

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA: SENTIDO, ALCANCE E CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO

Renata C. Steiner

Professora de Direito Civil na FGV-SP e na FGV Law. Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Fundadora da Agire – Direito Privado em Ação. Árbitra independente (FCIARb) e parecerista. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9108-4497>
E-mail: renata.steiner@fgv.br

Sumário: A consulta – Primeira parte: o sentido das cláusulas sobre não concorrência ajustadas no Acordo de Quotistas – Segunda parte: as exceções ao *non-competere* e o direito de escolha de X – Obrigação alternativa e direito de escolha: pautas para seu preenchimento – O comportamento das Partes em agosto de 2021: assimetria informacional e ausência de escolha – O comportamento das Partes ao final de 2021 e no começo de 2022 – Terceira parte: o comportamento da X, *venire contra factum proprium* e *suppressio* – Conclusões e resposta aos quesitos

X, por seus ilustres advogados, integrantes de LIDCM Advogados, consultam-me a propósito das questões jurídicas em discussão em procedimento arbitral por ela instaurado em face do Sr. Y (“Y”).¹

A arbitragem tramita na Câmara de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e encontra-se em fase postulatória.

A consulta veio acompanhada do relatório fático a seguir descrito e, para responder-lhe, analisei os seguintes documentos: (i) alegações iniciais de X; (ii) resposta às alegações iniciais de Y; (iii) manifestações das Partes e decisões judiciais proferidas no âmbito da cautelar pré-arbitral; e (iv) Acordo de Quotistas da SPE “Z” (“Acordo de Quotistas”). Documentos adicionais que tenham sido consultados serão mencionados no corpo do texto.

A despeito de o parecer ser ofertado a pedido de X, o texto transmite opiniões imparciais e representa o meu melhor entendimento sobre a matéria.

¹ Todas as referências a dados reais foram anonimizadas para manutenção da confidencialidade.

A consulta

Os termos da consulta a seguir foram redigidos conforme informações prestadas pela Consulente:

A Consulente, X, é uma sociedade empresária do *mercado (omissis)*, cuja principal atividade é a implantação e a gestão de espaços físicos para a prática de *omissis*. Tais espaços são denominados “*Espaços*” ou “*Espaço*”, como serão referidos ao longo do texto.

Y, por sua vez, é sócio de outras sociedades que também exploram o mesmo *mercado (omissis)*. Dentre essas sociedades, destaca-se Z (“Z”), que atua como franqueadora da rede de lojas para venda de produtos *omissis*.

Em 12 de abril de 2021, X e Y tornaram-se sócios de SPE Z (“SPE”). O objeto da SPE era a instalação de um Espaço no Shopping G, denominado “*Espaço X-Z*”. Na mesma data, para disciplinar a relação entre X e Y no âmbito da SPE, foi firmado o Acordo de Quotistas, em que se previu obrigação de não-concorrência que dá base à instauração desta arbitragem.

A SPE foi concebida dentro de um contexto mais amplo de parceria entre as Partes que, se bem-sucedida, poderia ter como objeto a exploração de outros *Espaços* sob o rótulo “*Espaço X-Z*”, bem como de um restaurante temático *omissis*, cujos termos seriam posteriormente negociados.

Ainda em 2021, foram realizados atos conjuntos pelas Partes no âmbito da SPE para a concepção e implantação do *Espaço G*.

A parceria mais ampla entre elas, no entanto, não foi implementada.

Embora a SPE nunca tenha sido extinta e permaneça a relação societária formal entre as Partes, X e Y reconhecem que não possuem mais um empreendimento em comum. Em outubro de 2021, as Partes discutiram e acordaram entre si um acerto de contas no âmbito da SPE.

A despeito disso, há acesa controvérsia entre elas quanto a fatos que se passaram enquanto vigente a parceria societária e, especialmente, após tal acerto de contas. A discussão, em essência, diz respeito à obrigação de não-concorrência pactuada no Acordo de Quotistas. São esses os fatos discutidos na arbitragem e que compõem o objeto da consulta que me foi endereçada por X.

Com efeito, em 11 de agosto de 2021, Y deu início à atividade de *Espaços* sob nome de *Espaços U*. Foi nessa data que o domínio “U.com.br” foi registrado, inicialmente em nome da sociedade Y Ltda.

Posteriormente, a gestão de *Espaços U* foi assumida por outra sociedade de titularidade de Y, a U Franqueadora e Participações Ltda. (“U”), cujo objeto social original era “*venda e licenciamento de franquias, licenciamento de uso de marcas e patentes e o recebimento de royalties*”. A partir da alteração social promovida em janeiro de 2022, tal escopo foi ampliado, passando a incluir o desenvolvimento de programas de computador, casa de festas e eventos e locação de máquinas e de equipamentos.

Com a ampliação de seu objeto social, a sociedade U passou a atuar como franqueadora de *Espaços*, sob o rótulo *Espaços U*, com o mesmo modelo concebido pelas partes no âmbito da SPE.

Embora seja incontroversa a atuação da U nesse nicho de mercado específico, as Partes divergem sobre se a exploração do *Espaço U* pela sociedade homônima viola o pacto de não concorrência previsto no Capítulo III (“Não concorrência e propriedade intelectual”) do Acordo de Quotistas.

De um lado, X considera que a exploração dos *Espaços U* é uma violação do pacto de não-concorrência.

Y, de outro lado, entende que agiu em conformidade com o pactuado. Isso, porque, segundo afirma, (i) X declinou da parceria societária para constituição da franqueadora de *Espaços*; (ii) X prestou serviços para implantação de *Espaços U*; e, por fim, (iii) X mostrou-se incapaz de atender à demanda necessária. No seu modo de ver, tais fatos são suficientes para afastar a obrigação de não-concorrência prevista no Acordo de Quotistas.

Os fatos foram discutidos, em contraditório limitado, em ação cautelar preparatória perante o Poder Judiciário, na qual X requereu, dentre outras providências, o cumprimento específico da obrigação de não-concorrência. A medida liminar pleiteada foi inicialmente deferida, sendo depois revogada pelo Juízo estatal e, no momento, pende de apreciação definitiva pelo Tribunal Arbitral.

Dos pedidos formulados de parte a parte na arbitragem, o escopo do Parecer limita-se a saber se há infração ao pacto de não-concorrência.

Sendo esse o panorama fático relevante à consulta formulada, foram-me endereçados os seguintes quesitos:

(i) Qual o sentido das Cláusulas 3.1, 3.1.2 e 3.1.2.1 do Acordo de Quotistas e como deve ser a interpretação das regras contidas nas respectivas cláusulas?

(ii) Qual a natureza jurídica da Cláusula 3.1.2 do Acordo de Quotistas, que estabelece exceções à obrigação de não concorrência de Y?

(iii) Quais os critérios que norteiam o preenchimento das exceções pactuadas na Cláusula 3.1.2 do Acordo de Quotistas? À luz dos fatos narrados, tais parâmetros foram observados?

(iv) A quem competia a escolha entre as exceções pactuadas na Cláusula 3.1.2. do Acordo de Quotistas? À luz dos fatos narrados, a escolha foi realizada? Se sim, em que extensão?

(v) Os comportamentos de X no contexto da tomada de providências para encerramento amigável da parceria entre as Partes, em agosto de 2021 podem ser interpretados como renúncia ao direito de exigir o cumprimento da obrigação de não-concorrência?

(vi) Qual o sentido e o conteúdo que se extrai da Cláusula 3.2.1.2 do Acordo de Quotistas? É correto afirmar que à luz de referida previsão contratual, a apresentação de oferta por X para prestação de serviços a preço de mercado deveria ser aceita?

(vii) Para o preenchimento da exceção ajustada nas Cláusulas 3.2.1, ii e 3.2.1.2 do Acordo de Quotistas, é correto dizer que Y estava obrigado a negociar com X? Se sim, essa negociação ocorreu? Em sendo negativa a resposta, qual o efeito que se extrai da ausência de negociação?

À luz dos fatos discutidos, é possível afirmar que estão presentes os requisitos para aplicação das figuras de *venire contra factum proprium* e de *suppressio*?

Esclarecidos o cenário fático e os quesitos formulados, passo à resposta da consulta.

Primeira parte: o sentido das cláusulas sobre não concorrência ajustadas no Acordo de Quotistas

Conforme se depreende dos fatos antes narrados, a controvérsia existente entre as Partes está circunscrita à existência ou não de violação à cláusula de não concorrência estipulada na Cláusula 3.1 do Acordo de Quotistas.

Tomando-se como premissa que *Espaços U* são *Espaços* explorados no mesmo modelo idealizado pelas Partes no contexto da SPE – fato que não é disputado pelas Partes na arbitragem –, elas divergem sobre se isso implica violação ao que foi pactuado.

No contexto do quanto disposto no Acordo de Quotistas, a controvérsia limita-se ao preenchimento das hipóteses que excepcionam a obrigação de não

concorrência, previstas na própria Cláusula 3.1.2, que são a base da alegação de Y de que não há violação.

Para analisar os argumentos de parte a parte é necessário, antes de tudo, conhecer o teor do clausulado. Eis, então, o conteúdo da estipulação a respeito da qual as Partes controvertem:

3.1. O Sócio Y compromete-se a não operar e/ou participar e/ou investir e/ou fomentar, seja direta ou indiretamente, em qualquer localidade do território nacional, durante a vigência deste Acordo e pelo período de 2 (dois) anos após o seu término, rescisão, resolução ou rescisão, por qualquer motivo, qualquer sociedade, parceria comercial, joint venture, empreendimento, estabelecimento comercial e/ou qualquer outra forma de negócio jurídico, que venha a competir com a X e/ou suas Afiliadas em atividades relacionadas ou similares às Atividades X ou que se utilize de Propriedade Intelectual compartilhada pela X e/ou suas Afiliadas nos termos deste Acordo ou da Sociedade, sob pena de se sujeitar ao pagamento de uma multa, não compensatória, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), devidamente corrigida pela a variação do índice IGP-M, publicado pela Fundação Getúlio Vargas, ou de qualquer outro índice que venha a substituí-lo, na menor periodicidade permitida em lei. Esta multa será devida sem prejuízo do direito da X ajuizar as medidas cíveis e/ou criminais cabíveis, inclusive para pleitear as perdas e danos havidos. [...]

3.1.2 Caso o Sócio Y decida operar e/ou participar e/ou investir e/ou fomentar um ou mais empreendimentos comerciais cuja atividade seja similar e/ou concorrente às Atividades X (“Empreendimento Y”), poderá fazê-lo sem infração à obrigação de não concorrência definida na Cláusula 3.1. acima nas seguintes hipóteses, a serem definidas a exclusivo critério da X: (i) em sociedade com a X; ou (ii) contratando a X como fornecedora exclusiva dos insumos e Propriedade Intelectual necessários à constituição e operação do Empreendimento Y. (Grifos nossos)

Para extrair o sentido daquilo que foi pactuado pelas partes, o ponto de partida do intérprete deve sempre ser o texto.

Nesse sentido, o direito brasileiro, ao disciplinar a interpretação dos negócios jurídicos, determina a observância tanto da intenção constante da declaração que se interpreta, como do sentido que lhe seria atribuído por uma pessoa razoável em circunstância semelhante. É o que decorre, de modo bastante claro, dos arts. 112 e 113, *caput*, do Código Civil, assim redigidos:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Nos termos do art. 112 CC, maior atenção é dada à intenção da declaração exteriorizada do que à intenção interna dos declarantes. Como observa Judith Martins-Costa, o dispositivo impõe a busca do significado declarativo e “a atenção do intérprete deverá estar voltada, primeiramente, à intenção tal qual exteriorizada (por palavras ou por comportamentos), buscando-se um sentido conotado à manifestação socialmente apreensível”.²

Para a interpretação, portanto, o direito brasileiro não “permite que se dê ao ato jurídico outro conteúdo que aquele que ele tem, tal como foi manifestada a vontade”. Por essa razão, diz-se, com propriedade, que, na interpretação, “a descida, em profundidade, é dentro das raias do manifestado”.³

É exatamente nesse sentido que Antônio Menezes Cordeiro reconhece, em lição igualmente aplicável ao direito brasileiro, que “a grande maioria dos negócios é interpretada simplesmente através da leitura atenta do seu texto”, razão pela qual “apenas a insuficiência ou a confusão da letra justificam que se prossiga numa análise aprofundada da interpretação negocial”.⁴

No caso concreto, os dados textuais constantes da cláusula de não concorrência pactuada entre X e Y revelam, com clareza, o sentido da declaração nelas consubstanciada, que foi estruturada a partir de uma regra geral e duas exceções, conforme se vê das Cláusulas 3.1 e 3.1.2.

A regra geral está prevista na Cláusula 3.1 e compreende o compromisso de Y (i) “a não operar e/ou participar e/ou investir e/ou fomentar, seja direta ou indiretamente”; (ii) “durante a vigência deste Acordo e pelo período de 2 (dois) anos após o seu término”; em (iii) “qualquer sociedade, parceria comercial, joint venture, empreendimento, estabelecimento comercial e/ou qualquer outra forma de negócio jurídico, que venha a competir com a X e/ou suas Afiliadas em atividades relacionadas ou similares às Atividades X ou que se utilize de Propriedade Intelectual compartilhada pela X e/ou suas Afiliadas”.

² MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 493.

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualização de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. III. p. 423-424.

⁴ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014. t. II. p. 718-720.

A exata compreensão da extensão da não concorrência pactuada é obtida pelo sentido textual conferido à expressão “Atividades X”. Tal é depurado por remissão interna ao texto contratual, no considerando (ii), que tem a seguinte redação:

(ii) A X detém expertise no universo de *omissis*, em especial (a) na formatação e administração de estabelecimentos comerciais destinados à oferta de *omissis* ao público em geral e/ou realização de eventos relacionados a *omissis* (“Espaços”); e (b) na administração, formação, criação e/ou fomento de plataformas ou grupos de influenciadores digitais com temática relacionada a *omissis* (“Influenciadores Digitais *omissis*” e, em conjunto com os Espaços, “Atividades X”).

Nos termos da regra geral inserta na Cláusula 3.1, portanto, as Partes acordaram que Y não poderia, sem violar o pactuado, atuar no ramo de *omissis* nem de influenciadores digitais *de omissis*, uma vez que essas duas atividades compõem o conceito contratual de Atividades X.

A obrigação de não concorrência foi adotada como geral no Acordo de Quotistas, mas poderia ser afastada em duas hipóteses excepcionais bastante precisas e que, segundo acordado na Cláusula 3.1.2, seriam definidas “a exclusivo critério da X”. Nomeadamente, ajustou-se como exceções admitidas: (i) a possibilidade de exploração de atividade similar às Atividades X, desde que em conjunto X; ou (ii) a contratação, pelo “Empreendimento Y”, de X como fornecedora exclusiva dos insumos e da propriedade intelectual para a atividade. O conceito de Empreendimento Y, empregado no texto, é definido contratualmente e remete a “um ou mais empreendimentos comerciais cuja atividade seja similar e/ou concorrente às Atividades X”.

A letra do pactuado confirma que a intenção das Partes era que, uma vez iniciada a parceria no âmbito da SPE, ambas estariam vinculadas uma à outra para exploração do *core business* de cada qual.⁵ Nesse sentido, as exceções foram pactuadas exatamente para que não houvesse concorrência, mas atuação em conjunto para a exploração de atividades relacionadas àquelas exercidas por X, por sociedade ou por prestação de serviços.

Em adição, nas Cláusulas 3.1.2.1 e 3.1.2.2, as Partes previram como se daria cada uma dessas possibilidades.

Se diante da primeira hipótese, isto é, de ser conferida a X a oportunidade de se associar a Y para exploração conjunta do Empreendimento Y, X não

⁵ Nesse sentido, chamo atenção para o fato de que a cláusula de não concorrência é bilateral e recíproca. Isso quer dizer que X tampouco poderia explorar a venda de produtos de vestuário em seus espaços senão em conjunto com Y, mais precisamente com Z. Cf. Cláusula 3.2 do Acordo de Quotistas (X-11).

manifestasse seu interesse em se associar à empreitada, Y poderia ser liberado da obrigação de não concorrência, conforme prevê a Cláusula 3.1.2.2:

3.1.2.2 Caso a X não manifeste interesse em participar do Empreendimento Y ou não tenha capacidade de atender a demanda necessária do Empreendimento Y, seja na hipótese da alínea (i) ou (ii) da Cláusula 3.1.2. acima, o Sócio Y poderá constituir e operar o Empreendimento Y sem caracterizar infração à obrigação de não concorrência definida na Cláusula 3.1 deste Acordo.

De modo semelhante, se X não quisesse ou não tivesse condições de desempenhar a função de fornecimento exclusivo de insumos e serviços necessários ao Empreendimento Y, também haveria a liberação de Y da obrigação de não concorrência, também nos termos da Cláusula 3.1.2.1:

3.1.2.1 Na hipótese da alínea (ii) da Cláusula 3.1.2. acima, a X deverá ofertar os insumos e Propriedade Intelectual necessários à constituição do Empreendimento Y a valores de mercado, sendo estes considerados aqueles (i) praticados pela X e/ou suas Afiliadas nos demais empreendimentos comerciais sob sua administração, somado ao valor de consultoria da X para operação do Empreendimento Y; ou (ii) negociados em comum acordo entre as partes. (Grifos nossos)

No que toca especificamente à prestação de serviços, foram acordados na Cláusula 3.1.2.1 os parâmetros a serem observados para a contratação de X como fornecedora. O primeiro deles é objetivo, tendo sido definido que os valores da contratação deveriam seguir “valores de mercado”, ou seja, valores “praticados pela X e/ou suas Afiliadas nos demais empreendimentos comerciais sob sua administração, somado ao valor de consultoria da X para operação do Empreendimento Y”. O segundo deles, alternativo, dependeria de negociação, uma vez que a prestação de serviços poderia seguir valores “negociados em comum acordo entre as partes”.

A literalidade do texto aponta para o fato de que tais condições não eram cumulativas, ou seja, se apresentado preço de mercado, não haveria obrigatoriedade de negociação sobre o preço. É dizer: ou X seria contratada com base nos valores por ela praticados nos demais empreendimentos comerciais ou não fossem observados os valores de mercado, com base em critérios a serem acordados pelas Partes em negociação.

No primeiro caso, isto é, apresentado valor de mercado por X, o espaço para negociação sobre a prestação de serviços estava limitado a outros aspectos que

não o preço. No segundo caso, ou seja, se X se afastasse do preço corrente, a negociação abrangeria também a discussão acordada sobre o preço do serviço.

Em qualquer caso, no entanto, observadas as limitações sobre o conteúdo a negociar, as Partes estavam adstritas a negociar seriamente e de boa-fé o conteúdo da contratação para prestação de serviços. Y, a quem o preenchimento da cláusula favorecia, deveria conferir a X a oportunidade real e efetiva de ser contratada para prestar os serviços, sob pena de tornar letra morta o conteúdo que se extrai da cláusula de não concorrência.

O conteúdo das exceções pactuadas reforça que a Cláusula 3.1 está mesmo centrada na obrigação de não concorrência assumida por Y, que é a regra. As exceções constantes da Cláusula 3.1.2, por serem hipóteses de desvio daquilo que foi programado para vigor como regra geral, devem ser interpretadas de forma restritiva.

Em suma, da análise do contratado conclui-se, sem maiores dificuldades, que (i) as Partes estipularam a obrigação de não concorrência como regra geral; (ii) a regra geral somente poderia ser afastada em duas hipóteses excepcionais bem delimitadas e, convém frisar, “a exclusivo critério da X”; e (iii) Y estaria liberado da obrigação de não concorrência, bem assim de observar as exceções constantes da Cláusula 3.1.2 apenas se demonstrado o desinteresse de X em associar-se ao Empreendimento Y ou se não quisesse ou não tivesse capacidade de prestar os serviços necessários à sua exploração, cuja contratação deveria seguir os parâmetros preestabelecidos.

Precisado o sentido da disposição contratual que está ao centro da controvérsia, cumpre agora analisar sua natureza jurídica, bem assim se a estipulação foi observada pelas Partes no caso concreto.

Segunda parte: as exceções ao *non-competere* e o direito de escolha de X

As duas exceções à não concorrência ajustadas na Cláusula 3.1.2 do Acordo de Quotistas foram pactuadas de forma alternativa, como o emprego da conjunção “ou” revela. O texto contratual ainda dispõe de forma expressa que a escolha entre uma das duas formas de exploração do empreendimento concorrente se daria “a exclusivo critério da X”.

A previsão remete ao conteúdo das obrigações alternativas, especialmente em razão da centralidade assumida pelo ato e pelo direito de escolha da prestação a ser cumprida. No caso em tela, X tinha a prerrogativa de escolher entre as opções contratadas e poderia exercer seu direito de escolha se e na medida em que Y a ela apresentasse o Empreendimento Y.

Obrigação alternativa e direito de escolha: pautas para seu preenchimento

Nas palavras de Pontes de Miranda, “se é a vontade do devedor, ou a do credor, ou a de terceiro, que escolhe qual a prestação que se há de fazer, diz-se alternativa a obrigação”.⁶ O elemento central de tais obrigações, como também das hipóteses de exceção contratadas no Acordo de Quotistas, repousa no direito de escolha do objeto de cumprimento, o ato de concentração.

No caso das obrigações alternativas, a escolha de qual das prestações será objeto do cumprimento cabe, de regra, ao devedor (art. 252 do Código Civil).⁷ O favor *debitoris* foi também acolhido na legislação no que toca às obrigações de dar coisa incerta (art. 244 do Código Civil).⁸ As regras são dispositivas, uma vez que a escolha pode ser conferida a pessoa diversa. No caso em mãos, as Partes desviaram do regime-regra, que opera em favor do devedor, uma vez que conferiram direito de escolha ao credor da obrigação de não concorrência. Tal desvio é significativo no contexto do pactuado.

Em primeiro lugar, ele reforça que a previsão contratual de exceções à não concorrência não conferiu a Y o direito de ditar a forma de exploração de qualquer empreendimento concorrente. Ao contrário, a depuração do conteúdo das exceções aponta, como já foi antes analisado, para um reforço da regra geral de não concorrência e, mais precisamente, para o fato que as Partes objetivavam vincular Y à X para exploração conjunta de *Espaços*.

Em segundo lugar, extrai-se do clausulado que, para que a X pudesse exercer sua escolha, era imprescindível que lhe fosse conferida a oportunidade de conhecer o Empreendimento Y. E, por conhecer, entende-se conhecer *in concreto* como Y pretendia explorar a atividade concorrente que, não fosse explorada em conjunto com X por parceria societária ou contratual, poderia concorrer legitimamente com suas atividades.

A necessidade de conhecimento é retirada do disposto na Cláusula 3.1.2.2, na qual se lê condicionantes à exploração societária ou comercial, ou seja, “caso a X não manifeste interesse em participar do Empreendimento Y ou não tenha capacidade de atender a demanda necessária do Empreendimento Y”. Aqui, as Partes dispuseram de forma implícita (mas inequívoca) que o ato de escolha de X

⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualização de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXII. p. 197.

⁷ “Art. 252. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou. [...]”.

⁸ “Art. 244. Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação; mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor”.

pressupunha que ela conhecesse tal empreendimento. Do contrário, como manifestar interesse em ser sócio de algo que não se conhece? Ou, como medir a capacidade para atendimento de uma demanda desconhecida?

Há uma miríade de formas pelas quais Y poderia pretender explorar empreendimento que fosse concorrente das Atividades X. Como o conceito de Empreendimento Y foi definido contratualmente em termos amplos e *in abstracto*, sua real aceção somente ganha vida *in concreto*. Caberia a Y, como a parte responsável por conceber o Empreendimento *in concreto*, compartilhar informações adequadas e precisas sobre ele com X para que, ofertada a escolha, ela pudesse ser exercida.

É também a Pontes de Miranda a quem se recorre, quando afirma que, no caso das obrigações alternativas, “é de mister que o titular conhecesse o seu direito de escolha”.⁹ É verdade que o tratadista se refere, nessa passagem, especificamente ao conhecimento sobre existir uma alternatividade. No caso em tela, entretanto, a questão é ainda anterior: para realizar a escolha que lhe cabia contratualmente, X deveria, antes, conhecer o objeto da escolha, ou seja, o que concretizava o Empreendimento Y.

Somente assim X teria possibilidade real e factível de escolher entre as alternativas contratadas, quais sejam, associar-se ou prestar serviços e fornecer insumos ao Empreendimento Y.

No que diz respeito à escolha por parceria societária (Cláusula 3.1.2, “i”), era imprescindível que X tivesse acesso a informações sobre aspectos essenciais relacionados à forma de exploração pretendida por Y. Sendo essa forma uma rede de franquias, como se tem presente hoje, X deveria conhecer ao menos informações sobre plano de negócios e de expansão. Em um exercício hipotético de raciocínio, se o Empreendimento Y fosse uma franqueadora com plano de expansão e abertura de 10, 100 ou 1.000 lojas ao longo dos primeiros anos de vida, essa informação, com razoável grau de certeza, teria impacto no critério de escolha a ser avaliado por X.

No que diz respeito à escolha por parceria comercial (Cláusula 3.1.2, “ii”) duas opções se colocavam. Se X tivesse acesso a informações sobre a estrutura geral da franquias como um todo, em termos próximos àqueles supradefinidos, poderia optar por propor prestação de serviços a ela também como um todo, ou bem, não houvesse tal informação, a escolha somente poderia se dar a cada abertura de nova loja franqueada, sendo a ela ofertada a possibilidade de optar pela prestação de serviços para cada loja específica. No caso de oferta loja a loja, deve-se aplicar,

⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualização de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXII. p. 209.

por analogia, a regra sobre escolha em obrigações alternativas periódicas que, nos termos do art. 252, §1º do Código Civil, renova-se a cada período.¹⁰

Também em exercício hipotético de raciocínio, conhecer os planos de crescimento e expansão do Empreendimento Y (se seriam 10, 100 ou 1.000 lojas ao longo dos primeiros anos de vida da franqueadora), com razoável grau de certeza, impactaria a análise interna para que X pudesse ofertar seus serviços à franquia como um todo. Em relação à oferta loja a loja, tal impacto é minorado pelo pedido específico de proposta a cada loja, o que permitiria a X analisar diante do caso concreto a possibilidade de prestação do serviço e realizar uma escolha autônoma para cada uma dessas operações específicas.

Esses exercícios hipotéticos são possíveis de serem feitos com base no cenário que se conhece hoje, em que os *Espaços U* são explorados no sistema de franquias por sociedade homônima. Fosse outra forma de exploração, o preenchimento do conteúdo do que venha a ser Empreendimento Y seria outro, o que reforça que seu conteúdo somente pode ser entendido *in concreto*.

Tal como narrado pelas Partes, os fatos não levam à conclusão de que tenham sido prestadas informações suficientes sobre o Empreendimento Y que permitissem a X conhecer os *Espaços U*, tal como explorados atualmente, ou para que X pudesse ter conhecimento real e efetivo do alcance do Empreendimento Y. E a ausência de informação se manteve, ao menos, até dezembro de 2021.

Segue-se daí que X não teve oportunidade de exercer seu direito de escolha entre uma das duas exceções previstas no Acordo de Quotistas.

Resta demonstrar o caminho percorrido até essa conclusão.

O comportamento das Partes em agosto de 2021: assimetria informacional e ausência de escolha

Constituída a SPE, entre maio e julho de 2021 foram realizados atos conjuntos de execução do projeto para implantação do *Espaço G* e o projeto *Espaços X-Z* foi expandido para abarcar três outros *Espaços* em lojas Z, nomeadamente nos *shopping centers* A, B e C ("*Espaços 2021*"), para cuja implantação haveria contribuição de X.

Segundo X, a angariação destas três lojas Z foi negociada exclusivamente por Y, em ofensa ao acordo entre as Partes. Para Y, as lojas foram angariadas no

¹⁰ "Art. 252. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou. [...] §2º Quando a obrigação for de prestações periódicas, a faculdade de opção poderá ser exercida em cada período".

contexto de expansão do projeto comum entre as Partes pelo sistema de franquia, razão pela qual não haveria necessidade de autorização da X para tal negociação.

A despeito de tais visões divergentes, é fato que as atividades para implantação do *Espaço G* e dos *Espaços 2021* começaram com participação ativa de X e Y, ainda enquanto sócios (materiais e formais) da SPE. É também fato que tudo isso se passou sem que houvesse uma sociedade franqueadora devidamente constituída entre as Partes.

Foi nesse contexto ainda informal que, em 3.8.2021, X enviou a Y uma lista de exigências para a continuidade da parceria em relação aos *Espaços 2021*. A missiva faz referência à “abertura das 3 franquias”, ou seja, refere-se aos *Espaços 2021*, já angariados.

As exigências apresentadas por X na oportunidade diziam respeito a aspectos relacionados à legalização da operação de franquias, como a necessidade de formalização de documentos necessários para instituir sistema de franquias nos termos da legislação, e questões relacionadas às estratégias comercial e financeira para abertura de novas lojas.

Vai sem dizer que o contrato de franquia é um contrato formal e típico, sujeito ao quanto disposto na legislação federal (Lei nº 13.966/2019). Dentre as várias exigências legais, destaca-se a apresentação prévia ao pretense franqueado da Circular de Oferta de Franquia (COF), *ex vi* art. 2º.¹¹

As informações a serem fornecidas na COF voltam-se à proteção do futuro franqueado, a quem devem ser apresentadas informações precisas sobre o modelo de negócios proposto. Não há, diferentemente do que defende Y, como se considerar que as partes atuavam como franqueadoras de fato,¹² pois essa qualificação esbarra na definição própria do que é um sistema de franquia.

Apresentadas à altura, as exigências de X nada mais eram do que preocupações atinentes à adequação ao quanto disposto na legislação de regência. Para além disso, o teor da lista de pontos a discutir evidencia que X desconhecia o *business plan* da pretensa franqueadora e que as Partes não haviam negociado ou não estavam de acordo sobre aspectos elementares da operação.

Sabe-se que, após tal missiva, não houve formalização de sociedade franqueadora entre as Partes. A despeito disso, é sabido que elas continuaram a manter contatos a propósito de aspectos relacionados à implantação dos *Espaços 2021* e que mantiveram bom relacionamento, inclusive mediante fornecimento de produtos

¹¹ Lei nº 13.966/2019: “Art. 2º Para a implantação da franquia, o franqueador deverá fornecer ao interessado Circular de Oferta de Franquia, escrita em língua portuguesa, de forma objetiva e acessível, contendo obrigatoriamente: [...]”.

¹² Na Resposta às Alegações Iniciais, Y afirma que as partes eram “na prática” sócias da “Franqueadora X-Z, ainda que ela não tenha saído do papel [...]”.

Z à X, enquanto discutiam o encerramento de aspectos financeiros vinculados à implantação e gestão do *Espaço G*.

Foi assim que, em 16.8.2021, Sr. M. (X) e a Dra. J. (advogada de Y) discutiram brevemente sobre os custos para implantação e para manutenção mensal de dois dos *Espaços 2021*. A limitação a dois *Espaços* é inferida do texto das mensagens, especialmente quando Sr. M. discrimina os valores propostos: “8k por Espaço. 16k para os dois”.¹³ Embora X tenha contribuído pontualmente para a implantação dos *Espaços 2021* após essa data, não há nenhum documento que indique que o fez como resultado dos termos propostos nesta troca de mensagens. Reforça a conclusão o fato de que nenhuma das Partes afirma ter havido acordo sobre o preço ou pagamento pela prestação de serviço.

A constatação é relevante porque, fundamentalmente, a tese defendida por Y nessa arbitragem é que X optou por seguir a parceria comercial por prestação de serviços e que não os conseguiu prestar de forma satisfatória. Com isso, Y entende-se liberado da observância da obrigação de não concorrência nos termos da exceção pactuada.

A alegação tem como único fundamento de prova uma troca de mensagens, datada de 1º.9.2021, em que Sr. J. (funcionário da área operações de X) enviou um áudio ao Sr. S. (funcionário de Y), informando que estava com a equipe empenhada em outro serviço naquele momento e não conseguiria atender a certa demanda de imediato.

Secundado no conteúdo das mensagens enviadas pelas partes, Y sustenta, em primeiro lugar, que “X desistiu e declinou da parceria societária e das sociedades franqueadoras originalmente arquitetadas pelas Partes” e, em segundo lugar, que “foi iniciada [...] uma nova relação entre as Partes, não sob aspecto societário, mas apenas contratual [...]”. Como se vê, sua tese gira em torno de ter havido uma escolha negativa à parceria societária prevista na Cláusula 3.1.2 (i) e uma escolha positiva à parceria comercial prevista na Cláusula 3.1.2 (ii) do Acordo de Quotistas. A escolha pela parceria comercial, por sua vez, teria levado ao implemento da condição prevista na Cláusula 3.1.2.2, dada a alegada inaptidão de X para prestar os serviços.

Entendo, contudo, que não houve tal escolha.

O comportamento de X naquele agosto de 2021 deve ser interpretado à luz do contexto por ela conhecido à época. E, embora em retrospectiva se saiba que, em 11.8.2021, Y já havia dado início à exploração dos *Espaços U*, inicialmente mediante registro de marca, e que possuía planos de expansão para além dos

¹³ Analisados em perspectiva, os dois *espaços* referidos pelo Sr. M são A e C, pois, ao tempo da conversa, o *Espaço G* e o B já haviam sido inaugurados.

Espaços 2021, não há nada que indique que esses fatos ocorreram com o conhecimento de X.

Ao contrário, o conteúdo das manifestações de X reforça que o contexto conhecido por ela era diverso do contexto conhecido (ou omitido) por Y a propósito do sentido real do Empreendimento Y.

Tal assimetria de informação há de ser solucionada, por evidente, em favor da parte declarante, ou seja, de X, a quem Y imputa o exercício de declaração de escolha entre as alternativas contratadas. Do contrário, estariam presentes os requisitos para configuração de *erro invalidante, ex vi* art. 138 CC,¹⁴ na medida em que Y tinha condições de conhecer o erro substancial em que incorria X se, por argumentar, o comportamento de X em agosto de 2021 pudesse ser visto como ato de escolha (não pode!).¹⁵

O desconhecimento de X sobre o real alcance do Empreendimento Y é inferido dos termos da missiva enviada no dia 3.8.2021, que continha as exigências de X para a discussão a propósito da instalação do sistema de franquia. De seu conteúdo, fica claro que: (i) o cenário existente à época estava limitado aos *Espaços 2021*, uma vez que a missiva faz referência a exigências para abertura “das 3 franquias” e (ii) àquela altura, não tinha havido compartilhamento e, portanto, acordo sobre plano de negócios da pretensa franqueadora, no que se incluem as informações básicas sobre plano de expansão e de desenvolvimento dos negócios enquanto rede de franquias.

Tais informações, essenciais à compreensão do que era e é o Empreendimento Y, não eram conhecidas por X enquanto se discutia uma possível sociedade com Y para exploração do sistema de franquia. É o que basta para confirmar ausência de informação precisa sobre a extensão do que configura, *in concreto*, o Empreendimento Y.

Esse desconhecimento impacta de forma direta a possibilidade de escolha pela parceria societária ajustada na Cláusula 3.1.2, “i” do Acordo de Quotistas. Não há como se negociar uma sociedade sem se terem presentes os requisitos mínimos à constituição de parceria entre sócios, até mesmo porque o acordo de sociedade não se limita ao consenso sobre os termos dos seus atos constitutivos.

O desconhecimento também impactou a possibilidade de escolha pela parceria comercial ajustada na Cláusula 3.1.2, “ii” do Acordo de Quotistas, pois impediu

¹⁴ “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

¹⁵ A escolha é ato jurídico e, por isso, pode ser anulada por vícios de vontade: “a escolha é um acto jurídico e portanto anulla-se pelos vícios ou defeitos que anulam todos os actos jurídicos em geral, dolo, violência, etc.” (FULGÊNCIO, Tito. Do direito das obrigações. In: LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1928. v. X. p. 148).

que X pudesse ofertar a prestação de serviços à franqueadora com um todo. No máximo, como se tratará a seguir, X poderia escolher prestar serviços às lojas cuja implantação era por ela conhecida e que, à época, limitava-se aos *Espaços 2021*.

Sem terem sido prestadas à X informações necessárias sobre o que seria de fato o Empreendimento Y, a ausência de contratação de sociedade franqueadora não pode ser vista como escolha negativa (ou seja, que X tenha escolhido não seguir com o Empreendimento Y em regime societário) nem uma escolha positiva (ou seja, que ela tenha escolhido seguir em parceria comercial com o Empreendimento Y como um todo). A conclusão a que se chega é, ao contrário, indicativa de que não houve escolha.

Com muito menos razão se pode considerar ter havido escolha definitiva e preclusiva, nos termos bastante amplos defendidos por Y.

No limite, o comportamento de X em agosto de 2021 pode ser lido como ato de escolha e de autorização limitado para que Y pudesse continuar explorando os *Espaços 2021*, para cuja implantação X estava disposta a continuar contribuindo e para a qual formulou proposta para prestação de serviço (cuja aceitação, no entanto, é incerta). Isso é reforçado pelo fato de que a exploração dos *Espaços 2021* nem mesmo é causa de pedir do pedido formulado nesta arbitragem, que se limita aos demais *Espaços* exploradas por U.

Ao tempo em que X realizou a proposta para prestação de serviços aos *Espaços 2021*, limitada em seus próprios termos a apenas duas das três lojas, ela se manifestou dentro dos limites que conhecia do Empreendimento Y. A interpretação do comportamento de X deve, por evidente, considerar o contexto em que manifestada sua vontade (ou, como ensina Antônio Menezes Cordeiro, o “horizonte do declaratório”).¹⁶

Retomando os critérios elencados a propósito do conteúdo da Cláusula 3.1.2, “ii”, ainda que se pudesse considerar que X escolheu prosseguir com a parceria comercial à altura, sua declaração de vontade somente produziu efeitos limitados às lojas referidas na proposta então apresentada. Isso não muda o fato de que a real extensão do Empreendimento Y não era por ela conhecida e, por evidente, não permite ampliar os termos da sua proposta, que eram limitados por seus próprios termos.

Aplicando-se, porque a única possível à altura, a escolha de atuar juntamente com o Empreendimento Y loja a loja, a escolha realizada por X renovar-se-ia cada vez que a abertura de novas lojas fosse a ela ofertada (*ex vi* art. 252, §1º do Código Civil).

¹⁶ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014. t. II. p. 717.

Mas Y pretende extrair dos comportamentos de X uma autorização ampla (amplíssima, na verdade) para exploração de qualquer atividade concorrente, e não apenas dos *Espaços 2021*, com efeito prático de o liberar do pacto de não concorrência. A interpretação dos fatos por ele defendida esbarra em limite interpretativo cogente, estabelecido no art. 114 CC,¹⁷ pelo qual o ato de renúncia, se existente, deve ser interpretado restritivamente.

Como narrados, os fatos não levam à conclusão de que houve renúncia abdicativa por X nem ao direito de escolha que lhe foi conferido contratualmente nem, com maior razão, ao direito de exigir o cumprimento da obrigação de não concorrência, senão, por argumentar, em relação aos *Espaços 2021*. Não é demais lembrar que, para que haja renúncia tácita – e não há espaço para sustentar uma renúncia expressa, à luz de todo o exposto – é necessário “juízo de fortíssima ou mesmo única probabilidade – a partir de determinado facto ou comportamento, tem forçosamente que se deduzir (pois não há outra possibilidade) a existência de uma vontade renunciativa”.¹⁸

O conteúdo do Empreendimento Y somente começa a ficar mais claro para X quando ela toma conhecimento de que o projeto *Espaços U* era muito mais amplo do que os *Espaços 2021* e que havia um plano de forte expansão, ilustrado pelo fato de que, hoje, conforme informação da Consulente, há 10 (dez) *Espaços* explorados sob esse rótulo. Esse cenário veio à tona com a notícias da inauguração de novas lojas e não por iniciativa informativa de Y que, também conforme a Consulente, até o momento não apresentou seu plano de negócios e de expansão de franquias U.

O comportamento das Partes ao final de 2021 e no começo de 2022

Ciente da abertura de novas lojas, X prontamente comunicou sua objeção e rememorou Y sobre o conteúdo da cláusula de não concorrência.

Foi assim que, em 20.12.2021, a X enviou correspondência eletrônica em que narra ter tomado conhecimento da abertura de mais um *Espaço* (nomeadamente, no Shopping M) e solicitou a observância do pacto de não concorrência.

As discussões entre as Partes ganham tom bastante diverso daquele até então existente. É na resposta de Y, enviada também por correspondência eletrônica

¹⁷ “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

¹⁸ PEREIRA COELHO, Francisco Manuel de Brito. *A renúncia abdicativa no Direito Civil* (algumas notas tendentes à definição do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 162.

em 25.1.2022 que, pela primeira vez nas comunicações entre as Partes, a existência da sociedade U e a intenção de Y em explorar as atividades como franqueadora “como um todo” aparece. *In verbis*:

a U, de maneira cordial e em nítida boa-fé, solicita que a X informe, com a maior brevidade possível, se já está preparada e pretende retomar a prestação de serviços e fornecimento de equipamentos para a Franqueadora como um todo, especialmente para as aberturas e manutenção das unidades franqueadas, de acordo com os preços já ofertados pelo CEO Presidente da X (Sr. M).

Note-se que, ainda que a intenção de explorar *Espaços* no sistema de franquia sob rótulo de *Espaço U* seja manifestada, X continua sem ter condições de mensurar o tamanho do empreendimento ao qual, por força do Acordo de Quotistas, poderia aderir em parceria societária ou comercial.

X mantinha, entretanto, interesse na observância da não concorrência e, além disso, possuía interesse na prestação de serviço. Em resposta ao questionamento, enviou, em 3.2.2022, uma proposta formal para prestação de serviços de implantação e manutenção de *Espaços*, acompanhada de nota fiscal eletrônica emitida para V para demonstrar que o custo proposto era compatível com aquele cobrado por X a terceiros, critério estabelecido na Cláusula 3.1.2.1 para a fixação do preço de prestação de serviços pela X ao Empreendimento Y.

O contexto da proposta agora enviada era substancialmente diverso daquele existente meses antes, mais precisamente em agosto de 2021, havido em um contexto de assimetria informacional sobre a extensão do Empreendimento Y e enquanto persistia um bom relacionamento entre as Partes. A proposta de janeiro de 2022 é formal, não se limita aos *Espaços 2021*, mas a *Espaços* em geral, e seguia o parâmetro objetivo de preço disposto na cláusula de não concorrência, pois os valores eram os praticados por X perante terceiros.

A prestação de serviços ofertada não foi aceita por Y que, em 10.2.2022, informou que os termos propostos por X divergiam daqueles antes propostos e rejeitou a aceitação da proposta. A remissão feita por Y em sua resposta é, com efeito, às discussões havidas pelas Partes em agosto de 2021, a respeito da finalização dos *Espaços 2021* e cuja limitação a apenas duas delas resulta de seus próprios termos.

Somente em janeiro de 2022, portanto, com o envio de proposta formal para prestação de serviços de implantação de *Espaços U* é que o comportamento de X pode ser lido como ato de escolha entre uma das exceções constantes da Cláusula 3.1.2, mais precisamente pela prestação de serviços aos *Espaços U* (e não

apenas a determinados *Espaços*) em parceria comercial. E, ainda assim, ressalve-se que X continuava não tendo acesso a informações importantes e necessárias sobre a extensão exata das franquias U, embora estivesse disposta a participar de novas lojas nos termos que então propôs.

A parceria comercial pelas Partes, entretanto, não foi iniciada, pois Y não aceitou a proposta apresentada nem negociou com a X.

Adotada com a premissa de que o preço ofertado era coerente com o praticado com a V, como informado pela Consulente, retomo o conteúdo da cláusula de não concorrência, depurado na primeira parte do texto, para afirmar que somente haveria espaço para negociação sobre o preço se o valor proposto se desviasse daquele praticado com terceiros.

Como antes anotado, o critério objetivo de adequação ao preço corrente praticado por X fora eleito pelas Partes como limitador do conteúdo da negociação para prestação de serviços. O que ocorreu *in casu* foi a simples negativa de contratação e ainda que se considerasse cabível a discussão do preço, de negociação séria e da boa-fé por parte de Y.

Tal postura reforça o não preenchimento das exceções pactuadas à cláusula de não concorrência, pois Y deixou de dar cumprimento ao mandamento extraído da Cláusula 3.1.2. em dois tempos. Em primeiro lugar, por ter rejeitado a conclusão de contrato de prestação de serviço em razão do preço proposto por X, quando não lhe cabia mais discutir o preço, pois proposto preço adequado àquele praticado por X a seus clientes (Cláusula 3.1.2.1, “i”); em segundo lugar porque, mesmo se pudesse ser superado tal óbice, ele se negou a negociar de boa-fé a contratação de X como fornecedora exclusiva de produtos e serviços (Cláusula 3.1.2.1, “ii”).

O não preenchimento das exceções não favorece Y, continua obrigado à regra geral de não concorrência, que restou e ainda resta violada por Y.

Terceira parte: o comportamento da X, *venire contra factum proprium* e *suppressio*

Por fim, resta analisar se estão presentes os requisitos para a aplicação de *venire contra factum proprium* e de *suppressio*, nos termos da consulta que me foi dirigida por X. Ambas as figuras foram invocadas por Y em defesa de sua posição na arbitragem.

Em relação ao *venire contra factum proprium*, Y alega que X agiu “se mostrando de acordo com (ou, no limite, tolerando) as atitudes de Y e, no outro, se colocando totalmente contra elas, apesar de ter ela mesma auxiliado o Requerido

no que hoje ela chama de concorrência (desleal)". A contradição alegada residiria, assim, entre a postura de X em um primeiro momento (notadamente, em agosto de 2021) e a sua postura a partir de dezembro de 2021, quando passa a exigir o cumprimento específico da obrigação de não concorrer.

Em relação à *suppressio*, Y alega que a sua ocorrência afastaria a possibilidade de X exigir o cumprimento do pactuado, ou seja, de exigir a aplicação do pacto de não concorrência contratado na Cláusula 3.1 do Acordo de Quotistas.

Ambas as figuras possuem pressupostos diferentes que, entretanto, convergem para a necessidade de que haja um comportamento contraditório.

Antes de analisar os requisitos específicos à configuração de cada uma delas e as consequências possíveis de sua aplicação, remete-se ao quanto desenvolvido nos itens precedentes e, mais especificamente, à interpretação dada ao comportamento da X em agosto de 2021. A conclusão a que se chega, com base nas considerações endereçadas acima, é que não há contradição entre as atuações de X no tempo, simplesmente porque X não conhecia e ainda não conhece a extensão real do Empreendimento Y.

A contradição poderia existir, e aqui o raciocínio é feito apenas por argumentar, se X pretendesse exigir o cumprimento da obrigação de não concorrência em relação aos *Espaços 2021*, cuja exploração era por ela conhecida quando da ocorrência dos fatos tidos por Y como *factum proprium*. Consoante já anotado, entretanto, a exploração de tais *Espaços 2021* não é causa de pedir desta arbitragem, que se limita à exploração dos demais *Espaços U*.

A ausência de contradição por si só leva à inaplicabilidade das figuras, cuja invocação não tem lugar no caso em tela. Mas, ainda que assim não fosse, não estão presentes outros requisitos para seu preenchimento.

A começar pelo *venire contra factum proprium*, a doutrina não hesita em vincular a contradição à noção de confiança. Nesse sentido, Antônio Menezes Cordeiro afirma que "a confiança permite um critério de decisão: um comportamento não pode ser contraditado quando ele seja de molde a suscitar a confiança das pessoas".¹⁹ Mais do que confiança, a doutrina é também assente em exigir a existência de um *investimento de confiança*.²⁰

A proteção se dá, portanto, desde que haja um comportamento contraditório que frustre a confiança que, vai sem dizer, deve ser legítima.

É pouco crível que, após ter mantido X em um contexto de assimetria informacional, após não ter permitido a ela que realizasse, de forma *consciente e*

¹⁹ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa fé no direito civil*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001. p. 756.

²⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa fé no direito civil*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001. p. 758 e, no Brasil, MARTINS-COSTA, Judith. *Da boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 679.

informada, a escolha que lhe cabia nos termos pactuados, Y possa invocar ser titular de uma posição de confiança legítima.

Não havendo confiança legítima a ser protegida, não há que se invocar *venire contra factum proprium*.

A confiança também está presente na *suppressio*, figura cuja centralidade reside na inatividade e, “como o nome indica, diz respeito ao longo período em que o titular de um direito, podendo exercê-lo, manteve-se inerte” como ensina Judith Martins-Costa, em excerto doutrinário trazido por Y em sua manifestação escrita. No mesmo sentido, ensina-se que “o tempo da *suppressio* é o período de gestação da confiança pela inércia do titular, confiança esta cuja violação tornará ilícito o extemporâneo ato de exercício”.²¹

É imprescindível, portanto, para que haja configuração de *suppressio*, que haja inércia qualificada, por *longo período* e que gere confiança ao destinatário da proteção de que aquele direito não será exercido.

A cronologia dos fatos impede o reconhecimento de que houve tal inércia qualificada por X por longo período. No limite, as Partes mantiveram em negociações para encerramento amigável da parceria em torno da SPE no mês de agosto de 2021 e, em dezembro de 2021, já houve formalização por parte da X de sua insurgência em relação à expansão do projeto *Espaços U*. O texto da comunicação eletrônica de 20.12.2021, no entanto, remete a conversas entre as Partes pretéritas e a existência de insurgência anterior por X. Tudo leva a crer que, tão logo os planos de expansão dos *Espaços U* se tornaram claros para a X, ela agiu para fazer cumprir o pactuado.

E, não fosse a ausência de confiança legítima e de longo período, não há tampouco a presença do requisito da inércia qualificada, a qual se liga à ciência daquele que se mantém inerte sobre a existência de pretensão. Enquanto X não tomou conhecimento da violação ao pacto de não concorrência – e, lembre-se, a implantação dos *Espaços 2021* não é considerada como violação ao pactuado –, não há de se falar em inércia de sua atuação.

De mais a mais, ainda que estivessem presentes os pressupostos, o resultado da aplicação da *suppressio* (e do *venire contra factum proprium*) não pode ser, como sugere Y, a alteração *tácita* do pactuado, tornando sem efeito a cláusula de não concorrência.

Em primeiro lugar, porque tal alteração por via de tais figuras parcelares da boa-fé esbarra no conteúdo do pactuado, mais precisamente na Cláusula 10.5 do Acordo de Quotistas, na qual se lê:

²¹ NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A suppressio (verwirkung) no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 44.

10.5. *Alterações e Renúncias.* Nenhuma falha ou atraso de qualquer Sócio em exercer qualquer direito aqui previsto será considerado renúncia ao mesmo, nem o exercício exclusivo ou parcial de qualquer direito impedirá o seu exercício futuro ou o exercício de qualquer outro direito. Qualquer aditivo, alteração ou renúncia de qualquer previsão do presente Acordo, bem como qualquer anuência requerida nos termos deste Acordo somente será válida (i) se for feita ou entregue por escrito e celebrada por todos os Sócios (exceto em casos de renúncias ou anuências que sejam celebrados mediante renúncia ou anuência da parte renunciante ou anuente); e (ii) no caso específico e para os fins específicos para os quais a renúncia ou anuência for feita ou entregue.

Em segundo lugar, porque as figuras não se prestam a extinguir direitos à minguada de previsão legal que assim autorize. Nesse sentido, o Enunciado nº 617 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil dispõe que “o abuso de direito impede a produção de efeitos do ato abusivo de exercício, na extensão a evitar sua manifesta contrariedade à boa-fé, aos bons costumes, à função econômica ou social do direito exercido” e, de sua justificativa, resta clara a intenção de limitar os efeitos do reconhecimento do abuso de direito.

Conclusões e resposta aos quesitos

À luz do exposto, eis as respostas aos quesitos que me foram endereçados:

(i) Qual o sentido das Cláusulas 3.1, 3.1.2 e 3.1.2.1 do Acordo de Quotistas e como deve ser a interpretação das regras contidas nas respectivas cláusulas?

Tais cláusulas dão conteúdo à obrigação de não concorrência constante do Acordo de Quotistas, a qual foi estruturada pelas Partes a partir de uma regra geral e duas exceções. A regra geral está prevista na Cláusula 3.1 e compreende o compromisso de Y de não explorar, a qualquer título, empreendimento concorrente às Atividades X pelo prazo ali definido. Atividades X, por sua vez, são um termo definido no Acordo de Quotistas e abrangem o ramo de *omissis* e de *influenciadores digitais omissis* (*ex vi*, considerando ii). A obrigação de não concorrência somente poderia ser afastada em duas hipóteses excepcionais bem precisas. Nomeadamente: (i) a exploração de atividade similar às Atividades X se desse em sociedade com a X (Cláusula 3.1.2 “i”); ou (ii) a contratação, pelo Empreendimento Y, de X como fornecedora exclusiva dos insumos e da propriedade intelectual para a atividade (Cláusula 3.1.2 “ii”).

A interpretação a ser dada às previsões é suficientemente obtida pela letra do pactuado e confirma que a intenção das Partes e a leitura por um terceiro razoável (*ex vi arts. 112 e 113, CC*) é de que, uma vez iniciada a parceria no âmbito da SPE, ambas estariam vinculadas uma à outra para exploração do *core business* de cada qual. Nesse sentido, as exceções foram pactuadas exatamente para que não houvesse concorrência, mas atuação em conjunto para a exploração de atividades relacionadas àquelas exercidas por X.

(ii) Qual a natureza jurídica da Cláusula 3.1.2 do Acordo de Quotistas, que estabelece exceções à obrigação de não concorrência de Y?

Na Cláusula 3.1.2 foram ajustadas as duas hipóteses que excepcionavam a regra geral de não concorrência e que, se preenchidas, poderiam liberar Y para concorrer com X. O clausulado contém espécie de obrigação alternativa e conferiu à X o direito de escolha sobre a prestação a ser cumprida. A qualificação como obrigação alternativa é relevante na medida em que o ato de escolha, como ato jurídico que é, pressupõe conhecimento sobre a alternatividade e sobre o conteúdo das opções sobre as quais se exercerá a escolha. Nesse sentido, X somente poderia exercer seu direito de escolha se tivesse presente, com razoável grau de conhecimento, o conteúdo do empreendimento concorrente que seria explorado por Y *in concreto*.

(iii) Quais os critérios que norteiam o preenchimento das exceções pactuadas na Cláusula 3.1.2 do Acordo de Quotistas? À luz dos fatos narrados, tais parâmetros foram observados?

Para que qualquer uma das exceções pactuadas na Cláusula 3.1.2 do Acordo de Quotistas fosse concretizada, era pressuposto que X conhecesse o objeto de escolha, ou seja, o que significava *in concreto* o empreendimento que concorreria com suas atividades. Como essa informação dependeria da forma de exploração pretendida por Y, o conteúdo do que deveria ser informado à X também variaria caso a caso. A seguir, listam-se os elementos que se consideram necessários para que X pudesse conhecer o empreendimento de franquias, tal como hoje se sabe que foi concebido.

No que diz respeito à escolha por parceria societária (Cláusula 3.1.2, “i”), X deveria ter acesso a informações sobre aspectos essenciais relacionados à forma de exploração pretendida por Y. Sendo essa forma uma rede de franquias, como se tem presente hoje, X deveria conhecer ao menos informações sobre plano de negócios e de expansão.

No que diz respeito à escolha por parceria comercial (Cláusula 3.1.2, “ii”) duas opções se colocavam: (a) se X tivesse acesso a informações sobre a

estrutura geral da franquia como um todo, em termos próximos àqueles supradefinidos, poderia optar por propor prestação de serviços a ela também como um todo, ou bem, (b) não houvesse tal informação, a escolha somente poderia ser dar a cada abertura de nova loja franqueada, sendo a ela ofertada a possibilidade de optar pela prestação de serviços para cada loja específica. No caso de oferta loja a loja, deve-se aplicar, por analogia, a regra sobre escolha em obrigações alternativas periódicas que, nos termos do art. 252, §1º do Código Civil, renova-se a cada período.

(iv) A quem competia a escolha entre as exceções pactuadas na Cláusula 3.1.2 do Acordo de Quotistas? À luz dos fatos narrados, a escolha foi realizada? Se sim, em que extensão?

As duas exceções à não concorrência ajustadas na Cláusula 3.1.2 do Acordo de Quotistas foram pactuadas de forma alternativa e a escolha entre uma das duas formas de exploração do empreendimento concorrente se daria “a exclusivo critério da X”. Em conformidade com o quanto explorado no texto do parecer, os comportamentos de X devem ser cindidos em dois momentos, para que se possa responder sobre a existência ou não de ato de escolha.

No que toca aos fatos que se passaram em agosto de 2021, o comportamento de X não pode ser interpretado como escolha, negativa ou positiva, por nenhuma das alternativas previstas na Cláusula 3.1.2 do Acordo de Quotistas. À altura, X desconhecia informações precisas sobre o que seria, de fato, o empreendimento concorrente e não poderia exercer seu direito de optar por se associar de forma societária ou comercial a algo que desconhecia. X sabia, entretanto, o interesse de Y de continuar a explorar os *Espaços 2021* e chegou mesmo a formular proposta limitada à prestação de serviços a duas delas. Daí vai que, no limite, as atuações de X à época podem ser lidas de forma restrita para abarcar uma escolha, parcial e não definitiva, em relação aos *Espaços 2021*, cuja existência era por ela conhecida. A questão é solucionada, portanto, no âmbito da escolha loja a loja, como explicitado na resposta do item anterior e que segue o regime das obrigações alternativas periódicas, não havendo vinculação nem definitividade das escolhas futuras em razão das escolhas pretéritas.

No que toca aos fatos que se passaram a partir de dezembro de 2021, o contexto de assimetria informacional antes existente é minorado. Ainda que Y não tenha prestado informações até o momento sobre a real extensão e projeto de expansão do seu empreendimento concorrente, a abertura de novos *Espaços* e seu ritmo de expansão passam a ser conhecidos. Foi nesse contexto mais amplo que X enviou, em janeiro de 2022, proposta formal para prestação de serviços aos *Espaços*, sem limitação a determinados *Espaços*. Nesse momento, pode-se

afirmar que X realizou escolha consciente nos termos que lhe foram conferidos contratualmente. A contratação não foi perfectibilizada por recusa de Y em aceitar o preço proposto, o que remete à resposta ao Quesito (vii), a seguir.

(v) Os comportamentos de X no contexto da tomada de providências para encerramento amigável da parceria entre as Partes, em agosto de 2021, podem ser interpretados como renúncia ao direito de exigir o cumprimento da obrigação de não concorrência?

Não. Como explorado no texto do parecer, os comportamentos de X em agosto de 2021 somente poderiam ser interpretados como ato de escolha para prestação de serviços delimitado a duas lojas dos *Espaços 2021*. Em se tratando de escolha por prestar serviços loja a loja, ela não excluiu o direito de escolha futuro. Não houve, portanto, renúncia. E, ainda que assim não fosse, a interpretação do ato de renúncia é sempre restritiva, nos termos do art. 114 CC. Tomado o contexto de assimetria informacional em que manifestada a vontade de X, eventual renúncia somente poderia produzir efeito em relação aos *Espaços 2021*, cuja existência era conhecida.

(vi) Qual o sentido e o conteúdo que se extrai da Cláusula 3.2.1.2 do Acordo de Quotistas? É correto afirmar que, à luz de referida previsão contratual, a apresentação de oferta por X para prestação de serviços a preço de mercado deveria ser aceita?

Na Cláusula 3.1.2.1 foram ajustados os parâmetros a serem observados para a contratação de X como fornecedora de produtos e serviços, caso X escolhesse a opção ajustada na Cláusula 3.2.1 “ii” do Acordo de Quotistas. O primeiro parâmetro é objetivo, e remete a “valores de mercado”, definidos como “praticados pela X e/ou suas Afiliadas nos demais empreendimentos comerciais sob sua administração, somado ao valor de consultoria da X para operação do Empreendimento Y”. O segundo deles é subjetivo, e dependeria de negociação, uma vez que a prestação de serviços poderia seguir valores “negociados em comum acordo entre as partes”. As condições não eram cumulativas, pois as Partes empregaram, novamente, a conjunção “ou”. Para extrair sentido do pactuado, tem-se que: ou X seria contratada com base nos valores por ela praticados nos demais empreendimentos comerciais ou, não fossem observados os valores de mercado, com base em critérios a serem acordados pelas Partes em negociação. No primeiro caso, isto é, apresentado valor de mercado por X, o espaço para negociação sobre a prestação de serviços estava limitado a outros aspectos que não o preço. No segundo caso, ou seja, se X se afastasse do preço corrente, a negociação abrangeria também a discussão acordada sobre o preço do serviço. Daí porque, em resposta

ao quesito, tomando como premissa a informação prestada por X de que a proposta então apresentada seguia valores de mercado, Y não poderia negar a sua aceitação em razão do preço.

(vii) Para o preenchimento da exceção ajustada nas Cláusulas 3.2.1, ii e 3.2.1.2 do Acordo de Quotistas, é correto dizer que Y estava obrigado a negociar com X? Se sim, essa negociação ocorreu? Em sendo negativa a resposta, qual o efeito que se extrai da ausência de negociação?

Sim. Uma vez escolhida a prestação de serviços ao empreendimento concorrente, Y estava obrigado a negociar de boa-fé a contratação de X, sob pena de tornar ineficaz a previsão contratual que conferiu a ela o direito de escolha. Os aspectos a serem negociados são limitados pelo conteúdo da Cláusula 3.2.1.2, tal como interpretada na resposta ao quesito anterior. Mais precisamente, houvesse proposta por X que observasse o valor de mercado, a negociação estaria limitada a outras questões e não poderia haver negativa de contratação em razão do preço. Os fatos como narrados indicam que Y negou a contratação em razão exclusivamente do preço proposto, a despeito de ter sido proposto preço de mercado e que ele não deu cumprimento à obrigação de negociar de forma séria e de boa-fé. No contexto em questão, o efeito prático da negativa de contratação para a prestação de serviço é a não liberação de Y, que se mantém obrigado a respeitar a cláusula de não concorrência.

(viii) À luz dos fatos discutidos, é possível afirmar que estão presentes os requisitos para aplicação das figuras de *venire contra factum proprium* e de *suppressio*?

Não. Ambas as figuras estão fundadas na existência de confiança legítima a ser protegida. Como se desenvolveu no texto do parecer, Y manteve X em um contexto de assimetria informacional, não havendo confiança legítima sua a ser protegida neste cenário. Ademais, com diferentes graus, as figuras pressupõem contradição entre duas atuações, o chamado comportamento contraditório da parte. Também à luz do exposto no texto, X não agiu de forma contraditória, uma vez que seus comportamentos devem ser interpretados à luz do contexto de informações que conhecia à época em que foram exteriorizados. Em relação específica à *suppressio*, não está presente o requisito temporal de longa inércia, o que se infere do curto espaço de tempo em que tudo se passou. Por fim, ainda que as figuras estivessem presentes, seu preenchimento não poderia levar à alteração do pactuado, nomeadamente, à desconsideração da cláusula de não concorrência.

Tal esbarraria no fato de que as figuras não se prestam a alterar direitos e no conteúdo da Cláusula 10.5 do Acordo de Quotistas, em que se estipulou limites formais a alterações e renúncias.

É o parecer.

São Paulo, 9 de dezembro de 2022.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

STEINER, Renata C. Cláusula de não concorrência: sentido, alcance e critérios de interpretação. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 3, p. 235-261, jul./set. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.03.010. Parecer.

Recebido em: 13.10.2024

Aprovado em: 13.10.2024