

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Rafael Eny

Cláusula de Não Concorrência no Contrato Individual de Trabalho

Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do certificado de especialização em Direito do Trabalho, sob a orientação da Professora Mestre Catia Guimarães Raposo Novo.

São Paulo

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Rafael Eny

Cláusula de Não Concorrência no Contrato Individual de Trabalho

Professora Ms. Catia Guimarães Raposo Novo

Professor(a)

Professor (a)

São Paulo

2016

AGRADECIMENTOS

A todos que colaboraram para o desenvolvimento deste trabalho: meus pais, minha irmã e à professora Catia. Obrigado.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade o estudo da cláusula de não concorrência e sua aplicação nos contratos individuais trabalhistas, acordo que tem se tornado muito usual no mercado laboral, em razão do advento da globalização e da conseqüente necessidade pelas empresas em proteger seus segredos. De forma objetiva, explica-se o conceito de pacto não concorrencial, sua evolução e alcance na legislação nacional.

A validade ou não da cláusula de não concorrência é tema bastante polêmico, pois coloca em oposição os direitos do empregador (proteção dos segredos da empresa) aos direitos do trabalhador (livre exercício do trabalho). Ademais, em razão deste contrato não estar expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, procura-se analisar sua aplicabilidade através dos princípios constitucionais, laborais e contratuais, por meio do direito comparado e em função do interesse das partes.

Por fim, estuda-se a forma de realização do contrato não concorrencial e seus requisitos para que seja considerado válido.

ABSTRACT

The purpose of this work is to study the non-competition clause and its application in labor individual contracts, agreement that has become very common in the labor market, due to the advent of globalization and the consequent need for companies to protect their secrets. Objectively, explains the concept of non-competitive agreement, its evolution and scope in national legislation.

The validity or not of non-competition clause is a very controversial issue because it puts in opposition employer's rights (protection of company secrets) to workers' rights (free exercise of the work). Moreover, because this agreement is not expressly provided in the Brazilian legal system, seeks to analyze their applicability through constitutional, labor and contractual principles, through comparative law and in the best interests of the parties.

Finally, it is studied the embodiment of non-competitive contract and its requirement to be considered valid.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1: CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA	10
1.1 Conceito	10
1.2 Fundamentação legal	11
1.3 Projetos de lei.....	16
1.4 Legislação estrangeira	19
CAPÍTULO 2: LIVRE EXERCÍCIO DO TRABALHO	23
2.1 Histórico	23
2.2 Fundamentação legal	27
CAPÍTULO 3: PRINCÍPIOS.....	31
3.1 Princípio da liberdade contratual.....	31
3.2 Princípio da liberdade de trabalho.....	32
3.3 Princípio da unicidade constitucional	33
3.4 Princípio da proporcionalidade.....	34
3.4.1 Precedência <i>prima facie</i>	35

CAPÍTULO 4: APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO E SEUS LIMITES	37
4.1 Limitação da liberdade ao trabalho	37
4.2 Requisitos.....	38
4.2.1 Legítimo interesse do empregador	38
4.2.2 Objeto específico	39
4.2.3 Tempo delimitado	40
4.2.4 Território delimitado	41
4.2.5 Compensação financeira	41
4.2.6 Momento da inclusão da cláusula	43
4.3 Extinção.....	48
4.4 Descumprimento	48
CONCLUSÃO	50
BIBLIOGRAFIA	52

INTRODUÇÃO

A presente monografia analisa a cláusula de não concorrência e examina a sua validade nos contratos individuais de trabalho, os impasses relativos à aplicação deste dispositivo e suas respectivas soluções doutrinárias e jurisprudenciais, à luz das normas e princípios nacionais.

Embora frequente há anos em nossa doutrina e jurisprudência, o pacto de não concorrência pós contratual não tem disposição legal no ordenamento pátrio, embora diversas regras relacionadas à regulamentação da livre concorrência já existam, no Direito Penal (crime de concorrência desleal . art. 195. da nº 9.279/1996), no Direito Comercial (sócio retirante . art. 1.147 do Código Civil) e no Direito do Trabalho (concorrência do empregado durante a relação de emprego . art. 482, alínea c, da CLT).

Ademais, o presente tema passa a ter maior relevância com o passar dos anos, eis que a proteção aos segredos do atividade empresarial se tornou ponto chave para empresas vencerem na competição autorregulada pelo mercado.

Referida proteção se dá através de contratos que assegurem a liberdade de concorrência e a livre iniciativa, entre os quais figura o pacto não concorrencial.

O objetivo deste estudo é analisar a aplicabilidade da cláusula de não concorrência e a as restrições para o seu uso, eis que este contrato implica

necessariamente na limitação de direito fundamental, o livre exercício do trabalho.

Desta forma, busca-se analisar de acordo com as leis, preceitos e fundamentos os interesses individuais e coletivos, dos empregados e dos empregadores em aparente conflito e trazer soluções através da hermenêutica e da interpretação constitucional, com base nos princípios da proporcionalidade.

Para tanto, faz-se necessário trazer os conceitos de livre concorrência e livre iniciativa, bem como de liberdade ao trabalho e sua evolução histórica, estudar os princípios esculpidores destes institutos, para determinar se há validade ou não na utilização da cláusula de não concorrência.

CAPÍTULO 1: CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

1.1 Conceito

Nas palavras de Catia Guimarães Raposo Novo, a cláusula de não concorrência é o *“acordo celebrado na vigência ou após o término da relação de emprego, para produzir seus efeitos após a rescisão contratual, a qual o empregado qualificado se compromete a não praticar atos de concorrência e desvio de clientela durante determinado período, mediante o recebimento de uma remuneração, sem que fique coibido de exercer funções diversas às quais exercia na empresa”*.¹

Consiste, portanto, em um pacto assumido pelo empregado em se abster de exercer funções análogas às anteriormente exercidas perante o ex-empregador, evitando-se, assim, o exercício da concorrência, mediante determinada compensação financeira, com limitação temporal e territorial.

No conceito de Ari Possidônio Beltran, trata-se de *“obrigação em virtude da qual o empregado se compromete a não praticar por conta própria ou alheia, após a vigência do contrato de trabalho, ação que implique desvio de clientela de seu antigo empregador”*.² Deste conceito, extrai-se que a cláusula

¹ NOVO, Catia Guimarães Raposo Novo. *Da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho*. Dissertação Mestrado . Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 129.

² BELTRAN, Ari Possidônio. *Dever de fidelidade, dever de não-concorrência e cláusula de não concorrência*. Revista LTr, São Paulo, v. 66, 2002. p. 422.

de não concorrência é um contrato de natureza civil, no qual há uma obrigação de não fazer definida.

Determinados empregados, em razão de suas funções exercidas, passam a ter conhecimento daquilo que é mais valioso nas empresas em que laboram: os segredos e estratégias da atividade empresarial, ou seja, o chamado *know how*. Aludido contrato tem por objetivo claro a proteção da empresa no mercado, para que esta apresente condições justas de concorrer com seus adversários, evitando-se a exposição de seu *know how* por antigo funcionário.

Assim, a cláusula de não concorrência funciona como um remédio para o empregador evitar o surgimento de uma concorrência perigosa.

1.2 Fundamentação legal

Não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer disposição a respeito do acordo de não concorrência após o término da relação empregatícia, contudo, na legislação trabalhista, durante o contrato de trabalho é vedado ao empregado constituir ato de concorrência perante a empresa na qual é funcionário, sendo caso de rescisão por justa causa, conforme preceitua o art. 482, alínea ~~6~~, da Consolidação das Leis do Trabalho.³

³ Art. 482: *Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (...) 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;*

Tal vedação se dá em razão da evidente quebra da relação de confiança entre empregador e empregado, tendo em vista a violação pelo obreiro dos deveres de lealdade, fidelidade e boa-fé, inerentes ao contrato do trabalho.

De outro lado, findando-se o contrato de trabalho não há motivo para a proibição persistir, sendo necessária a realização de um contrato específico que vise excluir da concorrência o antigo funcionário, ou seja, o pacto de não concorrência.

Referido acordo tem amparo nas normas e princípios constitucionais, entre os quais estão a livre-iniciativa (art. 1º, inciso IV e art. 170, *caput*, ambos da CF), a livre concorrência (art. 170, inciso IV da CF), a defesa do consumidor (art. 170, V, da CF), a liberdade contratual (art. 5º, *caput*, da CF) e o direito de propriedade (art. 170, II, da CF).

A livre-iniciativa nada mais é que a liberdade concedida aos indivíduos em suas atividades econômicas, sem qualquer restrição imposta por terceiros, desde que não haja infração aos preceitos legais. É o direito dado a todo empresário em investirem seus negócios da forma que considera ser mais vantajosa e lucrativa. Deste conceito, extrai-se a ideia da livre concorrência, da defesa do consumidor, da liberdade contratual e do direito de propriedade.

A livre concorrência surge em decorrência da liberdade econômica, eis que é facultado a todo e qualquer indivíduo participar do mercado de trabalho e competir com aqueles já existentes neste cenário, desde que a atuação de todos esteja pautada na lealdade e ética. Daí surge o conceito de proibição

da concorrência desleal, vedada em lei e considerada crime, conforme dispõe o art. 195 da Lei nº 9.279/1996.⁴

Portanto a promoção de competição é salutar para o crescimento e desenvolvimento das empresas, que diante da concorrência buscam novas soluções para se destacarem. Nesta relação, a boa-fé sempre deve estar presente, para se evitar o exercício de práticas abusivas que gerem um desequilíbrio no mercado.

Adentrando especificamente ao tema central da presente monografia, tem-se como temerária a violação de um pacto não concorrencial, eis que possível vazamento de informações relevantes aos concorrentes, com a consequente exposição do *know how*, pode afetar de forma drástica a continuidade de uma empresa e, assim, ir contra a liberdade de concorrência.

Um reflexo da livre concorrência é o mercado de consumo e sua proteção. O direito do consumidor é pautado numa sociedade em que há variedade de oferta de produtos e serviços, sendo conferidas amplas possibilidades de escolhas. A competição livre coíbe a prática abusiva de valores e fomenta a entrega de produtos e serviços de melhor qualidade.

A liberdade contratual e o direito de propriedade são preceitos fundamentais que garantem a aplicação da cláusula de não concorrência. As pessoas são livres para contratar, bastando que na realização do negócio jurídico não exista qualquer impedimento legal, em função do princípio da autonomia privada, que garante aos contratantes o exercício de suas vontades.

⁴ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

No plano infraconstitucional, o pacto de não concorrência é fundamentado nos princípios gerais dos contratos, presentes no Código Civil, bem como na defesa da concorrência, conforme Lei nº 12.529/2011.

Conforme preceituam os arts. 421 e 422 do Código Civil, todo e qualquer contrato deve ter uma função social e ser pautado nos princípios de probidade e boa-fé.⁵

Nos ensinamentos de Álvaro Villaça Azevedo, o princípio da boa-fé objetiva deve *existir ante a lealdade, a honestidade e a segurança, que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na formação, na celebração, na execução (cumprimento) e na extinção do contrato, bem como após esta.*⁶

Ou seja, cabe a cada contratante o dever de não causar prejuízos ao outro, mesmo após o término do contrato, diante da obrigação de serem leais e honestos.

Tal princípio vai de encontro ao que se busca na cláusula de não concorrência: Criar uma obrigatoriedade após o contrato de emprego, na qual uma das partes se compromete a guardar sigilo de informações obtidas no curso do contrato, a fim de manter o regular equilíbrio do mercado, com a

⁵ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁶ AZEVEDO. Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26/27.

vedação do empregado em concorrer com o antigo patrão, seja de forma direta ou indireta.

A função social do contrato além de ser um limitador da autonomia privada, limitação esta imposta por lei, objetiva a ética e boa-fé no cumprimento dos contratos, sendo necessária não apenas existir uma finalidade financeira decorrente do contrato, mas um fim social, como a proteção da livre concorrência e a defesa do consumidor.

Ademais, a cláusula de não concorrência se enquadra em outras regras prescritas na Lei Cível, tais quais a presunção de licitude do contrato (art. 122)⁷ e a possibilidade das partes firmarem contratos atípicos (art. 425)⁸.

A Lei nº 12.529/2011, que estruturou o sistema brasileiro de defesa da concorrência, ao reprimir as infrações contra a ordem econômica, ampara o pacto não concorrencial. Em seu art. 36, inciso, I⁹, pune o infrator que prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, que, como já visto anteriormente, são princípios garantidores deste acordo.

⁷ 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.

⁸ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

⁹ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

Por fim, a cláusula de não concorrência encontra guarida na legislação obreira, seja pela aplicação do art. 8º da CLT, que permite a utilização de princípios e normas do direito civil como fontes subsidiárias, seja em razão do art. 444 da CLT, que trata da livre estipulação dos contratos, desde que em conformidade com as normas de proteção do trabalho, aos acordos e convenções coletivas e de acordo com as decisões das autoridades competentes.

1.3 Projetos de lei

Diante da inexistência de norma que regule especificamente a cláusula de não concorrência, conforme salientado no capítulo anterior, dois projetos de lei foram apresentados, os quais ainda estão pendentes de aprovação, que podem tornar muito mais eficaz a segura a utilização de referidos contratos.

O projeto de lei nº 986/2011, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, trata da inclusão da cláusula de não concorrência na Consolidação das Leis Trabalhistas, introduzindo o art. 444-A com a redação a seguir:

Art. 444-A. É permitida a instituição de cláusula de não concorrência quando, em razão da natureza do serviço prestado, o trabalhador tiver conhecimento de informações estratégicas da empresa, cuja divulgação possa causar prejuízo ao empregador, observado o disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1º A cláusula será estabelecida por escrito e sua vigência não excederá o prazo de dois anos, a contar da rescisão do contrato de trabalho.

§ 2º A cláusula pode ser instituída durante a vigência do contrato de trabalho, caso haja mudança nas atribuições do trabalhador, desde que configurada a hipótese prevista no caput deste artigo.

§ 3º Constará da cláusula, de forma expressa, a descrição das atividades e do ramo econômico em que o trabalhador está impedido de atuar em outra empresa.

§ 4º O trabalhador pode celebrar novo contrato de trabalho para atuar em atividade e ramo econômico distintos daqueles estabelecidos no contrato de trabalho anterior.

§ 5º O trabalhador fará jus ao pagamento de indenização mensal correspondente a, no mínimo, o valor do último salário recebido, pelo prazo que durar a cláusula de não concorrência, salvo se celebrar novo contrato de trabalho, nos termos estabelecidos no parágrafo anterior.

§ 6º A falta de pagamento da indenização por parte do empregador implica a resolução do ajuste, com o pagamento em dobro dos meses restantes, além de multa contratual.

§ 7º A violação da cláusula pelo trabalhador acarreta a restituição das parcelas pagas, além de indenização por perdas e danos.

O projeto de lei busca normatizar requisitos de validade da cláusula de não concorrência já colocados em prática, com parâmetros na jurisprudência e na doutrina, como veremos em capítulos posteriores.

Nestes termos, o Sr. Deputado justifica a necessidade do acréscimo do artigo: *“Consideramos essa uma medida justa, até porque a celebração da cláusula não é colocada como uma imposição, mas como liberalidade das partes (é permitida)”. Além disso, o projeto resguarda os requisitos que a doutrina e a jurisprudência consideram essenciais à validade da cláusula, a saber: limitação temporal, espacial e quanto à atividade; legítimo interesse das partes; compensação*

*financeira ao empregado pelo prazo de não concorrência estipulado e penalidade em face do seu descumprimento.*¹⁰

Insta ressaltar que o projeto acima apresentado aguarda parecer da Comissão de desenvolvimento econômico, indústria e comércio; trabalho, de administração e serviço público e constituição e justiça e de cidadania.

Outro projeto de lei, desta feita proposto pelo Senador Marcelo Crivella, PLS nº 16/2007, propõe a criação do Acordo de Proteção de Informações Sigilosas, adeto ao contrato de trabalho, para a proteção de segredo comercial e de informações confidenciais e regulamenta sua aplicação. Referida lei busca resguardar toda informação confidencial da empresa a qual o empregado tem conhecimento, em decorrência de suas atividades exercidas.

O objetivo jurídico é similar ao apresentado no projeto anterior, eis que em ambos os casos se busca a proteção da livre concorrência. Neste caso específico, há uma série restrições atribuídas tanto para empregados quanto para empregadores, conforme art. 5º do projeto de lei abaixo transcrito:

Art. 5º. O Acordo de Proteção de Informações Sigilosas pode conter as seguintes disposições:

I Ë restrições à utilização, divulgação, transmissão e comercialização de segredos comerciais ou informações confidenciais, ainda que descaracterizados;

¹⁰ Justificação do Projeto de Lei nº 986/2011, apresentada pelo Deputado Carlos Bezerra, página 3, disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=497987>.

II É restrições à contratação do empregado por empresa concorrente do empregador, pelo prazo máximo de dois anos, a partir da rescisão do contrato de trabalho;

III É restrições ao desempenho da mesma função, ou de função assemelhada, em empresa concorrente, em área geográfica delimitada e pelo prazo máximo de dois anos;

IV É restrições à abertura, pelo empregado, de empresa que faça concorrência ao empregador, em área geográfica delimitada e pelo prazo máximo de dois anos;

V É restrições ao aliciamento de clientes ou fornecedores do empregador, pelo prazo máximo de dois anos.

Parágrafo Único. Na hipótese dos incisos II e III é obrigatória a estipulação de compensação financeira ao empregado, condizente com o grau da restrição imposta.

O projeto está em tramitação no Senado, incluído em março de 2015 na pauta da Comissão de constituição, justiça e cidadania.

1.4 Legislação Estrangeira

Em razão da ausência de previsão expressa na lei nacional que trate a respeito da cláusula de não concorrência, busca-se nos costumes e na jurisprudência soluções para se aplicar, de forma adequada, o contrato, respeitando-se as leis e princípios que vigoram.

Adicionalmente, em caso de lacunas na lei, costume e jurisprudência, o direito internacional surge como forma de solução de eventual conflito, comparando as normas e princípios estrangeiros com as locais e, se possível, aplicando-as se semelhantes em seu conjunto.

Importa esclarecer que a legislação trabalhista admite, em caso de omissão, a busca da solução mediante utilização do direito comparado, conforme preceitua o art. 8º da CLT.

Diversos países têm inserido em sua legislação a cláusula de não concorrência, entre os quais podemos destacar a Itália, Espanha, Portugal e Alemanha.

Na Itália, o Código Civil Italiano, que engloba a legislação obreira, trata do pacto de fidelidade (art. 2.105) e da autorização de impor limites às atividades a serem exercidas por ex-empregado após a ruptura do pacto laboral (art. 2.125).

Os requisitos para sua validade são os seguintes: i) cláusula escrita; ii) compensação financeira; iii) limitação de objeto, lugar e tempo (para dirigentes o limite máximo é de cinco anos e para os demais trabalhadores de três anos).

A Espanha adota um regulamento exclusivo para empregados de alto escalão, definidos em lei própria destinada a estes, o Real Decreto nº 1.382/1985, e outro regulamento geral definido no *Estatuto de Los Trabajadores*.

Os funcionários do primeiro escalão devem ocupar cargo de comando e gestão nas empresas em que laboram, podendo ser fixada cláusula de não concorrência após o contrato se tiver interesse das partes e se houver segredo da empresa a ser protegido. Os requisitos de compensação financeira e tempo (dois anos o limite máximo) estão presentes.

Quanto aos outros empregados, há disposição legal a respeito do pacto concorrencial após o contrato de trabalho em seu art. 21. Para a cláusula ser considerada válida exige-se a existência de compensação financeira, interesse da empresa em proteger segredo, e tempo determinado (aos técnicos até dois anos e aos demais não superior a 6 meses).

Em Portugal, o Decreto-Lei nº 49.408/1969, em seu art. 36, trata da liberdade de trabalho e pacto de não concorrência, traçando os limites e restrições impostos para a aplicação do acordo.

Ademais, no Código do Trabalho, art. 136, há a admissão de pacto não concorrencial após o contrato de trabalho, mediante o cumprimento dos seguintes requisitos: i) limite temporal de três anos para cargos de confiança e de dois anos para os restantes; ii) por escrito; iii) vedação de labor específica, com a exposição das razões apontadas pelo empregador que ensejam necessidade do acordo; iv) compensação financeira.

A Alemanha traz em seu Código Industrial, art. 133-F, o acordo entre empregado e empregador na área de indústria, o qual pode, após a extinção do contrato, restringir a atividade, desde que as restrições de tempo, lugar e objeto que não tornem inviável o crescimento profissional.

O Código Alemão Comercial, conforme art. 74, também traz o acordo de não concorrência, impondo como requisitos a necessidade de contrato escrito, com descrição dos limites, não superior a dois anos e mediante compensação financeira.

Após o estudo de diversas legislações estrangeiras, verifica-se que todas têm em comum a proteção à livre concorrência e a imposição de diversos requisitos que limitem o seu uso, a fim de evitar a penalização dos trabalhadores e possibilitar a recolocação no mercado.

Em razão da inexistência de lei nacional que trate sobre o tema, a jurisprudência passou a adotar critérios e requisitos similares aos prescritos em outros países, servindo tais leis e tratados como modelos para se atender os anseios de empregados e empregadores no Brasil.

CAPÍTULO 2: LIVRE EXERCÍCIO DO TRABALHO

2.1 Histórico

O livre exercício do trabalho é uma das garantias fundamentais presentes na Carta Magna, conforme dispõe o art. 5º, inciso XIII. Porém, nem sempre houve liberdade ao trabalho, sendo considerado o labor apenas uma obrigação imposta a determinados membros da coletividade, apenas para a garantia da sobrevivência.

Neste capítulo será tratada a evolução no mundo e no Brasil da sociedade, do direito do trabalho e, conseqüentemente, das regras asseguradoras da liberdade no exercício das profissões.

Na Idade Média, inexistia a valorização ao trabalho, muito menos o conceito de liberdade, eis que, a depender de sua classe social o homem era tratado como mercadoria, inexistindo direitos nem obrigações. O labor era algo a ser exercido pelos seres inferiores, daí a razão da obrigatoriedade do trabalho, mediante a escravização. Portanto, aqueles que davam ordens e não trabalhavam eram os homens considerados livres.

Durante o feudalismo, surge a figura do servo, o prestador de serviços sempre ligado a um senhor feudal, porém, diferentemente do escravo, era reconhecido como ser humano, sendo-lhe possível a constituição de família e o culto à religião. Embora exista diferenças, o servo também não gozava de liberdade, pois laborava por obrigação, sem a possibilidade de crescimento social.

Com o crescimento dos feudos e a necessidade de compra de produtos e serviços fora dos limites territoriais anteriormente traçados, surgem as corporações de ofício, constituídas no início por mestres, os quais dominam o mercado profissional.

Neste período as corporações detêm o monopólio do emprego, sendo impossível o exercício do labor fora destas organizações. Todos os meios de produção eram dominados pelas corporações, sendo por elas regulamentadas as condições de trabalho e o valor atribuído aos serviços prestados.

Quem detém o controle dos meios de produção possui o poder. Brotam diversas tensões na sociedade, eis que as classes menos favorecidas permaneciam sob domínio das mais abastadas e passam a questionar tal comando.

A Revolução Francesa de 1789 é um marco na evolução das relações de trabalho, eis que a partir deste momento os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade são adotados. Como consequência direta, há um crescente aumento da concorrência e a ideia do livre exercício do trabalho, sem qualquer restrição outrora imposta. Estes são tratados como os direitos de primeira geração.

Ademais, a Revolução Industrial rompe de vez com o sistema implementado pelas corporações de ofício, conferindo aos cidadãos e liberdade na escolha profissional, sob a lógica que o mercado de trabalho se auto regula.

Adiante, a França, em 1848, é o primeiro país a trazer em seu texto constitucional o conceito de liberdade ao trabalho.

No início do século XX surgem diversos movimentos que alteram de vez as relações de trabalho e o conceito do direito laboral. Em 1917 é publicada a Constituição do México e, dois anos depois, nascem a Constituição de Weimar e a Organização Internacional do Trabalho.

A constituição mexicana e a alemã (Weimer) trazem conceitos novos, os direitos de segunda geração, ou os chamados direitos sociais. Ao contrário do entendimento adotado no século anterior, aparece a figura do Estado como garantidor do cumprimento dos direitos. A figura da coletividade ganha relevância, em detrimento da ampla e irrestrita liberdade individual.

A Organização Internacional do Trabalho é criada no intuito de garantir os direitos mínimos indispensáveis, tais quais a busca da justiça social e do cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ambas proferidas logo após o término da Segunda Guerra Mundial, reafirmam a necessidade do direito ao trabalho, da livre escolha de profissão, bem como da proteção ao desemprego.

O Pacto de San José da Costa Rica, datado de 1969, traz consigo forte mensagem de proteção aos direitos humanos. Em referida convenção, entre outros direitos civis e políticos há a inclusão do direito de livre associação, que confere ampla liberdade de escolhas ao trabalhador.

A Declaração da OIT, de 1998, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2002, consagram o princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade ao trabalho e a solidariedade entre os indivíduos, os chamados direitos da terceira geração. A sociedade, já sabedora do valor do trabalho, passa a se conscientizar que apenas o crescimento econômico não assegura o progresso social e o fim da pobreza. Para tanto, há a necessidade de implementar políticas que busquem a inclusão social, econômica e cultural de parcela da população.

Em termos nacionais, o conceito de liberdade ao trabalho surge pela primeira vez na Constituição Imperial de 1824, em seu art. 179, item 24, que trata do livre exercício de qualquer trabalho, restringido se em oposição aos costumes públicos, segurança e saúde dos cidadãos.

As Constituições de 1891, 1934 e 1937 não trazem relevantes alterações, permanecendo a liberdade ao trabalho trazida pela Carta de 1824. Há, contudo, uma abertura gradativa da liberdade de escolha de profissão.

A Constituição de 1946 trata também da liberdade do exercício do trabalho, além de dispor que a lei regulamentará o exercício das profissões liberais. Importante destacar que neste período a Consolidação das Leis de Trabalho está em plena vigência, lei que regula as atividades profissionais e traz consigo os princípios protecionistas ao trabalhador.

A Constituição de 1967 traz os mesmos preceitos de liberdade ao emprego conceituados na Lei Maior anterior.

Finalmente, a Constituição Cidadã, de 1988, eleva os valores sociais do trabalho como preceito fundamental (art. 1º, inciso IV), inclui a liberdade ao

trabalho também como direito fundamental (art. 5º, inciso XIII) e insere os direitos sociais (art. 6º e seguintes).

2.2 Fundamentação legal

O livre exercício do trabalho é amplamente assegurado em legislação constitucional e infraconstitucional.

No rol dos direitos e garantias fundamentais está a liberdade ao trabalho, nos exatos termos do art. 5º, inciso XIII, da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Da leitura do *caput* constata-se que a Carta Magna garante a propriedade privada, contudo, esta é fundada no livre exercício da profissão.

Os direitos de segunda geração, conhecidos como direitos sociais, são apontados no art. 6º da Carta Cidadã, entre os quais figura o trabalho:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Referidos direitos sociais somados são os itens necessários para a obtenção de uma vida digna. O princípio da dignidade da pessoa humana resta esculpido neste dispositivo legal, pois trata-se do mínimo necessário assegurado pelo Estado Democrático de Direito.

Outro dispositivo de extrema relevância é o art. 170 da CF, que trata da *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*.¹¹ Deste texto, extrai-se que a ordem econômica deve se desenvolver respeitando e valorizando o trabalho e a liberdade de emprego.

Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que *qualquer ato que desrespeite a valorização do trabalho será inconstitucional*.¹¹

A jurisprudência perfilha neste caminho, sendo considerada ilícita toda e qualquer cláusula que viole o princípio da função social, evidenciado na dignidade da pessoa humana e na valoração do trabalho, conforme se constata dos anexos arestos:

DANO MORAL - CLÁUSULA CONTRATUAL PROIBITIVA DE ADMISSÃO DE EMPREGADOS OU EXEMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS - CONDUTA ILÍCITA - CARACTERIZAÇÃO. I - A estipulação de cláusula contratual proibitiva de admissão de empregados ou ex-empregados da empresa prestadora de serviços por sua sucessora ou pela empresa contratante é ilícita, na medida em que

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. 1. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 37.

viola o princípio da função social do contrato previsto no art. 421 do Código Civil, bem como os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, tendo em vista que impõe aos trabalhadores restrição de acesso ao mercado de trabalho. II - A implementação da referida cláusula constitui ofensa à moral da autora, pois limita a possibilidade de obter novo emprego e, quiçá, melhores condições de trabalho e salários em outra empresa, fazendo jus à indenização por danos morais. (TRT 24 Ë Processo 351-51.2010.5.24.0091 Ë Relator Des. Ricardo G. M. Zandona Ë Data de julgamento: 20/08/2012).

12

PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. PREVISÃO EM CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO. NULIDADE. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. A existência de cláusula contratual proibitiva de contratação de funcionários da empresa prestadora de serviços pela sucessora ou mesmo pela tomadora de serviços em contrato civil de terceirização restringe a busca pelo pleno emprego e viola os princípios da função social do contrato, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Portanto, cláusula contratual que, por qualquer forma, discrimina o empregado no ato de admissão, é nula de pleno direito por ofender os princípios legais e constitucionais acima mencionados. Recurso não provido (TRT 24 Ë Processo 351-51.2010.5.24.0091 Ë Relator Des. Ricardo G. M. Zandona Ë Data de julgamento: 20/08/2012).¹³

¹² Extraído do site: <http://sgrh.trt24.jus.br/jurisprudencia/pages/jurisprudencia/pesquisa.xhtml>

¹³ Extraído do site: <http://sgrh.trt24.jus.br/jurisprudencia/pages/jurisprudencia/pesquisa.xhtml>

Portanto, ao buscar o equilíbrio contratual e a manutenção dos princípios laborais, pode ser relativizada a autonomia privada no pacto de não concorrência, a fim de que dignidade da pessoa humana seja sempre respeitada.

No mesmo passo, o princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) deve ser sempre seguido para que o contrato tenha validade. Como não poderia ser diferente este é o entendimento adotado nos Tribunais pátrios:

CLÁUSULA DE NAO-CONCORRÊNCIA. Considerando que o pacto de não-concorrência cria para o trabalhador não só a expectativa de uma indenização, senão a necessidade de se preparar para uma futura e nova atividade, com expectativas e incertezas, não é razoável que a segurança desse negócio jurídico possa ser frustrada unilateralmente pela empresa contratante, mediante simples renúncia ao pactuado. Inteligência do artigo 122 do Código Civil, bem como dos princípios da justiça contratual e da boa-fé objetiva (artigo 422, Código Civil). Devida a indenização pactuada. (TRT-2 - Processo: 1983200501902008 - SP 01983-2005-019-02-00-8, Relator: BENEDITO VALENTINI, Data de Julgamento: 12/11/2007, 12ª TURMA, Data de Publicação: 30/11/2007).¹⁴

Desta forma a cláusula de não concorrência deve ser analisada com base nos valores éticos, sociais, econômicos e jurídicos, de modo a confirmar se o acordo realizado não causará danos ao funcionário, que tem sob sua guarda os preceitos constitucionais de garantia ao livre emprego.

¹⁴ Extraído do site: <http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>

CAPÍTULO 3: PRINCÍPIOS

3.1 Princípio da liberdade contratual

A liberdade contratual é o direito dos indivíduos em realizar contratos, cabendo às partes envolvidas a escolha do conteúdo contratado.

Este contrato entabulado entre as partes passa a ter força de lei. Neste sentido, Silvio Rodrigues ensina que "*o contrato vai constituir uma espécie de lei privada entre as partes, adquirindo força vinculante igual a do preceito legislativo*"¹⁵.

Daí surge o termo *pacta sunt servanda*, que nada mais é que ~~os~~ pactos devem ser respeitados+ou ~~os~~ acordos devem ser cumpridos+. Ao se vincular a um contrato particular a parte se obriga a cumpri-lo.

Contudo, como já abordado nesta monografia, o art. 421 do Código Civil impõe limites na liberdade de contratar, sendo necessário o cumprimento da função social do contrato.

A função social do contrato, portanto, é um limitador ao livre direito de contratar e ao princípio da autonomia da vontade. Catia Guimaraes Raposo

¹⁵ RODRIGUES, SILVIO. Direito Civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. p. 17.

Novo explica que *o novo Código Civil retrata boa orientação ao referir-se à função social do contrato. Ele garantiu autonomia privada, concedendo às partes o direito de contratar com liberdade, que, contudo, não é absoluto, mas sim relativo, haja vista que impõe limites de ordem pública, tal como a observância da função social do contrato, que é integrada pela boa-fé contratual*.¹⁶

Pode-se concluir que a liberdade contratual é assegurada em nosso ordenamento jurídico, e os conceitos da livre iniciativa e da autonomia da vontade permanecem como basilares no direito contratual, todavia o interesse social se colocado em choque com o interesse do indivíduo se sobrepõe.

3.2 Princípio da liberdade de trabalho

A liberdade de trabalho, prevista constitucionalmente no art. 5º, inciso XIII, é garantia fundamental, que assegura o direito da livre escolha de profissão.

Em contrapartida, o mesmo inciso traz limites técnicos a esta liberdade, eis que para o exercício de certas atividades a lei pode determinar a obrigatoriedade de habilitação própria.

A título exemplificativo podemos citar como limitadores técnicos a obrigatoriedade em realizar faculdade de direito e posterior exame para a obtenção do título da Ordem dos Advogados do Brasil.

¹⁶ NOVO, Catia Guimarães Raposo Novo. *Da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho*. Dissertação Mestrado . Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 39.

Outro limite na liberdade ao trabalho é relacionado com o sujeito da relação laboral. Em determinados casos a lei pode proibir o exercício da profissão, como é o caso das disposições de proteção ao trabalho da mulher e do menor, nos capítulos III e IV da Consolidação das Leis de Trabalho.

Portanto, a liberdade ao trabalho não é irrestrita, sendo plenamente possível a limitação deste princípio com vistas a assegurar direitos de outra ordem.

3.3 Princípio da unicidade constitucional

A unicidade constitucional nada mais é que a interpretação de todo o conjunto dos princípios constitucionais em conjunto.

Por vezes alguns princípios, vistos de forma destacada, são conflitantes. Assim, surge a hermenêutica para dirimir tais oposições, seja pela interpretação conjunta das normas, seja através de uma regra hierárquica dos princípios, ponderando-se sempre a tutela de garantias fundamentais.

Ao tratar do princípio da unicidade constitucional, Catia Guimaraes Raposo Novo conclui que *os bens jurídicos constitucionalmente garantidos devem ser coordenados de modo que todos possam manter sua identidade. Por isso é preciso tomar cuidado na ponderação dos valores; vale repetir que cabe ao intérprete, com base no princípio da unicidade constitucional, um esforço de*

*otimização, sendo necessário os limites de ambos os bens, de modo que cada um deles alcance sua efetividade +.*¹⁷

3.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade busca o equilíbrio entre os direitos individuais e os direitos coletivos. No caso concreto deve ser sopesado o grau dos princípios e levada em consideração os efeitos de se relevar o cumprimento, ainda que parcial, de um destes.

Ao aplicar o princípio da proporcionalidade, estamos diante da restrição a determinado direito fundamental, contudo necessária para se obter direito mais relevante.

Wilson Steinmetz adota três critérios para avaliar o cumprimento da proporcionalidade: *a) o grau de não satisfação ou não realização do direito violado; b) o grau da importância do direito eleito prima facie para ser satisfeito; c) a demonstração de que a realização do direito adotado no conflito tem maior importância e força suficiente para justificar a não realização do direito preterido no conflito+.*¹⁸

Levando referido princípio ao pacto não concorrencial, deve-se analisar se o trabalhador pode ter seu direito ao livre exercício da profissão restringido, em decorrência da proteção da empresa no plano concorrencial.

¹⁷ NOVO, Catia Guimarães Raposo Novo. *Da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho*. Dissertação Mestrado . Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 62.

¹⁸ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 42.

3.4.1 Precedência *prima facie*

Prima facie é uma expressão latina que tem como significado «a primeira vista». Trata-se, portanto, daquilo que é olhado ou considerado antes.

Em eventual conflito entre princípios ou direitos, há que se analisar o grau de importância de tais preceitos. Aquele eleito como o mais relevante para o caso concreto considera-se *prima facie* e passa a ter prioridade em relação ao outro.

Importa destacar que aquele princípio que cede para a aplicação de outro, com base na proporcionalidade, permanece intacto. Podendo, inclusive, em outro caso concreto obter a precedência *prima facie*. Para tanto, deve ser analisado sempre o conjunto de bens tutelados e o objetivo jurídico desta preferência.

Destaca-se, ainda, que a precedência *prima facie* não é absoluta, sendo possível em um segundo instante a revisão desta ordem de prioridade.

Em razão da desigualdade entre as partes na relação empregatícia, colocando-se o trabalhador em evidente posição de inferioridade, tem-se que, a princípio, o direito do livre exercício ao trabalho tem prioridade (precedência *prima facie*) sobre o direito da livre iniciativa e da livre concorrência.

Todavia, nada impede que no caso concreto se vislumbre possibilidade de inversão desta prioridade, com a efetiva aplicação do pacto de não concorrência. Nesta hipótese, o trabalhador deve ter garantidos direitos fundamentais, para que seja válido o contrato, resultando daí os requisitos e limites para aplicação da cláusula não concorrencial.

CAPÍTULO 4: APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO E SEUS LIMITES

4.1 Limitação da liberdade ao trabalho

Ao estudar os princípios e a forma como eles se relacionam, conclui-se que estes não são absolutos. O mesmo se aplica aos direitos fundamentais. Cabe, portanto, utilizar o princípio da proporcionalidade para determinar quais restrições devem ser atribuídas a quais preceitos fundamentais.

Evidente que o pacto de não concorrência é um limitador do direito fundamental da liberdade ao trabalho e, em razão deste conflito, deve ser analisado qual o resultado jurídico, social e econômico de referido acordo para que prevaleça.

Ao tratar do princípio da liberdade de trabalho, foram apresentados limites técnicos ao exercício da profissão (art. 5º da CF) e limites relacionados aos sujeitos da atuação profissional (capítulos III e IV da CLT).

Outro limite imposto em lei é o relacionado à vedação na cumulação de cargos públicos, conforme preceitua o art. 37, incisos XVI e XXII, §7º, da Constituição Federal.

Portanto, a própria legislação (constitucional e infraconstitucional) apresenta limites ao livre exercício do trabalho.

Logo, se observado o princípio da proporcionalidade, respeitada a função social do contrato e presente justificativa plausível para sua existência, a cláusula de não concorrência poderá ser considerada válida.

4.2 Requisitos

Alice Monteiro de Barros define que "a cláusula de não concorrência só pode prevalecer em situações excepcionais, quando necessária para a proteção dos legítimos interesses do empregador, limitada a determinado período, e mediante uma compensação financeira a ser paga ao empregado".¹⁹

Compreende-se, assim, que o pacto não concorrencial é situação excepcional, sendo necessário o cumprimento de uma série de requisitos para ser exercido, os quais passam a ser elencados abaixo.

4.2.1 Legítimo interesse do empregador

Tratando-se o acordo de não concorrência uma situação excepcional, eis que limita direito fundamental do trabalhador, há que se comprovar o legítimo interesse do empregador no exercício da cláusula.

A restrição imposta deve ter uma justificativa plausível que demonstre efetiva possibilidade de prejuízos financeiros ao empregador, como, por exemplo, a utilização pelo ex-empregado do *know how* da empresa que a leve a um claro desfavorecimento na competição do mercado de trabalho.

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do trabalho. 5 ed, São Paulo: LTr, 2009, p. 259

Neste aspecto, deve ser constatado em qual área o trabalhador exerceu suas funções, em qual cargo, se teve acesso a informações privilegiadas e qual o dano estimado em caso de vazamento dos segredos do negócio, para ter certeza que o interesse na confecção do pacto é legítimo.

4.2.2 Objeto específico

O objeto do pacto deve ser específico, devendo constar na cláusula qual atividade não poderá ser exercida em determinado ramo de negócio.

Quanto mais delimitado o objeto, maior a possibilidade de validade do acordo, eis que influi diretamente na diminuição da restrição ao mercado de trabalho imposta ao trabalhador.

A ausência de especificação do objeto gera necessariamente a nulidade do pacto, conforme entendimento uníssono dos tribunais:

CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. NULIDADE. Nula cláusula de não-concorrência que impede exercício de profissão, tendo em vista a vastidão das atividades do ex-empregador, sem a devida indenização expressiva pelo período de vigência da referida cláusula. (TRT-2 - Processo: 02570-2003-045-02-00-5 - SP, Relator: FERNANDO ANTONIO SAMPAIO DA SILVA, 5ª TURMA, Data de Publicação: 16/03/2007).²⁰

²⁰ Extraído do site: <http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>

Assim, tem enorme relevância a especificação de quais atividades o ex-empregado poderá exercer.

4.2.3 Tempo delimitado

Obviamente a cláusula de não concorrência deve ter um prazo final, eis que a imposição de restrição permanente a trabalhador resultaria na exclusão definitiva da liberdade de emprego.

A depender do caso, o limite poderá ser maior ou menor, sendo que o tamanho deste período influenciará diretamente no valor a ser recebido pelo trabalhador.

Todavia, deve haver adequação entre o tempo de duração do contrato e o legítimo interesse do empregador, ou seja, a empresa deve fundamentar qual a razão de determinado período de afastamento de específico mercado de trabalho.

Parte da doutrina indica que o afastamento não poderá ser superior a cinco anos, conforme art. 1.147 do Código Civil. Outros adotam o entendimento que o prazo máximo será de dois anos, mediante aplicação analógica do art. 445 da CLT, que fixa o limite temporal em contrato por prazo limitado.

Na prática a adoção do limite máximo de dois anos tem sido fixada nos acordos de não confidencialidade pós contratual entre empregador e empregado.

4.2.4 Território delimitado

Outro limite traçado no pacto não concorrencial é relacionado ao espaço territorial.

Novamente, a delimitação deverá ser justificada, mediante comprovação do legítimo interesse do empregador. Ou seja, devem ser apontados os riscos e prejuízos estimados com a possibilidade de concorrência em área delimitada.

A validade do acordo dependerá do trabalho desenvolvido e de sua extensão com base na localidade em que for limitado o exercício de atividade profissional.

4.2.5 Compensação financeira

A cláusula de não concorrência limita o livre exercício da profissão e, por consequência, reduz a possibilidade de crescimento profissional e de obtenção de vencimentos do trabalhador, portanto, a compensação financeira é requisito obrigatório, devendo ser desembolsado valor adequado ao tempo em que o ex-empregado não poderá atuar de forma plena no mercado. Neste sentido a jurisprudência:

CLÁUSULA CONTRATUAL DE NÃO-CONCORRÊNCIA SEM RETRIBUIÇÃO. NULIDADE QUE SE DECLARA. Em princípio, a cláusula de não-concorrência pode ser avençada pelas partes, exceto quando a restrição envolver verdadeira vedação a novo emprego por período

indeterminado ou por termo certo, sem qualquer retribuição econômica, diante do caráter oneroso e sinalagmático do contrato de trabalho que sempre exige reciprocidade das partes. Os efeitos do contrato não podem se estender além da sua extinção, como mera restrição ao direito ao emprego. O direito ao trabalho é o da própria vida, como a forma mais honesta de sobrevivência. Não foi sem razão que a liberdade de trabalhar, "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", foi elevada entre os direitos e garantias fundamentais, como se deduz do inciso XIII, do artigo 5º, da CFR. Inteligência dos artigos 3º, 9º e 444 da CLT combinado com o artigo 5º, XIII da CFR. (TRT-2 - Processo: 01186-2007-351-02-00-5 - SP, Relator: CARLOS JOSÉ FOGACA, 7ª TURMA, Data de Publicação: 04/07/2008)²¹

A quantificação do valor dependerá de inúmeros fatores, como o valor salarial que fazia jus o trabalhador e o grau das restrições de trabalho impostas.

O valor despendido com o ex-funcionário, não corresponde à remuneração outrora percebida, eis que neste período não há prestação de labor, tratando-se de valor de cunho indenizatório, ou seja, não gera encargos previdenciários e fiscais ao ex-empregador.

Tratando-se de indenização, o pagamento poderá ser realizado de forma mensal, no período em que o trabalhador esteja afastado, ou em uma única parcela.

²¹ Extraído do site: <http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-ementados>

4.2.6 Momento da inclusão da cláusula

Há divisão na doutrina e jurisprudência a respeito da possibilidade de inclusão da cláusula de não concorrência no decorrer do contrato de emprego.

Parte entende que o pacto só pode ser firmado no ato da contratação e no caso de relevante modificação das condições de trabalho, como, por exemplo, no caso de um trabalhador se tornar gerente da empresa.

Este entendimento é adotado sob o pretexto de que a simples alteração contratual, com a inclusão do pacto não concorrencial, no decorrer do contrato de trabalho é lesiva ao trabalhador, sendo vedada nos termos do art. 468 da CLT.

Neste sentido, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho se posicionou recentemente:

TERMO DE CONFIDENCIALIDADE E NÃO CONCORRÊNCIA. NULIDADE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE TRABALHO. CONDIÇÃO POTESTATIVA. ASSINATURA APENAS DO TRABALHADOR. 1. Hipótese em que consignado pelo TRT que Ías partes pactuaram cláusulas especiais mediante Termo de Confidencialidade e Não Concorrência (fls.47/50) dois meses após a admissão do réu, na forma de adendo, tendo a relação empregatícia vigorado de 21 de agosto de 2006 a 27 de abril de 2010, ou seja, o Termo foi ajustado ainda no início da vigência contratual, sendo certo que nenhum vício de consentimento restou comprovado pelo recorrente, a fim de infirmar a validade do pactoÍ. 2. A teor do art. 444 da CLT, as relações contratuais podem ser objeto de

livre estipulação entre as partes, desde que observadas as disposições de proteção ao trabalho, as normas coletivas aplicáveis e as decisões das autoridades competentes. 3. Por sua vez, prescreve o art. 468 da CLT que, ÍNos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições, por mútuo consentimento, e, ainda assim, desse que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantiaÍ. 4. No caso, o TRT concluiu pela validade da alteração do contrato de trabalho, haja vista que não restou comprovado o vício de consentimento, tampouco caracterizado prejuízo, de modo a invalidar a avença. 5. Todavia, a estipulação de cláusula de confidencialidade e não concorrência, a par de cingir-se à esfera dos interesses meramente privados, somente pode ser reputada válida mediante juízo de ponderação, ante a colisão de direitos fundamentais tais como o livre exercício de trabalho ou profissão, a proteção da propriedade privada e o primado da livre iniciativa, dentre outros princípios. 6. Imprescindível, por sinal, a concessão de vantagens recíprocas, de modo a justificar a restrição temporária convencionada. 7. Por certo, a contrapartida oferecida pela empresa, consistente no pagamento mensal equivalente ao último salário do réu, que o TRT considerou proporcional à obrigação imposta, não possui o condão, por si só, de revestir de validade a restrição imposta no curso do contrato de trabalho. 8. É incontroverso, no caso, que em 21.8.2006, o reclamante foi contratado para desempenhar a função de Diretor de Tecnologia e Serviços da Autora, e que, nessa qualidade, exerceu atividades que o TRT entende justificar a celebração do Termo de Confidencialidade. Registrado, por sua vez, que somente após o interstício de dois meses, ou seja, com o contrato já em curso, foi celebrado aditivo ao contrato de trabalho, em que avençada referida ÍquarentenaÍ. Não há, por sua vez, notícia acerca de qualquer alteração nas condições de trabalho do réu, pela qual se tenha agregado alguma vantagem ao trabalhador. 9. Não há como se depreender, em tal contexto, que restrição de tamanha importância decorra de livre estipulação, em que as partes se encontram em pé de igualdade, ainda que o réu ostente a qualidade de alto empregado, pois tal situação não

afasta a condição de hipossuficiência do réu. Aliás, a impossibilidade de o réu desempenhar atividades análogas a que exercia, durante o período de um ano, pode inclusive resultar em significativo entrave à reinserção do réu em um mercado de trabalho que se sabe muito competitivo, mormente considerando a ausência de limitação territorial na cláusula de confidencialidade e não concorrência, o que leva concluir pela sua abrangência em todo o territorial nacional. 10. Soma-se a isso a evidente desproporção entre a contraprestação oferecida pela empresa e o pagamento de salário mensal pelo período da restrição e a multa em caso de descumprimento da obrigação pelo ex-empregado (multa não compensatória correspondente ao valor resultante da multiplicação do último salário do réu por 25), sem prejuízo da indenização decorrente da responsabilidade civil. Além disso, conquanto a empresa, em caso de descumprimento de sua obrigação, estivesse também sujeita a multa, tal seria calculada no importe de 12 vezes o salário do reclamante, ou seja, em montante inferior àquele devido pelo réu. Soma-se a isso, que a empresa poderia, a seu critério exclusivo, dispensar o reclamante de sua obrigação e, por conseguinte, a autora ficaria desobrigada do pagamento dos salários e da própria multa. 11. Não se olvida, por sua vez, que a contraprestação eventualmente paga pela empresa equivale ao último salário, o que, por sinal, não se confunde com remuneração. Desse modo, consabido que a cláusula de confidencialidade e não concorrência não estava definida no momento da contratação, como uma condição para a admissão do réu no cargo de Diretor de Tecnologia, conclui-se pela alteração prejudicial das condições de trabalho, pela submissão do réu aos termos do pacto. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - PROCESSO Nº TST-RR-1948-28.2010.5.02.0007 - Relator: HUGO CARLOS SCHEUERMANN, 1ª TURMA, Data de Publicação: 21/005/2014).²²

²² Extraído do site: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>

Vislumbra-se na decisão acima que os Ministros entenderam pela existência de modificação prejudicial ao trabalhador, eis que, embora existente compensação financeira e presentes os outros requisitos que validariam o acordo, a limitação de emprego tem relevância muito maior, sendo impossível a alteração do contrato laboral neste quesito, mesmo que existente o mútuo consentimento.

Por outro lado, outra parte da doutrina adota o entendimento que a cláusula pactuada no curso da relação empregatícia tem plena validade, eis que a presunção de boa-fé deve nortear as relações de trabalho, sendo que em caso de mútuo consentimento, o trabalhador anuiu com o acordo por se entender satisfeito com seus termos, livre de qualquer vício de consentimento.

Outro ponto adotado como validador de contrato é o fato de existir no curso da relação trabalhista previsão legal a respeito da não concorrência e da violação de segredo da empresa, conforme se verifica no art. 482, alíneas c e g da CLT, restando caracterizado que este instituto e os deveres a serem assumidos pelos empregados fazem parte desde sempre do contrato de trabalho. Abaixo, segue jurisprudência que adota referido entendimento:

CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA - PACTUAÇÃO APÓS O INÍCIO DO CONTRATO DE TRABALHO - VALIDADE - A estipulação de cláusula de sigilo, confidencialidade e não-concorrência, durante o curso do contrato de trabalho, não se traduz em alteração ilícita e unilateral. Isto porque o art. 482, nas alíneas c e g, da CLT, prevê que constituem motivos para a ruptura contratual por justa causa a prática de concorrência e o violação de segredo da empresa. Destarte, tem-se que tais deveres estão ínsitos no próprio contrato de trabalho, sobretudo diante do princípio da boa-fé, que deve nortear a relação de trabalho. Portanto, é plenamente válida a estipulação de cláusula de não-

concorrência mesmo após o início da vigência do contrato de trabalho, não havendo afronta ao art. 468 da CLT. II - CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA - VIGÊNCIA APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO - VALIDADE - É válida a cláusula de não-concorrência que tenha vigência mesmo após a extinção do contrato de trabalho, embora tal modalidade não encontre disciplina jurídica no Direito do Trabalho. Assim, constatada a lacuna, possibilita-se, por força do art. 8º da CLT, a aplicação do art. 122 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que "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.". Desse modo, seria lícita, em tese, a pactuação de cláusula de não-concorrência após a cessação do contrato de trabalho.Í (TRT-9 1815420092908 PR 18154-2009-2-9-0-8, Relator: EDMILSON ANTONIO DE LIMA, 1A. TURMA, Data de Publicação: 17/08/2010)²³

A ausência de norma que regulamente a cláusula de não concorrência contribui para que sejam adotadas linhas opostas de entendimento, no que tange à possibilidade de aplicação ou não do contrato.

Outro ponto de destaque é o surgimento relativamente recente de demandas com questionamento da validade destes acordos, razão pela qual ainda não há um entendimento pacificado sobre a aplicabilidade do pacto não concorrencial.

²³ Extraído do site: http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciasel.do

4.3 Extinção

Findado o contrato de trabalho o pacto de não concorrência passa a ter validade imediata, independentemente da forma que ocorreu a rescisão, tendo sua duração de acordo com o tempo delimitado no contrato.

Todavia, nos casos de óbito do empregado ou extinção da empresa a extinção do contrato se antecipa, eis que não há mais razão para a permanência de medida proibitiva.

Outra possibilidade de extinção é na hipótese de se firmar o acordo com base em evento futuro e incerto, sendo que neste caso a obrigação só existirá na ocorrência da previsão.

Por fim, se houver mútuo interesse na rescisão do contrato, após a relação de emprego, o pacto será extinto.

4.4 Descumprimento

No caso de descumprimento da cláusula de não concorrência por parte do empregado, o empregador poderá requerer de forma judicial a restituição dos valores dispendidos, bem como cobrar pelas perdas e danos decorrentes do ato ilícito cometido, nos exatos termos do art. 475 do Código Civil.²⁴

²⁴ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

De outro lado, na hipótese do empregador descumprir com sua obrigação, o empregado poderá exigir, via judicial, o pagamento da compensação financeira estipulada, sem prejuízo de reparação por perdas e danos e, possivelmente, requerer a exoneração da obrigação de não trabalhar na concorrência.

CONCLUSÃO

A concorrência na vigência do contrato de trabalho, resulta na rescisão motivada do contrato laboral, conforme determina o art. 482, alínea c, da CLT. Contudo, o sistema normativo não regula a concorrência do trabalhador perante seu antigo empregador em momento posterior ao contrato laboral.

Diante desta lacuna, necessita-se estudar o direito comparado, os preceitos fundamentais e as normas nacionais para concluir pela legalidade da cláusula de não concorrência.

Doutrina e jurisprudência utilizam o direito comparado como forma alternativa de solução de conflito. Deste modo, o estudo das legislações estrangeiras torna-se relevante, eis que as regras do pacto não concorrencial em outros países servem como parâmetro para a sua aplicação em território nacional, diante da omissão legal.

Quanto ao estudo dos preceitos fundamentais e das normas nacionais, destaca-se o emprego do princípio da proporcionalidade para dirimir eventual conflito entre princípios.

A cláusula de não concorrência consiste em obrigação de não fazer, na qual o trabalhador se compromete a não gerar concorrência com o seu antigo empregador, abrindo mão, mesmo que de forma relativa, da liberdade ao trabalho.

Ampara-se, legalmente, nos preceitos constitucionais e infraconstitucionais, tais quais a livre iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a propriedade privada, o direito geral de liberdade, a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a liberdade para estipulações contratuais.

De outro lado, referido pacto implica em limitações à proteção do trabalho, garantida constitucionalmente, gerando um conflito entre princípios.

O princípio da proporcionalidade surge para identificar, no caso concreto, quais direitos de maior relevância devem ser resguardados em prejuízo de outros de menor grau de importância, sempre buscando o equilíbrio na aplicação das normas.

Para que o direito do empregador seja resguardado em detrimento da liberdade de trabalho do empregado, deve-se analisar se a cláusula de não concorrência é adequada, necessária e justificável ao fim pretendido (defesa de segredos da empresa).

Portanto, o pacto não concorrencial será válido desde que observados uma série de requisitos adotados pela doutrina e jurisprudência, que se prestam a garantir a manutenção do princípio da proporcionalidade. São estes: limitação temporal, limitação territorial, objeto específico, legítimo interesse e compensação financeira adequada.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. São Paulo: Atlas, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. São Paulo: Malheiros, 1 ed., 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do trabalho. São Paulo: LTr, 5 ed., 2009.

BELTRAN, Ari Possidônio. Dever de fidelidade, dever de não-concorrência e cláusula de não concorrência. São Paulo: LTr, v. 66, 2002.

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

NOVO, Catia Guimarães Raposo Novo. Da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho. Dissertação Mestrado . Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume 3: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva, 28. ed., 2002.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2010.