
A mediação e os pactos de *non compete*: uma parceria necessária

Nathalia Mazzonetto¹ e Marcelo Perlman²

I. Breves considerações a respeito da pertinência da discussão: a sociedade dos dados e a relevância dos pactos de “não concorrência”

Muito se fala na atualidade sobre a *internet das coisas*³, conceito e expressão consagrados nas lições de Kevin Ashton nos idos de 1999; *machine learning*, termo pioneiramente empregado por Arthur Samuel no fim da década de 50 em seus estudos e desenvolvimentos de jogos de computador e inteligência artificial, no curso de suas atividades na IBM, para se referir ao aprendizado das máquinas e outros dispositivos de dados coletados, armazenados e analisados para desenhar soluções para problemas atuais de seus usuários; dentre outras noções que buscam integrar as realidades virtuais ao dia-a-dia físico da humanidade.

Disso depreende-se que o ativo (imaterial) atualmente mais relevante são dados. Dados e informações institucionais, proprietários ou de terceiros, públicos ou confidenciais, sensíveis ou não, mas sobretudo dados pessoais. Não é à toa, portanto, que nos últimos tempos observa-se a promulgação de uma série de atos normativos locais e internacionais que passaram a disciplinar coleta, usos, tratamento e proteção de dados pessoais.

¹ Graduada em Direito pela PUC-SP, mestre e doutora em Direito Processual pela USP. Especialização em Propriedade Intelectual pela FGV Direito e Università Luigi Bocconi. Especialização em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Università degli Studi di Milano. Coordenadora da Comissão de Propriedade Intelectual da ICC-Brasil e *vice chair* do *ADR Committee* da *Internacional Trademark Association* – INTA. Mediadora certificada e integrante dos quadros de mediadores de diversas e renomadas instituições brasileiras e internacionais. Sócia de Müller Mazzonetto (nathalia@mommaw.com).

² Graduado em Direito pela USP-SP e mestre em direito (LL.M.) pela University of Chicago Law School. Treinado em mediação pelo NY Bar / Fordham University. Co-presidente da subcomissão de direitos dos credores da Seção de Insolvência do International Bar Association – IBA e vice-presidente e membro da diretoria eleita da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Albert Einstein. Sócio de PVG – Perlman Vidigal Godoy Advogados (marcelo@pvg.com.br).

³ A Internet das Coisas, em poucas palavras, nada mais é que uma extensão da Internet atual, que proporciona aos objetos do dia-a-dia (quaisquer que sejam), mas com capacidade computacional e de comunicação, se conectarem à Internet. A conexão com a rede mundial de computadores viabilizará, primeiro, controlar remotamente os objetos e, segundo, permitir que os próprios objetos sejam acessados como provedores de serviços. Estas novas habilidades, dos objetos comuns, geram um grande número de oportunidades tanto no âmbito acadêmico quanto no industrial. Todavia, estas possibilidades apresentam riscos e acarretam amplos desafios técnicos e sociais. (Internet das Coisas: da Teoria à Prática, obra coletiva de Bruno P. Santos, Lucas A. M. Silva, Clayson S. F. S. Celes, João B. Borges Neto, Bruna S. Peres, Marcos Augusto M. Vieira, Luiz Filipe M. Vieira, Olga N. Goussevskaia e Antonio A. F. Loureiro disponível em <<https://homepages.dcc.ufmg.br/~mmvieira/cc/papers/internet-das-coisas.pdf>>, p. 2, acesso em 01 jun. 2019)

Dada a natureza de tais ativos, caracterizados pela sua intangibilidade e facilidade de circulação, tanto quanto potencialidade e risco de usos desautorizados em desfavor de quem efetivamente os titulariza ou obteve a licença necessária para tanto, recursos a pactos e cláusulas contratuais de exclusividade, confidencialidade e não-concorrência são a regra. O mesmo sempre se deu em relação à propriedade intelectual.

Deste modo, instrumentos que regulam complexas e sofisticadas parcerias e operações empresariais, acordos societários e demais ajustes contemplam, de praxe, capítulo dedicado a disciplinar como as partes engajadas (e relacionadas, a qualquer título) atuarão no curso de suas relações e atividades e, sobretudo, após. Destacam-se previsões voltadas a autorizar ou especialmente a desautorizar atos e práticas por determinados agentes, tanto quanto aqueles que em seu interesse o façam; a, de modo concomitante, regular o uso de dados e informações privilegiados, proprietários e confidenciais eventualmente acessados, tanto quanto o *know how* desenvolvido e apreendido, relações construídas com clientes, fornecedores e colaboradores, dentre outros, as quais impõem condições e termos no tempo, espaço, em relação a pessoas e com eventuais compensações para justificar a “exclusão” acordada.

Tudo isso se dá em razão dos investimentos aportados das mais diversas ordens (financeira, capacitação e treinamento etc.), para assegurar o sucesso de um determinado negócio, e porque o grande valor atualmente decorre do intangível, como posto.

Foco da atenção aqui serão os pactos de não-concorrência *lato sensu*, que são firmados nas mais diversas frentes, entre empregados e empregadores; sócios entre si e eventuais outros parceiros comerciais e/ou colaboradores; vendedores e compradores de empresas ou fundos de comércio. Isto porque tais ajustes são firmados em termos, em sua grande maioria, subjetivos, principiológicos, “largos” e, por vezes, ambíguos, pela impossibilidade de total previsibilidade do porvir no momento em que firmados, em virtude da necessidade de viabilizar o negócio e para evitar sejam declarados nulos por serem considerados abusivos e impeditivos do que há mais intrínseco ao humano: o trabalho. Do contrário, poderia se dar que as partes contratantes jamais chegassem a um consenso quanto a sua redação, sobretudo para casos em que equilibradas as condições das partes contratantes. E como tais, são estes os objetos que se apresentam como riquíssimo campo de exploração da mediação, no caso de impasses, conflitos e, em último grau, disputas.

II. Os instrumentos contratuais que preveem o *non compete*, definições necessárias, cláusulas padrões e elementos cruciais na sua redação: lacunas inevitáveis nestas tratativas

Comumente referidos como *non compete agreements / clauses, non solicitation*, os pactos de não-concorrência vêm, de regra, acompanhados de previsões

contratuais de exclusividade, confidencialidade e são inseridos como ajustes restritivos em contratos empresariais e societários em geral.

São, portanto, pactos de condutas negativas, ou seja, desautorizadas, que, na maior parte das jurisdições enfrentam limitações de tempo, território e de escopo a fim de não tolher do humano a sua dignidade e força de trabalho, em última análise, resguardadas necessariamente as livres iniciativa e concorrência.

No Brasil, parâmetros legais a orientar os pactos de não-concorrência decorrem da Lei da Propriedade Industrial, que, nos incisos do art. 195, regula o uso de meio fraudulento para, desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem, compreendido aqui como *meio fraudulento* qualquer expediente que se caracterize como abusivo e desleal (inc. III); a divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, empregados na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato (inc. XI); dentre outros.

Há, ainda, previsões legais em diversos atos normativos que, de algum modo, contribuem com critérios e elementos a serem endereçados nas ditas cláusulas a fim de evitar qualquer discussão de validade. Algumas delas são: art. 1.147 do Código Civil, que traz restrição temporal; a Lei n. 12.529/2011 (“Lei do CADE” - Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que no Capítulo II do Título V prescreve diversas condutas caracterizadas como infrações, acenando diversos de seus julgamentos para a invalidade de cláusulas contratuais e/ou pactos de não-concorrência que deixem de observar limitação no tempo, no espaço, e não guardem relação específica com o mercado relacionado ao negócio objeto da operação; art. 482, “c”, da Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”), que limita as atividades do empregado no curso de contrato / relação de trabalho.

Em termos gerais, portanto, são elementos tidos como fundamentais para a validade dos pactos de *non compete*, o que também é corroborado pela jurisprudência firmada, os seguintes:

- (i) **Limite temporal:** a cláusula de não-concorrência há que ter termo determinado e duração razoável. Na seara trabalhista, como exemplo, adotou-se como parâmetro recomendável e é o que se apresenta justificado em casos que acabam resultando litígios nesta frente o prazo máximo de dois anos de *quarentena*.⁴
- (ii) **Limite territorial:** o comando de *non compete* deve observar limitação territorial igualmente. Ou seja, é tida como inadmissível cláusula que

⁴ É recomendável que se respeite o prazo de até dois anos (prazo máximo de validade dos contratos por prazo determinado, art. 445, caput, CLT). (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Recurso Ordinário nº 20180206367, Relator Des. Francisco Ferreira Jorge Neto, publicação 20.07.2018).

imponha obrigação negativa em qualquer lugar, reduz-se normalmente à área de influência, mercado ou contorno espacial que se justifique (região / território nacional / internacional ou outro).

- (iii) **Limitação de escopo / especificação da atividade:** a cláusula deve especificar a atividade em que se aplicará a restrição, para que não haja impedimento deliberado e total das atividades e trabalho, assegurando a liberdade de exercício de outras atividades econômicas ou laborais que não representem concorrência indevida em relação ao parceiro comercial, contratante a qualquer título ou empregador e nos limites do escopo da cláusula estabelecida.
- (iv) **Compensação financeira:** para que não se dê qualquer margem de questionamento e impugnação da validade da cláusula de não-concorrência contempla-se, pelo período restritivo, compensação financeira proporcional aos limites impostos. Os valores acordados são totalmente negociados, sendo que, em diferentes situações, são desembolsados à vista (pagamento único e da totalidade do montante ajustado), de modo a se pôr efetivo termo à relação de obrigações “positivas” mantidas entre as partes, ou seja, dali em diante o que há é apenas o dever de abstenção por tempo determinado.

Adicionalmente, cláusulas de não-concorrência são comumente negociadas e elaboradas em vista das seguintes considerações exemplificativas:

- (i) se há consentimento válido e informado da parte a que se aplica a restrição de não-concorrência a respeito do recebimento e suficiência da compensação financeira que lhe é ou será atribuída;
- (ii) se o momento de confecção da cláusula de *non compete* e o perfil das partes são tais que impera a livre negociação da referida cláusula, junto a outros termos e condições que possam servir de contrapeso àquela e permitam sua acomodação como parte essencial do acordo celebrado;
- (iii) quais os interesses e direitos que merecem legítima proteção em face de concorrência, se eles representam atividades atuais específicas da parte protegida (ou futuras em desdobramento natural do seu objeto social), e quais a extensão geográfica e a vida útil de tais interesses e direitos a justificarem a manutenção da cláusula restritiva;
- (iv) qual o valor de multa, com atenção ao risco de abusividade, que poderia compreender o valor dos interesses e direitos protegidos da concorrência (ou o prejuízo decorrente da violação da cláusula), assim como servir de desincentivo suficiente à potencial má conduta da parte a que se impõe a restrição de concorrência;
- (v) qual o risco de que – em submissão litigiosa da cláusula de não-concorrência a juízo judicial ou arbitral – eventuais aspectos de extensão de objeto,

temporal ou geográfica, valor de compensação financeira, ou valor de multa, possam conduzir referido juízo à determinação de nulidade completa da cláusula, ao invés de seu possível temperamento para parâmetros supostamente razoáveis; e

- (vi) em qual medida a cláusula de não-concorrência se pretende a disciplinar comportamentos mediante restrições morais ou reputacionais, mais do que propriamente jurídicas, sobretudo se envolvendo partes com relações profissionais permanentes ou repetitivas entre si ou em seus mercados de atuação.

Não parece aqui razoável trazer exemplos do que seriam cláusulas comuns ou tipicamente previstas nas mais diversas categorias de negócios jurídicos, empresariais e societários para estabelecer os deveres de não fazer, porém é amplamente reconhecido e muito comum que tais pactos propositadamente apresentem lacunas e se valham de conceitos e parâmetros mais abertos, beirando a uma verdadeira indeterminação.

E é justamente por conta dessa dita indeterminação que os conflitos que tais deveres inauguram, ou podem instaurar, são objetos que podem e poderiam ser muito mais bem explorados e solucionados no campo da mediação, por se tratar de um processo flexível que permite a investigação dos interesses e das reais motivações das partes envolvidas e sua rede de pertinência, tanto quanto a adoção de soluções possíveis, adequadas e mais voltadas ao negócio, do que aos contornos jurídicos da relação firmada e posta a termo.

Nesta linha e como a seguir explorado em detalhes, a jurisprudência judicial que se ocupa deste tipo de discussões escancara que as soluções alcançadas não resolvem a problemática e podem deixar tanto contratante quanto contratado desatendidos e insatisfeitos, independentemente da natureza da relação questionada no que diz respeito às convenções de não-concorrência.

O que, aliás, não é prerrogativa apenas das decisões judiciais, mas se observa igualmente em sentenças arbitrais que enfrentam a temática. Sem que possamos contar propriamente com um corpo de precedentes arbitrais para consulta mais sistemática, é de se supor que a arbitragem possa abordar controvérsias de *non compete* com alguma maior especialidade dos julgadores, e eventualmente maior apreço pela redação contratual acordada. Porém, impõem-se as mesmas fragilidades próprias da delegação decisória a terceiro - distanciamento da realidade e dos negócios das partes e decisões baseadas em estreitas considerações jurídicas - exacerbando-se, possivelmente, na arbitragem imprevisibilidade decisória fruto do desconhecimento das partes acerca de possível prévio posicionamento dos árbitros em disputas comparáveis.

Em verdade, quem mais pode ganhar na abordagem contenciosa do tema é a concorrência, leia-se *players* que competem com as instituições, sociedades e os empregadores litigantes para fins de definições de *non compete* entre partes que já se relacionaram, terceiros estes que se beneficiam da queda das ações em bolsa, apreendem

estratégias de negócio, tomam conhecimento de dados e informações privilegiados e valiosíssimos – que jamais teriam sido deflagrados ao público se não fosse o palco de disputa, por tantas vezes propagada em mídia.

Uma breve e preliminar avaliação atualizada da jurisprudência firmada a respeito da temática, a seguir apontada, denota que, mesmo diante de previsões com os “padrões” comumente adotados / praticados para fixar os limites da não-concorrência convencional, houve revisão, no caso a caso, por parte do Judiciário do acordado e da autonomia da vontade das partes refletida na cláusula, resultando grande imprevisibilidade e, em última análise, insegurança jurídica para seus contratantes e o mercado em si, que no perfil de economia atual, como posto, mais e mais se vale destes tipos pactos.

III. A jurisprudência que se firma nas diversas jurisdições: casuística e subjetividade que resultam em insegurança jurídica

Como já acenado, como inexistente parâmetro legal expresso a respeito das condições e requisitos de validade dos pactos atípicos de não-concorrência, e sua negociação se dá em momento de imprevisibilidade quanto à futura relação das partes, é inevitável que a orientação neste tema perpassa por usos, costumes e práticas consagrados, com o substrato da doutrina especializada, e que o *termômetro do razoável* (senão praticado), advenha da jurisprudência estatal nos casos que não são resguardados pelo segredo de justiça.

Adicionalmente, a depender da jurisdição invocada, é certo que os dados e resultados apurados podem atender a mais um aspecto técnico em detrimento de outro. A observar, é inequívoco que a Justiça do Trabalho, para este tipo de discussão, atribui interpretação que visa a resguardar mais a força de trabalho do indivíduo e/ou contratado e livre iniciativa, como cooperativas ou outros, do que atentar aos laços empresariais e exercício da autonomia da vontade dos envolvidos, que seria o enfoque da Justiça Comum, dotada de juízos com atribuições empresariais.

Esta realidade, combinada com a *terceirização* da decisão, que é delegada a julgadores de, regra, de carreira, com formação mais generalista, e desconectados da realidade dos negócios e da indústria relacionada em si às partes envolvidas – já que esta não é atribuição que lhes compete, por certo –, inevitavelmente leva a decisões de alto conteúdo exegético, subjetivo e que não traduzem uniformidade. Isto, sem dúvidas, impacta os negócios em si, dada a insegurança jurídica que acompanha tais pactos.

A ilustrar, em levantamento não-exaustivo que considerou os últimos cinco anos (de 2014 a 2019), realizado na jurisprudência dos seguintes tribunais: Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), Tribunal Superior

do Trabalho (TST) e Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região (TRT2) (**Anexo I – referências**)⁵, verificou-se, em termos gerais:

Justiça Comum

➤ STJ:

- (i) de rigor a previsão de limite temporal, sob pena de reconhecer se tratar de cláusula abusiva, de modo que a Corte intervém para a fixação de limite de cinco anos, conforme Enunciado 490 do Conselho da Justiça Federal⁶;
- (ii) também para a Corte Superior de Justiça é imperiosa a restrição ao local do estabelecimento utilizado para o exercício do contrato, em caso de contrato associativo;
- (iii) o escopo das atividades desautorizadas é elemento necessário, que não prevalece se não houver a restrição de tempo. Reforma da cláusula contratual por ser considerada abusiva no quesito temporal.

➤ TJSP:

Câmara de Direito Privado

- (iv) reconhecimento da adequação do limite temporal de dois anos, validade, contudo, questionada em virtude da ausência de compensação financeira atribuída à abstenção de atos. No caso de descumprimento do dever de não concorrer o Tribunal firmou multa de R\$ 20 mil;
- (v) entendeu não aplicável o limite temporal de cinco anos ao argumento de não ser hipótese do art. 1.147, CC, que se restringe ao trespasse;
- (vi) ainda que presentes os demais parâmetros limitativos de tempo, local, revisão reconhecida para a adequada fixação do escopo de atuação;
- (vii) tendência a adotar posicionamento restrito ao quanto estabelecido na cláusula para evitar atentar contra a autonomia da vontade das partes. Neste sentido, inadmissibilidade da aplicação de critérios por analogia, na forma do indicado no item “v” acima;
- (viii) ausente um dos requisitos necessários para a fixação das restrições de atividades, como, p.ex., tempo certo e determinado para sua validade, o

⁵ Um agradecimento especial ao Rafael Setoguti Julio Pereira e à Beatriz Tribst Rico, que se dedicaram à detalhada pesquisa e ao levantamento de dados que fundamentou as reflexões deste artigo.

⁶ A ampliação do prazo de 5 (cinco) anos de proibição de concorrência pelo alienante ao adquirente do estabelecimento, ainda que convencionada no exercício da autonomia da vontade, pode ser revista judicialmente, se abusiva.

Tribunal, em Direito Privado, posiciona-se pela nulidade do pactuado (reconhecimento de *impossibilidade concreta do cumprimento*);

- (ix) posiciona-se pela preservação do pactuado pelas partes no momento da celebração do contrato, sempre que viável.

Câmara de Direito Empresarial

- (x) adstrita ao expressamente pactuado pelas partes e tendência a sua rigorosa observância, senão “complementação” apenas para a fixação de multa por descumprimento, em média fixada em R\$ 20 mil. Há decisão em patamares menores (R\$ 10 mil) e maiores (R\$ 100 mil / 150 mil), e, também fixada em 30% sobre o valor da operação limitada contratualmente, ou, ainda, sobre o preço atualizado ajustado em contrato de cessão de quotas sociais;
- (xi) mantém a restrição temporal pactuada, já tendo a confirmado para 2, 3 e 5 anos, após a rescisão contratual;
- (xii) atenta ao escopo de atuação estabelecido pelas partes;
- (xiii) já reconheceu o dever de não concorrer de partes anteriormente relacionadas a despeito da previsão contratual de *non compete*, mas por aplicação dos ditames da LPI (art. 195 – cooptação ilícita de clientela);
- (xiv) condução de perícia técnica para a adequada e precisa apuração/definição das atividades e dos negócios que estariam sob o manto do impedimento de cláusula de não-concorrência, já que o argumento era de que os objetos sociais das partes eram distintivos.

Justiça Especializada - Trabalhista

➤ TST:

- (xv) reconhece como válidos limites temporais de 1, 2 e 3 anos (expressos também em meses) a contar da rescisão contratual, sem qualquer tipo de revisão;
- (xvi) admite revisão, contudo, para o montante indenizatório (compensação financeira pela restrição), quando não considera nula a cláusula que deste tipo de previsão prescinde. Indenização que, de praxe, leva em consideração o último mês de remuneração do empregado / contratado como critério de fixação dos valores praticados⁷. Quando reconhecida a nulidade, danos

⁷ O TST também já acolheu como razoável indenização correspondente à metade da remuneração base, excluídos os bônus e outros pagamentos especiais/benefícios. Fundamento: o contratando não teria ficado totalmente impedido de exercer seu ofício ou profissão.

materiais praticados com base no valor equivalente à última remuneração a cada mês de vigência da cláusula de não-concorrência;

- (xvii) exige a delimitação territorial para que reconheça a cláusula de não-concorrência válida, tanto quanto os demais requisitos (tempo, compensação financeira e escopo bem definido).

➤ **TRT2:**

- (xviii) a necessária e adequada compreensão do escopo, para, dentre outros, não confundir conceitos de *non compete* com dever de confidencialidade, assegurando liberdade de atuação ao contratado;
- (xix) ainda que firmados os critérios de sequência das atividades, no tempo, espaço, conforme objeto, entendeu como “desproporcionais” em razão do alto valor da multa pecuniária atribuída pela cláusula e diante da ausência de prescrição de compensação financeira pelo dever de restrição quanto ao mercado de atuação. Logo “o desequilíbrio contratual” seria condão para justificar o reconhecimento de nulidade da cláusula de não competir;
- (xx) os valores indenizatórios levam em conta a disponibilidade de trabalho do contratado (impedimento do exercício do ofício / profissão que não é integral).

Conforme se observa, há até traços de uma uniformidade dos parâmetros reconhecidos para atestar a validade das cláusulas de não concorrência / não estabelecimento, porém, o subjetivismo e a interpretação casuística ainda são tônicas que deixam muitas vezes os contratantes com grande incerteza na hora de redigir seus pactos, implementá-los e, se o caso, executá-los, o que é de todo indesejável no contexto das relações privadas e empresariais.

Diversos dos julgados estudados acenam para conceitos vagos, significativamente subjetivos e noções principiológicas que permitem compreensão, definições e decisões para todo e qualquer sentido, que não necessariamente virão a traduzir o que esteve em mente pelas partes contratantes, tampouco a real vontade que as mesmas partes chegaram a pôr a termo.

De fato, neste sentido, destacam-se expressões como: a) a *função social* do contrato, subsidiada no art. 421, do Código Civil; b) *venire contra factum proprium*; c) dever de concorrência *leal*; d) ausência de *abusividade*; e) verificação de potencial lesivo; e) conduta conformada pela *boa-fé* objetiva; f) necessidade de discriminar as operações novas das preexistentes; g) atos de aliciamento; h) confirmação da sobreposição de atividades similares e, por conseguinte, da violação à cláusula de não-concorrência; i) atividades e negócios *substancialmente equivalentes* àqueles desempenhados pela contratante.

Pois bem, avaliações e juízos que levem a um contexto de “um ganha e outro sucumbe” em cenários complexos, com pluralidade de sujeitos e interesses envolvidos, poderá conduzir para soluções precárias e que, em grande parte das vezes, deixarão de endereçar o conflito em si, mas se aterão mais à causa de pedir e aos pedidos transcritos, deixando os envolvidos insatisfeitos com o resultado final, qualquer seja ele, porque não colocam termo ao problema em si ou, quando o fazem, apenas em relação a um dos seus aspectos apenas.

IV. A adequada eleição da ferramenta de resolução de conflitos neste cenário

Neste contexto, portanto, surge o processo de mediação, flexível e sigiloso que é, como ferramenta a não ser negligenciada para a solução de impasses e conflitos que eclodem no contexto de pactuações de não concorrer e obrigações restritivas relacionadas.

Com efeito, por adotar uma dinâmica que se centra (i) na identificação dos interesses e motivações das partes, em oposição à fixação em posições; (ii) voltada a, em etapas bem estruturadas, mas com a flexibilidade necessária, averiguar e aprofundar os/nos objetivos das partes, pensando formas de operacionalizá-los, em co-construção com terceiro facilitador e o *player* que se encontra em suposta “adversidade”, mas que se sinta na mesma mesa, para então alcançar os impactos esperados, a mediação apresenta-se como mecanismo da mais alta valia para os conflitos que se instauram em razão de tais pactos negativos, mas, também, como mecanismo que se mostra adequado e de grande utilidade para idealizar e formalizar tais ajustes, tanto na fase contratual, quanto no curso de operação e transição de atividades entre partes que são / eram relacionadas e, por qualquer motivo, deixam de sê-lo para seguirem rumos próprios, observadas condutas acordadas entre si.

Ora, a mediação é ainda mais pertinente neste contexto pela confidencialidade em que este processo de identificação, tratamento e adequado endereçamento de impasses se desenvolve, mas também porque não olha apenas para o passado e possíveis *punições* de acerto ou não de novos rumos.

De fato, a mediação, por sua própria natureza, não serve a trabalhar o que ficou para trás e *condenações* de desacertos. E, neste particular, a mediação e os pactos de não-concorrência miram na mesma direção. Ou seja, se entende de onde se vem (o início de tudo) – aqui, portanto, único momento em que se reconhecem situações passadas –; a fim de se compreender a atual circunstância das partes; para, então, pensar futuro.

E, em tal percurso, bem se sabe que desequilíbrios e imprevistos podem ocorrer, o que faz da mediação um palco muito atrativo para a eventual interpretação, quando não integração de cláusulas propositadamente, como visto, tão genéricas e de conceitos vagos e indeterminados como as previsões de *non compete*.

V. A mediação como aliada e por que

Em outras palavras, assim como as negociações e redação final das cláusulas de não-concorrência exigem atenção e dedicação das partes e seus advogados, os desafios envolvidos na sua interpretação e na resolução dos impasses e disputas a que podem dar causa não devem ser tanto quanto desconsiderados e simplesmente atribuídos a um terceiro que desconheça a realidade das partes, o que as levou a firmá-las e os reflexos delas esperados.

Para tanto, a condução ativa e acolhedora de terceiro imparcial em mediação tende a provocar nos protagonistas de tal pactuado o favorecimento de uma expressão verbal e não verbal adequadas, além de uma escuta inclusiva, que considere o ponto de vista do outro como possibilidade.

De igual modo, ao fazer uso de ferramentas procedimentais, de comunicação e negociação, conforme proposta de classificação adotada por parte da doutrina para tratar das ferramentas em mediação,⁸ a clarificação dos relatos e parâmetros restritivos adotados em compromisso de não competir, mediante o desmembramento da objetividade e subjetividade de seu conteúdo; a identificação e a percepção dos diretamente envolvidos de interesses comuns, complementares e divergentes contidos nas narrativas; assim como a disposição de refletir e considerar o ponto de vista do outro, é indubitável que a mediação serve a melhor compor externalidades de uma relação que, no momento em que negociada, é para brindar a parceria e não a exclusão / restrição do outro com quem se firma o pactuado.

Não obstante, por poder explorar ferramentas tais como (i) o *caucus* (ou reuniões privadas), que permite a criação de um espaço exclusivo e particular de conversa com o mediador sem a interferência do outro com quem, em princípio não se seguirá relação e que, aliás, poderá se tornar concorrente direto, mais cedo ou mais tarde; (ii) a criação de espaços de reflexão e movimento de futuro; (iii) a promoção de perguntas voltadas a fazer as partes envolvidas refletirem a respeito de seus reais interesses e geradoras de informação, de esclarecimento e adequada compreensão do discutido; (iv) a *visita ao lugar do outro* para o adequado entendimento de posições, linha de raciocínio e eventuais motivações de atitude ou postura e, então, a criação de possibilidades, alternativas e soluções que, de algum modo, se norteie por demandas e interesses daqueles que estão à mesa; (v) o resumo para a checagem com os participantes do diálogo do correto entendimento a respeito de uma determinada temática, viabilizando, com isso, até uma nova qualidade de escuta da parte dos envolvidos na desavença ou na tomada de decisão; (vi) o esclarecimento do significado de termos ou expressões com múltiplos sentidos especialmente em razão do subjetivismo já destacado no contexto dos pactos de não competir, o que acaba por dissolver mal-entendidos resultantes de interpretações ou significações não coincidentes, mas associados a uma mesma expressão ou mesmo termo; (vii) a possibilidade de valer-se da máxima muitas vezes essencial de *separar pessoas do*

⁸ ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação – Aportes práticos e teóricos*, São Paulo: Dash, 2014.

problema, endereçando-se duas pautas de trabalho necessárias, a pauta subjetiva e a pauta objetiva, que sempre estão por trás dos pactos restritivos de alguma forma (muito embora eles acabem por traduzir apenas parâmetros objetivos, tais quais já aventados e uniformemente adotados, como tempo, espaço, escopo e compensação financeira); (viii) levantamento e compreensão, para seu adequado uso em solução consensuada, de parâmetros e limites entre os quais (e com os quais) os mediandos devem conduzir a negociação na busca por soluções possíveis, a mediação só pode ser a adequada aliada para a solução de disputas que envolvem os pactos restritivos de concorrência.

VI. Considerações finais

De tudo o quanto visto e ora pontuado, tão difícil e demandante quanto redigir testamento e quaisquer outras declarações de última vontade pode ser a negociação e, passo posteriormente necessário, a redação de cláusulas e pactos de não concorrência. De fato, ninguém começa e regula relações que ainda sequer foram *provadas* em sua plenitude e integralidade. Há sim claro o intuito de resguardar investimentos, transmissão de conhecimento e *know how*, acesso a ativos e dados/informações e carteiras privilegiados, proprietários e conquistados após anos de dedicação e investimento para quando os envolvidos não mais estiverem seguindo o mesmo caminho, mas sim rumos próprios e independentes. Mas isso não torna menos difícil o caminho de se desenhar o que será autorizado e o que não.

Isto pode se complicar ainda mais quando quem normalmente tem sido invocado a decidir o que é permitido, válido e não-abusivo é um terceiro que desconhece a realidade das partes e, na maior parte das vezes, não é eleito por nenhuma delas a decidir seus impasses. Terceiro este que não leva em conta a indústria em questão, tampouco as particularidades dos negócios dos envolvidos e suas relações.

De fato, independentemente do tipo de atividade, da natureza dos serviços e trocas estabelecidos, dos investimentos financeiros, de tempo e dedicação, observou-se que os critérios empregados – seja em juizados especializados, seja em juizado comum, instâncias inferiores até as Cortes superiores – para decidir pela validade de convenções de *non compete* são basicamente os mesmos, ou seja:

- (i) cláusulas que normalmente possuem vigência de 2 a 5 anos, no máximo;
- (ii) previsões que contemplem indenização proporcional ao afastamento do profissional de seu ofício ou do contratado do mercado;
- (iii) termos que estipulem área de restrição;
- (iv) delimitações (mas sem clareza de como e com que detalhe) acerca do escopo das atividades / atos desautorizados; e
- (v) compromissos que, quando não observados, dão causa à aplicação de as multas / penalidades que seguem um parâmetro numérico aleatório, que, de regra, não se pautam no conteúdo ou em qualquer aspecto da obrigação acordada.

Diante desta realidade e da complexidade que abarcam tais pactos de “não-fazer”, é imprescindível considerar ferramentas mais adequadas, integrativas e flexíveis de endereçamento e composição dos impasses e conflitos que se apresentam tanto quando de suas tratativas e redação, quando do momento em que disputas se instauram.

A mediação, neste cenário, proporciona um espaço de investigação, esclarecimentos e adequada tratativa de conceitos vagos, abertos e subjetivos tais quais aqueles tão comumente e de modo propositado abarcados por previsões e compromissos de não-concorrência.

Decerto, noções como *função social do contrato*; atividades e negócios *substancialmente equivalentes* àqueles desempenhados pela contratante; concorrência *desleal*, dentre outros comportarão mais significados e implicações que não apenas técnico-jurídicos que é o que se pode advir de decisão de litígio em que o julgador a quem foi atribuído o encargo deverá necessariamente se pronunciar em favor de um ou outro lado, sem compreender precisamente motivações, expectativas e, ao final, propósitos de ambos para a sequência de seus caminhos independentes.

Ora, se nem às partes quando de sua concepção é claro o propósito de um dever de não competir, diga-se lá de um terceiro que por elas decidirá sem jamais conhecer de suas atividades, ofícios e outros aspectos que as fez, em algum momento, se associarem por um propósito comum que já não o será.

O convite à mediação aqui se mostra oportuno, qualquer seja o momento, desde a fixação de suas premissas e contratação do compromisso, tanto quanto após o término do pactuado para evitar conflitos ainda maiores entre as partes diretamente envolvidas e aqueles que também poderão a vir se engajar com elas.

VII. Referências consultadas

ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação – Aportes práticos e teóricos*, São Paulo: Dash, 2014.

DUVAL, Hermano. *Concorrência desleal*, São Paulo: Saraiva, 1976.

Internet das Coisas: da Teoria à Prática, obra coletiva de Bruno P. Santos, Lucas A. M. Silva, Clayson S. F. S. Celes, João B. Borges Neto, Bruna S. Peres, Marcos Augusto M. Vieira, Luiz Filipe M. Vieira, Olga N. Goussevskaia e Antonio A. F. Loureiro disponível em <<https://homepages.dcc.ufmg.br/~mmvieira/cc/papers/internet-das-coisas.pdf>>, p. 2, acesso em 01 jun. 2019.

WALTON, David J. *Restrictive Covenant Basics, Including Adequate Consideration, Protectable Interests, Geographic and Time Restrictions, and Permissible Scope*, disponível em LexisNexis, 2018.

Anexo I – Referências Jurisprudenciais