

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ALICE NUNES SOBRAL

ESPECIALISTA EM DIREITO DO TRABALHO

**CLÁUSULAS ESPECIAIS NO CONTRATO DE TRABALHO:
A NÃO CONCORRÊNCIA E SEUS REFLEXOS PÓS-CONTRATO**

**Aracaju
2018**

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ALICE NUNES SOBRAL

**CLÁUSULAS ESPECIAIS NO CONTRATO DE TRABALHO:
A NÃO CONCORRÊNCIA E SEUS REFLEXOS PÓS-CONTRATO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho da Pontifca Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho, sob a orientação da professora Cristina Paranhos Olmos.

**Aracaju
2018**

ALICE NUNES SOBRAL

**CLÁUSULAS ESPECIAIS NO CONTRATO DE TRABALHO:
A NÃO CONCORRÊNCIA E SEUS REFLEXOS PÓS-CONTRATO**

Monografia apresentada a Banca Examinadora do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como um dos pré-requisitos para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

ORIENTADORA: PROF^a CRISTINA PARANHOS OLMOS

PROF.

PROF.

RESUMO

O presente trabalho tem como enfoque o estudo das características da cláusula de não concorrência, respeitando-se sempre os requisitos exigidos para que a cláusula não seja invalidada. Apesar de diversos países já tratarem da inserção da cláusula de não concorrência, no Brasil não existe nenhuma norma que regule expressamente a aplicabilidade desta cláusula, devendo-se utilizar o direito comparado para tal aplicação. O intuito do trabalho é demonstrar a necessidade e possibilidade de se pactuar a cláusula de não concorrência nos contratos de trabalho de empregados que possuam contato com informações e segredos empresariais, ou seja, a devida proteção do *know how* da empresa. Não há que se falar em invalidade da cláusula por afronta aos princípios constitucionais da liberdade de trabalho e da livre concorrência, visto que não são direitos absolutos, podendo haver a restrição ao trabalho, desde que respeitado o mínimo essencial e respeitados os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação.

Palavras-Chave: cláusula de não concorrência, liberdade de trabalho, livre concorrência.

ABSTRACT

The present work focuses on the study of the characteristics of the non-competition clause, always respecting the requirements required for the clause not to be invalidated. Although several countries already deal with the insertion of the non-competition clause, in Brazil there is no rule expressly regulating the applicability of this clause, and the comparative law for such application should be used. The purpose of the work is to demonstrate the need and possibility of agreeing the non-competition clause in the employment contracts of employees who have contact with information and business secrets, that is, the proper protection of the company's know-how. It is not necessary to speak of invalidity of the clause because of the constitutional principles of freedom of work and free competition, since they are not absolute rights, and there may be a restriction on work, provided that the essential minimum is respected and the principles of proportionality are respected, necessity and adequacy.

Keywords: non-competition clause, freedom of labor, free competition.

SUMÁRIO

I INTRODUÇÃO	07
2 CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO	09
2.1 Conceito	09
2.2 Características	10
2.3 Sujeitos do Contrato de Trabalho	11
2.3.1 Empregado.....	11
2.3.2 Empregador.....	12
2.4 Modalidades de Contrato de Trabalho	30
2.4.1 Quanto à sua forma.....	14
2.4.2 Quanto ao prazo.....	15
2.4.2.1 Contrato por tempo indeterminado.....	15
2.4.2.2 Contrato por tempo determinado.....	16
2.5 Tipos de Nulidades Contratuais	17
2.6 Alteração das Cláusulas Contratuais	20
2.6.1 Classificação das Alterações de Cláusulas Contratuais.....	22
2.6.2 <i>Lus Variandi</i> e <i>Lus Resistentiae</i>	25
3 CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E SEUS REFLEXOS PÓS-CONTRATO.	27
3.1 Conceito	27
3.2 Breve Histórico	28
3.3 Liberdade ao Trabalho	29
3.4 Princípio da Proporcionalidade.	30
3.5 Objeto de Proteção	33
3.6 Fundamentos	34
3.7 Direito Estrangeiro	35
3.8 Figuras Complementares e Similares à Cláusula de não Concorrência.	37
3.8.1 Concorrência desleal.....	37
3.8.2 Cláusula de confidencialidade.....	38
3.8.3 Cláusula de permanência.....	40

3.8.4 Cláusula de não solicitação.....	41
3.9 Sujeitos	42
3.10 Aspectos Formais	43
3.11 Requisitos	45
3.11.1 Período de tempo.....	46
3.11.2 Área de atuação.....	47
3.11.3 Área geográfica.....	48
3.11.4 Compensação.....	48
3.12 Extinção e Descumprimento	49
5 CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O tema em análise visa evidenciar a viabilidade de inserção da cláusula de não concorrência nos contratos de trabalho de empregados que possuam informações sigilosas da empresa, bem como, a necessidade de proteger a empresa da concorrência, devendo ser obedecido os limites impostos.

A cláusula de não concorrência é uma obrigação de não fazer, em que o empregado se compromete em não praticar atos de concorrência com o empregador e a não prestar serviços ao concorrente de seu ex-empregador, mediante uma compensação pelo período de vigência da cláusula, por tempo determinado, restringindo a atividade que não deve ser desempenhada e a sua área geográfica.

Foi escolhido este tema, pois cada vez mais as empresas investem nos bens imateriais que compõem os segredos do negócio, ou seja, o *know how* da atividade empresarial, sendo a riqueza da empresa não apenas os bens materiais.

Esses bens imateriais não podem ser escondidos do empregado, uma vez que, comumente, é dado a ele o processo de conhecimento das atividades estratégicas da empresa. Com isso, é estabelecida a cláusula de não concorrência, com o intuito de que o empregado que detenha conhecimento de planos secretos comerciais e da indústria, estratégias de negócios, métodos de fabricação, etc., conservem essas informações longe da concorrência e não utilize contra seu ex-empregador.

Em contrapartida, ao instituir a cláusula de não concorrência o empregado ficará limitado no seu direito de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Tais direitos estão assegurados na Constituição Federal, ocorrendo um embate. Ressalta-se que, a CF prevê limitações à liberdade de trabalho, devendo ser estudado os limites dessas restrições ao livre exercício do trabalho e até que ponto as partes têm autonomia para negociar a cláusula.

No primeiro tópico faz-se alusão ao contrato de trabalho, suas características e conceito, que está previsto no art. 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas, explicitando as críticas doutrinárias acerca do tema. Posteriormente, analisa-se as nulidades contratuais, podendo ocorrer a invalidação do ato, que poderá ser invalidado ou não.

No segundo tópico será abordada a cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho, que não se encontra prevista expressamente na CLT, entretanto, detém amparo constitucional, e, em seguida, será estudada a liberdade de trabalho e as suas restrições.

No que tange à metodologia foi utilizado o método dedutivo. O método de abordagem quanto aos objetivos será o qualitativo, pois neste método utilizam-se os fatos, descrições e interpretações quanto ao conteúdo estudado.

A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, tendo como marco as obras do doutrinador Célio Oliveira Neto (2015), Sérgio Pinto Martins (2017), Alice Monteiro de Barros (2016), Maurício Godinho Delgado (2014), dentre outros. Além disso, foi tido como base jurisprudências.

2 CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

2.1 Conceito

Na legislação encontra-se tanto a expressão contrato de trabalho quanto relação de emprego. Entretanto o termo que se utiliza para pacto elaborado entre empregado e empregador é contrato de emprego ou relação de emprego.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu artigo 442, traz o conceito de contrato de trabalho, que é bastante discutido e criticado pela doutrina, no qual diz que: “contrato individual do trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Segundo Sérgio Pinto (2017, p.252) esta definição apenas gera dúvidas e não explica nada, tornando-se assim, “um círculo vicioso”.

A relação de trabalho é gênero, sendo mais abrangente. Já a relação de emprego é espécie, que se caracteriza pela subordinação do empregado. Portanto, pode-se afirmar que o contrato de trabalho é gênero, no qual se inclui o contrato de emprego, sendo aquela a denominação mais utilizada pelos operadores do direito.

A doutrinadora Carla Teresa Martins Romar define o contrato de trabalho como:

O acordo de vontades, manifestado de forma expressa (verbalmente ou por escrito) ou de forma tácita, por meio do qual uma pessoa física (empregado) se compromete a prestar pessoalmente e de forma subordinada serviços contínuos a outra pessoa física, pessoa jurídica ou a um ente sem personalidade jurídica (empregador), mediante remuneração (ROMAR, 2017, p. 252).

Na definição de Delgado (2014, p. 251) acerca do contrato de trabalho, “é o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou entre despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços”.

Amauri Mascaro Nascimento (2016, p.906) define contrato de emprego como “a relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto o trabalho pessoal, subordinado, continuado e assalariado”.

2.2 Características

As características são atributos e qualidades. Nas palavras de Delgado (2014, p. 523), a caracterização “é o procedimento intelectual através do qual se desvelam os elementos integradores desse fenômeno e que instituem as marcas mais proeminentes de sua estrutura e dinâmica operacional”.

Estes elementos do contrato de trabalho são a bilateralidade, sinalagmático, consensual, oneroso, comutativo, de trato sucessivo e *intuito personae*. Diz-se bilateral, pois é um pacto celebrado consensualmente entre duas pessoas, empregado e empregador, não envolvendo nesta relação um terceiro.

Sérgio Pinto Martins (2017, p. 178) fala que “a um dever do empregado corresponde um dever do empregador. O dever de prestar o trabalho corresponde ao dever do empregador de pagar salário, que se constitui um direito do empregado, daí sua comutatividade e bilateralidade”. O contrato de trabalho é sinalagmático, pois resultam em obrigações contrapostas, contrárias. Sérgio Pinto fala que “as partes se obrigam entre si, com a satisfação de prestações recíprocas em relação ao outro” (Idem, p. 178).

Deve-se levar em conta o conjunto das prestações, o conjunto contratual. Neste sentido, Delgado (2014, p. 525) fala que “no âmbito empregatício, ele seria aferido tomando-se o conjunto do contrato e não apenas o contraponto de suas obrigações específicas”.

No que diz respeito ao contrato celebrado “*intuito personae*”, esta especificidade atinge apenas uma parte contratual, o empregado. Em relação ao empregador há a impessoalidade no contrato de trabalho, não necessita a pessoa do contratante.

Delgado (2014, p. 526) fala que “a característica da infungibilidade obreira supõe a presença de uma fidúcia especial em relação ao empregado: a prestação laboral contratada é subjetivamente infungível, não podendo ser cumprida por outrem que desonere o empregado contratado”.

Outra singularidade do contrato de trabalho é o trato sucessivo, uma vez que não se exaure numa única prestação, não é instantâneo, as prestações que o envolvem se sucedem no tempo. Há a continuidade na prestação dos serviços.

O contrato de trabalho é oneroso, necessitando que o serviço prestado pelo empregado seja remunerado, não podendo ser gratuito. Nas palavras de Delgado

(2014, p. 526), o contrato de trabalho “tem essa qualidade em que cada parte contribui com uma ou mais obrigações economicamente mensuráveis. A onerosidade consiste na previsão de perdas e vantagens econômicas para ambas as partes no âmbito do contrato”.

2.3 Sujeitos do Contrato de Trabalho

2.3.1 Empregado

O conceito de empregado está explícito no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, o qual diz que considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Para Amauri Mascaro Nascimento (2016, p. 667), “empregado é a pessoa física que com pessoalidade e ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não eventual para outrem, de quem recebe salário”.

Dito isto, existem alguns requisitos cumulativos que devem ser preenchidos para ser caracterizada a pessoa do empregado, que são a pessoalidade, pessoa física, não eventualidade, onerosidade e, principalmente, a subordinação.

A pessoalidade diz respeito à pessoa que prestará os serviços, que deve ser certa e determinada, não podendo ser pessoa jurídica nem animal. O empregado não pode, a seu critério, substituir-se por outra pessoa, visto que o vínculo se formaria com a pessoa que o substituiu.

Diante disto, Sérgio Pinto (2017, p.234) afirma que “o contrato de trabalho é feito com certa pessoa, daí se dizer que é *intuitu personae*. O empregador conta com certa pessoa específica para lhe prestar serviços”.

O labor deve ser oferecido com continuidade, existe uma habitualidade na prestação dos serviços, que pode ser prestada diariamente ou de alguma outra forma, desde que fique caracterizada a natureza contínua. Existe um trato sucessivo entre as partes, que se prolonga no tempo. A continuidade é da prestação dos serviços.

Conforme explica o doutrinador Amauri Mascaro Nascimento (2016, p.671), “onerosidade é um encargo bilateral próprio da relação de emprego”. Por isso há vantagens recíprocas, onde há uma contraprestação, em que o empregado recebe

salário por prestar serviços ao empregador. Portanto existe a pretensão de recebimento e o ônus do pagamento.

O termo utilizado pela CLT foi dependência, entretanto este termo não está bem empregado, uma vez que o filho é dependente de seu pai, o que não significa dizer que ele é subordinado, portanto utiliza-se a palavra subordinação, que significa obedecer ordens de outra pessoa.

Neste sentido, Martins (2017, p.227) afirma:

Subordinação é a obrigação que o empregado tem de cumprir as ordens determinadas pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho. É o Estado jurídico que se encontra o empregado em relação ao empregador. É o objeto do contrato de trabalho. Subordinação é submissão do empregado ao poder de direção do empregador.

A subordinação é um requisito fundamental para comprovação do vínculo empregatício entre empregado e empregador. Prevalece entre os doutrinadores que essa subordinação não é econômica nem técnica, ela é jurídica. O trabalhador cumpre ordens do empregador em decorrência do contrato de trabalho celebrado, para que por fim possa reivindicar sua contraprestação.

2.3.2 Empregador

O artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas considera empregador como “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Bem como, equiparou a empregador, em seu parágrafo primeiro, “para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins (2017, p.309), “a principal característica do empregador é assumir os riscos da atividade, ou seja, tanto os resultados positivos como os negativos”. Estes riscos da atividade econômica são assumidos integralmente pelo tomador, não podem ser transmitidos de forma alguma para o empregado.

O poder de direção também é uma importante característica do empregador e está intimamente ligado a subordinação jurídica do prestador, onde todo trabalho subordinado é um trabalho comandado.

Neste segmento, Vólia Bomfim Cassar (2017, p.999) afiança que

É o empregador aquele que investe seu capital no empreendimento, que escolhe os rumos do negócio, o momento para mudar o ramo e investir em novas ou antigas diretrizes da atividade, correndo todos os riscos dos desacertos ou dos lucros da vitória, também pode intervir na relação de emprego, pois tem o poder de comando que lhe faculta modificar algumas cláusulas contratuais nos limites da lei.

A maioria da doutrina aponta que este poder de direção se subdivide em poder de organização, poder de controle e poder disciplinar.

O poder de organização dá ao empregador o direito de determinar a sua estrutura jurídica, determinando o número de funcionários, os cargos e suas funções, locais e horários, sempre dentro dos limites estabelecidos pela lei.

Nas palavras do professor César Reinaldo Basile (2011, p. 37):

O poder de organização representa a vantagem de escolher o ramo de atividade econômica; delimitar o mercado consumidor; criar organograma estrutural; estabelecer linha hierárquica; implementar tecnologia; aplicar técnicas e, em geral, definir a forma como o trabalho deverá ser realizado, seja por meio de determinações diretas aos trabalhadores ou mediante comunicados, memorandos, regulamentos.

O poder de controle diz respeito à fiscalização da prestação dos serviços, como o horário de trabalho, o uso de equipamentos de proteção individual, de uniformes, monitoramento de e-mails corporativos e até mesmo realizar revistas, desde que feita de forma moderada, com o esvaziamento de bolsas diante de câmeras, não pode ser feita de forma abusiva e vexatória, sendo vedada a revista que viole a intimidade do empregado.

É caracterizado o poder disciplinar pela capacidade de aplicar sanções e penalidades ao trabalhador no caso de descumprimento a algumas regras preestabelecidas, como por exemplo, a perda de dias de férias por mais de seis dias de faltas injustificadas.

Ademais, afirma o jurista Martins (2017, p.339)

O poder disciplinar é um complemento do poder de direção, do poder de o empregador determinar ordens na empresa, que, se não cumpridas, podem gerar penalidades ao empregado, por estar sujeito a ordens de serviço, que

devem ser cumpridas, salvo de ilegais ou imorais. Logo, o empregador pode estabelecer penalidades a seus empregados.

O empregado pode ser advertido e chegar a ser até suspenso. É recomendado que o empregador primeiro realize verbalmente, no caso de reiteração do ato, deverá ser feita uma segunda advertência de forma escrita. Caso cometa outra falta o empregado poderá ser suspenso. Esta suspensão, segundo Sérgio Pinto, normalmente é de um a cinco dias.

Importante destacar que esta gradação não é obrigatória, é apenas uma recomendação feita pelos juristas. Caso o trabalhador cometa uma falta grave, o empregador poderá dispensá-lo diretamente, sem mesmo ter sido previamente advertido ou suspenso.

2.4 Modalidades de Contrato de Trabalho

2.4.1 Quanto à sua forma

No contrato de trabalho não se exige uma forma específica para ser realizado, pode ser feito de forma verbal, escrita ou tácita, conforme previsão expressa no artigo 443 da CLT.

Para Delgado (2014, p. 534) “não há qualquer instrumentalização específica obrigatória na celebração de um contrato empregatício. O contrato de trabalho é pacto não solene; e, portanto, contrato do tipo informal, consensual [...]”.

Vale ressaltar que por ter o contrato caráter meramente consensual, pode ser comprovado por qualquer meio probatório lícito existente. Entende-se que uma vez caracterizada a simples prestação do trabalho, presume-se que haja um trato entre as partes, mas é do empregador o ônus de comprovar sob qual título jurídico se deu essa prestação.

Há casos em que deve ser respeitada a formalidade exigida, são excepcionais e estão tipificados na CLT ou em lei, como por exemplo, os contratos de artista profissional ou atleta profissional. Entretanto, mesmo com a inobservância da forma prescrita em lei, os efeitos desta relação não são eliminados por completo.

O doutrinador Sérgio Pinto Martins (2017, p.189) afirma que “deve constar por escritos os contratos de trabalho quando o exigir uma disposição legal e, em todo caso, os celebrados para a formação, por tempo ou obra ou serviço determinado”.

Igualmente, afirma que há normas em que se exige que o contrato de trabalho seja feito na forma escrita, como por exemplo, o do atleta profissional de futebol, dos artistas, de aprendizagem e o contrato de trabalho temporário.

Nas palavras de Martins (2017, p. 190):

O ajuste das disposições contratuais pode ser tácito, mesmo que as partes não façam nenhum arranjo claro, inequívoco, nenhum entendimento direto e taxativo. O acordo tácito mostra que o contrato de trabalho pode ser decorrente dos fatos, sem que exista nenhum ajuste entre as partes. Com a continuidade da prestação de serviços, revela-se a vontade, a concordância na pactuação do contrato de trabalho.

O contrato de trabalho tácito caracteriza-se por uma série de atos coordenados, em que se verifica uma pactuação empregatícia entre as partes, sem que haja um instrumento que represente tal pactuação.

Neste sentido, Martins (2017, p.190) fala que

O ajuste das disposições contratuais pode ser tácito, mesmo que as partes não façam nenhum arranjo claro, inequívoco, nenhum entendimento direto e taxativo. O acordo tácito mostra que o contrato de trabalho pode ser decorrente dos fatos, sem que exista nenhum ajuste entre as partes. Com a continuidade da prestação de serviços, revela-se a vontade, a concordância na pactuação do contrato de trabalho.

O contrato de trabalho também pode ser na forma verbal, e ocorre quando os aspectos relativos ao contrato são estipulados via oral, apenas pela troca de palavras entre empregado e empregador. Trata-se de acordo de vontades e, por isso produzirá efeitos jurídicos, obrigando mutuamente as partes.

2.4.2 Quanto ao prazo

2.4.2.1 Contrato por tempo indeterminado

O contrato de trabalho por tempo indeterminado é aquele realizado sem definição prévia de sua duração. Este tipo de contrato é a regra, sendo o contrato por tempo determinado a exceção.

Amauri Mascaro Nascimento (2016, p.903) afirma que “duração indeterminada é quando o empregado foi admitido sem previsão do termo final do contrato, que vigera até que se desconstitua por meio de uma das suas formas normais de extinção”.

Neste sentido, Delgado (2014, p. 551) diz que “contratos indeterminados são aqueles cuja duração temporal não tenha prefixado termo extintivo, mantendo duração indefinida ao longo do tempo”. Com isto, Bezerra Leite (2018, p. 434) destaca dois elementos para que se caracterize o contrato por tempo indeterminado: subjetivo e objetivo.

O elemento *subjetivo* concerne à ausência de uma declaração de vontade das partes quanto à duração do contrato. O elemento *objetivo* repousa na necessidade de uma declaração de vontade por qualquer das partes, para que o contrato se extinga, isto é, inexistindo essa declaração, o contrato, em princípio, não termina”.

2.4.2.2 Contrato por tempo determinado

A realização do contrato por tempo determinado é a exceção e a CLT determina em quais hipóteses é possível a celebração deste contrato. Vale ressaltar que o contrato passa a ser por prazo indeterminado caso não seja cumprido o prazo preestabelecido.

O artigo 443, parágrafo primeiro, da CLT trouxe o conceito de contrato por tempo determinado: “Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”.

Este tipo de contrato pode ser firmado de forma verbal, de acordo com a CLT, todavia, Sérgio Pinto (2017, p.191) aduz que deveria ser feito por escrito, para evitar que ocorram fraudes na contratação.

O contrato de trabalho por prazo determinado, também conhecido como contrato a termo, apenas é admitido nas hipóteses previstas em lei. A CLT diz que só será válido o contrato por prazo determinado quando se tratar de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; de atividades empresariais de caráter transitório e de contrato de experiência.

Neste sentido, Bezerra Leite (2018, p. 435) assevera que:

O contrato de trabalho não é determinado apenas quando possui termo final certo. Também o será quando pactuado para realização de obra certa (ex.: empregado admitido para prestar serviços de construção de um prédio até o seu término) ou para durar até o advento de fato suscetível de previsão aproximada (ex.: empregado contratado para trabalhar no período de safra de café).

Tanto o serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo quanto o de atividades empresariais de caráter transitório terá estipulação máxima de dois anos, conforme regra do artigo 445 da CLT. No entanto, no caso de contrato de experiência, a duração máxima será de noventa dias.

A natureza está relacionada a um serviço especializado que não é habitualmente exigido no cotidiano do empreendimento, não tem relação com a atividade-fim da empresa. A transitoriedade diz respeito a um serviço sazonal, que é típico de uma atividade temporária para aquela determinada época, onde se tem período de tempo determinado, e está ligada à atividade-fim da empresa.

De acordo com o doutrinador César Basile (2012, p. 101), nas “atividades empresariais transitórias, a intenção de contratar limita-se ao exato período suficiente à conclusão da edificação ou da tarefa provisória necessária”.

Acerca do tema, Sérgio Pinto Martins (2017, p.192) ressalta que:

O serviço de natureza transitória é o que é breve, efêmero, temporário. Aqui está-se falando de serviço transitório e não de atividade empresarial de caráter transitório. Seria o caso de contratar um empregado temporariamente para atender a um breve aumento de produção em certo período do ano. A transitoriedade deverá ser observada em relação às atividades do empregador e não do empregado, de acordo com as necessidades de seu empreendimento. Serviços cuja natureza justifique a predeterminação de prazo são, a rigor, os serviços transitórios.

O serviço de natureza transitória tem relação com a empresa e não com o empregado, onde se criaria uma empresa para funcionar apenas naquela época do ano, que explore uma atividade diferente da explorada normalmente, como por exemplo, uma fábrica de fogos de artifício, fábrica de ovos de páscoa.

Deve-se enfatizar que a CLT, em seus artigos 445 e 451, define que o contrato de trabalho por tempo determinado pode ser prorrogado por uma única vez, respeitado o limite máximo de dois anos e, caso seja prorrogado por mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo.

Nestes contratos a extinção se dará na data previamente prevista. Contudo, caso o empregador, antes do tempo e sem justa causa despedir o empregado,

conforme dispõe o artigo 479 da CLT, o empregador ficará obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o término do contrato.

Em contrapartida, o empregado também não poderá se afastar sem justa causa antes do prazo estipulado, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que o causar.

2.5 Tipos de Nulidades Contratuais

Nas palavras de Delgado (2014, p. 538) “nulidade é a invalidação da existência e/ou dos efeitos jurídicos de um ato ou seu componente em virtude de se chocar com regra jurídica imperativa”.

Este tema nulidades no contrato de trabalho é muito controvertido na doutrina e jurisprudência trabalhistas, principalmente no que diz respeito aos seus efeitos.

Com a nulidade haverá a invalidação do ato ou do negócio jurídico, que não produzirá os efeitos pretendidos pelo agente, pois não se observou as condições necessárias para realização do ato ou negócio.

Conforme explica Bezerra Leite (2018, p. 398), “a nulidade do negócio jurídico consiste no reconhecimento da existência de um vício ou defeito que o impeça de ter existência legal ou de produzir efeitos”. Para Delgado (2014, p.539), no Direito do Trabalho é diferente do que prevalece no Direito Civil, e naquele vigora

Como regra geral, o critério da *irretroação da nulidade decretada*, a regra do efeito *ex nunc* da decretação judicial da nulidade percebida. Verificada a nulidade comprometedora do conjunto do contrato, este, apenas a partir de então, é que deverá ser suprimido do mundo sociojurídico; respeita-se, portanto, a situação fático-jurídica já vivenciada.

No Direito do Trabalho, o contrato nulo garantirá todos os efeitos jurídicos até o momento em que for determinada a nulidade, que, a partir de então, impossibilitará outras situações jurídicas, diante da anulação do contrato viciado.

A nulidade contratual pode ser classificada como absoluta e relativa; objetiva e subjetiva e, ainda, total e parcial.

Primeiro deve-se diferenciar a nulidade absoluta da relativa, em que Teresa Romar (2017, p. 276) afirma que a “nulidade é absoluta quando o contrato afronta normas de proteção ao trabalho que envolve interesse público e se sobrepõe aos

interesses meramente individuais. Já a nulidade relativa é aquela que afronta normas protetiva de interesses individuais do trabalhador”.

Isto é, o ato será absolutamente nulo quando houver afronta a norma de proteção que envolve interesse público, independentemente de prova do prejuízo. E a nulidade será relativa quando estiver relacionado à violação de norma protetiva de interesse meramente individual do trabalhador, em que a alteração contratual deverá acontecer por mútuo consentimento e sem resultar prejuízos ao empregado.

Para Bezerra Leite (2018, p. 399), presume-se que a nulidade absoluta do contrato de trabalho ocorre

Quando não observados alguns dos elementos essenciais que o compõem, como: a capacidade das partes, a idoneidade do seu objeto, forma prescrita ou não proibida em lei, fraude a normas laborais de ordem pública e quando a lei expressamente declare a nulidade do contrato ou que proíba sua prática.

A título de exemplos, Bezerra Leite (2018, p.399) assevera que é absolutamente nulo o contrato de trabalho do “empregado menor de dezesseis anos (salvo aprendiz); que tenha por objeto atividade proibida, ilegal ou ilícita; que não obedeça à forma prescrita em lei (exemplo do contrato escrito do atleta profissional)”.

No que tange o contrato de trabalho nulo, deve-se fazer algumas explicações, considerando a natureza da atividade do trabalhador e do empregador.

Nas atividades proibidas, mesmo sendo o contrato nulo, irá produzir seus efeitos, como nos casos de empregado menor de dezesseis anos e de mulher que demande força muscular superior ao limite imposto por lei. Nestas atividades a vedação existe exatamente para proteção da integridade física, moral ou psíquica do trabalhador.

Neste sentido, Carla Teresa Romar (2017, p. 278) aduz que

Ao menor de 14 anos, em qualquer situação, ao menor de 16 anos não aprendiz e ao menor de 18 anos quando o trabalho for noturno, insalubre ou perigoso, falta capacidade para celebrar contrato de trabalho, razão pela qual o trabalho é proibido. Nestes casos, o contrato de trabalho será nulo, sendo assegurados, porém, ao menor o recebimento de todos os direitos trabalhistas até o momento da decretação da nulidade, a partir do qual a permanência do contrato de trabalho fica inviabilizada (efeito *ex nunc*).

Portanto, neste caso, o negócio jurídico é considerado válido e são devidos aos empregados todos os créditos trabalhistas, a título de indenização. Uma vez que

o empregador já se apropriou do trabalho do empregado, sendo impossível o retorno do trabalhador ao estado anterior, pois a prestação do seu trabalho fora transferida ao empregador.

Importante frisar a passagem do livro de Cesar Basile (2011, p. 106), onde ele afirma que “ainda que nula a relação jurídica havida entre as partes, deve ela gerar o efeito de garantir todos os direitos trabalhistas ao prestador, uma vez impossível restituir a energia do trabalho despendido e devolvê-lo ao status quo ante”.

Em contrapartida, nas atividades ilícitas, que são aquelas que violam a moral e os bons costumes e, em geral, são considerados crimes ou contravenção penal, o contrato será nulo, mas diferentemente das atividades proibidas, o empregado não terá nenhum direito, visto que tem plena consciência da ilicitude praticada.

Oliveira Neto (2015, p. 118) esclarece que “o trabalho ilícito representa tipo penal ou concorre diretamente para a realização da conduta definida como crime. Não produz nenhum efeito, de modo que nem sequer o trabalhador possui direito aos salários ainda não pagos”.

Nesta perspectiva, Carla Teresa Romar (2017, p. 27) afirma que o “objeto do contrato de trabalho deve estar em consonância com a lei, com a ordem pública e os bons costumes. Sendo ilícito o objeto, o contrato de trabalho não gera efeitos”.

Por fim, Oliveira Neto (2015, p. 118) faz uma relevante distinção, onde aduz que o “trabalho ilícito retira do obreiro qualquer proteção trabalhista, ao passo que o trabalho proibido, em regra, assegura ao obreiro integral proteção trabalhista”.

A nulidade total, segundo Delgado (2014, p. 543) “é aquela nulidade que, pode resultar de defeito grave em elemento essencial do contrato, estende seus efeitos ao conjunto do pacto”.

Vale destacar que, são alguns elementos essenciais do contrato de trabalho a capacidade das partes, a forma regular ou não proibida, a licitude do objeto, e em havendo vícios nestes elementos acarretará a nulidade total do vínculo empregatício.

Já a nulidade parcial, Delgado (2014, p. 543) afirma que “é, em contrapartida, a nulidade que, por resultar de defeito em elemento não essencial do contrato ou em uma ou algumas de suas cláusulas integrantes, não tem o condão de macular o conjunto do pacto”.

Ocorrem, portanto, em casos menos graves, em que o vício atinge apenas cláusulas contratuais, e não seus elementos essenciais constitutivos. Tem o intuito

de correção apenas daquele defeito, conservando o conjunto do contrato, e sua correção terá efeito *ex tunc*.

Neste sentido, Godinho (2014, p. 543):

A anulação da cláusula defeituosa operará efeitos *ex tunc*, retroagindo à data do surgimento do vício (respeitada, obviamente, a prescrição, se for o caso). Noutras palavras, o preceito legal ou normativo que se pretendeu elidir com a cláusula nula incidirá, soberanamente, desde a data de sua efetiva afronta, agora anulada”.

2.6 Alteração das Cláusulas Contratuais

A regra é pela imodificabilidade ou inalterabilidade do contrato, em que o contrato de trabalho não pode ser modificado unilateralmente pelo empregador. Mas esta modificação poderá ocorrer nos moldes do artigo 468 da CLT, em que afirma ser lícita a alteração contratual quando houver o mútuo consentimento, e que ainda assim não advenham prejuízos ao empregado.

Disto isto, acrescenta-se a seguinte ementa, em que não sendo respeitados os limites de alteração da cláusula, esta restará nula:

CLÁUSULA DE NÃO- CONCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO UNILATERAL.
 Não obstante lícita a pactuação de cláusula de não-concorrência para período posterior ao término do pacto laboral, conforme artigos 8º e 444 da CLT, alteração desta cláusula de forma unilateral e prejudicial ao empregado, resulta nula, nos termos do artigo 468 da CLT. (TRT-1 - RO: 00114968720135010205 RJ, Relator: ANGELO GALVAO ZAMORANO, Terceira Turma, Data de Publicação: 26/09/2017)

No que diz respeito à imodificabilidade da cláusula, Sérgio Pinto Martins (2017, p.500) transcreve que:

O princípio da imodificabilidade do contrato de trabalho reflete uma forte intervenção do Estado na relação entre empregado e empregador, de modo a que o primeiro, por ser o polo mais fraco dessa relação, não venha a ser prejudicado com imposições feitas pelo segundo e decorrentes de seu poder de direção. Daí a necessidade da interferência do Estado, evitando que o empregador altere unilateralmente as regras do pacto laboral. Trata-se, portanto, de uma norma de ordem pública, que restringe a autonomia da vontade das partes contratantes.

Os contratos de trabalho são pactuados de forma a observar as diversas variáveis existentes. No momento da pactuação que dá início ao fornecimento dos

serviços são definidas as tarefas que vão ser executadas, como o local de realização, a sua duração e a devida contraprestação salarial.

Conforme expressa Luciano Martinez (2018, p. 611), essa pactuação:

É suscetível de alteração, na medida em que afete os interesses do empregado ou empregador. A alteração do contrato de emprego surge, então, como natural possibilidade de acomodação das coisas que inevitavelmente mudam por incontáveis e incontrolláveis fatores, notadamente em contratos de trato sucessivo.

O contrato de trabalho é um pacto de trato sucessivo, em que sua realização não se exaure em apenas um momento, ela se prolonga no tempo, se dá de forma continuada. Com isto, há a possibilidade de que ocorra uma modificação nas condições inicialmente estabelecidas, que ocasionem alterações nas cláusulas, no conteúdo, direitos e obrigações dos contratantes.

Segundo Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 983), “as alterações contratuais viabilizam a continuidade da relação de emprego de forma a não onerar excessivamente nenhum dos contratantes, adaptando o contrato às mudanças fáticas, legais, normativas e costumeiras”.

Diz-se alteração do contrato de trabalho, mas o que acontece normalmente é a alteração nas suas cláusulas contratuais. Conforme descreve Luciano Martinez (2018, p. 612):

Entende-se por alteração do contrato de emprego toda criação, modificação, transformação ou extinção, por conta de uma específica e bem delineada necessidade, daquilo que previamente foi ajustado com o objetivo de adequar os interesses do empregador ou empregado a uma nova realidade.

2.6.1 Classificação das Alterações de Cláusulas Contratuais

Conforme definição encontrada no dicionário virtual¹, cláusula contratual é uma estrutura presente num instrumento obrigacional, definidor de seu objeto, condições e preceitos. A autora Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 983), afirma que a alteração das cláusulas contratuais pode ter várias classificações:

¹ Disponível em: <<http://juris.wiki.br/w/Cl%C3%A1usula>> Acesso em set./2018.

- a) Quanto à origem: obrigatórias ou imperativas e voluntárias ou autônomas;
- b) Quanto ao conteúdo: qualitativas ou quantitativas;
- c) Quanto à natureza: legais ou ilegais;
- d) Quanto à vontade: unilaterais e bilaterais.

Como já citado, as alterações contratuais nos contratos individuais de trabalho só são lícitas por mútuo consentimento entre as partes e desde que não resultem prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia, redação dada pelo artigo 468 da CLT.

O mútuo consentimento diz respeito à concordância do empregado em relação a uma alteração contratual de iniciativa do empregador e reciprocamente, a concordância do empregador em aceitar a alteração estabelecida pelo empregado.

Amauri Mascaro Nascimento (2016, p. 1178) declara que “nenhuma condição de trabalho pode ser modificada unilateralmente” e que

Essa regra, impeditiva da alteração não consensual, reflete forte intervenção na autonomia da vontade, porém necessária. Impede até mesmo a modificação bilateral, consentida, portanto, pelo trabalhador, desde que dela possam resultar-lhe prejuízos, caso em que tem o direito de pleitear a anulação do ato danoso e a restituição das condições de trabalho vigentes.

O requisito da inexistência de prejuízo ao empregado é cumulativo, não basta apenas ter o consentimento do empregado para a alteração contratual, visto que não poderá haver uma alteração que lhe seja danosa.

Neste mesmo segmento, Martins (2017, p. 501), afirma que

Não havendo mútuo consentimento, a modificação não será possível, como ocorre numa alteração feita unilateralmente pelo empregador. Se, porém, o empregado aceita a mudança e a ela não se opõe, presume-se que tal modificação foi tacitamente convencionada. Mesmo havendo mútuo consentimento, não poderá ser feita modificação no contrato de trabalho que, direta ou indiretamente, cause prejuízos ao empregado. Alteração nesse sentido não terá nenhuma validade, podendo o trabalhador reclamar na Justiça do Trabalho o restabelecimento da cláusula que lhe era mais benéfica.

No que diz respeito às alterações contratuais quanto à origem, podem ser obrigatórias ou voluntárias.

Para Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 984), “obrigatória é aquela pela qual a vontade individual das partes não concorre, pois decorre de fonte formal heterônoma de direito que obriga e vincula o empregador”.

O doutrinador Luciano Martinez (2018, p. 612) defende que “norma coletiva também pode impor alterações contratuais isentas do concurso de vontades individuais do empregado e empregador”. Sérgio Pinto (2017, p. 501), afirma que são “obrigatórias por serem decorrentes de lei ou de norma coletiva”.

Entretanto, a doutrinadora Vólia Bonfim Cassar (2017, p. 984), não concorda com o posicionamento acima, no tocante à inclusão genérica das normas coletivas, alegando que “cláusulas contidas nos acordos e convenções coletivas são frutos das negociações coletivas que decorrem do ajuste de vontade das partes. Uma vez em vigor a norma coletiva, o empregador estará obrigado a cumpri-la”.

Já a alteração voluntária é aquela que decorrem da vontade das partes integrantes da relação jurídica.

Tais alterações podem ser unilaterais, quando impostas por apenas uma das partes, comumente o empregador ou bilaterais, quando negociadas entre empregado e empregador. Devendo sempre ser observados os limites impostos pela CLT.

Na visão de Luciano Martinez (2018, p. 614):

As alterações contratuais voluntárias são unilaterais quando empregado ou empregador as promovem sem precisar tomar o consentimento da parte contrária. São consideradas líticas apenas quando tragam vantagem isenta de contrapartida, quando decorram de anuência presumida ou quando se baseiam em direito patronal diretivo.

A vantagem isenta de contrapartida diz respeito a uma melhoria contratual dada pelo empregador ao empregado, em que não é necessária a sua anuência para consolidar alteração benéfica.

Em alguns casos a anuência do empregado é absolutamente presumida e está relacionado ao local da prestação dos serviços. É o caso, por exemplo, dos empregados que tenham em seus contratos cláusulas acerca da transferência e dos que exerçam funções de confiança os quais não precisarão ser consultados da modificação.

Quanto ao conteúdo podem ser qualitativas ou quantitativas. Vólia Cassar (2017, p. 985), explica que “quantitativa é a mudança contratual que acarreta aumento ou diminuição do salário, da jornada, da quantidade de afazeres”.

Neste caso, a regra é pela irredutibilidade salarial, contudo a Constituição Federal de 88, em seu inciso VI, do artigo 7º, estabelece que é possível promover a redução salarial por meio de acordo ou convenção coletiva do trabalho.

Ademais, a Reforma Trabalhista, trazida pela Lei 13.467, deixou claro no parágrafo terceiro do artigo 611-A que, na negociação coletiva que ocorrer tal situação excepcional, deve se estabelecer uma contrapartida ao empregado, como a sua proteção contra dispensas imotivadas.

Para a supracitada autora, será “qualitativa quando importar em mudança de qualidade ou na natureza do trabalho. Isto ocorre quando há promoção, rebaixamento, alteração da função, cargo, atribuições, horário, local ou localidade da prestação de serviços” (CASSAR, 2017, p. 985).

Quanto à sua natureza as alterações podem ser lícitas ou ilícitas. O Direito Civil defende a inalterabilidade contratual, considerando que o contrato faz lei entre as partes, é a chamada *pacta sunt servanda*. Defende também que as partes estão obrigadas a cumprir o contrato, não podendo dispor livremente sobre suas cláusulas, diferentemente do Direito do Trabalho.

Nas palavras da doutrinadora Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 986),

No Direito do Trabalho o contrato faz lei entre as partes. Entretanto, a autonomia das partes ao ajustarem as cláusulas contratuais está vinculada aos limites da lei. Conclui-se, pois, que as partes podem pactuar cláusulas iguais ou melhores (para o empregado) que a lei, mas nunca contra a lei e as normas vigentes.

Este posicionamento está previsto no artigo 444 da CLT, no qual diz que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

O autor Homero Batista da Silva (2017, p. 70), afirma que o referido artigo “é conhecido como o dispositivo da livre estipulação de cláusulas e condições de trabalho, mas sujeito às restrições da legislação social e das normas coletivas”.

Assevera, ainda, que “para outros doutrinadores nem ao menos tem razão de ser, porque outorga às partes baixo grau de liberdade contratual”.

A alteração contratual, mesmo que bilateral, não pode ser feita caso ocasione prejuízos ao empregado. Portanto, qualquer alteração contratual, bilateral ou unilateral, que não acarrete prejuízo ao trabalhador ou que seja imposta por lei é válida.

Sendo assim, conforme explica Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 986), “lícitas são as alterações de cláusulas contratuais que causem benefícios, assim como as que não causem prejuízo e as permitidas pela lei, neste caso, mesmo que prejudique o empregado”.

2.6.2 *Ius Variandi e Ius Resistentiae*

Como aludido anteriormente, empregado é aquele que presta serviços sob a dependência do empregador. Por outro lado, empregador é aquele que assalaria e dirige a prestação dos serviços, assumindo os riscos da sua atividade.

Na visão de Martins (2017, p. 502), “o empregador poderá fazer, unilateralmente, ou em certos casos especiais, pequenas modificações no contrato de trabalho que não venham a alterar significativamente o pacto laboral, nem importem prejuízo ao operário”. Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 999), aduz que o “poder de variar está estritamente vinculado ao poder que tem o empregador de alterar as cláusulas contratuais e as condições de trabalho”.

Estas pequenas modificações feitas pelo empregador é o *ius variandi*, que deriva do seu poder de direção. São exemplos de tais alterações por parte do empregador a alteração da função do obreiro, aumentar seu salário, o horário de trabalho, desde que respeitado o limite máximo de horas trabalhadas por dia, o local da prestação dos serviços, etc.

Existem limites para que sejam feitas as alterações contratuais pelo empregador, não pode contrariar a lei e não poderá ocasionar prejuízo ao trabalhador, salvo nos casos permitidos por lei.

Sempre que o empregador ultrapassar esses limites, pode o empregado contrapor-se ao ato praticado, surgindo, assim, o *ius resistentiae*.

Desta forma, Martins (2017, p. 503), diz que “o empregado poderá também opor-se a certas modificações que lhe causem prejuízos, ou seja, ilegais, que é o

que se chama de *ius resistantiae*, inclusive pleiteando a rescisão indireta do contrato de trabalho”.

No entanto, essa oposição não pode configurar outra lesão. A resistência do empregado não pode ser abusiva, ou então será considerada ilegítima, podendo o empregador punir disciplinarmente o empregado que não cumpriu com suas obrigações contratuais.

Conforme Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 1000), “não pode o empregado deixar de ir ao emprego porque o patrão não concedeu o vale-transporte; não pode deixar de ser diligente no trabalho, ou chegar atrasado, faltar porque o empregador atrasa o pagamento dos salários”.

Bem como, no caso de cargo de confiança, não se constitui alteração unilateral a determinação feita pelo empregador de que o empregado retorne ao cargo anteriormente ocupado, afastando-se do exercício da função de confiança.

No que diz respeito ao empregado exercente de cargo de confiança, Sérgio Pinto Martins (2017, p. 503) reitera que “o empregado de confiança pode retornar, por determinação do empregador, ao exercício do cargo que anteriormente ocupava antes do exercício do cargo de confiança. A própria CLT não considera tal alteração unilateral.

3 CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E SEUS REFLEXOS PÓS-CONTRATO

3.1 Conceito

Cláusula de não concorrência é uma condição especial no ajuste do contrato individual de trabalho. Justifica-se pela necessidade de proteger a empresa da concorrência, em contrapartida, devem ser observados certos limites, pois retrata uma limitação à liberdade de trabalho.

Nas palavras de Regiane Teresinha João (2003, p. 33), o conceito da cláusula de não concorrência “consiste na pactuação da abstenção do empregado de ativar-se por conta própria ou para outro empregador, em atividade igual ou semelhante, após o término do contrato de trabalho”.

De acordo com Martins (2017, p. 215), “cláusula de não concorrência é a obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o empregador”.

Neste mesmo sentido, Oliveira Neto (2015, p. 13) afirma que é o “compromisso assumido pelo empregado de não gerar concorrência com o ex-empregador, após o contrato, mediante compensação financeira, com limitação no tempo, local e atividade”.

Quando estipulada a referida cláusula, o empregado se compromete em não praticar atos de concorrência com o empregador, como por exemplo, o desvio da sua clientela, caso em que, se praticado, poderá ainda responder por perdas e danos.

Uma vez pactuada a cláusula, o empregado tem o dever de não exercer a mesma atividade que era desenvolvida com o empregador, durante um período de tempo predeterminado, após a cessação do contrato.

Quanto ao momento em que deve ser pactuada a cláusula de não concorrência, não há um momento específico para tal pactuação, conforme Oliveira Neto (2015, p. 14) conceitua e certifica:

Consiste em cláusula que pode ser pactuada em momentos diversos – antes do contrato de emprego, no início, durante ou após –, tendo por escopo resguardar os segredos do negócio do empregador, por meio da limitação da amplitude da área de atuação geográfica e da atividade do empregado, quando, por si ou por terceiros, mediante concorrência, houver risco de lesão ao patrimônio imaterial do empregador, em razão do uso ou divulgação das informações obtidas por força do cargo desempenhado pelo empregado no curso da relação de emprego.

Neste mesmo sentido, defende Martins (2017, p. 218) que a cláusula de não concorrência “tem eficácia apenas após a cessação do pacto laboral, mas tanto pode ser estabelecida quando da contratação, no curso do contrato ou quando de sua rescisão, pois, nesse ponto, as partes têm liberdade de contratar”.

3.2 Breve Histórico

Primeiramente, é de suma importância abordar a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, visto que a cláusula de não concorrência está intimamente ligada a estes institutos jurídicos.

A cláusula de não concorrência tem como escopo imediato a proteção dos segredos do negócio do empregador, e tem por escopo mediato e macro a conservação de um equilíbrio na competição do mercado, com o intuito de se evitar que seu concorrente obtenha vantagens com informações recebidas por ex-empregados (OLIVEIRA NETO, 2015, p. 14).

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a tratar sobre o assunto, criando um capítulo sobre a ordem econômica e social, determinando limites ao exercício da liberdade econômica. Já a Constituição de 1967, por sua vez, é a que mais se aproxima da atual Constituição, defendendo que a ordem econômica tem como finalidade a justiça social, obedecendo-se a livre iniciativa, a valorização do trabalho para dignidade humana, função social da propriedade, a repressão ao abuso do poder econômico.

Egon Felix Gottschalk defendia que “a empresa já possuía tutela contra atos da concorrência desleal e violação de seus segredos [...] Todavia, diante da omissão legislativa, inexistia fundamento sólido para a limitação do exercício da atividade do empregado pós-contrato”. O autor defendia que deveria haver a proteção da empresa contra atos de empregado que violasse o patrimônio imaterial da empresa e afirmava ainda que a cláusula de não concorrência necessitava de uma regulamentação (GOTTSCHALK *apud* OLIVEIRA NETO, 2015, p. 18).

Ao referir-se a tal assunto, Célio Goyatá, em 1976, afirma que “havia a possibilidade de que fossem firmados pactos de não concorrência pós-contrato de emprego, com espeque nos arts. 8º e 444 da CLT [...], desde que houvesse vantajosa compensação financeira para o empregado” (GOYATÁ *apud* OLIVEIRA NETO, 2015, p. 19).

Este aspecto também é comentado por João Batista e Juary C. Silva, afirmam que “as cláusulas restritivas da liberdade de trabalho são admitidas, desde que relativas a um contrato individual de trabalho, bem como obedecendo a certos limites de objeto, tempo e lugar” (SILVA; BATISTA *apud* OLIVEIRA NETO, 2015, p. 19)

3.3 Liberdade ao Trabalho

O trabalho é considerado instrumento de engrandecimento do homem, fomentando o crescimento pessoal e da sociedade em geral, e por isso, está intimamente ligado à dignidade humana.

Ele possibilita que o trabalhador consiga adquirir bens, que irão satisfazer a sua necessidade pessoal, bem como, servirá para alcançar novos patamares na sociedade capitalista. Dá respaldo ao trabalhador para alcançar metas e atingir seus sonhos, fazendo com que ele desenvolva atividades que irão melhorar suas relações interpessoais.

Nas palavras de Oliveira Neto (2015, p. 52) “o trabalho representa forma eficaz de concretização de direitos fundamentais, afinal, com os recursos advindos da atividade exercida, pode o trabalhador satisfazer direitos essenciais como saúde e educação [...]”.

Ademais, o trabalho não tem o condão apenas de proveito para o sustento e melhores condições sociais do homem, ele representa reconhecimento, orgulho e crescimento para o trabalhador.

Como faz notar Oliveira Neto (2015, p. 53)

Na sociedade contemporânea, a partir do trabalho, não só o homem obtém a sua subsistência e da sua família, mas também desenvolve autoestima e autonomia. E isso ocorre pela satisfação de estar produzindo, fazendo algo útil, trazendo uma atividade proveitosa para a sociedade, sendo e sentindo-se parte desta, como também em razão do orgulho que sente de prover as suas necessidades e as de seus familiares, desde as mais básicas até outras que representam degraus na escala social.

O livre exercício de qualquer trabalho, profissão ou ofício é garantido pela Constituição Federal de 88, em seu art. 5º, inciso XIII. O direito ao trabalho é um direito social previsto na CF/88.

O autor Oliveira Neto (2015, p. 55) cita o art. 170 da CF, afirmando que “a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano, bem como na redução das desigualdades sociais e na busca do pleno emprego. Ou seja, a ordem econômica deve se desenvolver respeitando e valorizando o trabalho humano”.

A estipulação da cláusula de não concorrência tem amparo constitucional, e tende a efetividade dos direitos fundamentais. A liberdade contratual tem regras e limitações que devem ser cumpridas. Com isso, a autonomia no pacto da cláusula

de não concorrência não será absoluta, pois não deve ferir a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Oliveira Neto (2015, p. 56) fala que

A liberdade de contratar a não concorrência condiciona-se, pois, às regras e princípios constitucionais, de modo que o pacto passa a preocupar-se com a dignidade da pessoa humana, diversamente da visão de que o princípio da autonomia da vontade tudo pode, de modo que o espaço para pactuar se mantém, porém, de modo mais solidário e ético, voltado às funções sociais.

Vale destacar que, não se pode falar em direito absoluto, uma vez que pode haver restrições ao livre exercício do trabalho. Embora, deva ser sempre considerado o conteúdo mínimo ou essencial do direito fundamental ao trabalho, com a devida aplicação do princípio da proporcionalidade, necessidade e adequação (OLIVEIRA, 2015, p. 58).

3.4 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade encontra-se implicitamente fundamentado no art. 5, §2, da CF, que, segundo Oliveira Neto (2015, p. 92) o primeiro fundamento é no sentido de que deriva “do Estado de direito, que abarca não só os direitos e as garantias constitucionais escritos, mas também os não escritos, limitando o arbítrio no exercício das funções estatais e assegurando valores e interesses consagrados constitucionalmente”.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento (2014, p. 492)

O princípio da proporcionalidade é uma regra de aplicação do direito diante de duas opções possíveis: aquela que preserva o direito ou a liberdade e aquela que o restringe, ou sacrifica, porém num contexto em que o sacrifício é considerado proporcionalmente necessário. Parece-me, também, tratar-se de uma regra de equilíbrio na decisão dos casos concretos, portanto uma nova versão da antiga lógica do razoável com outra roupagem e outro nome.

Ainda de acordo com o autor, o segundo fundamento, que é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, “deriva da cláusula geral do devido processo legal, conforme disposição do art. 5º, inciso LIV, da CF”.

Salienta-se que, os doutrinadores Dimitri Dimolius e Leonardo Martins, afirmam que o referido princípio tem respaldo no art. 5, §2, combinado com o art. 5, §1, ambos da CF. Asseveram que o “art. 5, §1, tem força de vincular o legislador

diretamente aos direitos fundamentais, enquanto o art. 5, §2, em face da possibilidade de reconhecimento de garantias não expressas na Carta Magna, mas decorrentes dos princípios por esta adotados” (DIMOLIUS; MARTINS *apud* OLIVEIRA NETO, 2015, p. 93).

Neste segmento, o autor Oliveira Neto (2015, p. 94) fala que

Em síntese, por conta do art. 5, §2, da CF e art. 5º, inciso LIV, da CF, o princípio da proporcionalidade vai se robustecendo no Brasil, sendo objeto de uso do STF, em uma leitura hermenêutica, a fim de solver conflitos derivados da colisão de princípios constitucionais ou mesmo da Constituição.

Passa-se ao estudo dos subprincípios da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No que diz respeito à adequação, Oliveira Neto (2015, p. 94) aduz que “a medida restritiva tem de ser apta ou adequada para a proteção do outro direito ou bem garantido por normas constitucionais”.

Deve ser analisada a finalidade a qual se destina a restrição, bem como, o meio necessário para se alcançar o fim aspirado. A medida utilizada deve ser adequada com a finalidade desejada, devendo a adequação ser analisada caso a caso. Ou seja, deve-se verificar se aquela medida adotada é a mais adequada, ou se poderia fazer de outra forma para proteção do direito.

Neste sentido, Oliveira Neto (2015, p. 97) alega que deverá ser avaliada a situação e se a restrição tem o condão de proteger os bens imateriais da empresa, devendo ser avaliado se, no momento da restrição, no momento em que a cláusula de não concorrência foi pactuada, ela estava apta a proteger o empregador:

Assim, e considerando que o confronto constitucional entre a cláusula de não concorrência e a liberdade de trabalho deve ser solucionado frente o caso concreto, deve-se aferir a situação real, com base no subprincípio da adequação, tão somente se a restrição imposta é apta a proteger a empresa da concorrência de seu ex-empregado ou de terceiros que se aproveitam das informações confidenciais repassadas por aquele ao concorrente do ex-empregador.

No tocante ao subprincípio da necessidade, Oliveira Neto (2015, p. 98) alega que “consiste em avaliar se a medida de restrição adotada é de fato necessária para a garantia da efetividade do direito protegido”. Afirma ainda que:

A medida que limita um direito fundamental deve ser forçosa para o alcance do fim, que consiste na proteção de outro bem constitucional. Deve-se procurar, dentre as medidas, se existe mais de uma que tenha a mesma intensidade, e que possa promover o fim. Em havendo mais de um meio para alcançar o fim pretendido com a mesma eficácia, deve-se optar pelo menos gravoso (OLIVEIRA NETO, 2015, p. 98).

Portanto, é preciso analisar se a medida adotada é de fato necessária, e se aquela medida a ser tomada é indispensável para a preservação de um bem maior. Esta análise deve ser feita no caso concreto, alicerçado na experiência. Com isso, importante destacar a passagem do livro de Oliveira Neto (2015, p. 99), em que diz:

Com fulcro no subprincípio da necessidade, deve-se avaliar, no caso concreto, se a restrição estabelecida por meio da cláusula de não concorrência é a menos desvantajosa para o ex-empregado exercer o seu direito de livre exercício ao trabalho, dentre as possibilidades existentes que tenham a mesma eficácia no resguardo da empresa, no que se refere a protegê-la da concorrência gerada por seu ex-empregado.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diferencia-se dos subprincípios da adequação e necessidade, que necessitam de uma análise técnica, já para aquele é necessária a aferição valorativa, sendo o objeto da aferição a limitação adotada (OLIVEIRA NETO, 2015, p. 99).

O autor Oliveira Neto (2015, p. 99) conceitua a proporcionalidade em sentido estrito como sendo a “comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade em que foi restringido o direito fundamental ofendido. Representa a ponderação entre o peso da restrição e o resultado colimado”.

Assim, examina-se se a opção escolhida trará os benefícios almejados, e, se não agredirá a garantia afastada. Deverá exercer a razoabilidade com o intuito de que o direito sofra o menor dano.

No caso da aplicação da cláusula de não concorrência, o empregado está apto para o trabalho, mas fica num período de quarentena. Neste caso, é preservado o direito do empregador, devendo ser ponderado o valor de se estar preservando este direito, e se, essa preservação garante ou não o direito fundamental do empregado.

Oliveira Neto (2015, p. 101) fala que “diante do caso concreto, caberá a análise se pode um trabalhador ter restringido o seu direito ao livre exercício da profissão para a qual está qualificado, diante da aplicação da cláusula de não concorrência”.

Na restrição do direito ao trabalho deve-se observar se foram respeitados os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade. Uma vez respeitados os princípios, poderá ocorrer a limitação ao livre exercício do trabalho.

A despeito disso, Oris de Oliveira (*apud* OLIVEIRA, 2015, p. 104) afirma que:

A prevalência é do direito constitucional da liberdade ao trabalho, o que torna a avença de não concorrer pós-contrato de trabalho inválido *prima facie*, porém, se as restrições forem adequadas, necessárias e proporcionais, a cláusula de não concorrência deve ser validada.

Portanto, é possível afirmar que poderá ocorrer a limitação ao livre exercício ao trabalho, visto que não existe direito absoluto. Essa limitação deve ser feita de forma justificada, ampara constitucionalmente, e observado o conteúdo mínimo do direito fundamental, por meio do equilíbrio oferecido pelo princípio da proporcionalidade.

3.5 Objeto de Proteção

O empregador possui o poder diretivo, em que irá organizar seu sistema de produção, necessitando ser competitivo e ao mesmo tempo adaptar-se às condições do mercado, de modo a resguardar seus segredos empresariais, bem como, sua propriedade intelectual.

O que se pretende proteger com o ajuste da cláusula de não concorrência é o *know how* da empresa, que nas palavras de Egon Félix Gottschalk é “tudo que é a alma de certos negócios ou o verdadeiro segredo da atividade empresarial sem que os seus elementos no conjunto ou separado ainda sejam incabíveis de qualquer modalidade de propriedade industrial” (GOTTSCHALK *apud* PEREIRA, 2015, p. 20).

Para a competitividade da empresa é necessário que haja ligação entre seus diversos setores com intuito de que se alcance os resultados desejados, com isso o empregado acaba tendo acesso aos inúmeros setores da empresa, completando nas palavras de Oliveira (2015, p. 20), “um cenário onde a proteção de bens imateriais deixa de ser opção para tornar-se obrigação do empregador que deseja manter-se no mercado, mormente se pretende ser competitivo”.

Na visão de Célio Oliveira (2015, p. 21):

Cada vez mais, ao empregador torna-se difícil demonstrar o que se sujeita à confidencialidade, e quais os bens imateriais serem protegidos, fazendo-se imperiosa a adoção de política preventiva, mediante a proposição da

cláusula de não concorrência combinada com a política de confidencialidade, visando ao resguardo, a título exemplificativo, dos seguintes bens: lista de clientes; informações pessoais de clientes; banco de dados, política de preços; planos de marketing; transações, segredos e dados comerciais; estratégias do negócio; segredos de indústria e de negócios; fórmulas e técnicas de produção; novos inventos; métodos de fabricação e produção.

Portanto, para que o concorrente não venha a ter acesso às informações específicas de determinada empresa, faz-se necessário a proteção do seu *know how*, que será auferida por meio da cláusula de não concorrência.

3.6 Fundamentos

Na CLT não contém expressamente a figura da cláusula de não concorrência, ela cita apenas a figura do ato de não concorrer com o empregador, no curso do contrato de trabalho, que poderá ensejar a dispensa por justa causa, uma vez que há a quebra de confiança entre empregador e empregado, que viola seus deveres de lealdade, fidelidade e boa-fé.

O ato de não concorrer com o empregador está previsto no artigo 482, alínea “c”, da CLT, no qual diz que “constituem justa causa para rescisão [...] pelo empregador: negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço”.

Martins (2017, p 217) fala que na legislação trabalhista brasileira não há uma regra sobre o tema, e que “havendo omissão sobre o assunto em nossa legislação, é o caso de se aplicar o direito comparado, por expressa previsão do art. 8º da CLT, desde que o interesse particular não prevaleça sobre o interesse público”.

Entretanto, importante destacar que o fato da cláusula de não concorrência não estar prevista na CLT não encontra óbice quanto a sua aplicação no contrato de trabalho, visto que tal aplicação possui amparo constitucional.

Nas palavras de Célio Oliveira Neto (2015, p. 21)

A aplicação do pacto de não concorrência após o encerramento do contrato de emprego goza de amparo constitucional, fundado na livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, e art. 170, caput – ambos da CF), direito geral de liberdade (art. 5º, caput, da CF), direito de propriedade (art. 5º, caput, e inciso XXII, da CF), propriedade privada (art. 170, II, da CF), livre concorrência (art. 170, inciso IV, da CF), defesa do consumidor (art. 170, V, da CF), e até mesmo na busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da CF).

Fundamenta-se também no caput, do art. 5º, da CF, que traz o direito geral da liberdade, que ampara a norma de liberdade contratual.

Na livre concorrência deve haver uma competição justa e aberta para quem deseja participar, bem como, deve-se agir de forma leal e com ética, em que não se pode exercer a concorrência desleal ou interferir na livre concorrência do mercado.

O autor Oliveira Neto (2015, p. 23) traz também a busca do pleno direito, previsto no art. 170, VIII, da CF, e afirma que “a violação à cláusula de não concorrência pode ter efeitos desastrosos, colocando em risco a continuidade do negócio da empresa atingida, e por evidente consequência os empregados por esta produzidos”.

Esta violação pode acarretar no vazamento de informações estratégicas da empresa que a coloca em situação de desvantagem, por essa razão é necessário proteger os elementos que integram o *know how* da empresa, a fim de que se tenha uma concorrência justa e equilibrada.

A CLT garante, em seu art. 444, a liberdade para estipulação de condições contratuais, desde que não sejam contrárias à proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Com isso, na visão de Oliveira Neto (2015, p.26), as regras de proteção encontradas no artigo 444 da CLT

Não encontram óbice à estipulação de regras que sejam adequadas às partes, mas, sim, livre manifestação dos sujeitos pactuantes, de sorte que, em se tratando de cláusula de não concorrência, a presunção é pela inexistência de coação ao empregado. Entretanto, isso não significa dizer que a cláusula presume-se válida.

3.7 Direito Estrangeiro

Por ser a legislação brasileira omissa quanto ao tema, é interessante o estudo da legislação estrangeira. Com o art. 8º da CLT, há a possibilidade de se buscar no direito estrangeiro a aplicação da cláusula de não concorrência.

Oliveira Neto (2015, p. 26) afirma que “com algumas limitações, a legislação estrangeira tem autorizado a inserção da cláusula de não concorrência, *v.g.*, Itália, Espanha, Portugal e Alemanha”.

Itália, Espanha e Portugal tratam a cláusula de modo expresso, e diferenciam os empregados quanto ao seu grau hierárquico, com diversos tempos de vigência da cláusula.

No Código Civil Italiano, a pactuação da cláusula deverá ser por escrito, com a devida contraprestação, devendo limitar quanto ao tempo, objeto e lugar, sob pena de nulidade. Em relação ao tempo, fala que não poderá ser maior que cinco anos para os dirigentes e a três anos para os demais empregados (OLIVEIRA, 2015, p. 27).

A Espanha também traz distinção entre os empregados de alto escalão e os demais, que se subdividem em empregados com ou sem conhecimento técnico. Empregado de alto escalão diz respeito ao que ocupa cargo de comando e gestão, podendo ser pactuada a cláusula de não concorrência, na hipótese de efetivo interesse industrial ou comercial, em troca da compensação financeira e limitada a sua vigência a dois anos, não se exigindo o requisito da limitação geográfica (OLIVEIRA, 2015, p. 27).

Catia Raposo Novo fala que “na Alemanha há previsão legal expressa quanto ao pacto de não concorrência, definindo quanto às obrigações das partes, requisitos de validade, hipóteses de exclusão da indenização e de exclusão da obrigação de não fazer” (RAPOSO *apud* OLIVEIRA, 2015, p. 31).

Oliveira fala ainda que o Código Comercial Alemão, no art. 74, “prevê que o pacto de não concorrência pós- contrato de trabalho deve ter obrigatoriamente forma escrita e descritivo das limitações, bem como o prazo máximo de dois anos” (OLIVEIRA, 2015, p. 31).

Na Califórnia, a legislação, em regra, não admite qualquer cláusula restritiva da liberdade de trabalho, com o fundamento de violação a direito fundamental. Oliveira (2015, p. 34) fala, no entanto, que o Estado tem regras rígidas quanto à confidencialidade e proteção intelectual, protegendo as suas diversas empresas de tecnologia da informação. Porém, é bastante criticada pelo surgimento de novas empresas constituídas pelos ex-empregados.

No Estado de New York não existe disposição legal a respeito do tema, mas as cortes adotam o posicionamento de que, caso haja motivos razoáveis, a cláusula de não concorrência será válida. Oliveira (2015, p. 35) cita o precedente de um caso, em que a cláusula será válida se:

Não oferecer proteção maior do que a necessária; não impuser dificuldades demasiadas ao empregado; não ofender o interesse público, além de limitar-se a área territorial e lapso temporal em que a proibição de competição será vigente, sempre com atenção a legitimidade do interesse do empregador de proibir a competição, sem excessos.

3.8 Figuras Complementares e Similares à Cláusula de não Concorrência

3.8.1 Concorrência Desleal

Estão expressamente previstos na CF de 88 a livre iniciativa e a livre concorrência, que servem para impulsionar o desenvolvimento econômico. E segundo Célio Oliveira (2015, p. 38) “proteger o regime de livre concorrência significa combater exercícios de concorrência desleal. A cláusula de não concorrência também tem por finalidade macro a manutenção da igualdade formal entre os competidores”.

Maria Gabriela Franco Zanatta (2018, p.6) fala que “entende-se por concorrência desleal, todo ato de concorrente que, valendo-se de força econômica de outrem, procura atrair indevidamente sua clientela”.

Durante o curso do contrato de trabalho não pode haver concorrência com o empregador, ou seja, o empregado não pode praticar atividades que tenham a mesma essência da realizada para o empregador.

O empregado que praticar concorrência ou divulgar segredos da empresa, na vigência do contrato de trabalho, poderá ser dispensado por justa causa, por previsão expressa da CLT, nas alíneas “c” e “g”, do art. 482.

Alice Monteiro de Barros (2016, p. 171) afirma ainda que "a concorrência desleal traduz violação ao dever de fidelidade, constituído por obrigação de não fazer, sendo uma consequência do princípio da boa-fé”.

Em toda relação contratual deve estar presente o princípio da boa-fé e, na falta deste princípio, o infrator deve ser punido, pois comete o crime de concorrência desleal.

O crime está tipificado no art. 195 da Lei n. 9.279/96, que regula os direitos e obrigações relativas à propriedade industrial. Chama-se atenção, na ceara trabalhista, para o inciso XI transcrito a seguir:

Art. 195. Comete **crime de concorrência desleal** quem:

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, **de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis 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.

Portanto, caso o empregado, sem autorização, divulgue, utilize ou explore elementos do seu empregador, como por exemplo, a lista de clientes, informações, estratégias de mercado, etc, estará cometendo o crime de concorrência desleal. Exceto nos casos em que essas informações já sejam de conhecimento público ou evidente para um técnico no assunto.

Oliveira (2015, p. 39) afirma que não se deve confundir a concorrência desleal com a não concorrência, pois “no curso do contrato de emprego, a concorrência ao empregador é tida por desleal, e tem por condão gerar a rescisão do contrato por justa causa, se o empregador assim desejar; [...] Não há necessidade, pois, de qualquer pacto para tanto”.

3.8.2 Cláusula de Confidencialidade

A cláusula de confidencialidade tem como intuito defender os dados confidenciais de determinada empresa, a que o empregado teve acesso por força da relação empregatícia ou por necessidade de serviço, de maneira que possa impedir que sejam revelados segredos empresariais, como por exemplo, os inventos e métodos de produção e fabricação, fórmulas e técnicas de produção, estratégias do negócio, segredos de fábrica, técnicas de produção, informações gerenciais, etc.

Nas palavras de Martins (2017, p. 216)

O empregado deve guardar sigilo em relação às informações que recebe do empregador ou pelo desenvolvimento de seu trabalho, não podendo divulgá-las, principalmente a terceiros, notadamente quando sejam concorrentes do empregador. A confidencialidade é, portanto, essencial nessa relação.

Nesta acepção, o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu a seguinte ementa, em que impede ao ex-empregado de divulgar informações e segredos da empresa para a qual trabalhava:

SEGREDO INDUSTRIAL. COMPROMISSO DE NÃO DIVULGAR. LEGALIDADE. 1. É vedado ao empregado divulgar o segredo da empresa (a lei não estabelece prazo para essa vedação); se o empregado divulgar comete falta grave. **A proibição alcança o ex-empregado, visto que a rescisão do contrato de trabalho não transfere a este o direito de divulgar, explorar ou comercializar a fórmula industrial de que teve conhecimento, ainda que passe a trabalhar para empresa concorrente.** 2. O ajuste consistente no compromisso firmado pelo reclamante de não divulgar, não explorar e não utilizar o segredo da fórmula do produto industrial de que tem conhecimento guarda perfeita sintonia com o disposto no art. 195, inc. XI, da Lei 9.279/1996. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento (TST – RR: 1533002120015150093 153300-21.2001.5.15.0093, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 24/09/2008, 5ª Turma, Data de Publicação: 12/12/2008.)

Deve-se mencionar que, a principal diferença entre a cláusula de confidencialidade e a cláusula de não concorrência é que naquela o empregado não se encontra proibido de trabalhar para empresa concorrente, apenas não está autorizado a divulgar informações e segredos da empresa.

O autor Oliveira (2015, p. 41) aduz que

A cláusula de confidencialidade é complementar à cláusula de não concorrência, a principal diferença é que esta é mais abrangente, na medida em que impõe completa abstenção de atividades concorrenciais, impedindo até mesmo o ex-empregado de trabalhar nas mesmas atividades em empresa concorrente pós-contrato de emprego, mediante indenização; ao passo que a cláusula de confidencialidade, por si só, não tem o condão de impedir o livre exercício do trabalho, acarretando somente a cobrança de perdas e danos.

De acordo com o autor Oliveira (2015, p. 40), após indicados no contrato os bens protegidos, o empregado se compromete por meio da cláusula de confidencialidade com as seguintes condições:

i. Não revelar, nem divulgar, a qualquer pessoa, ou física ou jurídica, e nem tampouco utilizar, direta ou indiretamente, em proveito próprio ou de outrem, qualquer informação que venha a receber ou tomar conhecimento em razão de suas funções, ou do exercício das atividades objeto do contrato, ou que venha a ter conhecimento no curso do contrato de emprego; ii. Não utilizar as informações obtidas no curso do contrato de emprego para qualquer propósito diverso da realização das atividades para a qual foi contratado; iii. Envidar seus melhores esforços a fim de prevenir o extravio de quaisquer documentos ou quaisquer informações relativas à empresa que o contratou, ou os clientes, parceiros e fornecedores desta.

A confidencialidade é uma cláusula implícita no contrato de emprego e que pode levar à dispensa do empregado, no curso do seu contrato, conforme previsão

do art. 482, alínea “g”, da CLT, em que a violação de segredo da empresa constitui justa causa. O que não significa dizer que o segredo da empresa não esteja resguardado pós-contrato, uma vez que existem outros mecanismos de resguardo, como é o caso da cláusula de não concorrência.

3.8.3 Cláusula de permanência

O empregador pode financiar a faculdade ou curso de formação profissional ao empregado, que neste caso, poderá ser estabelecida a cláusula de permanência no emprego, em que o empregado se compromete a não sair do emprego durante certo período de tempo.

Célio Oliveira (2015, p. 42) conceitua esta cláusula como:

A Cláusula de Permanência consiste em ajuste firmado entre empresa e trabalhador, a fim de garantir que o empregado permaneça determinado tempo laborando em prol do empregador que custeou ou custeará despesas, mediante investimento na formação profissional ou especialização do empregado. Tem por escopo evitar que o empregado, após ter sido qualificado pelos investimentos do empregador, deixe-o, trocando de emprego, sob pena de indenizar a empresa com base nos valores investidos.

O art. 390-C da CLT determina que “as empresas com mais de cem empregados, de ambos os sexos, deverão manter programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional da mão-de-obra”.

Ao custear essas despesas com a formação profissional, o empregado recebe treinamento, qualificação, aperfeiçoamento e capacitação, e deve ser considerada válida tal cláusula, pois, caso contrário, estaria desestimulando o investimento no aperfeiçoamento profissional.

A cláusula de permanência pode ser pactuada tanto no início do contrato de trabalho, quanto em aditivo ao contrato de trabalho.

Segundo Sérgio Pinto Martins (2017, p. 221), “o empregado decide livremente em aceitar ou não o curso e, em contrapartida, se fizer o curso, deve ficar tanto tempo na empresa”. Não pode o empregado aceitar o patrocínio do curso e posteriormente, com mais aptidão, ir para a concorrência.

Não existe um prazo certo e determinado em que o empregado não poderá deixar a empresa, mas este prazo deve ser estabelecido de forma razoável, obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Martins (2017, p. 222) defende que pode ser de até dois anos o prazo máximo para validade desta cláusula e afirma que “é um prazo razoável em razão do investimento que o empregador fez no empregado”.

Importante destacar a passagem do livro de Oliveira (2015, p. 42), em que ele traz as principais diferenças entre a cláusula de permanência e a cláusula de concorrência:

O pacto de permanência decorre de investimento efetuado pelo empregador na formação profissional ou especialização do empregado, ao passo que a *cláusula de não concorrência* deriva das informações privilegiadas de que o empregado tomou ciência no curso da relação de emprego; a obrigação é de permanência no emprego, sob pena de indenização, enquanto que, na *cláusula de não concorrência*, a obrigação é de não laborar em prol de concorrente ou em concorrência ao ex-empregador na mesma atividade que anteriormente exercia e durante determinado tempo.

Não existe norma legal prevendo que o empregado pague em dobro o valor recebido durante o curso caso a cláusula seja descumprida. E o art. 412 do Código Civil afirma que “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.

Dito isto, a penalidade aplicada deve ser analisada em cada caso concreto, e conforme previsão expressa do art. 413 do Código Civil, se a obrigação for cumprida em parte ou se o valor da penalidade for excessivo, deve ser reduzida pelo juiz.

3.8.4 Cláusula de não solicitação

Esta cláusula diz respeito à proibição que estão sujeitos os empregados de agenciar clientes ou recrutar empregados do seu ex-empregador.

Oliveira (2015, p. 42) conceitua a cláusula de não solicitação como “pacto firmado a fim de que o empregado se abstenha de procurar os clientes que atendia junto ao antigo empregador, nem alicie ex-colegas de trabalho ou procure fornecedores, na hipótese de vir a trabalhar para o concorrente”.

Em outras palavras, Fernando Bosi afirma que a cláusula de não solicitação “consiste na proibição de ex-empregado manter contato com clientes de seu antigo

empregador, por determinado período, visando aliciá-los para negócio próprio no mesmo segmento ou para concorrente”.

A cláusula de não solicitação apenas proíbe o ex-empregado de aliciar clientes, empregados ou fornecedores do seu ex-empregador. Não há a proibição de desenvolver a atividade laboral exercida anteriormente.

Segundo o autor Oliveira (2015, p. 42), tal cláusula é diferente da cláusula de não concorrência, pois “não impede o ex-empregado de se vincular a novo empregador no mesmo ramo de atividade do antigo empregador”. Outra grade distinção é que “a cláusula de não solicitação não enseja retribuição ou indenização” caso seja descumprida.

3.9 Sujeitos

Na visão de Célio Oliveira (2015, p. 113) “somente pode ser sujeito da cláusula de não concorrência aquele que tenha potencial para causar lesão ao ex-empregador”. Logo, não se deve aplicar a todo e qualquer empregado, mas aplica-se apenas aos empregados que ocupem cargos hierárquicos ou com determinada especialidade, e que possuam contato com informações e segredos da empresa.

A cláusula de não concorrência vem sendo aplicada pelas empresas aos empregados que exercem funções estratégicas, técnicas, em contato com informações sigilosas e aos dados de clientes, além daqueles que estão posicionados em cargos gerenciais, de alto escalão.

O autor Célio Oliveira (2015, p. 114) cita um caso de atuação do advogado em escritório de advocacia que tem sua atuação restringida, para não atender os clientes de uma banca após o término do contrato de trabalho e traz a seguinte jurisprudência neste sentido:

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA – TESTRIÇÃO TEMPORÁRIA E PARCIAL AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL – OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA RECÍPROCA ENQUANTO PERDURAR A LIMITAÇÃO – A estipulação de cláusula contratual de não concorrência por determinado período após o término da avença impõe ao contratado restrição ao exercício profissional relativamente a determinados clientes, quais sejam, aqueles vinculados ao próprio escritório de advocacia. Em consequência, a compensação econômica convencionada para a hipótese de eventual descumprimento da cláusula em questão por parte do contratado também deve ser aplicada em seu benefício, enquanto perdurar a obrigação de não concorrência, em observância aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da comutatividade do contrato. (TRT 15ª R. – RO 115700-53.2007.5.15.0093 –

(1591/10) – 10ª C. – Rel. Fernando da Silva Borges – DOE 14.01.2010 – p. 284).

A cláusula de não concorrência vincula apenas as partes contratantes, empregado e empregador. Entretanto, existe a possibilidade de atrelar o empregado compromissado ao novo empregador. Para que isso ocorra, é necessário que o ex-empregador dê ciência inequívoca ao novo empregador, acerca da impossibilidade de atuar na mesma atividade por força da cláusula de não concorrência.

Segundo Célio Oliveira Neto (2015, p. 115), “o terceiro pode ser responsabilizado desde que tenha colaborado para a violação da cláusula, na qualidade de empregador, e esteja ciente de que o empregado firmou a cláusula de não concorrência”.

Jacqueline Amiel-Donat afirma que

Para quem pessoas estranhas à relação de emprego podem ser atingidas, e isso porque podem obter alguma vantagem em decorrência da violação do trabalhador do dever de não concorrência pós-contrato, de modo que a obrigação assumida pelo ex-empregador se estende ao novo empregador, exigindo-se que este se abstenha de qualquer ato que possa violar o compromisso assumido pelo empregado (AMIEL-DONAT *apud* OLIVEIRA NETO, 2015, p. 115).

Lyon-Caet tem posição neste mesmo sentido, e diz que há a “responsabilidade do novo empregador, assim que este tome ciência do pacto de não concorrência firmado pelo empregado” (LYON-CAET *apud* OLIVEIRA NETO, 2015, p. 115).

3.10 Aspectos Formais

Há diversos momentos em que se pode pactuar a cláusula de não concorrência. Pode ser pactuada tanto antes da contratação, no momento da contratação, durante sua vigência, no momento da rescisão contratual ou até mesmo após extinto o contrato de trabalho.

A cláusula poderá ser estipulada no momento da contratação, mas desde que a vontade exteriorizada pelo trabalhador não esteja viciada.

Para o autor Oliveira (2015, p 116), “a presunção é de que o trabalhador aquiesceu com o pactuado, aplicando-se analogicamente a Orientação Jurisprudencial n. 160 da SDI-1 do TST, na qual diz: “É inválida a presunção de vício

de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade”.

Da mesma maneira que, poderá ser pactuada a cláusula de não concorrência na rescisão contratual, sendo este momento o mais seguro ao empregado, pois pode exteriorizar suas vontades de forma mais livre.

É do empregado o ônus de demonstrar o eventual vício de consentimento, visto que, segundo Oliveira (2015, p. 116) “em regra, o trabalhador sujeito à cláusula de não concorrência possui formação diferenciada, não sendo crível que pudesse tão facilmente ser manipulado pelo antigo empregador”.

O momento em que mais se tem divergências doutrinárias e jurisprudenciais é na pactuação da cláusula durante o contrato de emprego. Tinha-se o entendimento de que só seria válida a pactuação da cláusula de não concorrência estabelecida durante o contrato caso houvesse relevante alteração nas condições de trabalho.

Entretanto, para Oliveira (2015, p. 117) essa posição não é a mais satisfatória, “ante a presunção de boa-fé que deve nortear as relações recíprocas do trabalho”. Afirma ainda que, “a maioria das decisões tem sido no sentido de validar a aplicação da cláusula de não concorrência firmada durante o contrato de emprego, independentemente de ter ocorrido alguma alteração que assim justificasse”.

Martins (2017, p. 218) afiança que a cláusula de não concorrência deve ser feita por escrito no contrato de trabalho. Já Oliveira (2015, p. 117) fala que “a cláusula de não concorrência normalmente é escrita”, pois poderia ser pactuada de forma verbal, uma vez que inexistente norma disciplinando a cláusula.

Portanto, é aconselhável que a cláusula de não concorrência seja ajustada na forma escrita, pois em sendo ajustada de forma verbal, ficará difícil a sua comprovação, bem como, o empregado precisa ter ciência das suas restrições e as limitações ao seu livre exercício do direito ao trabalho.

Importante destacar que o autor Martins (2017, p. 218) defende que a cláusula de não concorrência não pode ser implícita, pois, nas palavras dele, “visando evitar problemas para o empregado, justamente de não poder trabalhar, pois daria margem a incertezas”. Neste mesmo segmento, Oliveira Neto (2015, p. 118) também defende que não pode ser pactuada a cláusula de não concorrência implícita.

Conclui-se que, a cláusula de não concorrência deve estar explicitamente pactuada no contrato de trabalho ou então deve haver a inequívoca concordância do empregado quanto a sua aplicação, podendo ser comprovado, como por exemplo, pelo costume da empresa em estipular a cláusula de não concorrência para aquele cargo específico. Nesse sentido:

TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 1557004720105230003 (TST) Data de publicação: 30/06/2015

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015 /2014. JULGAMENTO ULTRA PETITA. Tendo sido expressamente pleiteada a condenação da reclamada ao pagamento da indenização por tempo de serviço, o magistrado, ao entender que, *'muito embora não tenha sido demonstrada a assinatura de cláusula de não concorrência, as testemunhas confirmaram a prática da empresa em efetuar o pagamento da indenização pleiteada, a partir do cargo de gerente, além de ter sido demonstrado que o reclamante, nessa função, possuía acesso a informações sigilosas'*, não incorre em julgamento ultra petita, porquanto respeitados os limites do pedido e da matéria de defesa [...]. (TST – AIRR: 1557004720105230003, Data De Julgamento: 24/06/2015, Data de Publicação: DEJT 30/06/2015).

3.11 Requisitos

A delimitação dos requisitos tem como principal função estabelecer as premissas em que deve ser pactuada na cláusula de não concorrência, quais sejam: o tempo de vigência da cláusula, a sua limitação territorial, área de atuação e a devida compensação que deve ser paga ao empregado.

Nas palavras de Gustavo Garcia (2016, p. 85),

Para que não ocorra violação do direito constitucional de liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, inciso XIII, da CF/88), a cláusula de não concorrência, para ser válida mesmo após o término do contrato de emprego, deve sofrer limitações quanto ao seu tempo de duração e ao espaço territorial de incidência, referindo-se a certa modalidade específica de trabalho. Além disso, faz-se necessário assegurar ao trabalhador uma indenização justa e razoável, compensando o dever de observar a cláusula de não concorrência.

Neste sentido, a seguinte ementa em que não se reconheceu a validade da cláusula de não concorrência por inobservância aos requisitos exigidos:

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO TST - RECURSO DE REVISTA: RR 10660320145120022. Publicação: 08/09/2017

Ementa: RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E CONFIDENCIALIDADE. ADITIVO AO CONTRATO DE TRABALHO. DESPROPORCIONALIDADE DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS AO EMPREGADO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. INVALIDADE. OBSTÁCULO PARA O INGRESSO NO MERCADO DE TRABALHO.

No caso em tela, discute-se a licitude de cláusula de confidencialidade e de não concorrência firmada pela reclamada com o reclamante, mediante aditivo ao contrato de trabalho. A jurisprudência do TST tem se firmado no sentido de que, conquanto a estipulação de cláusula de não concorrência cinja-se à esfera de interesses privados do empregador e do empregado, **imprescindível para o reconhecimento da validade de tal ajuste a observância a determinados requisitos, dentre os quais: a estipulação de limitação territorial, vigência por prazo certo e vantagem que assegure o sustento do empregado durante o período pactuado, bem como a garantia de que o empregado possa desenvolver outra atividade laboral.** Tais requisitos, todavia, não restaram atendidos. Com efeito, da leitura da cláusula de confidencialidade e não concorrência transcrita no acórdão regional constata-se que não houve a estipulação de limitação territorial (o que pressupõe sua abrangência para todo o território nacional), nem de alguma espécie de contrapartida financeira ao reclamante durante o período da restrição temporária pactuada, o que vai de encontro com o disposto no art. 444 da CLT, que veda a estipulação de relações contratuais de trabalho que contrariem as disposições de proteção ao labor. (TST - RR: 10660320145120022, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 30/08/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/09/2017)

Deste modo, no tocante à validade da cláusula de não concorrência, Oliveira (2015, p. 127) enfatiza os principais requisitos exigidos pela doutrina e jurisprudência:

a) limitar o lapso temporal em que o empregado não poderá exercer atividade [...]; **b)** limitar a área de atuação em que o empregado não poderá exercer a atividade, mantendo correspondência com a atividade que o empregado exercia durante o contrato; **c)** limitar a amplitude geográfica dependendo da atuação ou influência geográfica da empresa; **d)** existir legítimo interesse do empregador nestas limitações, ou seja, fazer-se presente a efetiva possibilidade de prejuízo do empregador; **e)** justifica e limitar ao necessário a restrição; **f)** o empregado deve receber compensação financeira, geralmente representada pelo último salário multiplicado pelo tempo de quarentena [...]; **g)** deve existir previsão de multa contratual em caso de descumprimento, observando-se que o valor da multa não poderá exceder o da obrigação principal; **h)** jamais vedar o exercício de qualquer atividade, ou seja, o empregado pode exercer quaisquer atividades, desde que não concorrentes com o empregador.

Desse modo, será nula a cláusula que não obedecer os requisitos cumulativos de pagar a devida indenização, for estabelecida a cláusula por tempo

excessivo, e não determinar a região e a atividade que não poderá exercer a concorrência.

3.11.1 Período de tempo

A cláusula de não concorrência deve ser estabelecida durante determinado tempo, não pode ser pactuada por tempo indefinido e ilimitado.

Martins (2017, p.218) afirma que “não pode ser, portanto, perpétua, pois impediria o empregado de trabalhar na atividade. Deve a limitação estar balizada dentro do princípio da razoabilidade, de acordo com o que for pactuado entre as partes”.

Esse tempo estabelecido pela cláusula de não concorrência pode ser de cinco anos, por aplicação da regra do art. 1.147 do CC, o qual diz que “não havendo autorização expressa, não pode o alienante fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”.

Como também, pode ser de dois anos, por meio da aplicação analógica do art. 445, caput, da CLT, que diz respeito ao prazo máximo estabelecido para o contrato de trabalho por prazo determinado.

Oliveira (2015, p. 20) faz uma crítica no sentido de que “o período de cinco anos é muito extenso, e o art. 445 da CLT não serve de base para fixação do período da quarentena”. Contudo, ele afirma ainda que deve ser tido como regra o período de dois anos, como limite de tempo fixado pela cláusula, fazendo ressalvas aos que defendem o limite de doze meses.

É válido ressaltar que devem ser analisadas as circunstâncias de cada caso concreto, visto que muitas vezes o prazo de dois anos pode ser considerado um lapso muito extenso, sendo superado o bem imaterial protegido ou pode ser considerado curto, em situações que necessitem maior abrangência.

É possível que haja a prorrogação do pacto de não concorrência, com o argumento de que está inserido na autonomia privativa das partes, é o que defende o autor Oliveira (2015, p. 21), desde que:

Respeite os limites temporais em regra utilizados, tal como apontados, para a preservação dos direitos da empresa, sem violar o núcleo essencial do direito do empregado ao trabalho; Não se prorrogue além do necessário para a preservação do bem definido e; Essa prorrogação ocorra de modo bilateral.

Porém, é válido destacar que essa prorrogação não pode ficar totalmente a cargo do empregador, pois perderia a bilateralidade contratual, e caso não haja previsão contratual neste sentido, a cláusula seria anulável.

3.11.2 Área de Atuação

A delimitação da área de atuação do empregado é um requisito exigido para a validade da cláusula de não concorrência. A referida cláusula é adequada desde que limitada a área da atividade econômica em que atua a empresa. Deve estar descrito no contrato quais as atividades concorrentes e vinculadas às exercidas pelo empregado.

Para Oliveira Neto (2015, p. 122) “a limitação da área de atuação consiste em restringir a área de trabalho em que o empregado não poderá exercer a atividade, de modo correspondente com a atividade que o empregado exercia durante o contrato”.

Nesse sentido, Oliveira (2015, p. 122) acrescenta a seguinte ementa:

193043043 JCLT.468 JNCCB.422 – CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA – VALIDADE – É válida a inserção de cláusula de não concorrência no contrato de trabalho, **desde que restrita a determinado segmento de mercado e estabelecida por tempo razoável, além de prever indenização compensatória.** Não há que se falar em alteração contratual lesiva (CLT. art. 468) na medida em que as normas contratuais decorreram de mútuo consentimento e não acarretam prejuízo ao Reclamante, observando os princípios e normas legais. Referida cláusula tem como justo objetivo proteger segredos industriais entre empresas concorrentes, procurando evitar a quebra de sigilo. Na verdade, tal dispositivo contratual visa preservar os princípios da lealdade e da boa-fé (art. 422 do Código Civil), inexistindo mácula a respaldar a pretendida nulidade. (TRT 2ªR. – RO 01344-2002-078-02-00-7- 4ª T. – Rel. Juiz Sergio Winnik – DOE/SP 14.12.2007”.

3.11.3 Área Geográfica

Oliveira (2015, p. 121) fala que a abrangência geográfica para a limitação “depende da atuação ou influência geográfica da empresa, na medida em que deve existir legítimo interesse do empregador nesta limitação, ou seja, fazer-se presente a efetiva possibilidade de prejuízo do empregador”.

A limitação da área geográfica na cláusula de não concorrência é um requisito, porém este requisito se mostra um tanto defasado e ineficaz, visto que o mercado de trabalho está cada vez mais globalizado, ficando cada vez mais próximos.

Entretanto, não significa dizer que não deve ser observado o requisito da limitação da área geográfica, visto que, seria injusta a restrição ao local em que o empregador não tenha abrangência econômica.

3.11.4 Compensação

Para que a cláusula de não concorrência seja válida é necessário o pagamento de uma indenização, em decorrência da restrição ao trabalho imputado ao empregado. É neste sentido que se posiciona os Tribunais:

**TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 16201820125020 SP
00016201820125020011 A28 (TRT-2)**

Data de publicação: 30/10/2013

**Ementa: CLÁUSULA DE NÃO-
CONCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. VALIDADE.**

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

Nas palavras de Oliveira (2015, p.123), “a razão da compensação financeira é propiciar ao ex-empregado a manutenção das condições em que vivia, o que se tornaria mais difícil de ser obtido haja vista as limitações impostas pela cláusula de não concorrência”.

A cláusula de não concorrência não será válida quando a indenização for paga antes do término da relação contratual, sob o argumento de que a indenização paga por força da cláusula não alcançaria sua finalidade. O pagamento da indenização poderá ser feito mensalmente, em parcela única quando da restrição ou

até mesmo após um tempo de findo o contrato, desde que a demora não prejudique o empregado.

Para Oliveira (2015, p. 123) “o pacto de não concorrência gera expectativa de indenização, de sorte que o empregador não possui o direito de renunciar ao acordado, pois, de modo contrário, estaria agindo em desacordo com a boa-fé objetiva que se espera dos contratantes”.

3.12 Extinção e Descumprimento

Independentemente da forma em que for rescindido o contrato de trabalho, seja por rescisão indireta, com ou sem justa causa, pedido de demissão, a cláusula de não concorrência continuará válida.

A respeito disso, Martins (2017, p. 219) afirma que “mesmo que o empregado seja dispensado com justa causa, sem justa causa, peça demissão, haja rescisão indireta ou venha a se aposentar, o pagamento da indenização será devido, assim como a obrigação de não concorrência”.

Oris de Oliveira afirma que “o empregado pode, a seu critério, se isentar da obrigação, perdendo o direito à indenização, na hipótese de resilir indiretamente o contrato de emprego, ou se houver dispensa imotivada pelo empregador” (OLIVEIRA apud OLIVEIRA, 2015, p. 125).

Entretanto, Oliveira (2015, p. 125) alega que essa afirmação é ousada, uma vez que a falta cometida pelo empregador ou a dispensa do empregado não faz com que desapareça a necessidade da preservação dos segredos que o empregado já tenha conhecimento, “ou seja, não interfere na esfera de proteção do bem objeto do pacto firmado, que possui relevância social que vai além da própria empresa”.

Para Martins (2017, p. 220), poderá ser pactuado o valor de uma multa caso haja o descumprimento da cláusula de não concorrência. Porém, pelo fato da CLT ser omissa no que diz respeito à cláusula de não concorrência, e aplicando analogicamente o artigo 412 do Código Civil, o valor dessa multa não pode ser maior que o da obrigação principal.

Seguindo esta ordem, Regiane Teresinha de Mello João (2003, p. 126) “entende que o art. 462, §1, da CLT confere fundamento para a cobrança do empregado, em caso de violação à cláusula de não concorrência pós-contrato de trabalho”.

Oliveira Neto (2015, p. 126) fala que a desobediência à cláusula de não concorrência tem uma maior aquiescência na linha tradicional, em que “se houver o descumprimento da obrigação por parte do empregado, poderá o empregador buscar judicialmente a restituição dos valores pagos, ou mesmo a execução da obrigação, sem prejuízo da cobrança por perdas e danos e da multa pecuniária”.

Nesse segmento, entende Martins (2017, p. 219) que

Caso o empregado vier a descumprir a cláusula de não concorrência, devolver a indenização ou deixar de receber as parcelas restantes, poderá o empregador exigir que cesse a não concorrência, requerendo aplicação de cláusula penal ou responsabilizar o trabalhador pro perdas e danos pelo prejuízo que sofreu, pois o pactuado foi descumprido.

Ao passo que, no que diz respeito ao descumprimento da obrigação por parte do empregador, o empregado poderá exigir o seu devido cumprimento, com a eventual cobrança de perdas e danos, ou poderá se exonerar da obrigação de não concorrência.

3 CONCLUSÃO

As empresas contemporâneas investem cada vez mais seus recursos em investimento pessoal, criação de processos, desenvolvimento de produtos e software, contudo, não tem como esconder esses bens imateriais dos empregados, que acabam tendo contato direto com o processo de conhecimentos das atividades, especialmente aqueles que estão em posições estratégicas de direção ou de alto escalão.

Nessa situação, deve ser inserida a cláusula de não concorrência, com o intuito de que o empregado que tem contato com os bens imateriais da empresa, que são as informações pessoais de clientes, banco de dados, planos de marketing, transações, segredos e dados comerciais, estratégias do negócio, fórmulas e técnicas de produção, novos inventos, métodos de fabricação e produção, conserve

essas informações, sem expor para a concorrência e nem utilize contra seu ex-empregador.

O empregado se compromete a não realizar concorrência com o ex-empregador, por isso diz-se que é uma obrigação de não fazer, na qual restringe a liberdade ao trabalho do empregado, que possui amparo constitucional para tanto, com fundamento na livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada, pleno emprego, direito geral de liberdade. Tem amparo constitucional ainda nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva e função social do contrato, além da presunção de licitude do contrato; e infraconstitucional no art. 8º da CLT, que permite o uso do direito comparado, direito civil e princípios como fonte subsidiária de aplicação ao direito do trabalho, e do art. 444, que fala da liberdade para estipulação das cláusulas contratuais, desde que não contrárias às disposições de proteção ao trabalho.

A pactuação da cláusula de não concorrência garante a livre iniciativa, proibindo que ex-empregado dê informações e viole os segredos da empresa, sendo restringido o direito à liberdade de trabalho.

Não se pode falar em nulidade da cláusula de não concorrência alegando a incompatibilidade com o princípio constitucional da liberdade ao trabalho, pois nessa restrição não ocorre a proibição total do trabalho do empregado, restringe-se apenas algumas atividades que resultariam em concorrência com o ex-empregador.

A cláusula deve ser analisada e pode ser reconhecida como válida desde que justificada e limitada, verificando-se sempre os princípios da proporcionalidade, da adequação e da necessidade. Com isso, a limitação ao exercício do trabalho deve ser adequada para o alcance do fim pretendido; necessário, pois deve ser avaliado se a medida é realmente necessária para garantia do bem protegido, devendo-se optar pelo menos gravoso; e, proporcional, para que o custo do bem justifique a adoção de defesa dos interesses do empregador.

Além de observar os princípios citados, devem ser ponderados alguns requisitos apontados pela doutrina e jurisprudência para a validade da cláusula de não concorrência, que são: a. limitar o tempo em que o empregado não poderá exercer a atividade que, em regra, deve ser de dois anos; b. limitar a área de atuação que o empregado não poderá exercer a atividade, estando ligado à atividade exercida anteriormente pelo empregado. Importante destacar que, não é vedado o exercício de qualquer atividade, apenas ocorre a vedação das atividades concorrentes com o empregador; c. limitar a área geográfica atingida pela cláusula;

d. deve haver legítimo interesse do empregador, ou seja, deve ter a efetiva possibilidade de prejuízo ao empregador; e. justificar e limitar a restrição; f. deverá o empregado receber uma compensação financeira, que normalmente terá como base o último salário multiplicado pelo tempo de quarentena; g. deve haver multa contratual para o caso de descumprimento da cláusula.

Logo, a cláusula de não concorrência vem sendo considerada válida na relação de emprego pelos tribunais brasileiros, sempre com reservas, observando-se os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade, bem como, obedecidos os requisitos exigidos para sua pactuação.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do trabalho: teoria geral a segurança e saúde**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do trabalho: duração do trabalho a direito de greve**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSI, Fernando Lima. Cláusula de não concorrência em contrato de trabalho ainda gera divergências. **Revista Consultor Jurídico**, 30 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-30/fernando-bosi-clausul-naoconcorrencia>> Acesso em: 29 de agosto de 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro e Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade**. São Paulo: LTr, 2015.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NOLASCO, Lincoln. **Contrato de trabalho**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

ZANATTA, Maria Gabriela Franco. **A cláusula de não concorrência no direito do trabalho**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI283408,91041-A+clausula+de+nao+concorrencia+no+direito+do+trabalho>>. Acesso em 19 de setembro de 2018.