8.26.0602 (TJ-SP) - Data de publicação: 01/03/2016.

105 TJ-SP - Apelação APL 00065333720118260568 SP 0006533-37.2011.8.26.0568 (TJ-SP). Data de publicação: 15/05/2013. Ementa: Ação de indenização por danos morais e materiais. Descumprimento contratual. Compromisso de compra e venda entre particulares. Trespasse de estabelecimento comercial. Transferência de direitos sobre o título do estabelecimento. Sentença parcialmente procedente. Danos morais não configurados. Ausência de obrigatoriedade de alteração do título do estabelecimento. Gastos decorrentes não são indenizáveis. Verdadeira cláusula de não concorrência. Título não é passível de registro e que não pode ser confundido com marca e denominação. Multa por descumprimento contratual indevida. Apelo improvido.

106 TJ-RS - Apelação Cível AC 70069549632 RS (TJ-RS)- Data de publicação: 11/11/2016. Ementa: (...) I. A violação à cláusula de não concorrência ajustada em Contrato de Compra e Venda de Fundo de Comércio, de regra, justifica a rescisão do ajuste, com o retorno das partes ao status quo ante. Entretanto, quando se mostra inviável o retorno das partes ao estado anterior em razão das peculiaridades do caso concreto - hipótese dos autos -, deve ser mantido hígido o contrato, com a condenação da parte inadimplente ao pagamento de indenização por perdas e danos. II. In casu, o valor do dano material deverá ser apurado com base nas vendas realizadas pela empresa constituída para prática da concorrência desleal (...).

107 TJ-SP - Apelação APL 994051019736 SP (TJ-SP) - Data de publicação: 03/11/2010 - Ementa: APELAÇÃO - Anulatória e Indenização - Societário- Sócio que se retirou da empresa coautora, mediante assinatura de cláusula de não concorrência pelo prazo de 12 meses - Elementos constantes dos autos que denotam violação da aludida cláusula por parte do sócio retirante, primeiramente por intermédio de empresa pertencente a seus familiares e, posteriormente, por empresa da qual se tornou sócio - Indenização devida - (...)

108 TJ-SP - Agravo de Instrumento AI 20571658320148260000 SP 2057165-83.2014.8.26.0000 (TJ-SP) - Data de publicação: 26/08/2014.

e simples transposição de regra do Código Civil italiano, a exemplo do que ocorreria, por exemplo, com o conceito de empresário e com toda a construção de uma teoria da empresa.

Chamam a atenção as sutilezas exploradas por Rui Barbosa, a firmeza conceitual de Carvalho de Mendonça e a coerência argumentativa de Pedro Lessa. A discussão revela momento ímpar da história econômica brasileira, exatamente na transição de uma economia substancialmente agrícola para um modelo orientado para a produção industrial.

Quanto ao Conde Penteadado, seus métodos negociais ficam evidentes. Ao que consta, há indícios de alguma reserva mental, a propósito de posterior concorrência com a fábrica que havia vendido, e consequente captação de clientela. Nesse ponto, no qual se questiona a boa-fé objetiva, o núcleo do argumento de Carvalho de Mendonça. Por outro lado, a adesão de Rui Barbosa ao liberalismo econômico é absoluta, e não se pode negar que ao Conde Penteadado estaria definitivamente vedado o retorno à sua atividade econômica. Desse modo, as necessárias indicações de tempo, objeto e espaço, questionadas ao longo da decisão.

Constatamos, também, que o conceito de não concorrência alcança alguns outros campos do direito, a exemplo do direito do trabalho e dos contratos de franquia.

Registramos, também, que de um importante caso da história do nosso direito podemos constatar que as discussões jurídicas se reproduzem, comprovando-se a máxima de Alexis de Tocqueville, para quem a história é uma galeria de quadros, em que há poucos originais e muitas cópias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco, *Direito Civil- Introdução*, Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes, *Art. 1.147 Código Civil- Comentários*, in PELUSO, Cezar (coordenador), *Código Civil Comentado- Doutrina e Jurisprudência*, Barueri: Manole, 2010.
- BARBOSA, Rui, *Obras Completas, Vol. XL, 1913, Tomo I*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.
- BARRETO, Plínio, *A Cultura Jurídica no Brasil*, São Paulo: Gráfica d'O Estado de São Paulo, 1922.
- BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *Curso Avançado de Direito Comercial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CARBASSE, Jean-Marie, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- CARONE, Edgard, *A Primeira República (1889-1939) - Corpo e Alma do Brasil*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.
- CARVALHO, Orlando. Critérios e estruturas do estabelecimento comercial, Coimbra Editora, Coimbra, 1967.
- COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de Direito Comercial- Direito de Empresa*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FAZZIO Júnior, Waldo, *Manual de Direito Comercial*, São Paulo: Atlas, 2014.
- FORGIONI, Paula A., *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro- da mercancia ao mercado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FRANCO, Vera Helena de Mello, *Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GOMES, Fábio Bellote, *Manual de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, *Direito de Empresa- Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- HOBSBAWN, Eric, *Ecos da Marselha- Dois séculos reveem a Revolução Francesa*, São Paulo: Companhia das Letras, 1996. Tradução de Maria Célia Paoli.
- HOBSBAWN, Eric, *The Age of Revolution- 1789-1848*, London: Abacus, 1999.
- HORBACH, Carlos Bastide, *Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.
- LIPPERT, Marcia Mallmann, *A Empresa no Código Civil, Elemento de Unificação do Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MACHADO NETO, A. L., *História das Ideias Jurídicas no Brasil*, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1969.
- MEIRA, Sílvio, *Clóvis Beviláqua- Sua vida. Sua obra*, Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 1990.
- BARBOSA, Rui, *Réplica, Obras Completas, Vol. XXIX, 1902, Tomos I e II*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1953.
- MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1979.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro- Volume I*, São Paulo: Freitas Bastos, 1945.
- MORALES, Cesar Mecchi, *Carvalho de Mendonça*, in RUFINO, Almir Gasquez e PENTEADO, Jaques de Camargo, *Grandes Juristas Brasileiros*, São Paulo: Martins Fontes.
- MORATO, Francisco, *Prefácio*, in BARBOSA, Rui, *Obras Completas, Vol. XL, 1913, Tomo I*, Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.
- NEGRÃO, Ricardo, *Manual de Direito Comercial e de Empresa- Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*, São Paulo: Saraiva, 2011.
- PASSOS, Edilene e LIMA, João Alberto de Oliveira, *Memória Legislativa do Código Civil*, Brasília: Senado Federal, 2012.
- PEDRO, Paulo Roberto Bastos, *Curso de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PRADO Jr., Caio, *Evolução Política do Brasil e outros estudos*, São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz, *Direito Empresarial Esquematisado*, São Paulo: Método, 2016.
- REALE, Miguel, *História do Novo Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 2015. Edição atualizada por Rubens Edmundo Requião.
- RIBAS, Joaquim Conselheiro, *Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- TEIXEIRA, Tarcisio, *Direito Empresarial Sistematizado*, São Paulo: Saraiva, 2016.
- TOLEDO, Roberto Pompeu de, *A Capital da Vertigem*, São Paulo: Objetiva, 2015.
- TOMAZETTE, Marlon, *Curso de Direito Empresarial, Teoria Geral e Direito Societário, vol. 1*, São Paulo: Atlas, 2011.
- TOQUEVILLE, Alexis de, *O Antigo Regime e a Revolução*, São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de Rosemary Costhek Abílio.
- TZIRULNIK, Luiz, *Empresas e Empresários no novo Código Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto, *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo: Perspectiva, 2004.

VIANA FILHO, Luiz, *A Vida de Rui Barbosa*, São Paulo: Livraria Martins Editora, s.d.

VIDO, Elisabete, *Curso de Direito Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.