

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP
FACULDADE DE DIREITO

JULIANA GIACOMIM MENDES DE ANDRADE

**Cláusulas especiais no contrato de emprego e o direito à proteção da
propriedade intelectual do empregador**

São Paulo – SP

2017

JULIANA GIACOMIM MENDES DE ANDRADE

**Cláusulas especiais no contrato de emprego e o direito à proteção da
propriedade intelectual do empregador**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

Orientador: Prof. Rodrigo Chagas Soares.

São Paulo/SP
2017

JULIANA GIACOMIM MENDES DE ANDRADE

**Cláusulas especiais no contrato de emprego e o direito do empregador à
proteção da propriedade intelectual**

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo como
exigência parcial à obtenção do título de
especialista em Direito e Processo do
Trabalho.

Aprovada em: São Paulo/SP ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico o presente trabalho primeiramente a Deus pela presença constante e bênçãos concedidas, aos meus pais pela força e confiança que depositaram em mim, aos meus irmãos pelo apoio e aos amigos que contribuíram para o resultado desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por se fazer sempre presente me guiando para as melhores escolhas.

Aos meus pais e irmãos por sempre me apoiarem no meu crescimento pessoal e profissional.

Ao meu orientador Rodrigo Chagas Soares pelas diretrizes e esclarecimentos que tornaram possível esse trabalho.

A Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pelo excelente ensino e acesso às informações necessárias para que pudesse realizar esta monografia.

Agradeço também aos amigos pelos grandes ensinamentos.

RESUMO

O presente estudo aborda a importância da inserção de cláusulas especiais nos contratos de emprego, a qual tem se mostrado cada vez mais frequente em razão da necessidade de proteção da propriedade intelectual do empregador, como consequência da crescente concorrência no mercado empresarial. Dentre as diversas cláusulas especiais, destacam-se as cláusulas de não-concorrência, de permanência ou duração mínima, de sigilo ou confidencialidade, de exclusividade e de não recrutamento. Não obstante a grande importância em torno da inserção das referidas cláusulas nos contratos de emprego, a ausência de regramento específico na Consolidação das Leis do Trabalho traz certa insegurança tanto para o empregador quanto para o empregado quanto a sua aplicabilidade nos contratos de emprego, de modo que a análise e orientação jurídica acerca da matéria tem como base construções doutrinárias e jurisprudenciais, assim como os princípios constitucionais de proteção ao trabalho e da livre iniciativa, e o direito comparado.

Palavras-chave: Direito do trabalho. Cláusulas especiais. Propriedade intelectual. Segredo do negócio. Não-concorrência.

ABSTRACT

This dissertation addresses the importance about the insertion of special clauses in employment contracts, which became increasingly frequent due to the need to protect the intellectual property owned by the employer, as a result of increasing competition in the business market. The clauses of non-compete, permanence, confidentiality, exclusivity and non-recruitment stand out among the different types of special clauses. Notwithstanding the great importance regarding the insertion of the referred clauses, the lack of specific regulations in the Consolidation of Labor Laws creates uncertainty for the employer as well for the employee regarding the applicability of these clauses in employment contracts, in a way that legal analysis and guidance on the matter is based on legal treatises and case laws, constitutional principles of labor protection and free enterprise, as well comparative law.

Keywords: Employment law. Special clauses. Intellectual Property. Trade secrets. Non-compete.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
Art.	Artigo
CC	Código Civil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. CONTRATO DE TRABALHO.....	11
1.1 Conceito.....	11
1.2 Distinção entre contrato de trabalho e contrato de emprego.....	12
1.2.1 Contrato de emprego.....	13
1.2.2 Contrato de trabalho.....	17
2. FORMAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO.....	20
2.1 Elementos essenciais ao contrato de emprego.....	20
2.1.1 Capacidade do empregado.....	20
2.1.2 Licidade do objeto.....	22
2.1.3 Forma prescrita ou não defesa em lei.....	23
2.1.4 Manifestação de vontade.....	24
2.2 Elementos acidentais.....	26
3. CLÁUSULAS ESPECIAIS E A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.....	28
4. CLÁUSULAS ESPECIAIS E OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E DE PROTEÇÃO AO EMPREGADO.....	30
4.1 Princípio da boa-fé.....	30
4.2 Princípio da proteção.....	31
4.2.1 Princípio da fonte jurídica mais favorável.....	32
4.2.2 Princípio da condição mais benéfica.....	32
4.3 Princípio da irrenunciabilidade.....	33
4.4 Princípio da liberdade do trabalho.....	34
4.5 Princípio da livre iniciativa.....	35
4.6 Princípio da proporcionalidade.....	36
4.7 Princípio da razoabilidade.....	36
5. CLÁUSULAS ESPECIAIS E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS EMPREGADOS.....	38

6. LIMITES IMPOSTOS À INSERÇÃO DE CLÁUSULAS ESPECIAIS NOS CONTRATOS DE EMPREGO.....	40
7. ESPÉCIES DE CLÁUSULAS ESPECIAIS SEGUNDO A DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS.....	42
7.1 Cláusula de não concorrência.....	42
7.2 Cláusula de permanência ou Cláusula de duração mínima.....	48
7.3 Cláusula de sigilo ou Cláusula de confidencialidade.....	52
7.4 Cláusula de exclusividade.....	55
7.5 Cláusula de não recrutamento.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

A importância em torno do estudo das cláusulas especiais nos contratos de emprego se dá pela necessidade de proteção da propriedade intelectual do empregador, como consequência da crescente concorrência no mercado empresarial.

Desse modo, o presente trabalho traz inicialmente o conceito de contrato de emprego e contrato de trabalho, com o intuito de tornar mais fácil e clara a compreensão de algumas peculiaridades em torno da inserção das cláusulas especiais nos contratos de emprego no presente estudo. Após, é realizada a análise da formação do contrato de emprego, destacando-se os elementos essenciais e acidentais, estando as cláusulas especiais insertas nos chamados elementos acidentais ao contrato de emprego. Mais adiante, são destacados os princípios gerais do direito, de proteção ao trabalho e à livre iniciativa, como forma de aferir a possibilidade de flexibilização de alguns direitos do empregado ante a inserção das cláusulas especiais.

Por fim, é realizado o estudo dos limites impostos pela doutrina e jurisprudência brasileiras quanto à inserção das cláusulas especiais, e a consequente análise das cláusulas especiais mais comuns nos contratos de emprego no Brasil, dentre elas as cláusulas de não-concorrência, de permanência ou duração mínima, de sigilo ou confidencialidade, de exclusividade e de não recrutamento.

Nesse contexto é destacada a ausência de regramento específico na Consolidação das Leis do Trabalho, a qual traz certa insegurança tanto para o empregador quanto para o empregado quanto a sua aplicabilidade nos contratos de emprego. Assim, por tal razão, o estudo tem como base construções doutrinárias e jurisprudenciais, assim como os princípios constitucionais de proteção ao trabalho e da livre iniciativa, e o direito comparado.

No entanto, ante a ausência de regramento específico, são inúmeras as discussões a respeito do tema, não havendo consenso na doutrina e jurisprudência quanto à validade da inserção das aludidas normas nos contratos de emprego. Além disso, quando ultrapassada a questão atinente a validade das cláusulas especiais, a discussão se transfere para o momento da inserção, isto é, se antes de celebrado o

contrato de trabalho, durante o curso deste, ou ainda após findo o contrato entre as partes.

É bem verdade que estas discussões não são de fácil solução, pois envolvem interpretação de princípios constitucionais de proteção ao trabalhador, assim como o direito à livre iniciativa por parte dos empregadores. Há argumentos plausíveis que embasam teses que definem como válida a inserção das cláusulas especiais nos contratos de emprego, mas há também argumentos fortes para sustentar o entendimento de que, em alguns casos, esse tipo de cláusula deve ser considerada proibida. Não só a doutrina, como também a jurisprudência pátria, ainda diverge muito quando o assunto é a inserção de cláusulas especiais nos contratos de emprego, visto que as situações concretas podem tornar a decisão em torno do tema totalmente diversa.

Assim, busca-se com o presente trabalho demonstrar em linhas gerais a importância em torno do estudo das cláusulas especiais, os possíveis limites, assim como o momento de pactuação, sem, é claro, querer colocar um fim nas divergências existentes em torno dessa matéria, haja vista a ausência de regramento específico para tratar sobre a matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

1. CONTRATOS DE TRABALHO

1.1 Conceito

O início da relação de trabalho ou de emprego depende, segundo a teoria contratualista adotada pela Consolidação das Leis do Trabalho¹, do ajuste de vontade entre as partes contratantes. Assim, tem-se que o contrato é um acordo feito entre as partes, de forma expressa ou tácita, com o intuito de ajustar direitos e obrigações recíprocas.

O contrato de trabalho tem sua conceituação trazida pelo artigo 442 da CLT, segundo o qual constitui “*o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego*”. O conceito trazido pelo referido artigo celetistas é analisado por Vólia Bomfim² nos seguintes termos:

Portanto, o contrato de trabalho resulta da soma dos requisitos caracterizadores da relação de emprego, ou seja, é a convenção expressa ou tácita, pela qual uma pessoa física presta serviços a outra (pessoa física ou jurídica), de forma subordinada e não eventual, mediante salário e sem correr os riscos do negócio, de forma continuada. Esse contrato de trabalho pode ser individual ou plúrimo, este último também chamado de contrato de equipe.

No entanto, o aludido conceito é criticado por diversos doutrinadores e estudiosos da seara trabalhista, dentre eles, destacam-se, Alice Monteiro de Barros³, Luciano Martinez⁴ e Vólia Bomfim⁵. Isso porque, para os referidos doutrinadores a CLT acaba por reduzir o conceito de contrato de trabalho a uma relação de emprego, não sendo, por tal motivo, a expressão mais correta para transmitir a *mens legis*.

Assim, tem-se que contrato de trabalho em seu sentido amplo não engloba somente a relação de emprego, mas também diversas outras formas de trabalho humano. Segundo dispõe DELGADO⁶, a relação de trabalho:

[...] refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria,

¹ Nesse sentido é o entendimento de Vólia Bomfim, Alice Monteiro de Barros e Mauricio Godinho Delgado.

² CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 555.

³ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 157.

⁴ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270.

⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., p. 552.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 295.

desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

No mesmo sentido é o entendimento de Luciano Martinez⁷ ao tratar acerca do conceito de contrato de trabalho *lato sensu*:

Sendo o trabalho qualquer atividade humana que visa ao sustento próprio do trabalhador e, se for o caso, o de sua família, há de concluir-se que o seu universo é, realmente, extremamente amplo. Afinal, sob o rótulo “trabalho” se encontram atividades prestadas “por conta própria” (inclusive para autossustentação) ou “por conta alheia” (com sentido econômico); de modo “autônomo” ou “subordinado”; de forma “eventual” ou “não eventual”. Enfim, do mesmo tronco comum surgem diversas ramificações com suas particularidades, não obstante todas elas tenham o idêntico propósito de garantir a sobrevivência humana.

Depreende-se, então, que o conceito de contrato de trabalho em sentido amplo, reflete não apenas a típica relação de emprego conforme conceituação trazida pelo art. 442 da CLT, mas também a relação de emprego e de trabalho em sentido estrito, as quais serão melhor analisadas nos subtópicos seguintes.

1.2 Distinção entre contrato de trabalho e contrato de emprego

Conforme exposto linhas acima, não obstante a Consolidação das Leis do Trabalho tenha adotado o termo contrato de trabalho no art. 442, verifica-se que a sua definição está adstrita aqueles contratos provenientes de uma típica relação de emprego.

Nesse contexto, mostra-se relevante distinguir relação de trabalho e relação de emprego, fazendo-a de forma sucinta e sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, haja vista o escopo do presente trabalho. Insta esclarece, quanto a esse ponto, que, a partir do estudo de tal distinção, busca-se tornar mais fácil e clara a compreensão de algumas peculiaridades em torno da inserção das cláusulas especiais nos contratos de emprego a ser tratada mais adiante no presente estudo e a qual se limitará a análise exclusiva das cláusulas especiais nos contratos de emprego.

⁷ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 244 e 245.

1.2.1 Contrato de emprego

A relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho e constitui a modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente, considerando-se o aspecto econômico-social e jurídico⁸. Nas palavras de Luciano Martinez⁹:

Contrato de emprego é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (o empregado) obriga-se, de modo pessoal e intransferível, mediante o pagamento de uma contraprestação (remuneração), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), que assume os riscos da atividade desenvolvida e que subordina juridicamente o prestador.

Assim, tem-se que contrato de emprego é o ajuste de vontade entre o empregado e o empregador. Nesse sentido, vale ressaltar que segundo disposto no artigo 2º da CLT empregador é toda *“empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”* e o empregado é *“toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”* (art. 3º da CLT).

Acerca do empregado e do serviço a ser por ele desempenhado em favor do empregador já dispôs BARROS¹⁰ que:

Empregado pode ser conceituado como a **pessoa física** que presta **serviço de natureza não-eventual** a empregador mediante **salário e subordinação jurídica**. Esses serviços podem ser de natureza técnica, intelectual ou manual, integrantes das mais diversas categorias profissionais ou diferenciadas. (grifos no original)

Desse modo, no contrato de emprego tem-se de um lado o empregado (pessoa física), que presta serviços, e, de outro lado, o empregador (pessoa física ou jurídica), em função de quem os serviços são prestados de forma subordinada, habitual e mediante salário. O contrato de emprego é formado quando existentes os elementos necessários para configurar uma típica relação de emprego entre as partes, quais se, são pessoalidade, onerosidade, subordinação e habitualidade.

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 296.

⁹ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 271.

¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 174.

Importa destacar ainda que há doutrinadores que entendem por incluir o risco do negócio como um dos elementos caracterizadores da relação de emprego, dentre eles, Vólia Bomfim¹¹, que destaca que somente *“quando presentes os cinco elementos concomitantemente estará caracterizada a relação de emprego, distinguindo o empregado dos demais trabalhadores”*.

Dada a importância em torno dos elementos caracterizadores da relação de emprego, torna-se fundamental a análise de cada elemento necessária a sua formação.

O primeiro deles refere-se à pessoalidade, isto é, a impossibilidade de o empregado se fazer substituir por outra pessoa durante a prestação dos serviços. Como bem destaca Vólia Bomfim¹², *“o contrato de emprego é pessoal em relação ao empregado”*, uma vez que segundo a referida autora¹³ quando da contratação do trabalhador foram consideradas pelo empregador *“suas qualificações pessoais ou virtudes (formação técnica, acadêmica, perfil profissional, personalidade, grau de confiança que nele é depositada, etc.)”*.

Há que se destacar, no entanto, a possibilidade de substituição do empregado em situações pré-determinadas por lei ou pela vontade do empregador sem que tal condição descaracterize a relação de emprego. Nesse sentido Vólia Bomfim¹⁴ ressalta que:

a pessoalidade não quer dizer que o trabalho só poderá ser desenvolvido, com exclusividade, por aquele empregado, e nenhum outro. Na verdade, o empregador poderá trocar de empregado, seja para substituí-lo no posto de trabalho, seja para cobrir suas faltas, férias ou atrasos. Isto significa que o obreiro pode ser trocado por outro empregado, por escolha do empregador ou com o consentimento deste, mas não pode se fazer substituir livremente por alguém da sua própria escolha, estranho aos quadros da empresa e sem o consentimento do patrão.

Vale ponderar ainda que, tratando-se de substituição intermitente, há um risco de ser descaracterizada a relação de emprego. Ou seja, há a necessidade de ser analisada a situação fática de cada empregado com a finalidade de verificar eventual

¹¹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 283.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem. p. 284

afastamento da relação empregatícia. Sobre o assunto explica Maurício Godinho Delgado¹⁵ que:

verificando-se a prática de substituição intermitente – circunstância que torna impessoal e fungível a figura específica do trabalhador enfocado -, descaracteriza-se a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico.

Quanto à onerosidade, deve-se entender que não há contrato de emprego sem que haja encargos e vantagens recíprocas. Isto é, “*o patrão recebe os serviços e, o empregado, o respectivo pagamento*”¹⁶. Assim, tem-se que o contrato deve ser oneroso, tendo o empregado direito ao salário.

Como bem ensina DELGADO¹⁷:

a relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Através dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual. Desse modo, ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada.

Já a subordinação, vista na maioria das vezes como o elemento fático-jurídico de maior importância para caracterizar a relação de emprego, diz respeito ao poder de direção do empregador sobre a prestação pessoal dos serviços de seus empregado. A subordinação jurídica, segundo COLIN, *apud* BARROS¹⁸, é “*um estado de dependência real criado pelo direito de o empregador comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens*”.

Sobre os efeitos da subordinação na relação entre o empregado e o empregador destaca Vólia Bomfim¹⁹:

Em face do poder de comando do empregador, o empregado tem o dever de obediência, mesmo que ténue (altos empregados) ou em potencial

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 296.

¹⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 293.

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. op. cit., p. 302.

¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 173.

¹⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., p. 287 e 288.

(profissionais), podendo aquele dirigir, fiscalizar a prestação de serviços, bem como punir o trabalhador.

O empregador é dotado do poder de direção por comandar, escolher e controlar os fatores de produção da empresa. O poder de direção se desdobra⁴ em poder diretivo, em poder disciplinar e em poder hierárquico ou de organização. O primeiro se constitui na capacidade do empregador em dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando os objetivos da empresa. O segundo traduz-se no poder que tem o patrão de impor punições aos empregados. O terceiro é a capacidade do empregador em determinar e organizar a estrutura econômica e técnica da empresa, aí compreendida a hierarquia dos cargos e funções, bem como de escolher as estratégias e rumos da empresa.

Necessário ponderar quanto a esse ponto que em algumas situações a subordinação, entendida como dever de obediência, mostra-se mais tênue em razão do status que o empregado ocupa na escala hierárquica da empresa, ou ainda por se tratar de atividade intelectual, ou atividade externa. No entanto, tais fatores não afastam, por si só, a caracterização da relação de emprego.

Há ainda a habitualidade, a qual refere-se a não eventualidade do serviço segundo disposto no art. 3º, *caput*, da CLT. Sobre o quanto disposto no aludido artigo celetista, Vólia Bomfim²⁰ ressalta que:

A expressão “não eventual” referida no art. 3º da CLT deve ser interpretada sob a ótica do empregador, isto é, se a necessidade daquele tipo de serviço ou mão de obra para a empresa é permanente ou acidental. Não se deve empregar a interpretação literal do referido dispositivo legal, pois conduz à falsa ilação de que o que é episódico e fortuito é o trabalho daquele empregado em relação àquele tomador.

E conclui a referida autora²¹, esclarecendo que:

O termo não eventual, quando relacionado ao Direito do Trabalho, no ponto referente ao vínculo de emprego do urbano e rural, tem conotação peculiar, pois significa necessidade permanente da atividade do trabalhador para o empreendimento (ex.: engenheiro para uma firma de construção civil; garçom para uma churrascaria; limpeza para um escritório de advocacia, uma padaria ou uma farmácia), seja de forma contínua (ex.: garçom que trabalha de segunda a sábado em tempo integral para a churrascaria) ou intermitente (ex.: garçom contratado apenas para trabalhar aos sábados e domingos, dias de maior movimento, ou aquele contratado somente no mês de dezembro em razão da grande procura do restaurante para festas de fim de ano).

²⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 299.

²¹ Ibidem. p. 299

Assim, tem-se que a habitualidade corresponde àquele serviço que é prestado de forma regular, continuado no tempo, não esporádico, entendido como necessário para a atividade do empregador.

Já o risco do negócio, apontada por alguns doutrinadores²² como um dos elementos essenciais para caracterizar a relação de emprego, refere-se aos riscos advindos da implementação de determinada atividade econômica por parte do empregador, previsto no *caput* do art. 2º da CLT. Segundo Vólia Bomfim²³ *“este é um critério diferenciador, já que todos os outros requisitos podem estar presentes, em maior ou menor intensidade, mas se o trabalhador correr o risco do negócio, empregado não será.”*

Isto posto, extraídos os elementos fático-jurídicos acima descritos, ter-se-á qualificada a relação de emprego, sendo o contrato celebrado dela resultado denominado contrato de emprego.

1.2.2 Contrato de trabalho

Além da relação de emprego, há outras relações jurídicas que se enquadram como relação de trabalho e que daquela se diferencia, ante a ausência de um ou mais elementos fático-jurídicos caracterizadores da relação de emprego, constantes dos artigos 2º e 3º da CLT.

Pontua-se, ainda, que nem sempre a distinção entre uma relação de trabalho e uma relação de emprego é de fácil conclusão, pois os elementos podem se aproximar, e muito, de uma verdadeira relação de emprego, cabendo muitas vezes uma análise crítica por parte do intérprete e aplicador do direito das características presentes em cada tipo de relação apresentada. Sobre a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego já se manifestou Luciano Martinez²⁴:

Diz-se existente um liame jurídico de trabalho quando os sujeitos nele envolvidos assumem posições contrapostas para que um deles ofereça sua força laboral e o outro retribua esse dispêndio de energia com uma contraprestação de natureza pecuniária. Haverá relação de emprego quando, além dos caracteres que naturalmente identificam o vínculo acima expendido — prestação do trabalho + contraprestação pelo trabalho —, estiver presente um conjunto de outros elementos.

²² Dentre os doutrinadores, destaca-se Vólia Bomfim.

²³ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 299.

²⁴ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 250.

Assim, compreendida a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego, cumpre destacar algumas das mais diversas relações de trabalho reconhecidas pela doutrina brasileira, dentre elas, o contrato de trabalho autônomo, contrato de trabalho eventual, contrato de trabalho avulso, cooperativas de mão de obra e o contrato de trabalho por equipe.

O contrato de trabalho autônomo, segundo Luciano Martinez²⁵, “*é caracterizado pelo fato de o trabalhador (o prestador dos serviços) ser o responsável pela definição do tempo e do modo de execução daquilo que lhe foi contratado*”. O aludido contrato se diferencia da relação de emprego principalmente em razão da autonomia do trabalhador em idealizar as regras da prestação de serviço. Nas palavras de Vólia Bomfim²⁶:

Autônomo é o trabalhador que explora seu ofício ou profissão com habitualidade, por conta e risco próprio. A palavra habitualidade tem o conceito temporal, ou seja, que a atividade é exercida com repetição. O exercício da atividade é habitual em relação ao trabalhador (que tem constância e repetição no seu labor) e não em relação a cada tomador, como é o caso do empregado, cuja necessidade de sua mão de obra para o empregador é permanente. Normalmente executa seus serviços para diversos tomadores (clientela variada), sem exclusividade, com independência no ajuste, nas tratativas, no preço, no prazo e na execução do contrato. Corre o risco do negócio e não tem vínculo de emprego.

Já o trabalho eventual é marcado pela imprevisibilidade da repetição do serviço, a qual é desconhecida tanto pelo empregador quanto pelo trabalhador²⁷. Nas palavras de Alice Monteiro de Barros²⁸ “*o trabalho eventual é aquele que não se insere no âmbito das atividades normais de uma empresa, como é o caso de um técnico chamado momentaneamente para reparar o elevador de um estabelecimento comercial*”.

Tem-se, ainda, o trabalhador avulso, entendido como aquele trabalhador que “*associado ou não a entidade sindical, presta serviço de natureza urbana ou rural a diversas empresas, sem vínculo empregatício, mas com a intermediação obrigatória do OGMO (órgão gestor de mão de obra) ou do sindicato da categoria*”²⁹. Ainda sobre os trabalhadores avulsos, Vólia Bomfim³⁰ destaca que “*outra característica do*

²⁵ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 245.

²⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 314.

²⁷ MARTINEZ, Luciano. op. cit., p. 246.

²⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 148.

²⁹ MARTINEZ, Luciano. op. cit., p. 247.

³⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., p. 316.

avulso é o pagamento em forma de rateio procedido pelo sindicato ou OGMO (Órgão Gestor de Mão de Obra)."

As cooperativas de mão de obra, não obstante inúmeras vezes sejam objeto de fraude, tratam-se de uma modalidade de sociedade simples, segundo se depreende do quanto disposto no art. 1.093 e seguintes do Código Civil de 2002. Já o conceito de cooperativa é trazido pelo art. 2, caput, da Lei 12.690/2012, nos seguintes termos:

Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

Por fim, o contrato de trabalho por equipe, segundo Alice Monteiro de Barros³¹, *"requer o concurso de um grupo de trabalhadores organizados espontaneamente para realizar um trabalho comum"*. Ainda, sobre a complexidade do aludido contrato, ressalta Barros³²:

O trabalho realizado por uma equipe gera relações jurídicas complexas, que no tocante ao credor, quer em relação aos integrantes do grupo em si. Se a equipe adquire uma configuração autônoma, ou seja, se a subordinação não resta caracterizada, a relação jurídica permanecerá à margem do Direito do Trabalho e será disciplinada pelo direito comum, como na prestação de serviços autônomos ou na empreitada.

Esclarecida a diferença, ainda que de forma sucinta, entre relação de trabalho e relação de emprego, cumpre pontuar que o presente trabalho irá se limitar a análise da inserção das cláusulas especiais aos contrato de emprego, ou seja, aqueles em que são partes da relação jurídica o empregado e o empregador.

³¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 155.

³² Ibidem.

2. FORMAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO

Realizada a distinção entre contrato de trabalho e contrato de emprego, cumpre trazer à baila os elementos de formação dos contratos, cabendo reiterar que o presente trabalho terá como foco a inserção de cláusulas especiais nos contratos de emprego, estando, dessa forma, excluídos para fins do presente estudo os contratos de trabalho acima explicitados.

Nesse sentido, importa mencionar que a formação de um contrato de emprego depende da conjunção de alguns elementos essenciais, cuja ausência ou irregularidade pode ensejar a sua invalidade. Insta ressaltar que parte da doutrina³³ traz ainda a classificação de outros elementos, chamados acidentais, os quais estão relacionados aos termos e as condições, se inserindo nesta última classificação as cláusulas especiais.

Considerando o escopo do presente trabalho, torna-se importante o estudo dos aludidos elementos, com intuito de tornar mais clara e fácil a compreensão em torno da inserção de cláusulas especiais nos contratos de emprego, sem pretender, é claro, esgotar a matéria.

2.1 Elementos essenciais do contrato de emprego

A doutrina trabalhista brasileira³⁴, por aplicação analógica ao art. 104 do Código Civil de 2002, traz como elementos essenciais para a formação de um contrato de emprego a capacidade das partes, licitude do objeto, forma prescrita ou não defesa em lei e a declaração de vontade.

2.1.1 Capacidade do empregado

O primeiro elemento essencial do contrato de emprego é a capacidade do empregado. Segundo Maurício Godinho Delgado³⁵ a capacidade consiste “*na aptidão para exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. Capacidade trabalhista*

³³ Dentre os doutrinadores, cita-se Alice Monteiro de Barros, Vólia Bomfim, Luciano Martinez e Maurício Godinho Delgado.

³⁴ Dentre os doutrinadores, cita-se Alice Monteiro de Barros, Maurício Godinho Delgado e Luciano Martinez.

³⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 567.

é a aptidão reconhecida pelo Direito do Trabalho para o exercício de atos da vida laborativa”.

Assim, para celebrar um contrato de emprego, deve-se verificar a capacidade das partes envolvidas, entendida como tal o exercício de todos os atos da vida civil, observadas as peculiaridades atinentes à idade para o trabalho constantes no *caput* do art 402 e no art. 403 da Consolidação das Leis do Trabalho e do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988. Sobre a distinção entre a capacidade civil e a capacidade para o trabalho já se manifestou Alice Monteiro de Barros³⁶:

Outros, aos quais nos filiamos, sustentam que as disposições especiais da legislação trabalhista que disciplinam o trabalho do menor continuam em vigor, não tendo sido revogadas, sequer tacitamente, pelo Código Civil de 2002, de âmbito geral, pois aquelas derivam não apenas da incapacidade, mas de certas peculiaridades de ordem fisiológica, de segurança, de salubridade, moralidade e cultura, que justificam a proteção especial. Portanto, consideramos em vigor os art. 439 e 440 da CLT.

Ao tratar especificamente da capacidade do trabalhador, a Alice Monteiro de Barros³⁷ dispõe que:

À luz do Direito do Trabalho, é proibido o trabalho do menor de 16 anos, salvo se o fizer na condição de aprendiz, mas ainda assim é necessário que já tenha completado pelo menos 14 anos (Emenda Constitucional n. 20, de 1998). Dos 16 aos 18 anos, o trabalho é permitido mediante a autorização do representante legal. A partir dos 18 anos completos, o trabalhador torna-se absolutamente capaz.

Importante pontuar ainda que a capacidade para o trabalho ainda se distingue da legitimidade. Como bem ressalta Vólia Bomfim³⁸:

A legitimidade é o poder de exercitar um direito que só o legitimado o tem. Assim, têm capacidade plena para trabalhar os maiores de 18 anos, mas só estarão legitimados (legalmente habilitados) para exercer a profissão de vigilante ou de peão de rodeio os maiores de 21 anos.

A exigência específica para prática de determinados atos é que determina a legitimidade, que pode se referir à idade mínima, ao registro, à formação profissional, às condições especiais, a requisito legal específico etc.

³⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 163.

³⁷ Ibidem.

³⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 562.

Assim, tem-se que uma vez verificada a capacidade das partes, torna-se importante a análise do objeto a ser contratado.

2.1.2 Licidade do objeto

A legislação civil dispõe ainda a necessidade de ser lícito o objeto do contrato (art. 166, II, do CC/02), o qual no presente caso constitui a atividade a ser desenvolvida pelo empregado.

Nesse sentido, Vólia Bomfim³⁹ dispõe que *“se o objeto do contrato constituir atividade ilícita, criminosa ou contrária aos bons costumes, será nulo de pleno direito, por falta de um dos requisitos essenciais para a validade do ato (art. 104 do Código Civil)”*. Cabe ressaltar ainda que, sendo o contrato de trabalho considerado nulo, não poderá o empregado reclamar na justiça nenhuma parcela trabalhista, nem mesmo o salário.

Não obstante, importa mencionar ainda quanto a esse ponto que ilicitude não se confunde com irregularidade. Sobre a matéria já se manifestou Maurício Godinho Delgado⁴⁰:

Contudo, há uma distinção fundamental a ser observada no tocante a esse tema. Trata-se da diferença entre ilicitude e irregularidade do trabalho. Ilícito é o trabalho que compõe um tipo legal penal ou concorre diretamente para ele; irregular é o trabalho que se realiza em desrespeito a uma norma imperativa vedatória do labor em certas circunstâncias ou envolvente de certos tipos de empregados. Embora um trabalho irregular possa também, concomitantemente, assumir caráter de conduta ilícita (exercício irregular da medicina, por exemplo), isso não necessariamente se verifica.

Ou seja, tratando-se meramente de trabalho irregular, tem-se que, ainda que nulo, o contrato produzirá alguns efeitos, dentre eles, o direito à indenização equivalente ao salário que seria de direito ao empregado.⁴¹

Ainda sob a ótica da licitude do objeto, alguns doutrinadores⁴² ressaltam a necessidade de se verificar a possibilidade física do objeto e a sua determinação.

³⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 579.

⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 571.

⁴¹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 584.

⁴² Dentre os doutrinadores, cita-se Vólia Bomfim Cassar e Luciano Martinez.

No que diz respeito à possibilidade física do objeto, Luciano Martinez⁴³ esclarece de forma simples que tal condição está diretamente relacionada a viabilidade material do objeto. E acrescenta o referido autor⁴⁴:

A impossibilidade material diz respeito a obstáculos físicos que nenhum humano superaria, sendo exemplo disso a prestação de trabalho rural no solo lunar. A exemplificação é evidentemente absurda porque o objeto materialmente impossível somente assim pode ser concebido.

Por fim, quanto à determinação do objeto, tem-se que *“o contrato deve ter todos os elementos necessários para que se possa determinar o seu objeto”*⁴⁵. Como bem esclarece Luciano Martinez⁴⁶ acerca do tema:

O objeto será determinado quando houver certeza sobre a prestação a realizar-se. As partes contratantes devem, então, descrever o objeto do contrato de emprego, sob pena de, não o fazendo, entender-se que o empregado “se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal” (veja-se o parágrafo único do art. 456 da CLT). Isso fará com que o objeto seja, então, determinável no curso do contrato e que o ajuste seja, nesse particular, tácito, segundo a mencionada condição pessoal do trabalhador envolvido na atividade. A contratação “para nada fazer” envolve a antes mencionada impossibilidade jurídica, já que um dos deveres contratuais do empregador é o de dar trabalho.

Assim, sendo o objeto do contrato de emprego lícito, torna-se necessária analisar a forma do contrato de emprego.

2.1.3 Forma prescrita ou não defesa em lei

Quanto à forma, esclarece Luciano Martinez⁴⁷ que *“é o aspecto físico que, quando exigido por lei, deve revestir o negócio jurídico para que a declaração de vontade tenha validade”*. No que diz respeito especificamente ao contrato de emprego, o art. 443 da CLT dispõe a regra geral de que *“o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito”*.

⁴³ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 281.

⁴⁴ Ibidem, p. 282.

⁴⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 586.

⁴⁶ MARTINEZ, Luciano. op. cit., p. 284.

⁴⁷ Ibidem.

Sobre a regra geral trazida pela CLT já se manifestou Maurício Godinho Delgado⁴⁸:

O caráter meramente consensual do contrato de trabalho faz com que sua existência comprove-se através de qualquer meio probatório juridicamente válido, inclusive indícios e presunções. Na verdade, a jurisprudência já pacificou que, evidenciada (ou incontroversa) a simples prestação de trabalho, tem-se como presumida a existência entre as partes de um contrato empregatício (Súmula 212 do TST), cabendo ao tomador de serviços o ônus de demonstrar que a relação percebida se estabeleceu sob diferente título jurídico.

Não obstante a regra geral trazida pelo aludido artigo celetista, tem-se que algumas contratações possuem formas mais restritas, dentre as quais, cita-se, a título meramente exemplificativo, o contrato de aprendizagem (art. 428 da CLT) e o trabalho temporário (art. 11, caput, da Lei n. 6.019/74), os quais a legislação impõe a forma escrita em sua celebração. Entretanto, como bem ressalta Vólia Bomfim, a inobservância da dita formalidade não gera invalidade ao contrato de emprego, ao contrário, *“o vínculo deve ser reconhecido e validado, porque o requisito (normalmente) é para proteger o trabalhador, e não prejudicar terceiros”*.

2.1.4 Manifestação de vontade

A manifestação de vontade das partes no sentido de celebrar o contrato de emprego é mais um dos elementos necessários para sua validade.

Sobre esse elemento, bem destaca Alice Monteiro de Barros⁴⁹ que *“é necessário que as partes sejam livres para celebrar o ajuste”*, pois, ainda segundo a autora⁵⁰, *“o consentimento viciado não produzirá efeitos jurídicos”*. Dentre os vícios passíveis de invalidar o contrato de trabalho estão o erro, dolo, coação, simulação e fraude (art. 171, II, do CC/02).

A título de exemplificação e com o intuito de tornar mais clara a identificação dos vícios de vontade, tem-se que o erro é *“uma noção deformada (do objeto ou da pessoa) que leva um manifestante, por confiança, a emitir vontade diversa daquela que normalmente emitiria se tivesse o exato conhecimento da realidade”*.⁵¹ Isto é, seria a situação em que o empregador contrata determinado empregado para o

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 572.

⁴⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 166.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 290.

exercício de uma função que não corresponde às suas qualificações, sendo que tal distorção ocorreu por erro do empregador quando da leitura do currículo do empregado.

O dolo, por outro lado, *“é uma noção deformada (do objeto ou da pessoa) provocada por ação astuciosa de uma das partes do negócio jurídico ou por um terceiro com o objetivo de produzir benefício próprio ou alheio ainda que à custa do prejuízo do manifestante”*.⁵² Assim, tem-se que o dolo estaria presente nos casos em que o empregado dolosamente entrega documentos falsos ao empregador com o intuito de comprovar uma qualificação requerida e a qual não possui.

Já a coação *“é um vício de consentimento caracterizado por ato de violência capaz de levar a vítima a realizar um negócio jurídico que, sob condições normais, não efetuaria”*.⁵³ A coação ocorre, por exemplo, nos casos em que o empregador, sob ameaças, se vê obrigado a contratar determinada pessoa na condição de empregada.

A simulação seria, nas palavras de Vólia Bomfim⁵⁴, *“uma declaração ilusória da vontade com o objetivo de produzir efeito diverso do que apresenta, e a intenção de violar direito de terceiro ou disposição legal”*, ou seja, uma situação em que as partes simulam a celebração de contrato de emprego para que o empregado possa usufruir dos benefícios previdenciários.

Por fim, mas não menos importante, tem-se que a fraude se faz presente nas situações em que há *“o uso do direito contrário à sua finalidade ou à sua função social”*⁵⁵, em outras palavras, e ainda utilizando-se de conceituação da doutrinadora Vólia Bomfim⁵⁶, tem-se que *“todo ato que visa impedir aplicação da CLT é considerado como praticado em fraude à lei e, por isso, nulo de pleno de direito, pois os direitos trabalhistas são indisponíveis”*.

Assim, tendo as partes manifestado de forma livre e regular a vontade de celebrar as cláusulas ali pactuadas, sem a presença dos vícios de vontade acima apontados, o contrato celebrado entre o empregado e o empregador deverá ser considerado válido.

⁵² Ibidem.

⁵³ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 291.

⁵⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 598.

⁵⁵ Ibidem, p. 599.

⁵⁶ Ibidem.

2.2 Elementos acidentais

Além dos elementos essenciais, a doutrina traz ainda os chamados elementos acidentais⁵⁷, os quais segundo o doutrinador Luciano Martinez, operam-se no plano da eficácia⁵⁸.

Nesse quadrante, importante trazer à baila a conceituação transmitida por Vólia Bomfim⁵⁹, segundo a qual:

Elementos acidentais são cláusulas acessórias acrescentadas facultativamente pela vontade das partes ao negócios jurídico que alteram ou modificam sua consequência natural, tais como a condição, o termo e o encargo (ou modo). Saliente-se que estes elementos não são indispensáveis à formação do negócio jurídico.

Já Alice Monteiro de Barros destaca⁶⁰ que a CLT não disciplinou a matéria referente aos termos acidentais, sendo, portanto, necessário se socorrer à legislação civilista. Sobre o assunto se manifestou a autora⁶¹:

À luz do art. 121 do Código Civil de 2002, condição é a cláusula que deriva exclusivamente da vontade das partes e subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Quando as partes fixam um momento para que o negócio jurídico comece ou cesse a produção de efeitos, teremos o termo (art. 135 do Código Civil de 2002). Eles são cláusulas acessórias acrescentadas de forma facultativa, pelas partes, ao contrato para modificar alguns dos direitos decorrentes do liame empregatício.

Não obstante a ausência de regramento específico pela legislação trabalhista brasileira, torna-se importante esclarecer algumas características referentes aos elementos acidentais.

Nas palavras de Luciano Martinez⁶², *“o termo é uma cláusula que subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e certo. Diz-se, então, existente um contrato a termo quando as partes convencionam que ele terminará em data predeterminada”*. Assim, tem-se que os contratos a prazo determinado são exemplos de contratos que estão sujeitos a um termo certo, e os contratos por obra certa a um termo incerto, vez que vinculada à data de término da obra.

⁵⁷ Dentre os doutrinadores, destacam-se, Vólia Bomfim, Alice Monteiro de Barros, Maurício Godinho Delgado e Luciano Martinez.

⁵⁸ MARTINEZ, Luciano. op. cit., p. 287.

⁵⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit., p. 599.

⁶⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 169.

⁶¹ Ibidem.

⁶² MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 287 e 288.

Já o encargo, segundo Luciano Martinez⁶³:

[...] é uma determinação acessória que impõe um ônus lícito e possível em detrimento da concessão de uma vantagem. Trata-se de um elemento accidental somente visível em negócios jurídicos celebrados a título gratuito, por exemplo, nos contratos de doação ou de comodato ou, ainda, em atos jurídicos de disponibilidade como, ilustrativamente, nas disposições testamentárias.

Por fim, ainda se utilizando dos ensinamentos do ilustre doutrinador Martinez⁶⁴, a condição consiste numa “*cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.*” Ou seja, o elemento accidental não consiste em elemento obrigatório no contrato de emprego, estando sua inserção condicionada à vontade das partes e desde que presentes os elementos necessários para sua constituição. Como exemplos de cláusulas condicionais, tem-se as cláusulas especiais objeto do presente estudo e as quais serão melhor detalhadas em capítulo próprio do presente estudo.

⁶³ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 289.

⁶⁴ Ibidem, p. 288.

3. CLÁUSULAS ESPECIAIS E A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Conforme exposto linhas acima, a Consolidação das Lei do Trabalho não possui regramento próprio acerca das chamadas cláusulas acidentais, em especial aquelas objeto do presente estudo, conhecidas como cláusulas especiais nos contratos de emprego. E mais, a ausência de regramento se dá não somente quanto aos requisitos de validade da celebração das cláusulas especiais nos contratos de emprego, mas também sobre o momento adequado para a sua pactuação.

Percebe-se, então, que a celebração das chamadas cláusulas especiais nos contratos de emprego ainda é questão controvertida na doutrina e jurisprudência brasileiras, cabendo ressaltar que são poucos os doutrinadores que se dedicam ao assunto de forma mais aprofundada, o que por certo traz expressiva insegurança quando da sua pactuação, em especial aos empregadores. As decisões sobre a matéria nos Tribunais Regionais e no C. Tribunal Superior do Trabalho também não são de número expressivo.

Nesse sentido, como bem explica Alice Monteiro de Barros⁶⁵, “a CLT não disciplinou a matéria, conferindo maior liberdade ao intérprete para apreciar o assunto”, de modo que a aplicabilidade das cláusulas especiais nos contratos de emprego passam a ter como fundamento entendimentos doutrinários, inclusive do direito comparado, e jurisprudenciais.

Ademais, ante a falta de estipulação expressa na legislação trabalhista, torna-se necessário ao estudioso do direito trabalhista procurar amparo no Direito Civil quando da inserção das chamadas cláusulas especiais nos contratos de emprego, em especial na norma constante do artigo 122 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Vale destacar, no entanto, que a CLT dispõe em seu artigo 444 que a estipulação das cláusulas contratuais é livre entre as partes interessadas, sendo,

⁶⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 166.

para tanto, necessária a observância das disposições de proteção ao trabalho, dos contratos coletivos e das decisões das autoridades competentes, *in verbis*:

Art. 444 - 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.

Ou seja, ainda que ausente a existência de regramento específico acerca da matéria, as disposições normativas supra citadas são utilizadas como balizas, juntamente com princípios constitucionais e de proteção ao trabalhador, bons costumes e a boa-fé, para permitir a inserção das chamadas cláusulas especiais nos contratos de emprego de forma válida.

4. CLÁUSULAS ESPECIAIS E OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E DE PROTEÇÃO AO EMPREGADO

A falta de regramento específico na legislação trabalhista acerca da possibilidade de inserção das cláusulas especiais nos contratos de emprego torna necessária a utilização de fundamentos extraídos de construções doutrinárias e jurisprudenciais. Não obstante, não se pode perder de vista que os princípios gerais do direito, assim como os princípios protetores do empregado, devem sempre balizar a elaboração das cláusulas contratuais, ou mesmo as eventuais alterações do contrato de emprego.

Isso porque, segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁶⁶, citando Miguel Reale:

Os chamados princípios gerais de direito, portanto, são verdade que dão sustentação ao sistema jurídico como um todo, ou seja, 'enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas'.

Entretanto, deve-se ter em mente que nenhum princípio pode ser considerado absoluto, de modo que sua análise nunca deverá ser realizada de forma isolada, sendo fundamentais as noções de proporcionalidade e razoabilidade.

4.1 Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé, comum a todos os ramos do Direito, faz-se presente em diferentes fases da relação jurídica estabelecida entre o empregado e o empregador, dentre elas, quando da elaboração das cláusulas contratuais e após sua pactuação entre as partes. Assim, em atenção ao princípio da boa-fé, *“as partes deverão comportar-se com lealdade recíproca nas relações contratuais”*.⁶⁷

Nesse quadrante, tem-se que a discussão em torno da inserção das cláusulas especiais nos contratos de emprego esta intrinsecamente conectada com o princípio da boa-fé. Isso porque quando o empregador faz inserir no contrato de emprego uma cláusula especial, espera-se que o empregador elabore a referida cláusula com o intuito de proteger a sua propriedade intelectual e não de prejudicar o empregado,

⁶⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 90.

⁶⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 123.

ao mesmo tempo que se espera, como contrapartida, que o empregado respeite os termos ali ajustados em comum acordo, estando ambas as partes pautadas na boa-fé.

Vale ponderar ainda, como bem ressalta Alice Monteiro de Barros⁶⁸, que “o princípio da boa-fé poderá subsistir mesmo após o término dos contratos, pela inserção da cláusula de não concorrência [...]”. Isto é, a boa-fé existente entre as partes não se encerra com a rescisão do contrato de trabalho, devendo perdurar para além do contrato de emprego.

4.2 Princípio da proteção

Seguindo essa linha de raciocínio, ainda que seja esperado que ambas as partes sempre atuem pautadas pela boa-fé quando da celebração de um contrato de emprego, da alteração de cláusulas contratuais ou ainda após a rescisão do contrato, não se pode ignorar que, em muitas situações, os sujeitos dessa relação não se encontram em posição de equivalência contratual.

E, exatamente em razão das partes contratantes encontrarem-se em condição de desigualdade, torna-se necessária a interferência do Estado na relação formada para trazer de volta a posição de igualdade entre as partes.

Assim, conforme explicita Luciano Martinez⁶⁹, nessas hipóteses, “cabe ao Estado criar mecanismos de proteção aos vulneráveis, sob pena de compactuar com a exploração do mais forte sobre o mais fraco”.

De outro lado, essa proteção concedida ao empregado não deve ser considerada irrestrita. Como bem ressalta Alice Monteiro de Barros⁷⁰, “o princípio da proteção, entretanto, vem sofrendo recortes pela própria lei, com vista a não onerar demais o empregador e impedir o progresso no campo das conquistas sociais”. Ou seja, a proteção dada ao empregado não pode ser tamanha a ponto de inviabilizar a atividade do empregador, ou mesmo prejudicar o seu desenvolvimento por meio da exposição a terceiros da propriedade intelectual do empregador que merece também a devida proteção.

⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 124.

⁶⁹ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 164.

⁷⁰ BARROS, Alice Monteiro de. op. cit., p. 121.

Necessário esclarecer, no entanto, que esses “recortes” ao princípio da proteção jamais poderão desrespeitar os limites mínimos de validade impostos pela doutrina e jurisprudência brasileiras quanto à inserção das cláusulas especiais nos contratos de trabalho e que visam a proteção dos direitos mínimos do empregado, os quais serão melhor elucidados em tópico próprio.

4.2.1 Princípio da fonte jurídica mais favorável

Utilizando-se de termo trazido por Luciano Martinez⁷¹, destaca-se que uma das formas de se garantir a proteção necessária ao empregado é por meio da aplicação do princípio da “*fonte jurídica mais favorável*”. A opção do referido doutrinado pelo termo “fonte jurídica” se dá, segundo suas próprias palavras:

porque o ora analisado princípio não incide apenas sobre fontes normativas 5 (como a lei, o contrato coletivo, a sentença normativa), mas também sobre fontes estritamente contratuais, inclusive sobre aquelas decorrentes do exercício da autonomia individual privada (como o contrato individual de emprego e o regulamento interno de trabalho).⁷²

Assim, tem-se que “*diante de uma pluralidade de fontes com vigência simultânea, há de se preferir aquela que seja mais favorável ao trabalhador*”.⁷³ Ressalte-se, por oportuno, que a análise da fonte mais favorável deve ser sempre realizada considerando-se a teoria do conglobamento, isto é, analisando-se a fonte jurídica como um todo, e não os seus termos de forma isolada, sob pena de, mais um vez, o favorecimento desmedido do empregado inviabilizar a atividade econômica do empregador.

4.2.2 Princípio da condição mais benéfica

Além do princípio da fonte jurídica mais benéfica, outra forma de se garantir a proteção do empregado é pela observância do princípio da condição mais benéfica, consubstanciado no art. 468 da CLT, *in verbis*:

⁷¹ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 165.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem, p. 164.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Assim, segundo Alice Monteiro de Barros⁷⁴, o princípio da condição mais benéfica:

[...] se direciona a proteger situações pessoais mais vantajosas que se incorporaram ao patrimônio do empregado, por força do próprio contrato, de forma expressa ou tácita consistente esta última em fornecimentos habituais de vantagens que não poderão ser retiradas, sob pena de violação ao art. 468 da CLT.

Percebe-se, então, que o aludido princípio visa proteger o empregado em caso de eventual alteração contratual.

No entanto, cabe ressaltar ser sempre necessária a ponderação sobre os elementos objeto de alteração do contrato de emprego, isto é, quais foram os direitos e obrigações objeto de alteração contratual. Isso porque, como muitas vezes acontece na inserção de cláusulas especiais, são inúmeros os benefícios concedidos ao empregado com a inserção da cláusula, não podendo ser realizada uma leitura apenas das obrigações impostas pelo empregador.

4.3 Princípio da irrenunciabilidade

Outro princípio que visa proteger o trabalhador é o chamado princípio da irrenunciabilidade. Como bem ressalta Alice Monteiro de Barros⁷⁵, o referido princípio tem como objetivo:

[...] limitar a autonomia de vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter o emprego ou de perdê-lo, caso não formalizasse a renúncia.

Não obstante, e analisando-se a conceituação do princípio da irrenunciabilidade frente a possibilidade de inserção de cláusulas especiais nos contratos de emprego, cumpre reiterar que nenhum princípio é absoluto, cabendo

⁷⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 120.

⁷⁵ Ibidem, p. 123.

sempre ao estudioso do direito ponderar dentro de uma realidade fática as eventuais limitações aos direitos do empregado ante as contrapartidas ofertadas pelo empregador, desde que, é claro, sejam observados pelo empregador os requisitos mínimos para validade das cláusulas especiais. Ademais, eventual limitação não deverá ser sempre interpretada restritivamente como renúncia, até porque o empregador estará concedendo vantagem equivalente ou superior ao empregado, podendo ser interpretado o referido ato como transação e não renúncia de direito.

4.4 Princípio da liberdade do trabalho

A Constituição Federal traz em seu art. 5º, inciso XIII, que *“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”*.

Dentre as inúmeras discussões em torno da inserção de cláusulas especiais nos contratos de emprego merece o devido destaque a que se refere à limitação do direito do empregado à liberdade do trabalho. Isso porque por uma análise fria da norma, pode-se chegar a conclusão equivocada de que a inserção das chamadas cláusulas especiais nos contratos de trabalho enseja violação ao princípio da liberdade do trabalho.

No entanto, é importante reiterar que nenhum princípio deve ser considerado absoluto, assim como não se pode esquecer que eventual restrição imposta ao empregado terá uma indenização correspondente a ser paga pelo empregador em favor do empregado, ou ainda poderá corresponder aos benefícios que lhe foram concedidos pelo empregador. Não é diferente o entendimento do Desembargador Francisco das C. Lima Filho⁷⁶, em artigo publicado na internet:

Nesse contexto, se mostra legitimamente razoável a inserção no contrato de trabalho de certas cláusulas acessórias que, malgrado possam de alguma forma limitar a liberdade de trabalho, não são incompatíveis com esta, desde que observadas certas balizas.

Portanto, desde que respeitados os limites mínimos de validade impostos pela doutrina e jurisprudência para inserção das cláusulas especiais, tem-se por

⁷⁶ FILHO, Francisco das C. Lima. Cláusulas acessórias do contrato laboral e limitação à liberdade de trabalho: legitimidade e limitações. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12665. Acesso em: 25 ago. 2016.

compreensível e razoável a conduta do empregador que visa proteger sua propriedade intelectual da concorrência do mercado de trabalho, não havendo que se falar em violação ao princípio da liberdade do trabalho.

4.5 Princípio da livre iniciativa

Não obstante os inúmeros princípios que visam a proteção do empregado na relação com seu empregador, não se pode perder de vista o quanto disposto no art. 170, inciso IV, da CF/88 que dispõe que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]
IV - livre concorrência;

Isso porque, como bem ressaltam Leonam de Souza e Rodrigo Corrêa⁷⁷,

[...] a Constituição não protege apenas o trabalhador; ela também tutela o direito do empresário de exercer a sua atividade econômica em um regime de livre concorrência. Ademais, não existem direitos absolutos. Nem mesmo os direitos fundamentais o são. Quando há uma colisão entre bens igualmente tutelados pela ordem constitucional, é necessário sopesá-los, de modo que se alcance uma solução que preserve os núcleos essenciais de cada um dos direitos envolvidos.

Pela leitura da assertiva supra transcrita, entende-se que, assim como ao empregado, também é assegurado ao empregador a tutela da constituição federal, de modo a ter garantido o direito à livre concorrência, e favorecido seu desenvolvimento econômico.

E, no que tange especificamente à inserção das cláusulas especiais, importante que o empregador tenha sempre em mente que o princípio da livre iniciativa não pode se sobrepor a todo e qualquer direito do empregado simplesmente por ter sido concedido um benefício ao empregado, ainda que economicamente expressivo, ou por ser necessária a proteção da propriedade intelectual do empregador. Isso porque, assim como os princípios protetores do empregado, o princípio que protege a livre iniciativa não é absoluto, devendo o

⁷⁷ SOUZA, Leonam Machado de Souza; CORRÊA, Rodrigo de Oliveira Botelho. Legalidade da obrigação de confidencialidade e pacto de não concorrência. Publica Direito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2ba3c4b9390cc43e>>. Acesso em: 04 fev. 2017

empregador observar os limites impostos pela doutrina e jurisprudência para que as cláusulas pactuadas sejam consideradas válidas.

4.6 Princípio da proporcionalidade

Conforme visto até então, os princípios não são aplicados de forma isolada, mas num conjunto, de modo que fundamental a observância da devida proporcionalidade. Como bem ressalta Alice Monteiro de Barros⁷⁸, *“para a conciliação entre princípios, sugere-se a invocação do princípio da proporcionalidade deduzido do art. 5º, § 2º, da Constituição vigente”*. Isso porque, segundo a referida autora⁷⁹, *“é sabido que não há direito absoluto, nem sequer os direitos fundamentais o são. Os seus limites não poderão, entretanto, obstruí-los além do razoável.”*

No que tange especificamente a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito das empresas já se manifestou Alice Monteiro de Barros⁸⁰:

No âmbito da empresa, ele atua como garantia do limite aos direitos fundamentais e como “medidor” do exercício desses direitos. Isso significa que o princípio da proporcionalidade atua como critério limitativo dos poderes diretivo e disciplinar do empregador e também como um meio de correção aplicável a todas as hipóteses de desequilíbrio contratual, visando à garantia dos bens jurídicos e valores que se encontram na empresa.

Essa mesma ideia deverá ser mantida quando da análise das cláusulas especiais. Isto é, deverá ser considerada a devida proporcionalidade entre os direitos e benefícios concedidos aos empregados e as obrigações que lhe forem impostas pelo empregador, não podendo ainda deixar de ser observados os requisitos mínimos de validade para inserção das aludidas cláusulas.

4.7 Princípio da razoabilidade

Do mesmo modo, a aplicabilidade de cada princípio deve estar sempre balizada pela razoabilidade, isto é, pela *“qualidade daquilo que esteja conforme a razão, entendida como a faculdade de que dispõe o ser humano de avaliar, julgar e*

⁷⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 117.

⁷⁹ Ibidem, p. 118.

⁸⁰ Ibidem.

*ponderar ideias universais, concebidas na medida em que seja possível conhecer o real por oposição ao que é aparente”.*⁸¹

E mais, como bem explicita Luciano Martinez, *“é justamente a razoabilidade, princípio lógico antecedente de todos os referenciais para solução de conflitos entre a vontade e a declaração, que define o alcance e a amplitude de alguns conceitos jurídicos indeterminados [...]”*.⁸²

Portanto, a análise da validade da inserção das cláusulas especiais deve necessariamente passar pela ponderação das circunstâncias que envolvem o caso concreto, de modo a entender por aquilo que se mostra razoável num dado momento, o que, por consequência, levará a declaração de validade das normas pactuadas pelas partes.

⁸¹ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 190.

⁸² Ibidem.

5. CLÁUSULAS ESPECIAIS E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS DO EMPREGADO

Conforme exposto no tópico supra, a inserção das chamadas cláusulas especiais nos contratos de emprego pode gerar discussões em torno da possível violação dos princípios gerais do direito e de proteção ao trabalhador. E as controvérsias vão além, fala-se, ainda, em verdadeira flexibilização dos direitos dos empregados quando inseridas cláusulas que exigem uma contrapartida do empregado face aos benefícios concedidos pelo empregador.

Assim, inicialmente vale trazer o conceito de flexibilização do direito do trabalho, trazido por Gustavo Filipe, como o intuito de melhor esclarecer a sua ocorrência quando da inserção das cláusulas especiais no contrato de trabalho. Para referido autor⁸³ *“a chamada flexibilização pode ser entendida como forma de amenizar o rigor ou a rigidez de certas normas jurídicas, referentes, no caso, ao Direito do Trabalho.”*

Importa ressaltar, no entanto, que nem toda flexibilização implica necessariamente em ofensa ao direito do trabalhador, sendo muitas vezes apenas uma forma de amenizar a rigidez de algumas normas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, quando ao empregado é concedida uma compensação em contrapartida. Como bem ressalta Alice Monteiro de Barros⁸⁴:

O grande desafio que se enfrenta é determinar o ponto de equilíbrio entre uma flexibilização sensível às preocupações legítimas das empresas e uma legislação que impeça um retrocesso ao antigo arrendamento de serviços, norteados pela autonomia da vontade, que foge completamente dos ideais de justiça social.

Não é diferente o entendimento de Vólia Bomfim⁸⁵:

Com a transmutação da economia mundial e o consequente enfraquecimento da política interna de cada país, dos altos índices de desemprego mundial e de subempregos de milhões de pessoas, mister a adoção de medidas que harmonizem os interesses empresariais com as necessidades profissionais, justificando a flexibilização de determinados preceitos rígidos ou de criação de regras alternativas para justificar a manutenção da saúde da empresa e da fonte de emprego. Flexibilizar pressupõe a manutenção da intervenção estatal nas relações trabalhistas estabelecendo as condições mínimas de trabalho, sem as quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade (mínimo

⁸³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 108

⁸⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 124.

⁸⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 76.

existencial), mas autorizando, em determinados casos, exceções ou regras menos rígidas, de forma que possibilite a manutenção da empresa e dos empregos.

E mais, fazendo uma análise mais específica sobre os princípios estudados no tópico anterior Vólia Bomfim⁸⁶ esclarece que:

Através de uma visão pós-positivista dos princípios, como espécie do gênero norma constitucional, necessário é localizar alguma solução no Direito do Trabalho que sirva de ponto de equilíbrio entre o princípio de proteção ao trabalhador, implícito e explícito em diversas normas imperativas de ordem pública, os direitos garantidores da dignidade humana e a necessidade atual de manutenção da saúde da empresa.

Assim, ainda que as cláusulas especiais do contrato de emprego sejam vistas como um limitador dos direitos do empregados, tal flexibilização não pode ser interpretada necessariamente como um prejuízo ao trabalhador, pois a inserção da aludida cláusula gera necessariamente uma contrapartida por parte do empregador em benefício do empregado. E mais, a pactuação da cláusula especial deve respeitar os requisitos mínimos de validade impostos pela doutrina e jurisprudência brasileiras, o que demonstra que essa flexibilização de direitos não poderá ser interpretada friamente como uma violação aos direitos do empregado.

⁸⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 76.

6. LIMITES IMPOSTO À INSERÇÃO DE CLÁUSULAS ESPECIAIS NOS CONTRATOS DE EMPREGO

A preocupação em torno da proteção dos direitos dos empregados quando da inserção das cláusulas especiais no contrato de emprego, frente a necessária flexibilização de alguns direitos, fez com que a doutrina⁸⁷ e a jurisprudência brasileiras criassem alguns limitadores à estipulação das cláusulas especiais .

Nesse sentido já se posicionou Alice Monteiro de Barros:

Percebe-se que a doutrina brasileira, a cujo ponto de vista aderimos, tende a aceitar a aplicação da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho, por aplicação subsidiária da legislação estrangeira, como autoriza o art. 8º da CLT, em situações excepcionais, sendo ideal a previsão em convenção coletiva, com limitações relativas ao objeto, tempo e espaço. A inserção dessa cláusula nos contratos de trabalho deverá ser analisada dentro de um contexto de razoabilidade, em face dos interesses e liberdade que estão em jogo.

Não é diferente o entendimento do Desembargador Francisco das C. Lima Filho⁸⁸, em artigo publicado na internet. Destaca-se:

A legitimidade desse tipo cláusula apenas será admitida se obedecidas certas balizas, na medida em que implicam limitação à liberdade de trabalho. Por conseguinte, apenas serão admitidas em termos restritivos, pois em hipótese alguma podem inviabilizar o exercício da liberdade de trabalho, direito social de natureza fundamental que encontra abrigo no Texto Maior (arts. 5º, inciso XIII; 6º e 170, inciso VIII).

Assim, para que a cláusula especial não tenha sua validade questionada perante a justiça, mostra-se fundamental que as partes estipulem de forma expressa os limites material, territorial, temporal, assim como a indenização a ser paga ao trabalhador.

Pontua-se, por oportuno, que as limitações impostas serão melhor analisadas quando abordadas as espécies de cláusulas especiais reconhecidas pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Não obstante, apenas para que se possa ter uma melhor clareza sobre os citados limites para fins de validade da cláusula especial, destacam-se de forma sucinta as seguintes especificidades.

⁸⁷ Dentre os doutrinadores, destaca-se Alice Monteiro de Barros.

⁸⁸ FILHO, Francisco das C. Lima. Cláusulas acessórias do contrato laboral e limitação à liberdade de trabalho: legitimidade e limitações. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12665. Acesso em: 25 ago.2016.

O limite material diz respeito ao objeto da cláusula especial, isto é, sobre quais atividades e / ou funções deverá o empregado se abster de exercer em favor de terceiros, ou ainda, quais atividades e / ou funções o empregado se compromete em cumprir em favor da empresa que lhe concedeu o benefício. Tais atividades devem necessariamente ter correlação com a função que o empregado exerce na empresa e / ou com o benefício que lhe foi concedido para merecerem a devida proteção.

Já por limite territorial, deve-se entender a eventual limitação de atuação do empregado em dado local ou eventual exigência de atuação do empregado em dado local. O limite territorial deve corresponder com a extensão territorial em que o empregador exerce suas atividades.

Quanto ao limite temporal, destaca-se que deve ser proporcional ao tempo do benefício concedido ou à necessidade de proteção da propriedade intelectual do empregador face a concorrência de mercado.

Por fim, a indenização a ser paga ao trabalhador, ou ao empregador em caso de descumprimento do quanto pactuado, deverá observar os três limites acima dispostos, refletindo um valor a ser considerado justo e proporcional as obrigações impostas e / ou aos benefícios concedidos.

7. ESPÉCIES DE CLÁUSULAS ESPECIAIS SEGUNDO A DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

Ante a falta de estipulação legal específica acerca da matéria, cabe analisar algumas das cláusulas especiais citadas pela doutrina e jurisprudência brasileiras, dentre as quais, destacam-se: “cláusula de não-concorrência”; “cláusula de permanência ou duração mínima”; “cláusula de sigilo ou confidencialidade”; “cláusula de exclusividade”; e “cláusula de não recrutamento”.⁸⁹

Esclarece-se, por oportuno, que o presente estudo não pretende esgotar as espécies de cláusulas especiais a serem negociadas entre empregado e empregador, mas sim destacar àquelas relacionadas à proteção da propriedade intelectual do empregador.

7.1 Cláusula de não concorrência

A cláusula de não concorrência é aquela que visa proteger a propriedade intelectual do empregador frente a concorrência do mercado. Para tanto, a aludida cláusula cria restrições ao empregado quanto ao exercício de determinada atividade em favor de terceiros, em determinado local e por determinado período de tempo, desde que observada a devida indenização equivalente.

A cláusula de não concorrência é uma das cláusulas especiais mais utilizadas como forma de proteger a propriedade intelectual do empregador, frente à concorrência do mercado, ainda que o referido termo seja muitas vezes utilizado genericamente tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência para tratar de outras espécies de cláusulas especiais.

Inicialmente, importante lembrar que o art. 482, alínea c, da CLT dispõe que a prática de concorrência desleal no curso do contrato de emprego implica em justa causa do empregado, *in verbis*:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:
[...]

⁸⁹ FILHO, Francisco das C. Lima. Cláusulas acessórias do contrato laboral e limitação à liberdade de trabalho: legitimidade e limitações. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12665. Acesso em: 25 ago. 2016.

c) 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;

A aplicação da justa causa ao empregado mostra-se adequada em situações de concorrência desleal por parte do trabalhador, pois, como bem ressalta Alice Monteiro de Barros⁹⁰:

[...] a concorrência desleal traduz violação ao dever de fidelidade constituído por obrigação de não fazer, sendo uma consequência do princípio da boa-fé. Se a lei proíbe a negociação habitual sem permissão do empregado, quando constituir ato de concorrência à empresa, evidentemente que ela torna possível a inserção da cláusula de não concorrência durante o período de vigência do contrato.

E, exatamente pelo fato de a legislação celetista já prever a proteção necessária ao empregador durante o curso do contrato de emprego por meio da imposição de justa causa ao empregado, é que a garantia da eficácia da cláusula de concorrência torne-se ainda mais importante quando do término da relação empregatícia. No entanto, a validade da cláusula de concorrência após findo o contrato de emprego ainda é motivo de constante divergência na doutrina e jurisprudência brasileiras.

Isso porque, de um lado procura-se proteger o direito do empregado à liberdade de trabalho, e do outro a propriedade intelectual do empregador. Acerca da eficácia da cláusula de não concorrência após findo o contrato de emprego, Alice Monteiro de Barros⁹¹ entende que:

Após o término da relação de emprego, a persistência dessa cláusula só se justifica em casos excepcionais, isto é, quando necessária à proteção dos legítimos interesses do empregador e, ainda assim, por um determinado período, durante o qual deverá ser assegurada ao trabalhador uma indenização. Não cremos, tampouco, possa a referida cláusula, nessas condições, cercear a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, na forma do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, pois a inserção da cláusula deverá permitir ao empregado a possibilidade de exercer a atividade que lhe é própria, considerando sua experiência e formação, desde que junto a estabelecimento empresariais insuscetíveis de ocasionar concorrência danosa ao ex-empregador.

⁹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 171.

⁹¹ Ibidem.

Sérgio Pinto Martin também acompanha o entendimento acima transcrito quanto à validade da cláusula de concorrência após findo o vínculo de emprego. Porém, o autor⁹² destaca a necessidade de observância dos seguintes requisitos:

Será nula a cláusula do contrato de trabalho que determinar a não concorrência se não atender cumulativamente aos seguintes requisitos: não conter indenização pela possibilidade do exercício da atividade, for estabelecida por tempo excessivo, não for fixada a região e a atividade em que é vedada a concorrência.

Importante mencionar que a jurisprudência brasileira caminha nessa mesma direção, tendo o C. TST se posicionado no sentido de que a validade da cláusula de não concorrência está condicionada ao preenchimento de alguns requisitos, quais sejam: 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. Nesse sentido, os arestos abaixo:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. DANO MORAL E MATERIAL. CONFIGURAÇÃO. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. VALIDADE. OBSTÁCULO PARA O INGRESSO NO MERCADO DE TRABALHO. Demonstrada possível violação do art. 5.º, XIII, da Constituição Federal, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE 1 - DANO MORAL E MATERIAL. CONFIGURAÇÃO. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. VALIDADE. OBSTÁCULO PARA O INGRESSO NO MERCADO DE TRABALHO. 1.1 - **A jurisprudência desta Corte 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.** 1.2 - No caso dos autos, em virtude de não haver qualquer vantagem que assegure o sustento do empregado durante o período pactuado na cláusula que impede a contratação direta de determinados empregados, entre eles o reclamante, pelas empresas que tiveram acesso a informações privilegiadas da segunda reclamada, é devida a indenização por danos materiais postulada no valor equivalente à última remuneração do autor, durante o período de sete meses, prazo levado para a recolocação do autor no mercado de trabalho, conforme dados consignados pelo Tribunal Regional. 1.3 - No tocante ao dano moral, a ofensa revela-se in re ipsa, ou seja, deriva da própria natureza do fato. Por conseguinte, desnecessária a prova do prejuízo moral em si, exigindo-se tão somente a demonstração dos fatos que lhe deram ensejo, o que ocorreu no acórdão recorrido. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. 2 - SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO. O apelo, no particular, encontra-se desfundamentado à luz do art. 896 da CLT. Recurso de

⁹² MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 28 ed. São Paulo: Atlas, p.136.

revista não conhecido. (TST, RR: 2529-21.2011.5.02.0003, 2ª Turma, Min. Delaíde Miranda Arantes, j. 16.03.2016, DJe 01.04.2016)

NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não se reconhece violação dos artigos 93, IX, da Constituição da República, 458, II, do Código de Processo Civil e 832 da Consolidação das Leis do Trabalho em face de julgado cujas razões de decidir são fundamentadamente reveladas, abarcando a totalidade dos temas controvertidos. Uma vez consubstanciada a entrega completa da prestação jurisdicional, afasta-se a arguição de nulidade. Recurso de Revista não conhecido. **GOZO DAS FÉRIAS. ÔNUS DA PROVA.** 1. Na hipótese dos autos, constata-se que resultou inequívoco o fato de que houve labor nos períodos registrados nos recibos de férias. 2. A prestação de serviços durante o gozo das férias torna irregular a sua concessão, por desvirtuar a finalidade do instituto. 3. A demonstração da efetiva concessão e fruição das férias cabe ao empregador e não ao empregado, conforme exegese dos artigos 135 e 145, parágrafo único, da CLT. 4. Assim, o Tribunal Regional ao imputar à reclamante o ônus de provar que o gozo das férias ocorreu após o prazo a que alude o artigo 134 da CLT, ou que estas tenham sido fracionadas em períodos inferiores ao limite de 10 dias afronta o disposto nos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC. 5. Recurso de Revista conhecido e provido. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAS. CLÁUSULA DE SIGILO E NÃO CONCORRÊNCIA.** 1. **A validade da cláusula de não concorrência depende da observância de alguns requisitos: limitação temporal, limitação geográfica e indenização compensatória pelo período de não concorrência.** 2. **Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional registrou expressamente que a cláusula de sigilo e não concorrência, em que pese constar previsão temporal e limitação territorial, não estipulou indenização compensatória alguma pelo período de não concorrência.** 3. Devida, em tais circunstâncias, a indenização por danos materiais postulada no valor equivalente à última remuneração da autora, durante a vigência da cláusula de não concorrência. 4. Indevida a indenização por danos morais, visto que, consoante o quadro fático delineado pelo Tribunal Regional, não se verifica objetivamente violação dos direitos da personalidade da ex-empregada. 5. Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido. (TST, RR: 1187400-41.2006.5.09.0007, 1ª Turma, Des. Marcelo Lamego Pertence, j. 07.10.2015, DJe 09.10.2015)

Os Tribunais Regionais do Trabalho acompanham o mesmo entendimento:

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. (TRT2, RO: 0001620-18.2012.5.02.0011, 4ª Turma, Des. Patricia Therezinha de Toledo, j. 22.10.2013, DJe 20.10.2013)

CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE - Sem prova de que tenha havido vício de vontade na celebração do contrato de trabalho, de se reputar válida cláusula de não-concorrência livremente estipulada pelas partes, quando da

contratação da obreira. Recurso ordinário conhecido, mas não provido. (TRT7, RO: 0146000-04.2009.5.07.0011, 2ª Turma, Des. Manoel Arízio Eduardo de Castro, j. 06.09.2010, DJe 01.10.2010)

Analizando as disposições doutrinárias e jurisprudenciais acima citadas é possível extrair que há uma forte tendência da doutrina e jurisprudência brasileiras para acolher como válida a cláusula de não concorrência, seguindo “*orientação no direito estrangeiro (v.g., na Itália, Espanha Portugal e França), cuja aplicação subsidiária é autorizada pelo art. 8º, da CLT*”.⁹³

Não obstante, reitere-se a necessidade de fazer constar expressamente na cláusula todos os requisitos de validade de forma conjunta, não sendo possível o fazer de forma isolada. Necessária ainda a observância da devida proporção entre os limites impostos pelo trabalhador e a indenização que lhe será concedida.

A observância de limitações quando da inserção de cláusulas especiais também é exigida nos países estrangeiros que regulam a matéria. Como bem ressalta Alice Monteiro de Barros⁹⁴:

E assim é que o art. 2.125 do **Código Civil Italiano** autoriza a estipulação do *patto di non concorrenza*, o qual limita o desenvolvimento da atividade do empregado, por período sucessivo à cessação do contrato. Essa cláusula será nula, se não for ajustada por escrito com uma contraprestação em favor do empregado e se o vínculo não for contido entre determinados limites de objeto, tempo e lugar. A duração do vínculo não poderá ser superior a cinco anos, se se tratar de empregado dirigente e a três anos nos outros casos. Se for pactuada uma duração superior, ela será reduzida na medida citada.

Na Espanha, o Estatuto do Trabalhador, no art. 21, também prevê a possibilidade de se ajustar cláusula de não concorrência para vigor após a cessação do contrato de trabalho. Essa cláusula não poderá ter duração superior a dois anos para os técnicos e a seis meses para os demais trabalhadores e só será válida se concorrerem os seguintes requisitos: que o empregador tenha um efetivo interesse industrial ou comercial nele e que se conceda ao empregado uma compensação econômica adequada.

Assim, tem-se que as partes deverão fazer constar da cláusula de não concorrência os limites materiais, isto é, a atividade em que o empregado deverá se abster de desenvolver, a qual, necessariamente se relaciona com a função que era desenvolvida em favor de seu ex-empregador e por meio da qual o empregado obtinha informações que merecem a devida proteção pelo empregador.

Ademais, por óbvio, não é toda e qualquer atividade que poderá ser objeto de cláusula de não concorrência, devendo haver elementos necessários para

⁹³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 163.

⁹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 170.

demonstrar que por meio da atividade executada pelo empregado, este obtinha acesso às informações confidenciais e relevantes atinentes à propriedade intelectual da empresa, as quais podem colocar em risco a atividade econômica perante a concorrência do mercado e justificam a devida proteção.

Adicionalmente, deve-se fazer constar o limite territorial, isto é, em qual local o empregado estará limitado de exercer a atividade mencionada no limite material. Quanto a esse ponto, necessária uma aferição geográfica da potencial concorrência de mercado na área de atuação do empregador e referente às atividades desenvolvidas pelo empregado, não podendo o empregador estender de forma irrestrita a limitação territorial, sob pena de inviabilizar o empregado do exercício de sua profissão.

Já o limite temporal deverá ser ajustado conforme a legítima necessidade do empregador de manter protegida a sua propriedade intelectual frente à concorrência de mercado. Não se pode deixar de considerar que as limitações temporais por demais extensas podem gerar expressiva dificuldade de reinserção do empregado no mercado de trabalho, o que deverá ser considerado por ambas as partes quando da pactuação da cláusula, sob pena de ser invalidada perante a Justiça do Trabalho.

Quanto à indenização a ser concedida em favor do empregado, tem-se que deve ser ao menos equivalente ao valor por ele percebido enquanto do exercício da atividade e pelo período em que se mantiver afastado do mercado de trabalho. Ainda quanto a esse elemento, eventual multa por descumprimento da obrigação deverá observar a devida proporcionalidade em relação à indenização concedida ao empregado, devendo sua aplicação ser condicionada para ambas as partes contratantes.

Por fim, mas não menos importante, se refere ao momento da pactuação da referida cláusula. Quanto a esse quadrante, necessário ponderar para qual função o empregado foi contratado, a ocorrência de alteração da função no curso da relação de emprego, ou mesmo a participação do empregado em determinado projeto ou atividade intelectual junto ao empregador.

Isso porque, não é tarefa simples ao empregador antever a evolução do empregado no curso do seu contrato. Assim, muitas vezes, a necessidade de inserção da cláusula de não concorrência surge apenas após alguns meses ou mesmo anos de labor ou, ainda, quando do término do contrato de emprego, de

modo que o momento de sua pactuação não pode ser analisado de forma fria e isolada para fins de sua validação.

7.2 Cláusula de Permanência ou Cláusula de Duração Mínima

A cláusula de permanência, também chamada pela doutrina de cláusula de duração mínima, trata-se de cláusula pactuada entre empregador e empregado, em que este se obriga a permanecer no emprego após finda a realização do curso custeado pelo empregador por determinado período, sob pena de ressarcimento de dano.

Sobre estipulação da referida cláusula nos contratos de trabalho já se manifestou Alice Monteiro de Barros⁹⁵:

A concessão de curso de especialização ou bolsa de estudo custeada pelo empregador poderá assegurar cláusula estabelecendo obrigação de permanência do empregado na empresa, após o retorno e por determinado período, sob pena de ressarcimento de dano, na forma do art. 444 da CLT. Essa cláusula reflete sem dúvida “condição recíproca” fundada na lei e nos princípios do Direito do Trabalho, como o da realidade e o da boa-fé. Traduz ato jurídico perfeito permanecer o empregado trabalhando na empresa por determinado período após o curso ou desligar-se, espontaneamente com o pagamento em papel moeda corrente, tomando-se o dólar ou outra moeda como critério de avaliação. Interpretação diversa implica desestímulo aos avanços patrimoniais no âmbito social.

Observa-se que a contrapartida exigida por parte do empregado, qual seja, a permanência no trabalho por determinado período ou o pagamento de ressarcimento no caso de pedido de desligamento, não pode ser considerada abusiva, considerado o alto investimento feito pelo empregador em favor do empregado. Ressalte-se, ainda, a boa-fé na estipulação das cláusulas contratuais, cabendo a ambas as partes cumprir o quanto pactuado. Como bem destaca Sérgio Pinto Martins⁹⁶:

O empregado decide livremente em aceitar ou não fazer o curso e, em contrapartida, se fizer o curso, deve ficar tanto tempo na empresa. O empregador não pode fazer um investimento no empregado e depois este, com melhor capacitação, pedir demissão e ir para a concorrência.

⁹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 172.

⁹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de Permanência no Emprego. Jornal Carta Forense, São Paulo, 03 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ clausula-de-permanencia-no-emprego/9982>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

No mesmo sentido é o entendimento da advogada Aparecida Tokumi Hashimoto⁹⁷:

A nossa legislação trabalhista é omissa a respeito dessa matéria. Contudo, não vislumbramos qualquer ilegalidade na concessão de empréstimo para financiar a especialização ou estudos do empregado, muito menos condicionar a anistia à permanência do empregado na empresa, por determinado tempo. Cláusula contratual neste sentido não é considerada abusiva.

O Tribunal Superior do Trabalho também já se posicionou de forma favorável à pactuação entre as partes da chamada cláusula de permanência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO. FINANCIAMENTO. OBRIGAÇÃO DE PERMANECER NO EMPREGO. PERÍODO DE UM ANO. PROPORCIONALIDADE. BOA-FÉ OBJETIVA. DESCUMPRIMENTO PELO EMPREGADO. RESTITUIÇÃO DEVIDA. NÃO PROVIMENTO. 1. No caso, a reclamada financiou a participação da reclamante em curso de pós-graduação, sob a condição de que, após a conclusão, a trabalhadora não poderia pedir demissão imotivadamente pelo período de um ano, sob pena de restituição dos valores investidos pela empregadora. 2. Com efeito, o exercício da autonomia da vontade por parte do trabalhador trouxe vantagens proporcionais, senão superiores, à contrapartida a que se obrigou, pois lhe foi permitido alcançar o título de especialista em troca apenas da limitação do poder de denunciar o contrato por curto período, sem prejuízo dos salários e demais vantagens próprias da relação de emprego. 3. Assim, referido ajuste não ofendeu qualquer norma protetiva e deve ser considerado válido e eficaz. 4. Ademais, ofende a boa-fé objetiva a conduta do trabalhador que aceita os termos negociados, usufrui as vantagens que lhe proporcionou, mas recusa-se injustificadamente a cumprir sua obrigação e frustra a justa expectativa da parte contrária. 5. Ilesos os artigos 9º, 444, 462 e 468 da CLT. 6. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, AIRR 111486 111486/2003-900-04-00.2, 7ª Turma, Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, j. 21.10.2009, DJe 27.11.2009)

Os Tribunais Regionais caminham no mesmo sentido:

CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA. VALIDADE. O empregado que recebe formação profissional custeada pelo empregador e descumprir cláusula de permanência em serviço, para fins de reversão dos benefícios da formação profissional em prol da empresa e retorno do investimento feito, deve indenizar o empregador acerca dos investimentos da formação profissional. (TRT 2, RO: 00023160720115020038, 17ª turma, Des. Álvaro Alves Nôga, j. 29.10.2013, DJe 08.11.2013)

CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA NO EMPREGO. VALIDADE. é válida a cláusula contratual que estabelece o dever de o trabalhador permanecer no emprego por determinado lapso de tempo ou a reembolsar as despesas com a

⁹⁷ HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. Granadeiro Guimarães. Curso Financiado pelo empregador: anistia condicionada à permanência no emprego. Granadeiro Guimarães, 05 jun. 2006. Disponível em: http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=7173. Acesso em: 22 ago. 2016.

realização de cursos de aperfeiçoamento ou treinamento realizado às custas do empregador, porquanto o ajuste está em plena harmonia com o nosso ordenamento jurídico e com o princípio da boa-fé, que inspira o Direito do Trabalho. (TRT3, RO: 0143500-71.2008.5.03.0023, 3ª turma, Des. Marcio Jose Zebende, j. 15.12.2010, DJe 156.12.2010)

Há que se ressaltar que a validade da aludida cláusula está condicionada à observância da devida proporcionalidade entre o tempo de estudo, o valor do investimento e o tempo de permanência no trabalho após concluído o curso.

Sobre a aludida proporcionalidade a advogada Aparecida Tokumi Hashimoto⁹⁸ se manifestou nos seguintes termos:

Assim, mostra-se razoável a fixação de um período máximo de permanência no emprego, equivalente à duração do curso, para o empregado se beneficiar da anistia do empréstimo, bem como considera-se que a devolução do empréstimo seja feita de forma proporcional ao tempo de permanência, em caso de desligamento, a pedido do empregado ou por iniciativa da empresa.

O C. TST também já manifestou entendimento quanto à necessidade de se observar a devida proporcionalidade entre o que é concedido ao empregado e o que se pode exigir dele quando do retorno:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO EMPREGADOR. CONTRATO PARTICULAR DE INVESTIMENTO EM FORMAÇÃO PROFISSIONAL. CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA. PEDIDO DE DEMISSÃO ANTES DO PRAZO DEFINIDO EM CONTRATO. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE ENTRE O PERÍODO DO CURSO REALIZADO E O TEMPO MÍNIMO EXIGIDO DE PERMANÊNCIA NO EMPREGO. OFENSA À LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do art. 5º, XIII, da CF/88. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO EMPREGADOR. CONTRATO PARTICULAR DE INVESTIMENTO EM FORMAÇÃO PROFISSIONAL. CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA. PEDIDO DE DEMISSÃO ANTES DO PRAZO DEFINIDO EM CONTRATO. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE ENTRE O PERÍODO DO CURSO REALIZADO E O TEMPO MÍNIMO EXIGIDO DE PERMANÊNCIA NO EMPREGO. OFENSA À LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO. A presente controvérsia cinge-se em definir se é válida cláusula contratual que previu que o Empregador custearia para seu Empregado um curso de especialização profissional e este, em contrapartida, permaneceria prestando-lhe serviços por um período de 24 meses após o encerramento do curso, sob pena de restituição dos valores investidos na capacitação. Ora, em princípio, verifica-se a possibilidade de uma cláusula contratual estabelecer um período mínimo de

⁹⁸ HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. Granadeiro Guimarães. Curso Financiado pelo empregador: anistia condicionada à permanência no emprego. Granadeiro Guimarães, 05 jun. 2006. Disponível em: http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=7173. Acesso em: 22 ago. 2016.

prestação de serviços - após a realização de curso de capacitação pelo Empregado às custas do Empregador -, uma vez que se viabiliza, assim, que o conteúdo aprendido seja revertido em prol dos serviços desempenhados perante a empresa. Todavia, é necessário que haja proporcionalidade entre o tempo do curso realizado e o período mínimo de permanência pós-curso. Do contrário, será violado o direito fundamental de liberdade no exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, contido no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, pois o trabalhador, hipossuficiente que é - inclusive financeiramente -, terá cerceado seu direito de rescisão contratual por tempo desarrazoado, já que dificilmente poderá ressarcir seu empregador dos valores investidos em sua capacitação. Um exemplo de proporcionalidade nesse tipo de pactuação encontra-se na Lei 8.112/90, quando dispõe sobre o afastamento de servidor público civil federal para estudo ou missão no exterior. O art. 95, § 2º, da referida Lei estabelece que, ao servidor beneficiado por esse afastamento, não será concedida exoneração ou licença para tratar de interesse particular antes de decorrido período igual ao do afastamento, ressalvada a hipótese de ressarcimento da despesa havida com seu afastamento. No caso dos autos, mostrou-se incontroverso que o curso realizado pelo Réu foi de curta duração - inferior a sessenta dias -, o que evidencia, pois, a desproporcionalidade na cláusula de permanência de 24 meses após o término do curso. Ademais, o Réu somente pediu demissão após sete meses do término do curso. Ou seja, prestou serviços por período superior ao triplo da duração do curso. Portanto, é de se entender que o Réu já cumpriu sua obrigação de retribuir à Autora o conteúdo aprendido no curso de capacitação realizado, não sendo razoável exigir dele qualquer ressarcimento. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR: 9825920125180004, 3ª Turma, Min. Mauricio Godinho Delgado, j. 16.03.2016, DJe 22.03.2016)

Por fim, no que se refere ao momento da pactuação da referida cláusula, tem-se que a necessidade de inserção da cláusula surge apenas com o real interesse por parte do empregado na realização de curso e a oferta por parte do empregador de financiar o pagamento do curso. Sobre o assunto já se manifestou Sérgio Pinto Martins⁹⁹ em artigo publicado na internet:

O empregador muitas vezes proporciona um curso, a faculdade, etc. ao empregado. Em contrapartida, é estabelecida cláusula de permanência no emprego, consistente em o trabalhador não poder sair da empresa dentro de certo prazo depois do término do curso. Às vezes, a cláusula de permanência já está inserida desde o início do contrato de trabalho. Outras vezes é feito adendo ao contrato de trabalho, com a inserção da cláusula de permanência no emprego.

Assim, o fato de a pactuação da cláusula ter se realizado no curso do contrato de emprego não poderá ser considerado para fins de invalidade da norma. De outro lado, tem-se que a validade da cláusula de permanência está condicionada a observância de alguns elementos, quais sejam, a concordância das partes quanto à pactuação da cláusula e a proporcionalidade entre o benefício concedido pelo empregador e a obrigação imposta ao empregado, isto é, a proporção entre o tempo

⁹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de Permanência no Emprego. Jornal Carta Forense, São Paulo, 03 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/clausula-de-permanencia-no-emprego/9982>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

e o valor do curso subsidiado pelo empregador e o tempo de permanência na empresa exigido do empregado.

7.3 Cláusula de confidencialidade ou Cláusula de sigilo

A “cláusula de confidencialidade” ou “cláusula de sigilo”, refere-se a *“tudo que, sendo referente a produção ou negócio e do conhecimento de poucos, não deve, pela vontade de seus detentores, ser violado”*.¹⁰⁰ Assim, ainda que se pressuponha a boa-fé do empregado, a aludida cláusula obriga o trabalhador a não se utilizar ou não divulgar informações a que teve acesso em razão do exercício de sua função.

A cláusula de confidencialidade pode abarcar diferentes aspectos do contrato de emprego, os quais deverão ser observados pelas partes durante toda a relação e, algumas vezes, até mesmo após a sua rescisão. Nesse sentido, Luciano Martinez¹⁰¹, citando o autor Wagner Giglio, expõe sobre os chamados “segredo de empresa”, os quais podem ser classificados em “segredos de fábrica” ou “segredos de produção” e os “segredos de negócio”:

Os segredos de fábrica ou de produção seriam aqueles que tratam sobre métodos, fórmulas, inventos e melhorias realizados no produto. Os segredos de negócio, por outro lado, seriam aqueles que dizem respeito à situação econômico-financeira do empreendimento, aos planos para ampliação, às transformações ou às transações. Ambos os segredos encontram-se protegidos legalmente, pois é evidente que sua revelação, por exemplo, a uma empresa concorrente poderia prejudicá-la significativamente.

Infere-se, assim, que a necessidade em torno da pactuação de uma cláusula de confidencialidade pode surgir da realização de determinada pesquisa, da elaboração de produto ou tecnologia, ou ainda de reuniões onde são abordadas estratégias de negócios da empresa. Até porque, conforme ressaltam o advogado Leonam Machado de Souza e o Procurador do Estado do Rio de Janeiro Rodrigo de

¹⁰⁰ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1136 e 1137.

¹⁰¹ Ibidem, p. 1137.

Oliveira Botelho Corrêa¹⁰², “os segredos de negócio são essenciais para que os atores do mercado alcancem o sucesso”. E continuam os referidos autores¹⁰³:

Dessa forma, não seria justo que o concorrente que nada contribuiu para a formação daquele conhecimento, pudesse dele se apropriar, sem uma contraprestação, e valendo-se de métodos escusos. Consequentemente, a ordem jurídica protege os segredos de negócio, inclusive por meio da tipificação dessa conduta como crime.

Não obstante, vale pontuar que não é todo e qualquer ato praticado durante a vigência do contrato de trabalho que poderá ser requisitado como sigiloso por parte do empregador. Nesse sentido, como bem destacam Leonam de Souza e Rodrigo Corrêa¹⁰⁴:

[...] não basta que um agente de mercado classifique determinada informação como confidencial, para que a ordem jurídica tutele o direito à preservação desse segredo. É indispensável que essa informação possa influir de forma razoável na competição empresarial.”

Ou seja, para ter a proteção da ordem jurídica não basta a simples manifestação de vontade do empregador nesse sentido, sendo necessário demonstrar também que o ato o qual se pretende proteger é de grande importância ao empregador e representa considerável vantagem econômica perante os demais concorrentes, de modo que a sua divulgação para a concorrência implicará em evidente prejuízo.

Ressalte-se por oportuno que a inobservância da cláusula de confidencialidade por violação de segredo da empresa enseja a possibilidade de aplicação de justa causa, conforme disposto no art. 482, alínea g, *in verbis*:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

g) violação de segredo da empresa;

Nesse sentido é o posicionamento do C. TST:

¹⁰² SOUZA, Leonam Machado de Souza; CORRÊA, Rodrigo de Oliveira Botelho. Legalidade da obrigação de confidencialidade e pacto de não concorrência. *Publica Direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2ba3c4b9390cc43e>>. Acesso em: 04 fev. 2017

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ SOUZA, Leonam Machado de Souza; CORRÊA, Rodrigo de Oliveira Botelho. Legalidade da obrigação de confidencialidade e pacto de não concorrência. *Publica Direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2ba3c4b9390cc43e>>. Acesso em: 04 fev. 2017

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: 153300-21.2001.5.15.0093, 4ª Turma, Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, j. 09.12.2014, DJe 09.01.2015)

Não é diferente o entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho:

JUSTA CAUSA. APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE DADOS SIGILOSOS PARA FAVORECIMENTO PRÓPRIO E DA CONCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE SEGREDO DE EMPRESA. MAU PROCEDIMENTO CONFIGURADO. Postas as premissas de que o emprego é a fonte essencial de subsistência do trabalhador e que a continuidade do contrato de trabalho se presume, é forçoso concluir que a irregularidade de conduta, pondo em risco a manutenção do emprego, do qual o trabalhador necessita para seu sustento, contraria a ordem natural do sistema de relações do trabalho e, assim, deve ser cabalmente provada. In casu, ficou constatado que o autor apoderou-se de um bem incorpóreo e sigiloso da reclamada, qual seja, a lista de clientes e potenciais clientes constante do banco de dados da ré, e a utilizou com a nítida intenção de captar clientes para sua nova empregadora, caracterizando violação de segredo. Configurado, ainda, o mau procedimento, em virtude da desleal atitude do empregado, ao trair a confiança e a fidelidade necessárias na prestação de serviços em prol da reclamada. Desse modo, logrou êxito a ré em demonstrar um quadro comportamental de mau procedimento por parte do demandante, bem como a violação de segredo de empresa, e que a punição aplicada não se revelou excessivamente rigorosa. Acolhe-se, portanto, a alegação de falta grave atribuída ao demandante, sendo, pois, de rigor, o reconhecimento do despedimento motivado. Recurso do autor ao qual se nega provimento. (TRT2, RO: 00030748620135020079, 4ª Turma, Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, j. 09.12.2014, DJe 09.01.2015)

JUSTA CAUSA VIOLAÇÃO DE SEGREDO DA EMPRESA - O envio de informações de cunho sigiloso, pelo reclamante, à funcionária da empresa concorrente de sua empregadora configura quebra de fidúcia contratual, apta a ensejar a ruptura do liame empregatício, de imediato, por justa causa, com fundamento no artigo 482, alínea g, da CLT. (TRT3, RO: 01367201002303008, 6ª Turma, Des. Jorge Berg de Mendonça, j. 15.07.2011, DJe 18.07.2011)

Pontua-se, ainda, que tutela em torno do direito ao sigilo abarca também as searas cível e criminal. A responsabilidade civil pela divulgação de segredo de empresa está inserida nos artigos 186¹⁰⁵, 187¹⁰⁶ e 927¹⁰⁷ do Código Civil.

105 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Já na seara criminal, o Código Penal prevê como crime, em seu artigo 154, o ato de violar segredo profissional, isto é, o ato de *“revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”*. Ademais, o ato de divulgar informação tida como confidencial pode caracterizar o crime de concorrência desleal, nos termos do art. 195, inciso XI, da Lei 9.279/96 que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, *in verbis*:

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;

Da leitura do aludido dispositivo, verifica-se que a responsabilidade penal em torno da manutenção do sigilo se estende para além do termo do contrato de trabalho, de modo que não se pode vislumbrar qualquer abuso por parte do empregador que faz inserir cláusula de confidencialidade a ser assinada pelo empregado, desde que observados os requisitos de validade expostos supra.

Pelo exposto, quando o empregador manifesta de forma expressa sua vontade de manter em sigilo determinada informação, isto é, por meio de cláusula de sigilo ou confidencialidade, e sendo o ato considerado segredo do negócio e, portanto, tutelado pela ordem jurídica, surge para o empregado o dever de fazer cumprir a aludida cláusula, sob pena de aplicação das penalidades cabíveis.

7.4 Cláusula de exclusividade

A cláusula de exclusividade poderá ser convencionada pelas partes numa relação de emprego, de modo que o empregado obriga-se a prestar serviços em favor de um único empregador no curso do contrato.

Inicialmente, cumpre ressaltar que *“a exclusividade é uma situação contratual de caráter excepcional, pois, em regra, os trabalhadores podem, sem limites*

106 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

107 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

*impostos por lei, acumular empregos na esfera privada*¹⁰⁸, o que se pode inferir, inclusive, da leitura do art. 138 da CLT¹⁰⁹.

No entanto, como bem ressalta o Desembargador José Geraldo da Fonseca¹¹⁰, *“pode ocorrer, contudo, que em razão do tipo de trabalho desenvolvido na empresa seja do interesse do empregador que o empregado não estabeleça outra relação de emprego durante o contrato, ainda que haja disponibilidade de tempo”*.

Assim, tratando-se de exceção à regra, necessário que as partes façam constar de forma expressa do contrato de emprego a cláusula de exclusividade, com vedação ao empregado de prestar serviços em favor de outros empregadores. Registre-se, por oportuno, que a cláusula de exclusividade não se confunde com a cláusula de não concorrência. Como bem ressalta a advogada Aparecida Tokumi Hashimoto¹¹¹:

Ela não deve ser confundida com a cláusula de não-concorrência, pela qual o empregado fica proibido de exercer qualquer atividade em ato de concorrência ao seu empregador. Esta hipótese ocorreria, por exemplo, quando o jornalista-locutor se emprega em duas emissoras de televisão para apresentar programa noticioso ou, ainda, do ator que firma contratos com emissoras de TV concorrentes. Difere essa situação de concorrência daquela na qual a empresa exige exclusividade para maior aproveitamento do empregado. É o que ocorre, por exemplo, quando o empregador-emissora de televisão exige do artista que este se abstenha de participar de qualquer atividade teatral diversa daquela para a qual foi contratado, inclusive em peças de teatro ou outros espetáculos, ainda que não seja em favor de emissora concorrente. Nesta hipótese, inexistente a concorrência (entre a TV e o teatro), mas há exigência de exclusividade.

Vale pontuar ainda que não obstante a CLT seja silente sobre a possibilidade de pactuação de cláusula de exclusividade, o art. 12 do Regulamento Geral do Estatuto de Advocacia e da OAB dispõe acerca da possibilidade de contratação de advogado em regime de trabalho de dedicação exclusiva, *in verbis*:

Art. 12. Para os fins do art. 20 da Lei no 8.906/94, considera-se de dedicação exclusiva o regime de trabalho que for expressamente previsto em contrato individual de trabalho.

¹⁰⁸ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 268.

¹⁰⁹ Art. 138. Durante as férias, o empregado não poderá prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele.

¹¹⁰ FONSECA, José Geraldo. Cláusulas Especiais do Contrato de Trabalho. Toga estudos jurídicos. Disponível em: <http://www.cursotoga.com.br/clausulas-especiais-do-contrato-de-trabalho/>. Acesso em 16 set. 2017

¹¹¹ HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. Exclusividade na relação de emprego. Graneiro Guimarães advogados, 14 abr. 2008. Disponível em: <http://www.graneiroadv.br/boletim-abr08/N56-140408.php>. Acesso em: 16 set. 2017.

Sobre a contratação de advogado empregado e a necessidade de pactuação de cláusula de exclusividade de forma expressa no contrato de emprego já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. ADVOGADO EMPREGADO. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Recurso fundamentado em violação dos artigos 20 da Lei 8.906/1994 e 422 da CLT e divergência jurisprudencial. O e. Tribunal Regional registrou de forma clara que “A configuração do regime de dedicação exclusiva não se dá meramente pela sujeição da empregada à jornada de oito horas diárias, devendo haver restrição de sua atuação em favor de outros tomadores. Volvendo à hipótese em testilha, a prova dos autos é contundente no sentido de que as partes não firmaram cláusula expressa acerca da dedicação exclusiva da autora à ré.” Tal entendimento harmoniza-se com o que tem prevalecido no seio desta Corte acerca da submissão do advogado empregado ao regime de dedicação exclusiva (artigo 20 da Lei no 8.906/94), no sentido de que tal situação somente se materializa mediante expressa previsão contratual a respeito, mesmo que o empregado tenha se submetido a uma jornada maior no curso do contrato de trabalho, como é o caso dos autos. Indenes os dispositivos de lei invocados. Precedentes. Recurso de revista não conhecido. (TST, RR: 1195-83.2011.5.03.0015, 3ª Turma, Min. Alexandre Agra Belmonte, j. 09.10.2013, DJe 11.10.2013)

No mesmo sentido é o entendimento do TRT da 1ª Região:

RECURSO ORDINÁRIO. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. CONTRATO DE TRABALHO. PREVISÃO EXPRESSA. NECESSIDADE. O contrato de trabalho colacionado, embora preveja o labor das 8 horas às 18 horas não estabelece o regime de dedicação exclusiva. De fato, tal restrição à liberdade de trabalho - que não é a regra - deve estar prevista expressamente para que se possa concluir pela inaplicabilidade da jornada de trabalho fixada por lei para os advogados. Trata-se da regra insculpida no art. 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, que dispõe acerca da Lei 8.906/94. (TRT1, RO: 00113883720135010018, 2ª Turma, Des. Jose Antonio Piton, j. 28.11.2016, DJe 24.02.2017)

Vale ressaltar que embora a previsão constante do Regulamento Geral do Estatuto de Advocacia e da OAB restrinja-se aos advogados, a inserção da aludida cláusula mostra-se comum no meio artístico, jornalístico e acadêmico.

E mais uma vez, a falta de regramento específico sobre a matéria torna necessário recorrer ao direito comparado, buscando na legislação estrangeira elementos para embasar a elaboração de cláusula de exclusividade em contratos de emprego celebrados no Brasil. Como bem ressalta Tokumi Hashimoto¹¹²:

¹¹² HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. Exclusividade na relação de emprego. Graneiro Guimarães advogados, 14 abr. 2008. Disponível em: <http://www.graneiro.adv.br/boletim-abr08/N56-140408.php>. Acesso em: 16 set. 2017.

Uma forma de conter o abuso é, por exemplo, espelhar-se na legislação espanhola. Conforme artigo 21, item 3º, do Estatuto do Trabalhador (ET) da Espanha, a cláusula de exclusividade somente será válida se o empregado tiver uma compensação econômica e a faculdade de rescindir o acordo de exclusividade, recuperando sua liberdade de trabalho, sem perda do emprego. Nesta última hipótese, caso o empregado deseje romper o acordo de exclusividade, conforme ainda o Estatuto do Trabalhador da Espanha, ele deverá pré-avisar com 30 dias o empregador, perdendo a compensação econômica e todos os outros direitos vinculados à plena dedicação.

Sobre a validade da cláusula de exclusividade já se manifestou o Desembargador José Geraldo da Fonseca¹¹³:

Em tese, a cláusula de exclusividade será válida se se limitar a proibir uma segunda relação de emprego na constância do contrato de trabalho apenas com empresa concorrente ou com outra que, embora não concorrente, possa se aproveitar de informações confidenciais que esse empregado possa ter obtido em razão do seu trabalho. Não será lícita se proibir, genericamente, o exercício de qualquer trabalho.

Assim, verifica-se que não há que se falar em ilegalidade na celebração de cláusula de exclusividade. Deverão ser observados, no entanto, os requisitos mínimos de validade acima apontados, quais sejam, ajuste expresso e por escrito entre as partes, a necessidade de proteção da propriedade intelectual do empregador ou do segredo do negócio e a compensação econômica que possa representar uma contrapartida justa e proporcional à exigência de exclusividade do empregado em favor do empregador.

7.5 Cláusula de não recrutamento

Por fim, tem-se a chamada cláusula de não recrutamento, segundo a qual o empregador impõe ao empregado uma proibição de solicitar ou recrutar trabalhadores do antigo empregador, por determinado período de tempo e em determinada limitação geográfica, em favor do novo empregador.

Como bem ressalta o Desembargador José Geraldo da Fonseca¹¹⁴ sobre a cláusula de não recrutamento:

¹¹³ FONSECA, José Geraldo. Cláusulas Especiais do Contrato de Trabalho. Toga estudos jurídicos. Disponível em: <http://www.cursotoga.com.br/clausulas-especiais-do-contrato-de-trabalho/>. Acesso em 16 set. 2017.

¹¹⁴ FONSECA, José Geraldo. Cláusulas Especiais do Contrato de Trabalho. Toga estudos jurídicos. Disponível em: <http://www.cursotoga.com.br/clausulas-especiais-do-contrato-de-trabalho/>. Acesso em 16 set. 2017

O objetivo é evitar desvio de clientela ou cooptação de staff treinado e com amplo conhecimento do segmento de mercado. Em princípio, não há ilegalidade porque se trata de imposição de obrigação de não-fazer que em nada prejudica o ex-empregado e preserva os interesses da empresa. Assim como as outras cláusulas que impõem inação do empregado, é preciso que essa proibição de recrutar seja delimitada no tempo.

Verifica-se, então, que a aludida cláusula visa proteger os interesses do empregador que investiu no desenvolvimento do seu negócio, treinando e capacitando seus empregados para oferecer um melhor produto ou serviço à sociedade. Assim, por meio da limitação do recrutamento de ex-empregados o empregador tem protegida sua propriedade intelectual frente à concorrência do mercado de trabalho.

Não obstante, assim como nos demais casos já delineados no presente estudo, a validade da cláusula de recrutamento está condicionada a previsão por escrito em contrato celebrado entre o empregado e empregador, assim como a imposição de limitação temporal e territorial quanto ao impedimento de recrutamento de trabalhadores do antigo empregador por parte do ex-empregado.

CONCLUSÃO

A inserção de cláusulas especiais nos contratos de emprego é uma realidade no atual mercado de trabalho, em razão da necessidade de proteção da propriedade intelectual do empregador, como consequência da crescente concorrência empresarial.

Conforme exposto, não obstante a grande importância em torno da inserção de cláusulas especiais nos contratos de emprego, a Consolidação das Leis do Trabalho não traz regramento específico acerca do tema, o que gera insegurança jurídica tanto para o empregador quanto para o empregado quanto a sua aplicabilidade nos contratos de emprego. Assim, a análise de construções doutrinárias e jurisprudenciais, assim como dos princípios gerais do direito e do direito comparado, servem como balizas para a pactuação das aludidas cláusulas entre as partes.

Ainda que não expressivas em números, as decisões do C. Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho e as construções doutrinárias acerca do tema têm demonstrado certa coerência quanto à matéria. Isso porque, verifica-se uma tendência em reconhecer a importância das inserção das cláusulas especiais para os empregadores em razão da necessidade de proteção da propriedade intelectual do empregador, ao mesmo tempo que não se deixa de lado a necessidade de proteção aos direitos dos trabalhadores.

Dessa forma, com base nos princípios gerais do direito e no direito comparado, foram criados pela doutrina e jurisprudência, requisitos mínimos de validade das cláusulas especiais, com apoio ainda das normas gerais previstas na CLT e CC/02 quanto à pactuação e alteração do contrato de trabalho. Tais requisitos servem como limitadores às eventuais restrições a serem impostas ao empregado pelo empregador, buscando-se, assim, evitar abusos quando da celebração das cláusulas especiais.

Conforme visto, os limites mais comuns referem-se, regra geral, à limitação da eficácia das cláusulas quanto ao território, tempo e matéria, exigindo-se ainda do empregador o pagamento de indenização proporcional às obrigações impostas ao empregado. De outro lado, busca-se também garantir que as obrigações ali impostas sejam observadas pelo empregado, sendo devida indenização equivalente no caso de inobservância do quanto pactuado.

Embora esses balizadores permitam às partes obter um direcionamento quando da pactuação das cláusulas especiais, a insegurança jurídica mostra-se uma constante ante a discricionariedade do julgador ao decidir pela validade ou invalidade da norma ante a ausência de limites legais específicos. Assim, apenas o caso concreto poderá dizer se os elementos constantes na cláusula especial obedecem ou não aos requisitos mínimos de validade apontados pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

INDICAÇÃO BIBLIOGRÁFICA

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. **Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974**. Lei do Trabalho Temporário. Brasília, 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Lei da Propriedade Industrial. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. **Lei n. 12.690 de 19 de julho de 2012**. Lei das Cooperativas de Trabalho. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FILHO, Francisco das C. Lima. Cláusulas acessórias do contrato laboral e limitação à liberdade de trabalho: legitimidade e limitações. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12665. Acesso em: 25 ago. 2016.

FONSECA, José Geraldo. Cláusulas Especiais do Contrato de Trabalho. **Toga estudos jurídicos**. Disponível em: <http://www.cursotoga.com.br/clausulas-especiais-do-contrato-de-trabalho/>. Acesso em: 16 set. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. Curso Financiado pelo empregador: anistia condicionada à permanência no emprego. **Granadeiro Guimarães**, 05 jun. 2006. Disponível em: http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?id=7173. Acesso em: 22 ago. 2016.

_____. Exclusividade na relação de emprego. **Graneiro Guimarães advogados**, 14 abr. 2008. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/boletim-abr08/N56-140408.php>. Acesso em: 16 set. 2017.

JARDIM, Thais. Cláusulas especiais no contrato de trabalho. **Migalhas**, 18. set. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227064,91041-Clausulas+Especiais+do+Contrato+de+Trabalho>. Acesso em: 23 ago. 2016.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Cláusula de Permanência no Emprego. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, 03 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/clusula-de-permanencia-no-emprego/9982>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

SOUZA, Leonam Machado de Souza; CORRÊA, Rodrigo de Oliveira Botelho. Legalidade da obrigação de confidencialidade e pacto de não concorrência. **Publica Direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2ba3c4b9390cc43e>>. Acesso em: 04 fev. 2017