

# Cláusula de não concorrência: interfaces entre antitruste e Direito do Trabalho no Brasil e EUA

Em grandes linhas, cláusulas de não concorrência (também conhecidas como “*non-compete*” na nomenclatura estrangeira) são aquelas que estabelecem que nem um indivíduo nem uma empresa poderão concorrer com outra empresa por um determinado período, sob um determinado escopo e em um determinado local. As cláusulas de não concorrência são tipicamente utilizadas em dois principais contextos: (1) contratos empresariais e (2) contratos de trabalho. Este artigo trará breves reflexões sobre essas cláusulas pela ótica antitruste, tanto no Brasil quanto nos EUA, em desenvolvimentos recentes sobre o tema.

## Proteção de investimento

Quando envolvem (1) contratos empresariais, as cláusulas de não concorrência são tipicamente utilizadas para impedir que o alienante de estabelecimento comercial faça concorrência com o adquirente nos cinco anos subsequentes à transferência. O próprio Código Civil brasileiro já estabelece o impedimento à concorrência quando há alienação de estabelecimentos comerciais em seu artigo 1.147 [1]. O objetivo principal desse tipo cláusula é a proteção do investimento realizado pelo adquirente. Ou seja, busca preservar o valor do bem alienado a partir do impedimento da concorrência desleal entre alienante e adquirente.

O entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) acerca das regras de não concorrência em contratos empresariais é no sentido de que elas devem ter: (1) limitação do escopo – apenas abranger os mercados em que o alienante atuava; (2) limitação geográfica – incluir apenas o espaço de atuação do alienante e (3) limitação temporal – não podem, também, via de regra, ultrapassar cinco anos (em casos de *joint venture*, os cinco anos são contados a partir do término da *joint venture*).

Contudo, há exceções a esse entendimento. O Cade, em caso julgado em 1998, aprovou operação que continha cláusula de não concorrência com duração de dez anos [2]. O caso envolvia o mercado petroquímico, sobre o qual o Cade entendeu que havia uma dinâmica que exigia altos investimentos, planejamento de longo prazo e maturação mais lenta, e, por isso, a cláusula de dez anos seria justificável. Ademais, no setor hospitalar, o Cade [3] já entendeu que as cláusulas de não concorrência deveriam ser limitadas a dois anos, pelo fato de o mercado ser suficientemente dinâmico.

Há também outros casos relevantes do Cade que envolveram cláusulas de não concorrência, como aquele [4] em que a cláusula foi reduzida de dez para cinco anos, pois não visava “*a simples proteção da viabilidade do negócio, mas, sim, a restrição indevida da concorrência no mercado*”, e outro [5] em que se entendeu que *joint ventures* podem ter cláusulas de não concorrência com prazos maiores.

Interessante mencionar que esse tema também já chegou ao Judiciário. Em novembro de 2022, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJ-SP [6] reconheceu a validade de uma cláusula de não concorrência de dez anos. Tal dispositivo contratual impedia que, pelo prazo estipulado, os cedentes e a interveniente anuente concorressem, direta ou indiretamente, no ramo de salas-cofre e salas seguras para determinados segmentos, sob pena de multa de R\$ 15 milhões. Na decisão, o TJSP considerou a experiência das partes, no momento da alocação de riscos, para garantir a validade de tal cláusula.

## Migração vedada

Por sua vez, quando as cláusulas envolvem (2) contratos de trabalho, as cláusulas de não concorrência podem ser usadas tanto para reforçar a obrigação de não concorrência durante a vigência dos contratos como para impossibilitar que um funcionário migre para um concorrente por determinado período após a sua saída de uma empresa.

Em termos trabalhistas, durante a relação de emprego, há vedação ao ato de concorrência, que pode, inclusive, caracterizar a hipótese de rescisão do contrato de trabalho por justa causa (artigo 482, alínea “c”, da CLT).





Após a relação de emprego, as cláusulas podem impedir que o ex-empregado inicie um novo negócio naquele mesmo mercado, com certas delimitações geográficas e temporais. Nesses casos, o objetivo principal da cláusula é impedir que um funcionário transfira a um concorrente os conhecimentos específicos e a inteligência de mercado da empresa da qual era empregado.

A doutrina e a jurisprudência admitem a inclusão de cláusula de não concorrência no contrato de trabalho após a relação de emprego, ainda que não exista previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Os requisitos para determinar a validade das cláusulas após o término da relação empregatícia visam a garantir que a restrição da liberdade de trabalho do empregado esteja dentro da razoabilidade. Para tanto, os seguintes requisitos devem ser observados: legítimo interesse, delimitação material, razoabilidade temporal, compensação adequada e delimitação territorial.

Diante da possível discussão sobre o momento de negociação e inclusão da cláusula de não concorrência aos contratos de trabalho, o mais seguro juridicamente é a inclusão da cláusula de não concorrência desde o início dos contratos de trabalho, com previsão de validade pós-término do contrato, sendo possível a previsão de cláusula de desistência da obrigação, a critério do empregador.

Todavia, muitas vezes, a cláusula é negociada apenas no momento da rescisão do contrato, o que pode dificultar sua aceitação pelos tribunais trabalhistas, na hipótese de discussão judicial. Esse risco é minimizado na hipótese dos chamados trabalhadores hipersuficientes (artigo 444, parágrafo único, da CLT), e do cumprimento dos requisitos acima mencionados, sendo recomendável que o empregado esteja assistido por advogado e tenha prazo para análise e negociação.

Diferentemente do que acontece nos casos de cláusula de não concorrência envolvendo contratos empresariais, o Cade não possui precedentes específicos no que se refere aos efeitos das cláusulas de não concorrência envolvendo contratos com trabalhadores. Reconhece-se que há precedentes relacionados à cláusula de *non solicitation*, cujo escopo é diferente da cláusula de *non compete* [7].

Nesses precedentes de *non solicitation*, o entendimento do Cade [8][9] segue na linha de que a boa reputação individual do empregado não pode ser considerada como parte do fundo de comércio da empresa, por isso a cláusula deve ser restrita a funcionários que detenham segredos de negócio e/ou informações sigilosas.

### Contexto norte-americano

Se no Brasil o tema das cláusulas de não concorrência envolvendo contratos de trabalho encontra-se relativamente calmo, nos Estados Unidos a discussão está em franco debate público.

Em janeiro de 2023, a Federal Trade Commission (FTC) iniciou uma consulta pública para ouvir comentários acerca de uma proposta de legislação que passaria a pressupor que as cláusulas de *non compete* para trabalhadores seriam anticompetitivas.

Como contexto, a FTC sinalizou entendimento de que aproximadamente 30 milhões de trabalhadores estadunidenses (em torno de 20% do total de trabalhadores do país) possuíam cláusulas de *non compete* em seus contratos de trabalho [10].

Essas cláusulas causariam os seguintes danos: (a) diminuição da inovação e do dinamismo empresarial; (b) impedimentos para que os trabalhadores busquem melhores oportunidades e (c) impedimentos para que os empregadores contratem os melhores talentos disponíveis. Com essa proposta, o FTC previu aumentar em USD 300 bilhões os ganhos dos empregados por ano; possibilitar que os consumidores economizem um total de USD 148 bilhões em custos de saúde por ano e dobrar o número de empresas abertas na mesma indústria, fundadas por um ex-empregado.

A proposta da nova legislação foi, portanto, tornar todas as cláusulas de *non compete* ilegais, com uma exceção envolvendo pessoas que venderam o ativo operacional, mas que continuam trabalhando na empresa. Além disso, a proposta previu que as cláusulas existentes deveriam ser rescindidas pelos empregadores, e os empregados deveriam ser avisados da rescisão; que a regra se aplicaria a empregados, contratados de forma independente, e qualquer pessoa que trabalhe para o empregador, de forma remunerada ou não; e que seguiriam autorizadas as cláusulas de *non disclosure* (não divulgação de informações) e *non solicitation* (não se utilizar de contatos/clientes após o desligamento), uma vez que não impediriam que o empregado trabalhasse para outro empregador ou iniciasse um negócio próprio.

A consulta ocorreu até 20/4/2023 e recebeu 26.813 comentários, sendo que o FTC buscava entender as possíveis alternativas para o que foi estabelecido na proposta, como por exemplo:

- Aplicação de diferentes parâmetros para a proibição das cláusulas *non compete* em relação a diferentes categorias de trabalhadores;
  - Possibilidade de aplicação de regras diferentes baseadas (1) no valor da remuneração; (2) nas funções desempenhadas; (3) nas ocupações e/ou (4) em outros fatores.
- Aplicação de parâmetros diferenciados em relação a executivos sêniores;
- Aplicação da regra em relação a franqueadores e franqueados;
- Abordagens alternativas, como:
  - Obrigação do empregador de divulgar a existência de cláusulas *non compete* ao empregado e
  - Obrigação do empregador de reportar a existência de cláusulas ao FTC.

O Departamento de Justiça (DOJ) dos Estados Unidos também se manifestou sobre o tema da consulta pública, indicando que entende que as cláusulas de *non compete* causariam danos ao mercado de trabalho por promover a redução da mobilidade dos trabalhadores e que também prejudicam as empresas.

Mais adiante, evidenciando como o tema do antitruste e sua interface com o direito do trabalho continuam no cerne do debate norte-americano, o *final Merger Guidelines* [11] elaborado em parceria entre o FTC e o DOJ, publicado em dezembro de 2023, indicou que os mercados de trabalho são importantes mercados de compradores e que deveriam ser analisados: “*When a merger involves competing buyers, the agencies examine whether it may substantially lessen competition for workers, creators, suppliers, or other providers.*”

De acordo com o Guia, um ato de concentração entre compradores teria, entre outros, o potencial de: (1) eliminar a concorrência entre os *players* na contratação de determinada categoria de trabalhadores; (2) elevar os riscos de coordenação entre os *players* do mercado e (3) incrementar a posição dominante de um agente econômico em determinado mercado relevante. Mais detalhadamente, o prejuízo à concorrência nos mercados de trabalho pode levar a diversos danos ao trabalhador, como, salários mais baixos, progressão salarial mais lenta e piora nos benefícios ou na qualidade do local de trabalho.

O Guia do FTC com o DOJ ainda indica que o nível de concentração necessário para que preocupações concorrenciais surjam nos mercados de trabalho podem ser menores do que em mercados de produtos, em razão das características únicas de alguns mercados de trabalho. Por fim, cabe ressaltar que o Guia deixa claro que a concorrência nos mercados de trabalho será analisada caso a caso.

### Conclusão

Diante disso, apesar de a estrutura e os objetivos serem parecidos entre as cláusulas de não concorrência em contratos empresariais e trabalhistas, podemos perceber uma diferenciação no entendimento das consequências e da aceitação das cláusulas.

Enquanto as cláusulas em contratos empresariais são mais aceitas, incluindo a possibilidade de longos períodos de não concorrência, como visto nos precedentes acima mencionados, as cláusulas em contratos trabalhistas vêm sendo objeto de análise, internacionalmente, com discussões, inclusive, para proibi-las, como é o caso da consulta do FTC.

Portanto, é importante ficar atento aos próximos passos do Cade em relação a tais cláusulas, para entender qual será o posicionamento da autoridade brasileira sobre o tema, e se o Cade se alinhará ao entendimento do FTC ou formará um entendimento próprio.

Apesar de a consulta pública do FTC ou o Guia de Atos de Concentração não serem aplicáveis ao Brasil, é possível antecipar algumas repercussões, como: (1) possível influência na opinião do Cade, que pode vir a alterar a direção das decisões daqui para frente; (2) possíveis efeitos sobre contratos com trabalhadores nos Estados Unidos, vinculados a empresas brasileiras; e (3) possível reforço à inclusão de cláusulas com conteúdo semelhante como remédio não comportamental em Acordos em Controle de Concentrações (ACCs).

É preciso ter cautela, portanto, na análise dessas cláusulas. Isso, porque pode haver racionalidade econômica na imposição de obrigações de não concorrência em contratos de trabalho. Proibir uma cláusula contratual que possui racionalidade econômica, objetivo legítimo e razoabilidade pode impactar negativamente o desenvolvimento dos negócios no Brasil e representar um transplante açodado de discussões estrangeiras, cujos efeitos ainda são ambíguos.

---

[1] Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência. Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do



estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

[2] BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.005349/1997-16 (anteriormente, Ato de Concentração nº 177/97). Requerentes: Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda (Monsanto do Brasil Ltda) e Companhia Brasileira de Estireno. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rL](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rL)

[3] BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.011602/2011-26. Requerentes: Hospital e Maternidade São Luiz S.A. Centro Hospitalar São Marcos S.A. MAIS- Multiassistência Incorporada à Saúde Ltda. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG6576gAj\\_Yyz02W7Vt7WyP](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG6576gAj_Yyz02W7Vt7WyP)

[4] BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.002921/2000-98. Requerentes: Brink's Segurança e Transporte de Valores Ltda. e TGV – Transportadora de Valores e Vigilância Ltda. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLrhhF6dfvyVaBIx\\_Y3oxmO41Z\\_SL3s9fFd22O](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLrhhF6dfvyVaBIx_Y3oxmO41Z_SL3s9fFd22O)

[5] BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.008850/2006-22. Requerentes: CHS Inc. e Multigrain Comércio, Exportação e Importação S.A. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rL](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rL)

[6] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 0034036-35.2018.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelante: Sparch Tecnologia, Segurança Em Engenharia Térmica Ltda. Apelada Aceco Ti S.A. Relator: Azuma Nishi. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI006DA7W0000>

[7] As cláusulas de non solicitation assim como a de non compete possuem dois escopos: (i) contratos empresariais: meio de garantir que o alienante de determinada empresa ou ativo operacional não irá recrutar os empregados da empresa alienada, ou aliciar os clientes dela; e (ii) contratos de trabalho: meio de garantir que um ex-funcionário não irá contratar empregados ou clientes ao sair da empresa.

[8] BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.013200/2010-85. Requerentes: Hospital das Clínicas De Niterói Ltda., Clínica Médico Cirúrgica Botafogo S.A. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65)

[9] BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08012.004902/2010-78. Requerentes: Empresa de Serviços Hospitalares Ltda. e Hospital Pró-Cardíaco S.A. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65F-YbrTBH4](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65F-YbrTBH4)

[10] Vide: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/01/ftc-proposes-rule-ban-noncompete-clauses-which-hurt-workers-harm-competition>

[11] U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. Merger Guidelines. Disponível em: <https://cdn-conjur.s3.amazonaws.com/uploads/2024/02/202320Merger20Guidelines.pdf>

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-fev-14/clausula-de-nao-concorrencia-interfaces-entre-antitruste-e-direito-do-trabalho-no-brasil-e-eua/>