



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

87

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB N°

ACÓRDÃO



03856525

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0145366-56.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MIXMICRO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA e PRODUQUIMICA INDUSTRIA E COMERCIO S/A, são agravados FRANCISCO JOSÉ MARÇAL FIDALGO, CIPRIANO JOSÉ MARÇAL FIDALGO e MIXFERTIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS QUIMICOS LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO E, NA PARTE CONHECIDA, NEGARAM-LHE PROVIMENTO. V.U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ REYNALDO (Presidente) e ARALDO TELLES.

São Paulo, 4 de dezembro de 2012.

ROBERTO MAC CRACKEN
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

VOTO N° : 14010
AGR.V.N° : 0145366-56.2012.8.26.0000
COMARCA : SÃO PAULO
AGVTES. : PRODUQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A E OUTRA
AGVDO. : FRANCISCO JOSÉ MARÇAL FIDALGO E OUTROS.

MEDIDA CAUTELAR – DIREITO EMPRESARIAL – CLÁUSULA DE “NÃO CONCORRÊNCIA” – IMPOSIÇÃO AOS SIGNATÁRIOS DO CONTRATO – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL.

- Falta interesse de agir para impor obrigações já estabelecidas em contrato, mormente quando há previsão de multa penal significativa para seu descumprimento.

MEDIDA CAUTELAR – CLÁUSULA DE “NÃO CONCORRÊNCIA” – ELEMENTOS QUE DEMONSTRAM A AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PERTINENTES À CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA.

- A interdição “do exercício de atividade juridicamente lícita deve ser precedida de robusta prova da violação de direito, no caso, da concorrência desleal”.

- Pelos elementos constantes dos autos, não é possível aferir a existência de “fumus boni iuris” e “periculum in mora”, requisitos indispensáveis para deferimento da tutela de urgência.

- Recurso não provido, na parte conhecida.

Vistos.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento contra r. decisão copiada às fls. 218, proferida nos autos de “ação de medida cautelar inominada” promovida pelas partes agravantes contra os agravados, que indeferiu a liminar pretendida, nos seguintes termos: “*V. Indefiro a medida liminar porque os documentos trazidos com a inicial não*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

demonstram suficientemente a violação, pelos réus, da obrigação de não concorrência, não estando presente, pois, o fumus boni iuris. Citem-se os réus para contestarem, em 05 (cinco) dias, indicando-se provas, sob pena de se presumirem aceitos como verdadeiros os fatos alegados na inicial. Int.”.

Inconformadas, as agravantes, em suma, pugnam pela reforma da r. decisão copiada às fls. 218, sustentando que os agravados Francisco Marçal e Cipriano Marçal praticaram “Negócios Vedados”, em afronta à cláusula VIII do “Instrumento Particular de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças” firmado entre as partes, que prevê a “NÃO CONCORRÊNCIA” pelos agravados com as empresas Produquímica Indústria e Comércio S.A. e Mixmicro Indústria e Comércio Ltda, ora agravantes. Dizem que o ato de concorrência está consubstanciado na constituição da empresa Mixfértil Indústria e Comércio S.A., com mesmo objeto social de Produquímica e Mixmicro, bem como pela aquisição de ativos da Nutriplant Indústria e Comércio S.A., empresa concorrente das agravantes. Diz que a aquisição de ativos da Nutriplant pela Mixfértil foi amplamente divulgada pelos meios de comunicação. Dizem que a prática de “NEGÓCIOS VEDADOS” afronta os princípios contratuais de boa-fé e probidade, bem como de lealdade e concorrência leal.

Indeferida a antecipação da tutela recursal (fls. 226), foi determinado o processamento do agravo (fls. 232).

As informações foram devidamente prestadas pelo MM. Juízo recorrido, conforme fls. 238/239.

Em contrarrazões (fls. 242/264), preliminarmente, os agravantes alegam descumprimento contratual por parte das agravantes, que retiveram parte do valor convencionado para venda das cotas sociais. No mérito, expõem ser competente a justiça comum para decisão da controvérsia, bem como que a agravada Mixfértil não está em atividade. Requer o desprovimento do recurso.

Recurso bem processado e respondido.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

É o relatório.

Inicialmente, é necessário afirmar que as preliminares aventadas pelos recorridos estão relacionadas com questões meritórias, devendo ser apreciadas em conjunto.

Com relação à questão da competência da Justiça Comum, é de se ressaltar que, mesmo havendo cláusula compromissória, enquanto não instalado o Tribunal Arbitral, é possível o ajuizamento de ação cautelar a fim de garantir o resultado útil da arbitragem. Nesse sentido:

Ementa: Medida cautelar Juízo arbitral Inexistência de óbice a que a parte interessada utilize as vias judiciais quando a necessidade da providência cautelar surgir antes da instauração do procedimento arbitral - "Contrato de Venda de Reduções de Emissão Certificadas" que garante às partes o direito de se socorrerem das vias judiciais, "para conseguir a adoção de medidas provisórias que protejam os direitos estabelecidos anteriormente à instauração da arbitragem". Medida cautelar Juízo arbitral - Competência da jurisdição brasileira que é concorrente em casos de existência de cláusula de eleição de foro de jurisdição estrangeira - Art. 88, II, do CPC - Extinção sem resolução de mérito do processo cautelar, com amparo no art. 267, VII, do CPC, que não se legitima Sentença anulada Determinado o prosseguimento da ação cautelar até instalação do juízo arbitral - Apelo provido. Medida cautelar - Liminar Pleiteada liminar para que as instituições financeiras mencionadas na inicial, ainda que notificadas pela requerida, abstenham-se de efetuar qualquer desembolso de valor em seu favor, concernente aos contratos de fiança bancária, até o julgamento da ação cautelar Cabimento - Possibilidade de se reconhecer, em princípio, a presença do "fumus boni iuris" Atestado o "periculum in mora" Liminar deferida.

Apelação 0130332-32.2012.8.26.0100, Relator José Marcos Marrone, Comarca São Paulo, Órgão julgador 23ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento 17/10/2012, Data de registro 19/10/2012, Outros números 1303323220128260100.

Ementa: INTERESSE PROCESSUAL Modalidade adequação Ação cautelar de exibição, busca e apreensão de documentos Medida preparatória para futura instalação de procedimento arbitral Tribunal arbitral não instalado Possibilidade de ajuizamento da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

ação cautelar perante o Poder Judiciário Cláusula contratual e Regulamento do Tribunal Arbitral nesse sentido (art. 66). Fundado temor de ocultação dos documentos contábeis necessários à apuração dos haveres da sócia dissidente Interesse de agir reconhecido Apelação improvida Dispositivo: recurso improvido

Apelação 0008610-41.2011.8.26.0011, Relator(a) Ricardo Negrão, Comarca São Paulo, Órgão julgador 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data do julgamento 16/10/2012, Data de registro 17/10/2012, Outros números: 86104120118260011

A possibilidade de se utilizar de medidas cautelares para assegurar o resultado útil ao processo arbitral não impede, no entanto, que seja instaurado o Tribunal Arbitral para solucionar a controvérsia existente entre as partes.

No mérito, o recurso não comporta conhecimento em relação aos agravados Francisco Marçal e Cipriano Marçal.

Extrai-se da preambular recursal que os agravantes entendem que os agravados infringiram a cláusula de “NÃO CONCORRÊNCIA” estipulada no “INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE QUOTAS E OUTRAS AVENÇAS”, na Cláusula VIII.

Por essa razão, pleiteiam em sede recursal, que seja deferida liminar para: “i) determinar a obrigação de não fazer dos Agravados consistente na proibição de atuarem em Negócios Vedados, conforme definido no item 1.12, além do disposto na cláusula VIII do referido pacto contratual; ii) que a empresa Mixfértil (constituída por Francisco Marçal e Cipriano Marçal em 21.05.2012, sendo eles os únicos sócios e administradores, conforme se comprova pela Ficha Cadastral Completa da JUCESP) abstenha-se de praticar igualmente os Negócios Vedados; e, iii) suspender o negócio formalizado entre a Mixfértil e a Nutriplant no dia 25.06.2012, ainda não concluído definitivamente, a fim de obstar as violações contratuais de não-competição com Produquímica e Mixmicro e consequentes prejuízos que lhes serão causados”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

Consta dos autos o documento de fls. 138/169, referido instrumento contratual, cuja “Cláusula I. DEFINIÇÕES E INTERPRETAÇÃO”, possui o item 1.12, que tem a seguinte redação:

“Negócios Vedados” significa o desenvolvimento e consecução de atividades ou serviços ligados a elementos, derivados, ingredientes, matérias-primas, produtos intermediários, auxiliares ou acabados, atualmente usados ou comercializados nos setores de fertilizantes, de nutrientes para plantas e animais, de tratamento de água e de química não-orgânica, entre outros, conforme os objetos sociais da Produquímica e da Mixmicro, em vigor na data do Fechamento, constantes dos “Considerandos” deste contrato”.

Ainda, no mesmo documento, em sua “Cláusula VIII – NÃO CONCORRÊNCIA”, denotam-se os seguintes termos:

19. Não Concorrência. *A produquímica reconhece a importância das relações com o mercado desenvolvidas por Francisco e Cipriano e da geração de uma desvantagem competitiva relevante para a Produquímica caso Francisco e Cipriano venham a se envolver em quaisquer atividades relacionadas ao objeto social da Mixmicro e da Produquímica em negócios concorrentes.* Diante disso, Francisco e Cipriano concordam e obrigam-se, a partir da data de assinatura deste Contrato e por um período de 5 (cinco) anos (o “Período de Restrição”), a: (i) não competir ou concorrer, direta ou indiretamente, sob qualquer forma, com a Produquímica, a Mixmicro e suas respectivas Afiliadas e coligadas existentes nesta data em relação aos Negócios Vedados; (ii) não conduzir ou se envolver em atividades relacionadas aos Negócios Vedados, sob qualquer forma, direta ou indiretamente, seja como proprietário, sócio, empregado, agente, distribuidor, diretor, gerente, consultor, ou sob qualquer título, conforme aplicável; (iii) não estabelecer qualquer entidade envolvida nas atividades relacionadas com os Negócios Vedados ou qualquer outro negócio relacionado ou propor desempenhar as atividades relacionadas com os Negócios Vedados; (iv) não afiliar-se ou ligar-se, sob qualquer forma e a qualquer título, com qualquer entidade que desempenhe e/ou proponha-se a desempenhar as atividades relacionadas com os Negócios Vedados; (v) não estimular, intermediar, financiar, solicitar, desviar ou aceitar negócios correlato aos Negócios Vedados; e (vi) não interferir, a não ser mediante solicitação ou autorização prévia por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

escrito da Produquímica, com qualquer cliente, fornecedor, distribuidor ou vendedor de produtos ou serviços relacionados aos Negócios Vedados.

20. Exceção. Os Compradores declaram estar cientes que Francisco pretende constituir ou adquirir uma sociedade trading para atividades de importação e exportação de produtos agrícolas in natura, grãos e óleos vegetais, sendo que a participação de Francisco nessa sociedade não será considerada como concorrente para os fins desta Cláusula. Fica, no entanto, expressamente vedada, exceto por autorização explícita por escrito da a realização de qualquer atividade, por referida sociedade ou por Francisco, que envolva produtos ou serviços ligados a elementos, derivados (incluindo de zinco e cobre), ingredientes, matérias-primas, produtos intermediários, auxiliares ou acabados atualmente usados ou comercializados nos setores de fertilizantes ou ingredientes para plantas e animais, de tratamento de água e de química não-orgânica, entre outros, conforme os objetos sociais da Produquímica e da Mixmicro, em vigor na data do Fechamento constantes dos "Considerandos" deste Contrato.

(...)

22. Penalidade. Caso Francisoc ou Cipriano descumpram a obrigação de não concorrência prevista nesta Cláusula, a eles será imposta multa penal não compensatória de 1.000.000,00 (um milhão de Reais), acrescida do valor correspondente a 30% (trinta por cento) do faturamento decorrente da atividade concorrente por qualquer deles praticada, tendo em vista que tal porcentagem representa a margem bruta média histórica do setor em que são desenvolvidos os Negócios, a ser paga por eles à Compradora imediatamente após o descumprimento da obrigação, sem prejuízo da apuração de perdas e danos ocasionados em razão desse descumprimento e sem prejuízo de qualquer medida a ser tomada pela Compradora para imposição do descumprimento das obrigações de não fazer assumidas por Francisco e Cipriano nesta Cláusula.

De início, verifica-se que falta interesse de agir, em sua modalidade necessidade, ao recorrente quanto ao primeiro pedido, qual seja, de impor obrigação de não fazer aos agravados Francisco Marçal e Cipriano Marçal, vez que já consta tal obrigação da cláusula VIII, item 19, subitem "ii", do contrato que se firmou a compra e venda de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

quotas sociais da empresa Mixmicro. Dessa forma, a imposição dessa obrigação pela via judicial é desnecessária e inútil, implicando na falta de interesse processual, conforme se observa da lição do ilustre doutrinador Cássio Scarpinella Bueno, que segue transcrita:

O interesse de agir, neste sentido, representa a necessidade de requerer, ao Estado-juiz, a prestação da tutela jurisdicional com vistas à obtenção de uma posição de vantagem (a doutrina costuma se referir a esta vantagem como utilidade) que, de outro modo, não seria possível alcançar. O interesse de agir, portanto, toma como base o binômio "necessidade" e "utilidade". Necessidade da atuação jurisdicional em prol da obtenção de uma dada utilidade.¹

Dessa forma, havendo imposição contratual, é dispensável a atuação Estatal para compelir os agravados Francisco e Cipriano a se portarem de acordo com o que pleiteiam as agravantes em sede recursal, mormente quando há previsão de multa penal significativa para seu descumprimento (Cláusula VIII, item 22, do contrato de fls. 138/169, já citada).

Dessa forma, em relação aos agravados Francisco José Marçal Fidalgo e Cipriano José Marçal Fidalgo, o recurso não merece ser conhecido por inexistir interesse de agir recursal.

Em relação à Mixfértil, embora o recurso comporte conhecimento, o pleito recursal não pode ser provido.

Como se observa da Cláusula VIII, item 19, já transcrita acima, do citado contrato objeto da controvérsia das partes, a justificativa para imposição de “NÃO CONCORRÊNCIA” é justamente impedir a concorrência desleal entre as partes.

A despeito da suposta alegação de violação à Cláusula “Negócios Vedados” e “Não Concorrência”, é necessário ter em mente que a interdição “do exercício de atividade juridicamente lícita deve ser precedida de robusta prova da violação de direito, no caso, da

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 409.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

concorrência desleal" (Agravo de Instrumento 0075236-41.2012.8.26.0000, Relator(a): José Reynaldo, Comarca: Santo André, Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data do julgamento: 19/06/2012, Data de registro: 19/06/2012, Outros números: 752364120128260000).

Pelo que se extrai dos documentos juntados pelas agravantes (fls. 138/169), as referidas cláusulas estão com prazo de vigência próxima de seu encerramento.

Consta, ainda, dos documentos que encartam as contrarrazões (fls. 2107/2110), que a sociedade constituída pelos agravados Francisco Marçal e Cipriano Marçal, Mixfértil Indústria e Comércio S/A, não está em funcionamento desde sua abertura.

Ademais, tenha-se que a aquisição de ativos pela Mixfértil não implica associação com a "concorrente" das agravantes, empresa Nutriplant, tratando-se de trespasso do estabelecimento filial, ou seja, aquisição do conjunto de bens destinados ao exercício da empresa. Situação diversa ocorreria com a cessão parcial de quotas da referida empresa, pois, possivelmente, os agravados Francisco e Cipriano teriam alguma interferência na Nutriplant.

É isso que ensina Fábio Ulhôa Coelho, conforme se observa do trecho:

O estabelecimento empresarial pode ser vendido pelo empresário que o titulariza. O contrato de compra e venda de estabelecimento denomina-se trespasso, e é muitas vezes proposto, no meio empresarial, por meio das expressões "passa-se o ponto". O trespasso não se confunde com a cessão de quotas sociais de sociedade limitada ou a alienação de controle de sociedade anônima. São institutos jurídicos bastante distintos, embora com efeitos econômicos idênticos, na medida em que são meios de transferência da empresa. No trespasso, o estabelecimento empresarial deixa de integrar o patrimônio de um empresário (o alienante) e passa para o de outro (o adquirente). O objeto da venda é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos, envolvidos com a exploração de uma atividade empresarial. Já na cessão de quotas sociais de sociedade limitada ou na alienação de controle de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

sociedade anônima, o estabelecimento empresarial não muda de titular. Tanto antes como após a transação, ele pertence e continua a pertencer à sociedade empresária. Essa, contudo, tem a sua composição de sócios alterada. Na cessão de quotas ou alienação de controle, o objeto da venda é a participação societária. As repercussões da distinção jurídica são significativas, em especial no que diz respeito à sucessão empresarial, que pode ou não existir no trespasse, mas não existe na transferência de participação societária.

Dessa forma, num juízo de cognição sumária, como o de agravo de instrumento, não é possível aferir se os atos praticados pelos agravados importam em ofensa ao óbice da “NÃO CONCORRÊNCIA”, cláusula contratual estabelecida entre as partes, ou se constituem apenas atos preparatórios tendentes ao encerramento da vigência da referida cláusula contratual, conforme bem traçou, na decisão de fls. 226, o Eminente Desembargador, Dr. José Araldo da Costa Telles. Portanto, não se afere, aqui, o “fumus boni iuris”.

Não sendo possível, neste momento, aferir a afronta contratual, não se revela pertinente a existência do “periculum in mora”, ou seja, perigo de que a tutela ineficaz quando da solução da controvérsia.

Assim, ausentes o “fumus boni iuris” e o “periculum in mora”, requisitos indispensáveis para concessão das tutelas de urgência cautelares, merecendo ser mantida a r. decisão interlocutória colacionada às fls. 218.

Ante o exposto, deixa-se de conhecer o recurso em relação aos agravados Francisco José Marçal Fidalgo e Cipriano José Marçal Fidalgo e, na parte conhecida, nega-se provimento ao recurso.

Roberto Mac Cracken

Relator