

CATIA GUIMARÃES RAPOSO NOVO

***DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO
CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO.***

DISSERTAÇÃO MESTRADO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP 2007**

CATIA GUIMARÃES RAPOSO NOVO

***DA CLAÚSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO
CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO.***

Dissertação apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em
Direito das Relações Sociais, sob a
orientação do Professor Doutor
Renato Rua de Almeida.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA SÃO PAULO
PUC/SP - 2007**

BANCA EXAMINADORA

Agradeço ao Professor Renato Rua de Almeida e à professora Ivani Contini Bramante pelos ensinamentos. Aos colegas de mestrado pelos debates calorosos. À minha família, Cássio “*in memorian*”, Tida e Cassinho, pelo amor e apoio incondicional, sempre estando ao meu lado, especialmente minha mãe, companheira e amiga de todas as horas. Aos colegas de trabalho por “suportarem” a minha ausência durante a realização do Mestrado, em especial, Kátia Augusto. E ao Jurandir meu amor, pelo incentivo e carinho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Justificativa.....	07
Delimitação do tema.....	08
Metodologia.....	10

CAPÍTULO I

Evolução do Direito do Trabalho A Liberdade de Trabalho e de Concorrência

1.1 Da idade média.....	11
1.2 Das corporações de ofício.....	14
1.3 Da revolução francesa.....	16
1.4 Da revolução industrial.....	19
1.5 Do capitalismo.....	22

CAPÍTULO II

Da Liberdade Contratual e da Livre Concorrência

2.1 Da evolução legislativa e constitucional no Brasil.....	25
2.2 Da livre iniciativa e concorrência e suas limitações	28
2.3 Do princípio da liberdade e suas restrições.....	34
2.3.1 Da autonomia da vontade.....	35
2.3.2 Da liberdade contratual e suas restrições.....	39
2.3.3 Do princípio da liberdade de trabalho e suas restrições	43
2.4 Da eficácia horizontal da norma – Oponibilidade dos princípios entre particulares.....	47
2.5 Dos Princípios constitucionais.....	48
2.5.1 Histórico.....	49
2.5.2 Conceito.....	51
2.5.3 Classificação.....	52
2.5.4 Da normatização das normas.....	55

2.5.4.1 Diferenciação entre conflitos de princípios e normas.....	55
2.5.4.2 Princípio da unicidade constitucional.....	57
2.5.4.3 Princípio da Proporcionalidade.....	62
2.5.4.3.1 Precedência <i>Prima Facie</i>	64
2.5.4.4 Solução de conflitos.....	65
2.6 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	68

CAPÍTULO III

A Cláusula de Não-Concorrência e a Legislação Estrangeira

3.1 França.....	72
3.2 Itália.....	78
3.3 Espanha.....	82
3.4 Portugal.....	90
3.5 Alemanha.....	94
3.6 Bélgica.....	100

CAPÍTULO IV

Da Cláusula e do Pacto de Não-Concorrência *Lato Sensu*

4.1 Da não-concorrência no Direito Empresarial.....	102
4.2 Da não-concorrência no Direito Penal.....	108
4.3 Da não-concorrência no âmbito administrativo.....	109
4.4 Da não-concorrência no Direito do Consumidor.....	109

CAPÍTULO V

Da Cláusula de Não-Concorrência nos Contratos Individuais de Trabalho

5.1 Delimitação do tema.....	111
------------------------------	-----

CAPÍTULO VI

Da Concorrência; Do Pacto de Não-Concorrência e Outras Figuras Análogas

6.1 Da concorrência.....	114
--------------------------	-----

6.2 Da concorrência e outras figuras análogas.....	115
6.2.1 Da negociação habitual	115
6.2.2 Da concorrência desleal	118
6.2.3 Da divulgação de segredo de empresa.....	122
6.3 Do pacto de não-concorrência.....	126
6.3.1 Conceito.....	126
6.3.2 Distinção entre pacto de não-concorrência e outras figuras análogas.....	130
6.3.2.1 Dever de não-concorrência e cláusula de não- concorrência.....	130
6.3.2.2 Distinção entre cláusula de não-concorrência e cláusula de permanência.....	131

CAPÍTULO VII

Do Cabimento da Cláusula de Não- Concorrência nos Contratos Individuais de Trabalho e seus Princípios Protetivos

7.1 Do cabimento da cláusula de não-concorrência	133
7.2 Dos princípios protetivos.....	137

CAPÍTULO VIII

Dos Efeitos do Contrato e dos Deveres das Partes Vinculados à Cláusula de Não-Concorrência

8.1 Dos efeitos do contrato de trabalho.....	145
8.1.1 Dos deveres das partes.....	146
8.1.2 Da boa-fé dos contratos.....	146
8.2 Deveres do empregado.....	149
8.2.1 Do dever de não concorrência.....	149
8.2.2 Do dever de sigilo.....	151
8.2.3 Dos deveres de ética, fidelidade, lealdade, confiança recíproca.....	154
8.2.4 Do dever de não negociar habitualmente.....	156
8.3 Dos deveres do empregador.....	158
8.3.1 Do dever de assistência.....	158

CAPÍTULO IX
Dos Pressupostos de Validade da Cláusula de Não-Concorrência no
Contrato de Trabalho

9.1 Dos sujeitos e o legítimo interesse do empregador.....	161
9.2 Da delimitação do objeto.....	164
9.3 Da limitação do tempo.....	166
9.4 Da delimitação espacial ou territorial.....	174
9.5 Da contraprestação da parcela.....	176
9.5.1 Do momento do pagamento da contraprestação.....	178
9.5.2 Da natureza jurídica da contraprestação da parcela.....	181

CAPÍTULO X
Da Cláusula de Não-Concorrência nos Contratos Coletivos de
Trabalho

10.1 Delimitação do tema.....	184
10.2 Da previsão nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.....	184
10.3 Da pactuação através de norma coletiva no Brasil.....	187

CAPÍTULO XI
Do Descumprimento da Cláusula de Não-Concorrência nos
Contratos Individuais e Coletivos de Trabalho

11.1 Da obrigação de fazer e a estipulação de multa cominatória.....	190
11.2 Da indenização por perdas e danos.....	191
11.2.1 Dos danos materiais.....	193
11.2.2 Dos danos morais.....	193

CONCLUSÃO.....	196
-----------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	204
--------------------------	------------

RESUMO

Com a globalização econômica e as novas tecnologias, o *know how* e as pesquisas desenvolvidas se tornaram mais relevantes para o desenvolvimento econômico das sociedades. Além do capital e do trabalho, o conhecimento passou a ser fator essencial ao processo de produção e geração de riqueza, o que, nesse novo modelo econômico, garante competitividade a uma empresa e, em muitos casos, sua própria sobrevivência.

Tais mudanças têm impacto nas relações de trabalho, uma vez que a inserção de empregados especializados em áreas estratégicas da empresa, inclusive com acesso a conhecimento e informações privilegiadas trouxe a necessidade de novas demandas de regulamentação ao contrato de trabalho.

A inclusão da cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho gera, porém, impasses teóricos, haja vista que abrange período posterior à extinção do liame empregatício e trata de interesses antagônicos, notadamente, o exercício do pleno emprego em face do direito à propriedade. Ademais, a discussão passa pela questão da autonomia da vontade frente à rigidez do protecionismo inerente ao contrato de trabalho.

Assim, considerando a lacuna legislativa quanto ao tema, são analisados no presente estudo a aplicabilidade e pressupostos de validade da cláusula de não-concorrência no direito pátrio, levando em conta aspectos históricos; princípios que norteiam a relação de trabalho, bem como os que regem os contratos em geral; o direito comparado; e os interesses das partes para sua pactuação.

Em síntese, após a análise dos tópicos mencionados, foi concluído que a cláusula de não-concorrência inserida no contrato de trabalho é importante instrumento para garantia de direitos recíprocos entre empregados e empregadores, e meio hábil a se evitar conflitos concernentes às novas formas de produção, gestão do conhecimento e de práticas de concorrência empresarial.

DELIMITAÇÃO DO TEMA

O presente estudo tem como escopo demonstrar a aplicabilidade da cláusula de não-concorrência após a extinção do contrato de trabalho, mesmo diante da omissão de nossa legislação trabalhista.

A fim de alcançar tal escopo, no primeiro capítulo há uma breve explanação histórica da não-concorrência nas relações de trabalho até os dias atuais.

No segundo capítulo, examinam-se os direitos fundamentais, dando-se ênfase aos princípios fundamentais de primeira geração, quem operam com força normativa constitucional, sendo abordadas tanto a nomenclatura quanto a evolução, assim como se equacionando a problemática da normatização dos conflitos dos direitos fundamentais diante da limitação que impõe a cláusula de não-concorrência ao pleno emprego.

Pelo fato de a legislação trabalhista brasileira não disciplinar a cláusula de não-concorrência após a rescisão do contrato de trabalho, no terceiro capítulo examina-se a efetividade da referida cláusula no campo do direito internacional, a maneira como legislações estrangeiras tratam do assunto, bem como os limites e requisitos que impõem para sua validade.

Já no quarto capítulo, analisa-se como é tratada a cláusula de não-concorrência nos demais ramos do direito, sem, contudo, fazer-se menção à Lei 9.279/96 que trata da propriedade industrial, marcas e patentes, uma vez que as matérias não se confundem, sendo a primeira disciplinada por lei totalmente diversa ao tema em questão, de forma que somente será informada a repercussão da não-concorrência nos demais ramos do direito.

Na seqüência, o capítulo V apresenta a delimitação do tema, de forma a especificar que o objeto do estudo se restringe à cláusula de não-concorrência após a rescisão do contrato de trabalho.

No capítulo seguinte, adentra-se especificadamente ao tema e se efetua sua conceituação e distinção com outras figuras análogas.

Após tais considerações, no capítulo VII passa-se a estudar a legalidade da cláusula de não-concorrência inserida nos contratos individuais de trabalho e os dispositivos protetivos para sua validade.

Seqüencialmente a este estudo, faz-se necessário analisar os efeitos e deveres das partes vinculados à cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho, que estão estreitamente correlacionados com os princípios dantes abordados, sendo que tal mister é desenvolvido ao longo do capítulo VIII deste trabalho.

Certo é que para validação da cláusula de não-concorrência, essencial se faz abordar seus pressupostos de validade no contrato de trabalho, de modo que no capítulo IX se efetua esse estudo, impondo os requisitos necessários para sua validade.

A cláusula de não-concorrência, por sua vez, pode ser aplicada tanto nos contratos individuais de trabalho, objeto deste estudo, bem como nos contratos coletivos, como ocorre na França e em outros países da Europa, de forma que no capítulo X o tema é abordado, embora sem muita profundidade, haja vista que se entende ser incabível a cláusula de não-concorrência no contrato coletivo de trabalho, registrando-se, assim, apenas sua existência.

Por fim, é salutar que sejam examinadas as conseqüências do descumprimento do pacto de não-concorrência no contrato de trabalho, quando formalmente realizado.

Efetuada esta análise e transpassados estes capítulos, exauriu-se o estudo do tema, que foi abordado em todos os seus aspectos relevantes.

METODOLOGIA

A fim de obter-se o resultado acima estabelecido, foi utilizado na pesquisa, principalmente, o método dedutivo, partindo-se de estudos de outros autores acerca dos direitos fundamentais e sua aplicação para, a partir desta noção, propor-se uma forma específica à aplicação da cláusula de não-concorrência nas relações de trabalho após a extinção do vínculo empregatício, de maneira lícita.

Utilizou-se, ainda, o método indutivo pela constatação de conceitos gerais a partir de fatos específicos e conhecidos da realidade, bem como o método-analítico-sintético quando se procurou extrair o conteúdo de textos e outros documentos, atentando-se à dogmática jurídica.

Como técnica de pesquisa mais utilizada, pode-se fixar a bibliográfica, com consulta a leis, legislação estrangeira, doutrina e jurisprudências.

CAPÍTULO I

A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO A LIBERDADE DE TRABALHO E DE CONCORRÊNCIA

É necessário, para o bom entendimento deste ramo jurídico, bem como para a boa compreensão do tema central desta dissertação, que se compreenda o desenvolvimento histórico da relação de trabalho, principalmente em se considerando que o Direito do Trabalho se trata de um ramo predominantemente social, que sofre reflexos de situações sócio-econômicas vivenciadas com o passar dos tempos.

1.1 DA IDADE MÉDIA

No mundo greco-romano, o trabalho não tinha essa concepção de hoje como relação ao trabalho, sobretudo entre gregos e romanos, sendo o trabalho do homem reduzido a coisa, tornando possível a escravidão, que foi a mais importante forma de trabalho da Antigüidade. A condição de escravo originava do fato de o sujeito nascer de mãe escrava, de ser prisioneiro de guerra, de ter sofrido condenação penal, de descumprimento de obrigações tributárias, de deserção do exército, entre outros.¹

Nessa forma de trabalho, o homem perdia a posse de si mesmo. Ao escravo era confiado trabalho manual, considerado vil, enquanto os homens livres dedicavam-se ao pensamento e à contemplação, para os quais os escravos eram tidos como incapazes.²

A escravidão explica-se pelas particulares condições econômicas da época e pela falta de um conceito autêntico de liberdade.

Nesse período, o escravo assemelhava-se a uma coisa que

¹ BARROS, Alice Monteiro, *Curso de Direito do Trabalho*, 2. ed., editora LTr, p. 50.

² Op. cit. p. 50.

pertencia ao seu amo ou senhor, a partir do momento em que entrava no seu domínio; portanto, não poderia prestar o consentimento contratual e, conseqüentemente, não poderia contrair obrigações.

O escravo era destituído de direito à vida e a tratamento digno, embora estivesse o amo sujeito a sanções penais se o matasse sem causa, conforme previsto no Digesto, 1.6: 1y2.³

Assim, o escravo era considerado como objeto do direito de propriedade, não como sujeito de direito, motivo pelo qual se tornava inviável referir-se a um Direito do Trabalho enquanto predominasse o Trabalho escravo. Isto porque o contrato de trabalho, núcleo desta disciplina, pressupõe a existência de dois sujeitos de direito hábeis a contraírem direitos e obrigações: empregado e empregador. Certo é que, ausente um deles, a relação jurídica está fora de sua tutela.

Paralelamente ao trabalho escravo, havia, sobretudo entre os romanos, aqueles que exerciam uma atividade autônoma em regime de liberdade, tal como os artesãos e artífices.

O aumento da população e a complexidade das relações sociais e humanas fizeram com que os senhores passassem a se utilizar da mão-de-obra de escravos de outros senhores, arrematando-lhes os serviços.

Paulatinamente, os homens livres, de baixo poder aquisitivo, passaram também a ser incluídos entre os que arrendavam os seus serviços. As condições iniciais desse contrato, idênticas às do escravo, eram regidas pela locação de coisas, daí ser toda a operação denominada genericamente *locatio conductio*.

A *locatio conductio* é definida como o ajuste consensual por meio do qual uma pessoa se obrigava a fornecer a outrem o uso e o gozo de uma coisa

³ Op. cit. p. 51.

em troca de certa retribuição ou de uma prestação de serviços de uma obra.⁴

Segundo Alice Monteiro de Barros⁵, existiam no direito Romano antigo três espécies de *locatio conductio*, entre elas, a *locatio conductio operarum*, figura que antecedeu ao atual contrato de trabalho, expondo, ainda, que:

“Grande parte da doutrina a locatio conductio operarum, implicava a prestação de serviços por uma pessoa (locador), cuja remuneração era fixada tendo em vista o tempo gasto na sua execução, não o resultado do trabalho, arcando o condutor (credor do trabalho) com riscos advindos da prestação”.

Observa-se que a designação das partes se inverte nesses dois últimos contratos, acentuando Barassi⁶ que o fenômeno se justifica historicamente.

Afirma-se que na *locatio operarum* havia ampla liberdade contratual, a qual poderia derrogar o quadro jurídico existente.⁷

“Apesar da plena liberdade contratual, sustenta Bayón Chacon⁸, que havia generalizada tendência dos juízes a exigir que se estipulasse o pagamento em dinheiro sempre que se tratasse da locatio, não bastando o fornecimento de alimentação e habitação, as quais eram consideradas acessórias à retribuição, exigia-se, igualmente sua prévia determinação, sendo normal o pagamento por jornada, salvo pacto em contrário”.

Assim, conclui-se que as normas autônomas se mostravam evidentes na Antigüidade, apesar de coexistirem normas autônomas e normas

⁴ Op. cit. p. 53.

⁵ Op. cit. p. 53.

⁶ BARASSI, Ludovico, *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*. Milano: Società Editrice Libreria 1901, *apud* BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. p. 50-53.

⁷ GOMES, Orlando & Gottschalk, Elson, *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 118, *apud* BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit. p. 50-53.

⁸ BAYON CHACON, Gaspar, op. cit. p. 96; *apud* BARROS, Alice Monteiro de. 2. ed. Ltr, p. 50-53.

heterônomas.

No entanto, não se chegou a uma situação de liberalismo, apesar de as normas dispositivas permitirem o exercício de uma certa liberalidade contratual.

Já no período feudal, séculos V a XI, com a economia preponderantemente agrária, o trabalho era confiado ao servo da gleba, a quem se reconhecia a natureza de pessoa ⁹, e não de coisa, contrariamente do que ocorria com os escravos, tanto que os servos poderiam contrair núpcias e formar família, assumindo o trabalhador o *status* de pessoa.

Assim, o predomínio da escravidão foi dando lugar a outras formas de trabalho, surgindo, então, a principal figura do feudalismo, qual seja: o servo. Este, apesar de não ser escravo, também não era totalmente livre, já que estava vinculado ao trabalho nas terras de seu senhor em troca de proteção militar e política, uma vez que toda produção era entregue para aquisição de tal proteção¹⁰.

1.2 DAS CORPORAÇÕES DE OFÍCIO

A partir do século X, os moradores dos feudos, impulsionados por novas necessidades que não podiam ser ali satisfeitas, passaram a adquirir mercadorias produtivas fora dos limites dessas áreas, em feiras e mercados sediados à margem de rios, lagos e mares, locais propícios ao intercâmbio de produtos manufaturados ou naturais, inclusive com os próprios feudos, que forneciam víveres às comunas e em troca recebiam mercadorias e objetos fabricados.¹¹ Essas comunas eram centros de interesse de artesãos e mercadores e evoluíram para as corporações de ofício.¹²

⁹ RIUS, J.M.Font y. *Instituciones medievales*. apud Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho Del trabajo*, 24. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 56.

¹⁰ Op. cit. p. 50-54.

¹¹ Op. cit. p. 54.

¹² BARROS, Alice Monteiro de. op. cit. p. 55.

Após a queda do Império Romano, as relações predominantemente autônomas de trabalho foram sendo paulatinamente substituídas por um regime heterônomo, que se manifestou, sobretudo, no segundo período da época medieval, através das corporações de ofício, constituídas por mestres que, em princípio, obtinham o cargo pelas suas aptidões profissionais ou por terem executado uma obra-prima. Essas exigências foram aos poucos desaparecendo, quando se instalou no seio das corporações uma oligarquia.¹³

A preocupação dominante nas corporações, sobretudo na França do século XII, refletida nos seus estatutos, era assegurar a lealdade da fabricação e a excelência das mercadorias vendidas.

No setor industrial da tecelagem e da alimentação, havia rigorosa fiscalização da matéria-prima e da qualidade dos produtos. O mestre não podia recrutar operários de outras corporações, tampouco lançá-las ao descrédito.

Na Inglaterra, as corporações monopolizavam a profissão tanto na indústria como no comércio, pois quem não pertencesse a uma corporação não poderia exercer as atividades no perímetro urbano.

Essa tendência monopolizadora agravava-se em face dos limites impostos ao número de aprendizes, do alongamento da duração do aprendizado e da vedação do trabalho do artesão estrangeiro.¹⁴

Observa-se, assim, que nesse período a liberdade de trabalho era limitada através de normas, inexistindo a plena liberdade de emprego.

O ajuste contratual deixa de ser norma reguladora para ser substituído pelas regras das corporações de ofício, aplicáveis a todos os seus membros, isto é, aos aprendizes, operários e mestres.

¹³ Op. cit. p. 55.

Os estatutos das corporações fixavam o valor da retribuição, contudo, não consideravam os parâmetros das necessidades do trabalhador, já que tinham o único objetivo de evitar a livre concorrência, o que ocorreria caso os salários fossem fixados a critério dos mestres. Estes últimos deveriam respeitar as regras da fábrica, o emprego de produtos e técnicas.

Na época medieval, as relações de trabalho que se desenvolviam nas corporações de ofício enquadravam-se em uma orientação heterônoma. A regulamentação das condições de trabalho era estabelecida por normas alheias à vontade dos trabalhadores.

1.3 DA REVOLUÇÃO FRANCESA

Os abusos praticados pelos mestres nas corporações de ofício, geradores de greves e revoltas dos companheiros, principalmente em face da tendência oligárquica de transformar o ofício em bem de família, associados à incapacidade de adaptação do trabalho ali desenvolvido às novas exigências sócio-econômicas, dada a tendência monopolizadora e o apego às formas superadas de produção, foram, como acentua Pérez Paton¹⁵, motivos mais do que suficientes para incrementar a transição da sociedade artesanal para o capitalismo mercantil, surgido nos séculos XVII e XVIII¹⁶.

Assim, a Revolução Francesa acabou por encerrar essa fase das corporações de ofício, que, por certo, não representavam o ideal de liberdade almejado no século XVIII, através da corrente do liberalismo.

Em 1776, promulgou-se o *Editio de Turgot*, acabando com as corporações. Algumas foram mantidas, em virtude da pressão efetuada por certos mestres, mas com limitações.¹⁷

¹⁴ Op. cit. p. 55.

¹⁵ PÉREZ PATON, Roberto. *Principios de Derecho social y de Legislación Del Trabajo*, Buenos Aires: Ed. Arayú, 1945, p. 61.

¹⁶ Op cit. p. 50-54.

¹⁷ Op. cit., p. 37.

Por derradeiro, com a lei Chapelier, 1791, extinguiram-se definitivamente, como conclui o seu artigo 7º que dispõe:

*“A partir de 1º de abril, todo homem é livre para dedicar-se ao trabalho, profissão, arte ou ofício que achar conveniente, porém estará obrigado a prover-se de uma licença, a pagar os impostos de acordo com as tarifas seguintes e a conformar-se com os regulamentos da polícia que existam ou que se expeçam no futuro”.*¹⁸

Esses dois textos legais tiveram tanto um aspecto positivo quanto um negativo. O aspecto positivo foi a obtenção da liberdade de trabalho, e o negativo foi o impedimento da possibilidade de existência de qualquer órgão entre o indivíduo e o Estado, pois as associações foram vedadas.

O novo regime consagrou a liberdade para o exercício das profissões e, via de consequência, as livres contratações, consolidando, assim, o princípio da autonomia da vontade e suas decorrências, em que o trabalho não derivava mais de relação de subordinação e imposição, mas sim de contratação com ampla manifestação de vontade de ambas as partes, consagrando-se a liberdade de trabalho.

Encontrava-se esse regime estribado na doutrina de Rousseau, nas doutrinas econômicas dos fisiocratas e dos clássicos ingleses, como também na Escola de Direito Natural e das Gentes.

Essa nova estrutura social fundava-se no individualismo, que se refletia nos aspectos econômicos, políticos e jurídicos.

“Laissez-faire, laissez-passer” é a fórmula do liberalismo econômico, atribuída por Vicent Gournay, na qual os indivíduos adquiriam com

¹⁸ Op. cit. p. 57.

sua vontade o poder supremo para realizar toda a classe de atos jurídicos, que passavam a ter força de lei entre as partes, porque aceitos voluntariamente¹⁹.

O Código Francês de 1804 regulou o contrato de trabalho como uma das modalidades da locação, Capítulo II, Título VIII, do Terceiro Livro, consagrando apenas dois artigos a esse importante ajuste.

O primeiro desses artigos dispunha que o trabalhador só poderia se obrigar por certo tempo ou para a execução de determinada obra; o segundo consubstanciava-se na determinação de que o empregador merece crédito pela sua afirmação, no tocante aos salários pagos anualmente.

Ao se instituir o contrato a prazo, proibia-se o trabalho por toda a vida, com o objetivo de evitar o reaparecimento da escravidão. O legislador mostrou-se coerente com as tendências individualistas da época, já que a obrigação de trabalhar por toda a vida para alguém implica a alienação da liberdade, que é um dos direitos naturais do homem.

De outro lado, não havia valorização dos salários, de modo a evidenciar a parcialidade do legislador em favor dos interesses do empregador, contribuindo decisivamente para o desequilíbrio das forças.

Influenciado por esses dispositivos legais, o Código Civil Brasileiro, em 1916, seguiu a diretriz traçada e inseriu o serviço humano nos moldes clássicos, ou seja, ao lado da locação de coisas ou de animais.

Já o Código Alemão da mesma época dispunha sobre o contrato de trabalho separadamente da locação.

Daí a afirmação de que o Direito Civil da época ordenava as relações de trabalho por meio de normas de locação de serviços, como bem

¹⁹ Op. cit. p. 58.

acentua Ramirez Gronda²⁰: *“Não se enquadrando com as idéias modernas de liberdade humana e independência do trabalhador.”*

1.4 DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

A Revolução Industrial modificou as condições de vida do empregado braçal e, conseqüentemente, representou uma grande modificação social na época.

A criação da máquina a vapor fez surgir a produção em grande escala, necessitando de mão de obra qualificada para operar as máquinas, fato que gerou desemprego dentre os desqualificados e ocasionou uma enorme migração de trabalhadores rurais para prestação de serviços na área urbana, causando, primeiramente, uma superlotação nas cidades.

Assim, uma das conseqüências da industrialização foi o surgimento da classe operária, ou seja, o proletariado urbano, que passou a viver nas cidades em situações subumanas, instalando-se em cortiços e recebendo salários que mal possibilitavam seu sustento, inobstante o trabalho em escalas desproporcionais, sem limites ou garantias - na verdade eram meros contratos de adesão.

Outra conseqüência da revolução industrial com produção em escala foi a necessidade do desenvolvimento das ferrovias, a fim de possibilitar o transporte da larga produção realizada, direcionando a mão de obra masculina para este fim, havendo, então, concentração do trabalho feminino e infantil nas indústrias.

O proletariado era ilimitadamente explorado, e na medida em que se aumentava a produção e o lucro da burguesia, cresciam a exploração, os acidentes de trabalho, a miséria, a prostituição e o alcoolismo entre os operários, que não tinham amparo algum do governo, pois este não intervinha através de

²⁰ RAMIREZ, Gronda. *Tratado de Derecho del Trabajo, Dirigido por Mário Deveali*, Tomo I, La Lei,

leis trabalhistas na desmedida exploração vivenciada.

Cabe ressaltar que esta não intervenção do governo decorria da ideologia do liberalismo consagrado através da revolução francesa, em que não se admitia a intervenção do Estado nas estipulações das condições de trabalho, que deveriam ser resultado da livre pactuação entre as partes.

Consagrando esta afirmação, a Lei de Bronze, em vigor à época, considerava o trabalho uma mercadoria, cujo preço era determinado pela concorrência, que tendia a fixá-lo no custo da produção e a estabilizá-lo a um nível próximo ao mínimo de subsistência.

Assim, as relações de trabalho, dantes presididas pelos critérios heterônomos das corporações de ofício, foram substituídas por uma regulamentação essencialmente autônoma.

Surgiu daí a liberdade econômica sem limites, com opressão dos mais fracos, gerando, segundo alguns autores, uma nova forma de escravidão. É o que se extrai do pensamento de Lacordaire:

“Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta.”²¹

Contudo, Marx, criticando a Lei de Bronze, através do polêmico princípio de pauperização progressiva do proletariado que apareceu ligado à acumulação do capital, contribuiu para despertar no trabalhador a consciência coletiva de sua extraordinária força.

Desse modo, as organizações de trabalhadores adeptas da violência pressionaram o Poder Público, exigindo uma solução para a questão

Buenos Aires editora e impressora, 1964, passim.

²¹ LACORDAIRE, *apud* SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas e TEIXEIRA Filho, João de Lima. *Instituições do Direito do Trabalho*. v. I, 2003, São Paulo: Freitas Bastos, p. 36.

social²².

Foi nesse contexto que essa classe operária começou a se reunir para postular por melhores condições de trabalho e de vida, e os trabalhadores passaram a integrar movimentos sociais, destacando-se o movimento "ludista", em que os operários destruíam as máquinas das indústrias, e o movimento "cartista", que exigia melhores condições de trabalho. Muitos deles também se reuniram em associações em busca de seus ideais, surgindo aí os primeiros contornos do que hoje são as entidades sindicais.

Assim, a incidência de acidentes, mortes e trabalhos desumanos decorrentes da liberalidade de contratação das garantias, bem como as manifestações de classes de proletariados, fizeram com que o Estado acabasse por intervir nas contratações, de onde começaram a surgir leis, ditando limite de idade no trabalho do menor, estabelecendo limite de jornada a ser cumprida, entre outras estipulações.

Foi deste modo que a Revolução Industrial, por ter acarretado mudanças no setor produtivo, acabou por transformar as relações sociais e, ao passo que a revolução francesa representou a liberdade de trabalho, a revolução industrial representou o marco inicial do direito do trabalho, com a intervenção do Estado ditando garantias mínimas aos empregados.

Passaram, assim, a surgir leis esparsas que originaram o Direito do Trabalho²³, que tem como decorrência direta o abuso na exploração dos trabalhadores e os conflitos para obtenção de melhores benefícios na relação de

²² *apud* BARROS, Alice Monteiro de. Cerqueira, João da Gama. *Sistema de Direito do Trabalho*, v.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p. 327-329.

²³ "A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna. Contudo, apenas mais à frente, no desenrolar do processo da Revolução Industrial é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a revolução Industrial do século XVII (e principalmente do século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea." (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, São Paulo: Ed. LTr, p. 85-86)

trabalho, caracterizando-se, desta forma, o nítido caráter protetivo do direito do trabalho.

Salienta-se que a Igreja Católica também se preocupou e contribuiu com sua influência ideológica por meio da *Encíclica Rerum Novarum* (1891), do Papa Leão XIII, passando pelo *Quadragesimo Anno* 1931²⁴ ou pela *Divini Redemptores* (1931), ambas de Pio XI.

1.5 DO CAPITALISMO

O Capitalismo sob a forma de concorrência liberal baseava-se em dois princípios:

- liberdade de empresa
- liberdade de concorrência

Ambos os princípios são baseados na liberdade individual, que possui como valor supremo da ordem econômica e social a iniciativa privada. O crescimento da economia e o bem estar social apareciam como frutos necessários da autodeterminação individual e da procura do interesse pessoal.

Deste modo, porque desnecessária, deveria ser afastada qualquer interferência do Estado. A livre iniciativa na procura dos interesses dos indivíduos se concretizaria em uma concorrência que deveria ser a mais perfeita possível²⁴.

A partir da metade do século XIX, surgem as grandes empresas que passam a dominar o mercado. Por isso, nesse período chamado de “monopolística”, a atuação dessas empresas no mercado tendia à eliminação da concorrência, gerando a formação de “ententes”. Nesse momento, aparece o Estado, com a finalidade de evitar abusos. Posteriormente, tentando corrigir distorções, vai se acentuando a influência do Estado que, por fim, tenta promover

²⁴ OLIVEIRA, Oris de, *A exclusão da concorrência do Contrato de Trabalho*, Ed. LTR, p.18.

o desenvolvimento econômico.

Embora denominada “monopolística”, essa fase foi, na verdade, um sistema misto de livre iniciativa, no qual as instituições públicas e privadas exerceram controle econômico, com a concorrência sempre presente. Oportuno também frisar que este capitalismo, de grandes unidades econômicas, ultrapassou fronteiras nacionais, sendo um dos grandes propulsores do colonialismo dos séculos XIX e XX, apresentado como portador de mensagem transcendental de cunho moral, espiritual, político e social, embora o verdadeiro móvel fosse o interesse pecuniário²⁵.

Estas formulações, tomadas literalmente, podem deixar a impressão de que o capitalismo, em sua segunda fase, aboliu completamente a concorrência. Não é exato.

Assim, como o capitalismo liberal jamais existiu em sua forma pura, também o monopólio ou a intervenção do Estado, ressalvadas exceções setoriais, não foi tão intenso a ponto de absorver toda a atividade econômica, havendo, conseqüentemente, uma grande faixa para o exercício da concorrência.

Nessa fase, “concorrência perfeita” e “monopólio” existem como expressões técnicas, reservadas as hipóteses em que, respectivamente, nenhum empregador possa ou não, sozinho, ter influência sobre o preço do mercado²⁶.

Com a globalização da economia, com quase total predominância do capitalismo financeiro, acirra-se ainda mais o aspecto concorrencial do sistema. Criou-se a organização Mundial do Comércio como órgão encarregado da preservação da concorrência no plano internacional à base do liberalismo econômico que protagoniza abertura dos mercados.

Todavia, concomitantemente, criam-se mecanismos de proteção

²⁵ OLIVEIRA, Oris. Op. cit. p.19.

²⁶ SAMUELSON, Paul. *Introdução à análise econômica*. Tradução de S.T dos Santos, O A. Dias Carneiro, Rui Lourenço Filho, Rio de Janeiro: Agir, 1973, p. 56, *apud*, OLIVEIRA, Oris de Oliveira,

das produções nacionais ou comunitárias. Portanto, um discurso de liberdade total para efeitos externos e um protecionismo limitador da concorrência externa.

Cada Estado, segundo Maurício Godinho²⁷, busca se adequar à globalização, ocorrendo principalmente mudanças econômicas, sociais e legais dentro do país, como exemplo, a abertura do mercado para as importações gera um aumento da concorrência no mercado interno do país, que precisa se adaptar.

O modo de produção capitalista deve ser adequado em cada país. O trabalhador, que conta normalmente apenas com sua força de trabalho, também precisa se adaptar aos novos paradigmas da relação de trabalho.

Dentre essas mudanças, a legislação, ao ser criada ou modificada, deve levar em consideração o mundo globalizado, respeitando, no âmbito do direito do trabalho, as disposições legais previstas internacionalmente.

op. cit. p. 20.

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Globalização e hegemonia: cenários para a desconstrução do primado do trabalho e do emprego no capitalismo contemporâneo*. São Paulo: Revista LTr, v. 69, n. 05, maio de 2005. p. 539.

CAPÍTULO II

DA LIBERDADE CONTRATUAL E DA LIVRE CONCORRÊNCIA

2.1 DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Para que se estude a cláusula de não-concorrência no direito brasileiro, é necessário, antes de tudo, que sejam feitas breves considerações quanto à evolução do regramento constitucional e legislativo acerca do direito econômico e trabalhista, posto que, apesar de a primeira Constituição não tratar diretamente da cláusula de não-concorrência, apresenta diversos aspectos a influírem em seu estudo.

A Constituição do Império, de 1824, no seu artigo 179, inciso XXIV, previa o “direito ao trabalho”, nos seguintes termos:

“XXIV - Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos Cidadãos.”

Entretanto, o inciso seguinte dispunha a extinção das corporações de ofício, que nada mais eram que uma forma de trabalho presente na época. Para tanto, note-se o texto do inciso:

“XXV. Ficam abolidas as Corporações de ofícios, seus juízes, Escrivões e Mestres”.

Embora à primeira vista parece ter ocorrido uma contradição no texto constitucional, pois, na mesma medida em que garantia, através do inciso XXIV, o “direito ao trabalho”, exceto quando violar costumes públicos, segurança e saúde da população, previa, em outro dispositivo (inciso XXV), a proibição das “corporações de ofício”, que nada mais constituem que uma forma de manifestação de trabalho da época, e que, por certo, não violaram os costumes públicos, segurança ou saúde.

No entanto, não é exatamente isso que ocorre, já que se conclui que essa Constituição objetivava consagrar o “direito à liberdade de trabalho”, o que é constatado, principalmente, ao fazer-se a exegese da constituição de acordo com todo o seu contexto político da época.

Certo é que a extinção da corporação de ofício no Brasil foi reflexo direto dos resultados da Revolução Francesa, que também culminou em sua extinção na Europa, haja vista que estas corporações iam de encontro à liberalidade de trabalho e concorrência almejadas naquela época.

Há de se concluir, deste modo, que a Revolução Francesa e a proibição das corporações de ofício na Europa foram os primeiros marcos históricos do desenvolvimento da “concorrência”, e, conseqüentemente, a Constituição de 1824 traduz o primeiro marco no Brasil acerca da “concorrência”.

Salienta-se, contudo, que a liberdade e a “livre concorrência” garantidas pela Revolução Francesa, cumuladas com o impacto social ocasionado pela Revolução Industrial que, também em razão da livre concorrência (competição industrial), tinha que diminuir o custo de seu produto, inclusive diminuindo despesas com a mão-de-obra, surgindo situações de miséria e exploração, fez com que o Estado mais uma vez interviesse nas relações de trabalho, impondo limites e direitos mínimos.

Inobstante a liberdade de trabalho, prevista na constituição de 1824, o Código Comercial de 1850, regrando as atividades do “comerciante”, previu como falta grave hábil a gerar a rescisão do contrato a prática de negociação sem permissão do contratante. Para tanto, observe-se o teor do texto legal:

“Lei 556 de 1850 (código comercial)

...

Art. 84. Com respeito aos proponentes, serão causas suficientes para despedir os prepostos, sem embargo de ajuste por tempo certo.

...

4. Negociação por conta própria ou alheia sem permissão de preponente.”

Posteriormente, a constituição de 1891, no caput, do seu artigo 72, garantia, a brasileiros e a estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

Na vigência desta constituição, foi promulgado o Código Civil de 1916, hoje revogado. Nesse código houve a regulamentação dos prestadores de serviços, havendo, também, a previsão de duras penas àqueles que aliciassem trabalhadores alheios.

Já a Constituição da República de 1934 foi a primeira a tratar da ordem econômica e social, dispondo, no artigo 121, que a lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições de trabalho na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país.

A Constituição de 1937 previa o trabalho como um dever social (art. 136), assegurando a todos o direito de subsistir mediante seu trabalho honesto, o qual é um bem que o Estado deve proteger.

A Constituição de 1946, por sua vez, adotou as mesmas diretrizes da Carta Constitucional de 1934, assegurando aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

E, ainda, o artigo 145 previa que a ordem econômica deveria ser organizada de acordo com os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano, o qual é obrigação social, devendo ser assegurado a todos e possibilitando-lhes existência digna (parágrafo único).

O artigo 160 da Carta Outorgada de 1969 previa que:

“A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base nos seguintes princípios:

I - Liberdade de iniciativa;

II - Valorização do trabalho humano como condição da dignidade humana;

III - Função social da propriedade;

IV - Harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - Repressão ao abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência, o aumento arbitrário dos lucros; e

VI - Expansão das oportunidades de emprego produtivo.”

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa não somente foram mantidos pela nova Carta Magna, mas elevados como fundamento do Estado Democrático de Direito, diferenciando-se, dessa forma, das Constituições anteriores.

Assim, como bem explicita o professor Renato Rua de Almeida²⁸:

“Pelo artigo 1º da constituição Federal de 1988 do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, distinguindo-se do ultrapassado Estado-Nação, ao apoiar-se, dentre outros fundamentos, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV).”

2.2 DA LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA E SUAS LIMITAÇÕES

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º do texto

²⁸ ALMEIDA, Renato Rua, *A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto*

constitucional, enuncia como fundamentos da República Federativa do Brasil:

- I- a soberania,
- II- cidadania,
- III- dignidade da pessoa humana,
- IV- e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

De outra parte, em seu artigo 170 traça a estrutura geral do ordenamento jurídico econômico, com fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Deste modo, a livre concorrência, isto é, a maior ou menor margem de liberdade de que dispõem as empresas no mercado, fato essencialmente econômico²⁹, foi erigida à categoria de “princípio” pela Constituição brasileira de 1988, através do artigo 170, que dispõe:

“Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

IV – livre concorrência”

Para a defesa do princípio da livre concorrência, nossa constituição estabeleceu norma do seguinte teor:

“Art. 173

...

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à

da empresa, Revista do Advogado - AASP, ano XXV, junho de 2006, n. 82.

²⁹ “Relação entre Constituição e Sistema Econômico ou mesmo Regime Econômico, é freqüente nas constituições modernas, que contemplam pautas fundamentais em matéria econômica. Chega-se a falar que, ao lado de uma constituição política, reconhece-se a existência de uma Constituição econômica”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. Cadernos de direito constitucional e ciência política, n.º 19, p.11, *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 17.ed. São Paulo: Ed.Jurídica Atlas, 2005, p. 711.

dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Alexandre de Moraes³⁰ define a livre concorrência como sendo:
“(...) livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visar à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, §4º)”

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva sustenta que a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado, inclusive o da livre iniciativa³¹.

São dignos de destaque, a propósito, os dizeres de José Afonso da Silva acerca do tema:

“A livre iniciativa é fundamento da ordem econômica (art. 170). Ela constitui um valor do Estado Liberal. Mas no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social não se pode ter como um puro valor o lucro pelo lucro. Seus valores (possibilidade de o proprietário usar e trocar seus bens, autonomia jurídica, possibilidade de os sujeitos regularem suas relações do modo que lhes seja mais conveniente, garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida), hoje, ficam subordinados à função social da empresa e ao dever do empresário de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, exigidas pela valorização do trabalho (art. 170).”³²

Ainda neste contexto, Eros Grau, ao referir-se à livre iniciativa, diz que ela expressa “desdobramento da liberdade”, portanto não pode ser reduzida à liberdade econômica, pois sua principal função é a garantia da legalidade: a

³⁰ SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional*, 17.ed. São Paulo: Ed. Jurídica Atlas, 2005, p. 712.

³¹ REALE JÚNIOR, Miguel, in *Casos de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 8, *apud* MORAES, Alexandre de. Curso, p. 713.

liberdade pública, ou seja, a não-sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei³³.

Neste mesmo sentido, elucida Tércio Sampaio Ferraz Júnior que:

“A livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e não na atividade do Estado. Isso não significa uma ordem do laissez-faire, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade pertence a ambos. No entanto, não há propriamente um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica de espontaneidade humana na produção de algo novo.”

“Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se ao fazê-lo o Estado bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normatizar e regular, mas está dirigindo, e com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado.”³⁴

Segundo a lição de Miguel Reale Júnior, a atuação do Estado deve ocorrer nos limites a preservar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, com o maior escopo de obtenção da justiça social:

“(...) esta atuação do Estado como agente normativo ou regulador é de ser concretizada com respeito aos princípios que regem a

³² *in* Comentário contextual à Constituição. Ed. Malheiros, 2005, p. 39.

³³ Op. cit. p. 150.

³⁴ *in* Teoria da norma jurídica, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, visando a assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CF).³⁵

Assim, o artigo 174 da Constituição Federal, embora garanta a livre iniciativa, confere ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica por meio do exercício da atividade da fiscalização de incentivo e de planejamento, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Certo é que todos os preceitos constitucionais demonstram a realidade de um Estado intervencionista tendente a regular e direcionar, no plano econômico, o exercício da livre iniciativa e da livre concorrência.

Observa-se que ao mesmo tempo em que a ordem constitucional eleva à qualidade de garantia o direito à livre iniciativa e concorrência, esta mesma ordem confere ao Estado o poder de limitar o exercício da livre iniciativa, evitando que esta garantia constitucional venha a violar direitos fundamentais, ou seja, por outro lado, prevê sua intervenção a fim de que o abuso desta liberdade não gere práticas para aumentos arbitrários de lucros e dominação de mercado, evitando, desse modo, um “abuso no exercício de direito”.

Na verdade, entende-se que esta intervenção estatal a fim de evitar abuso de direito nas relações de mercado ocorre justamente para garantir a liberdade da atividade econômica, pois, a partir do momento em que a liberdade de uns se torna abusiva, restrição haverá à liberdade de outros, havendo distanciamento da finalidade estatal.

A Constituição de 1988, fundamentada nos princípios da dignidade de trabalho humano e na livre iniciativa e concorrência, assegura a todos a prática livre de toda e qualquer atividade econômica³⁶, vedando,

³⁵ REALE JÚNIOR, Miguel, *Casos de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 8, *apud* MORAES, Alexandre de. Curso, p. 713.

³⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Ed. Jurídica Atlas, p. 711.

expressamente, práticas que caracterizem o abuso do poder econômico ou que busquem o domínio do mercado; para tanto, prevê, inclusive, a normatização infraconstitucional para tal íterim.

Este controle da atividade econômica e do domínio de mercado, incumbido ao Estado, tem sido realizado atualmente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) junto ao Ministério da Justiça.

Na vigência desta atual Constituição, que assegura a liberdade de mercado e possibilita a intervenção estatal para garanti-la, editou-se o novo Código Civil, regulando a não-concorrência no âmbito empresarial com relação ao alienante do estabelecimento comercial.

Na legislação trabalhista, até a presente data, não há qualquer regulamentação expressa acerca do pacto de não-concorrência após o contrato de trabalho, objeto deste trabalho, havendo proibição de atividade que caracterize ato de concorrência com o empregador durante o contrato de trabalho.

Assim, a legislação extravagante delineou limitações à concorrência em vários aspectos e com peculiaridades diversas, tendo regramento no aspecto empresarial, através do Código Civil de 2002, em seu artigo 1.147, que veda a concorrência do alienante do estabelecimento comercial; no aspecto criminal, através da Lei 9.279/96, artigo 195, que veda atos de concorrência ilícita; e no aspecto trabalhista, no artigo 482, alínea “c”, da CLT, que considera como motivo hábil à justa causa os atos de concorrência com o empregador, durante o contrato de trabalho.

Eros Grau³⁷ complementa, citando Canotilho, que a garantia da livre iniciativa não pode ser tida como uma garantia individual e absoluta, mas, de forma contrária, deve ser analisada de acordo com os ditames e necessidades sociais, devendo, ainda, ser analisada de acordo com os objetivos do comando

³⁷ GRAU, Eros. Op. cit. p. 150.

constitucional em que foi prevista.

Nesta esteira, o direito à livre iniciativa foi inserido no texto constitucional no capítulo que trata da “ordem econômica”; contudo, a ordem econômica *lato sensu* tem como objetivo primário a “valorização do trabalho humano”, de forma que tendo a iniciativa privada violado a valorização do trabalho humano, vem a mesma contrariar o próprio comando constitucional em que está embutida, tornando-se abusiva e, por isso, não resguardada.

Deste modo, não pode o empresário, fundado neste direito, praticar atos em nítido abuso do exercício de direito e, via reversa, prejudicar outros direitos sociais, tais como a valorização do trabalho e o direito ao pleno emprego, erigidos à ordem de direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente. Assim, sustenta o referido autor que:

“Constituem princípios políticos constitucionalmente conformadores, mas isso não significa que a livre iniciativa enquanto princípio seja tomada enquanto expressão individualista, mas sim, deve ser conjugada com o valor social, ou seja, o que se almeja é que a ordem econômica esteja fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.”³⁸

Conclui-se, portanto, que apesar de a livre iniciativa fundamentar o preceito da ordem econômica, tem como primórdio a valorização do trabalho humano, tendo em vista ser uma Constituição Social e, como tal, possui como escopo garantir a todos uma vida digna, de acordo com os ditames de Justiça.

2.3 DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE E SUAS RESTRIÇÕES

Assim, feitas as considerações acima sobre os aspectos estruturais da ordem econômica e suas limitações, passaremos a examinar o princípio da liberdade, compreendido como tal, a autonomia da vontade, a liberdade contratual

³⁸ GRAU, Eros. Op. cit. p. 150.

e da liberdade de trabalho, princípios diretamente ligados ao objeto deste estudo, princípios estes aplicados à cláusula de não-concorrência.

2.3.1 DA AUTONOMIA DA VONTADE

No período aristotélico, dizia-se que a liberdade era o poder de autodeterminação.

Essa é, inclusive, a mesma linha de raciocínio seguida por Tomás de Aquino que, “partindo da racionalidade com qualidade peculiar inerente ao ser humano”, advogou ser esta qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino. Com efeito, no pensamento de Tomás de Aquino, restou afirmada a noção de que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também se radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, “o ser humano, livre por natureza, existe em função de sua própria vontade.”³⁹

Immanuel Kant atribui a autonomia da vontade do homem como fundamento da dignidade da pessoa humana, além de sustentar que o homem, como ser racional, não pode ser tratado como objeto, devendo ele ser sempre considerado como um fim em si mesmo e não servir simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade⁴⁰, de forma a utilizar a expressão autonomia de vontade, referindo-se à liberdade como o poder de dar leis e de agir de acordo com elas.⁴¹

Vicente Ráo, em obra clássica sobre os atos jurídicos, aponta a

³⁹ M. Herdegen. *Neuarbeitung Von art.1 Abs.1 - Schutz der Menschenwürde*. in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, p. 7, mediante referência direta e trechos extraídos da obra de Tomás de Aquino apud Sarlet, Ingo Wolfgang, dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na CF/88, 2006, p. 31.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do advogado, 2006, p. 32-36.

⁴¹ *in* A reconstrução do Direito Privado; reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais

vontade em todos os seus prismas como constituindo matéria básica da teoria do direito e da realidade jurídica. Segundo as próprias palavras do emérito jurisconsulto:

*“A vontade, manifestada ou declarada, possui no universo jurídico poderosa força criadora: é a vontade que, através de fatos disciplinados pela norma, determina a atividade jurídica das pessoas e, em particular, o nascimento, a aquisição, o exercício, a modificação ou a extinção dos direitos e correspondentes obrigações, acompanhando todos os momentos e todas as vicissitudes destas e daqueles.”*⁴²

No mesmo sentido, ensina a Professora Maria Helena Diniz⁴³:

“Deveras, a essência do negócio jurídico é a auto-regulamentação dos interesses particulares, reconhecida pela ordem jurídica, que lhe dá força criativa. Num contrato, as partes contratantes acordam que se devem conduzir de determinado modo, uma em face da outra, combinando seus interesses, constituindo, modificando ou extinguindo obrigações. (...) Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue conforme a ordem jurídica. Portanto, o contrato, como negócio jurídico que é, é um fato criador de direito, ou melhor, de norma jurídica individual, pois as partes contratantes acordam que se devem conduzir de determinada maneira, uma em face da outra.”

Em que pese ao empenho das correntes objetantes do valor e da possibilidade do prevalecimento do princípio da autonomia da vontade por força da infiltração do Estado nos negócios privados, bem justifica Vicente Ráo⁴⁴ ao

constitucionais no direito privado. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 222.

⁴² RÃO, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo: 1961, p. 44 *apud* STRENGER, Irineu. *Autonomia da Vontade*, Ed. Ltr, 2000.

⁴³ *in* *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 10.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, v.3, p. 21.

⁴⁴ RÃO, Vicente, *op. cit.* p. 65.

observar que o problema não pode ser colocado em termos simplistas.

Observa o autor que a autonomia da vontade não se exerce apenas no campo delimitado pela lei, nem se aplica tão só aos contratos nominados e inominados, pois melhor se qualifica como expressão de um poder criador que atua de conformidade com o ordenamento jurídico, ou sob as sanções por este ordenamento estabelecidas, padecendo maiores ou menores limitações, segundo a relação de que se trate.

A autonomia de vontade como princípio, segundo Irineu Strenger⁴⁵, deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível do homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito.

Ainda, segundo o citado autor, o princípio da autonomia não se vincula aos indivíduos senão em virtude da própria lei que lhe dá uma habilitação “ad hoc”, de modo que se deve entender como autonomia a “vontade socializada e legalizada”, de forma a permitir ao indivíduo exercer sua vontade jurídica pelo bem comum.

Ora, o contrato, seja de que natureza for, constitui um meio pelo qual os particulares regulam seus interesses de acordo com determinada vontade, mesmo admitidas as limitações ao seu exercício, apresentando-se em um quadro abstrato que, segundo nossa visualização, pode configurar em seus conteúdos as instituições correspondentes, essencialmente os relativos a quaisquer dados concretos da vida social, expressos na lei ou em um ordenamento jurídico.

Tais elementos não devem ser vistos apenas pelo ângulo da técnica jurídica, porque exatamente o direito individual se alicerça nos princípios da igualdade e da liberdade, ao passo que o direito que se apóia somente nas

⁴⁵ Op. cit. p. 66.

instituições tem como suporte apenas a autoridade.

Assim, conclui Irineu Strenger⁴⁶ que deixar de reconhecer o papel da vontade, em qualquer alternativa teórica, contraria a “concepção pluralista da sociedade, na qual os ideais morais e jurídicos se cristalizam por força de um comando que se origina na natureza humana”.

Certo é que o processo jurígeno não se esgota na norma jurídica, porquanto, como assevera Miguel Reale, ela mesma suscita, no seio do ordenamento e no meio social, um complexo de reações estimativas, de novas exigências fáticas e axiológicas⁴⁷, e o homem é o centro do direito, e o fim principal do direito é servir a seus legítimos interesses.

Todavia, desde o final do século XIX os princípios do direito privado vêm sofrendo limitações, em todo o mundo, e normas jurídicas vêm sendo criadas no intuito de minimizar os efeitos da autonomia da vontade.

O limite a tais princípios que delimita o campo da atividade dos sujeitos de direito é estabelecido pelo princípio da supremacia da ordem pública, que proíbe estipulações contrárias à moral, à ordem pública, à função social dos negócios jurídicos, à justiça social, visando a proteção dos economicamente mais fracos e do bem comum, passando o Estado a gerenciar os negócios realizados pelos particulares.

Essa liberdade contratual decorrente da autonomia da vontade privada, não é ela uma garantia absoluta, como bem ressalta Wilson Steinmetz:

*“Dizer que a liberdade contratual é um princípio fundamental não significa dizer que ela é um princípio absoluto.”*⁴⁸

Como visto, os agentes privados agem em consonância com os

⁴⁶ Op. cit. p.47.

⁴⁷ REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, 4. ed. São Paulo: 1965.

⁴⁸ *in* A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Ed. Malheiros, 2004, p.192.

interesses do Poder Público que, por sua vez, irá criar os parâmetros que regerão os contratos firmados pela manifestação de vontade das partes.

2.3.2 DA LIBERDADE CONTRATUAL E SUAS RESTRIÇÕES

Assim, 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 absoluto⁴⁹, mas sim relativo, haja vista que impõe limites de ordem pública, tal como a observância à função social do contrato, que é integrada pela boa-fé contratual.

De acordo com Nelson Nery Júnior⁵⁰:

“Muda-se o perfil político-ideológico do Código Civil, de liberal (Código Civil de 1916), para social (Código Civil de 2002), podendo-se falar em socialidade para caracterizar-se o perfil do novo Código Civil”.

São indicadores dessa nova orientação, as cláusulas gerais contidas nos artigos 421, 422, 187, 122 e 113 do Código Civil, prevendo, respectivamente, o cumprimento da função social do contrato e o respeito à boa-fé objetiva, viabilizando que o aplicador do direito limite a autonomia privada através de conteúdos metajurídicos.

Segundo Virgílio Afonso da Silva⁵¹, é principalmente por meio dessas cláusulas gerais que os direitos fundamentais se “infiltram” no direito privado e por aí produzem seus efeitos.

Também se observa tal fenômeno na previsão dos artigos 478 e 480, ambos do Código Civil de 2002, os quais admitem a resolução do contrato, em casos de execução continuada ou diferida, se a prestação se tornar

⁴⁹ “Al concetto di diritto non è incompatibile quello di limite, anzi vi è enerente” (FERRA, in *Trattato di diritto civile italiano*, Roma: Athenaeum, 1921, p. 393, apud MALLET, Estevão, op. cit. p. 1160).

⁵⁰ Op. cit. p. 415.

excessivamente onerosa para uma das partes ou com extrema vantagem para a outra, demonstrando que o legislador considerou a possibilidade de fatos externos e circunstâncias materiais concretas influenciarem na formação do contrato, a ponto de permitir a resolução e a revisão contratual.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo⁵², “a intervenção do Estado no âmbito contratual abriu portas a um novo tempo, em que se mitigaram os malfeitores do liberalismo jurídico, com a proteção social ao mais fraco”. Ainda, segundo o autor:

“O novo Código Civil não ficou à margem dessa indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais, pois determinou que a liberdade contratual (embora se refira equivocadamente à liberdade de contratar) deve ser “exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Esse dispositivo (artigo 421 do CC), alarga, ainda mais, a capacidade do juiz para proteger o mais fraco, na contratação que, por exemplo, possa estar sofrendo pressão econômica ou os efeitos maléficos de cláusulas abusivas ou de publicidade enganosa.”

Há autores, inclusive, que afirmam ter havido uma “funcionalização” social do contrato e, portanto, uma “funcionalização” da liberdade contratual⁵³, o que ficou evidenciado através do atual Código Civil.

A cláusula geral da função social do contrato é decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa (CF 3ª, I) e justiça social (CF 170), posto que não se pode conceber o contrato apenas do ponto de vista econômico, sem se considerar sua

⁵¹ *in* A constitucionalização do direito. Ed. Malheiros, p. 79.

⁵² *in* O Novo Código Civil Brasileiro; Função Social dos Contratos; Boa-Fé Objetiva; Teoria da Imprevisão e em Especial Onerosidade Excessiva. Revista LTr 67-04/393, v.67, n.4, abril de 2003, p. 393.

⁵³ STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Ed. Malheiros, p.193.

função social, ou seja, deve ater-se aos fins sociais a que a mesma se dirige.

Desta forma, haverá desatendimento da função social do contrato quando:

- a) o contrato tiver conseqüências demasiadamente excessivas somente para uma das partes, mostrando-se desproporcional;
- b) quando se quebrar a base objetiva ou subjetiva do contrato.

Nesse passo, Miguel Reale sustenta:

*“Atenta-nos para esta nova realidade do ordenamento civil: Tendo como fulcro fundamental o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores, houve uma mudança, da maior importância. O novo Código abandonou o formalismo técnico-jurídico, superado, próprio do individualismo da metade do século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo numa época em que os meios de informação são muito mais poderosos.”*⁵⁴

É evidente que conceitos como autonomia privada e livre iniciativa permanecerão, mas a vontade humana perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar o interesse social e relativizando os princípios da autonomia privada e da livre iniciativa.

Nesse sentido, Nelson Nery⁵⁵, ao analisar o artigo 421 do Código Civil, diz que este artigo não eliminou a autonomia privada, mas sim que esta autonomia está limitada, dentre outras coisas, pelos direitos e interesses metaindividuais que digam respeito à dignidade da pessoa humana, “*núcleo essencial do Estado Democrático de Direito*”.

⁵⁴ REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil: situação após aprovação pelo Senado Federal*. 2. ed. reformada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999, p.179.

⁵⁵ Op. cit. p. 421.

Por essa razão, pode-se afirmar que o Estado moderno se caracteriza por uma tendência socializadora para realizar maior justiça social, intervindo, inclusive, nos contratos celebrados por particulares em matéria que antes era do estrito domínio privado.

É importante observar que a limitação da autonomia da vontade não somente está restrita às normas cogentes, de ordem pública, mas também às normas dispositivas, que faculta aos particulares agirem de acordo com suas vontades, se estas não tiverem como objetivo um fim social.

Não parece que com isso se afirme que a autonomia privada tenha desaparecido ou tenda a desaparecer, permanecendo somente como valor acadêmico e que a maioria dos contratantes terá de submeter-se às leis que o Estado lhe impõe.

Ao contrário, a autonomia privada sempre existirá no campo do direito privado, porque é fonte da constituição de direitos e obrigações nos negócios jurídicos. Todavia há de se reconhecer que, ainda em se tratando de direito privado, a autonomia da vontade encontra-se cada vez mais restrita, estando enfocada no bem estar social, deixando de ser encarada sob uma ótica meramente unitária e passando a servir à coletividade como um todo, de modo que não há como negar uma socialização da autonomia da vontade - o que inclusive vem a confirmar o Código Civil.

Conseqüentemente, aumentaram-se as disposições acerca de cláusulas gerais, possibilitando ao aplicador o direito de valer-se de conteúdos metajurídicos limitativos da autonomia privada, tais como: boa-fé, equidade, função social do contrato, finalidade social, ordem pública, bons costumes, entre outros.

Assim, constata-se que nenhum direito possui caráter absoluto, como visto na liberdade contratual, mas sim poderá ser relativizado perante os demais princípios constitucionalmente existentes, ocasião em que se utilizarão os

critérios de normatização para solução dos conflitos, consoante examinado em 2.4 e seguintes.

2.3.3 DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE TRABALHO E SUAS RESTRIÇÕES

Atualmente há uma preocupação cujo fundamento maior é o próprio direito à vida.

O ser humano, para viver, precisa prover o próprio processo vital, sua subsistência. Para fazê-lo, depende de trabalho. Logo, o trabalho é um direito social⁵⁶. É o direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito ao trabalho está relacionado com a condição de vida humana e sua manutenção.

Desta forma, o trabalho é erigido à qualidade de direito, hábil a conceder a dignidade do sustento e subsistência pessoal e familiar. Não é qualquer trabalho, em qualquer condição, mas sim o trabalho estruturado em boas condições e retribuições ao trabalhador, assegurando principalmente condições dignas estabelecidas ao ser humano.

Segundo Alexandre de Almeida Cardoso⁵⁷, há questões concernentes ao princípio da liberdade de trabalho que se relacionam com certas qualidades ou atributos da pessoa que se confundem com o próprio direito da personalidade humana, mormente no que tange à decisão soberana do empregado de restringir sua liberdade. Assim, ocorre quando da escolha do empregador com o qual firmará contrato de trabalho, quando das pactuações efetivadas na formação, ou durante a vigência do contrato de trabalho e, ainda, quando da rescisão do pacto laboral.

⁵⁶ Art. 6º da Constituição Federal/88: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁵⁷ CARDOSO, Alexandre de Almeida, Dos Pactos de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho, Tese de Doutorado apresentada ao Departamento do Direito do Trabalho, Faculdade de Direito da USP, 2003, p. 36-40.

Assim, conceitua o autor que os direitos da personalidade, como aqueles inerentes ao próprio ser humano, acompanham-no em todas as suas relações, protegendo-o em sua individualidade, em seus mais íntimos valores e em suas projeções na sociedade. Resguardam o homem naquilo que lhe é próprio, vale dizer, a liberdade de ir e vir, a intimidade, a honra, a integridade física, dentre outros. Assim, no ambiente do trabalho não é diferente, uma vez que o trabalhador leva consigo todos os seus atributos, não somente os profissionais, senão aqueles inerentes à condição humana⁵⁸.

Entretanto, o ingresso desses direitos no comércio jurídico encontra fundamento nas necessidades decorrentes de sua própria condição, da posição do titular, do interesse negocial e tecnológico, de forma que certos direitos da personalidade acabam por ingressar na circulação jurídica, sem que com isso sejam afetados seus caracteres intrínsecos⁵⁹.

Certo é que o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, ao mencionar que a todos é assegurado o direito ao trabalho e a escolha livre de uma profissão, impõe também a observância aos requisitos exigidos pela Lei para que as pessoas tenham a necessária habilitação para o exercício de uma determinada atividade⁶⁰.

Desta forma, para que se possam exercer determinadas atividades, mister se faz preencher todos os requisitos estabelecidos nas normas regulamentadoras, sem que com isso haja violação dos princípios da liberdade do trabalho, como bem abordado por Amauri Mascaro Nascimento⁶¹:

⁵⁸ CARDOSO, Alexandre. Op. cit. p. 38-40.

⁵⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Atual, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 12.

⁶⁰ A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XIII, no Capítulo Dos Direitos Fundamentais, dispõe expressamente que: *“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 a propriedade, nos seguintes termos..... XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”*

⁶¹ *in* Direitos do Trabalho na Constituição de 1988. 2. ed. Ed. Saraiva, 1991, p. 32.

“As regulamentações profissionais em sua grande maioria são normas de exercício de atividade profissional. Aplicam-se com exigências legais para que alguém possa ter uma das profissões a que se referem. Há profissões, como a de jornalista, nas quais debate-se a oportunidade ou não da exigência de diploma para que alguém possa exercê-la como profissional. No jornalismo, a matéria-prima do profissional não é apenas a notícia, mas também a idéia e a opinião sobre as mais diversas áreas do conhecimento, o que não é privativo de jornalistas. Ao contrário, um técnico no assunto conhece melhor as questões de sua profissão. Portanto, a exigência de qualificações, a que se refere a norma constitucional, deve ser interpretada como uma condição para o exercício de uma profissão, exigível quando a lei previr e essa previsão legal não é inconstitucional. Não retira o direito, apenas o subordina a um pressuposto que o interessado deverá atender.”

Neste sentido, menciona Guillermo Cabanellas⁶² que a liberdade de trabalho está condicionada a algumas restrições com o sujeito da relação de trabalho, como no caso de mulheres e menores de idade, aos quais não é permitido o trabalho sob determinadas condições legais. Outras limitações legais relativas a certas formas de contratação podem ser lembradas, como ocorre para trabalhos em locais insalubres, bem como em função de quotas estabelecidas para determinadas coletividades, além da imposição legal de realizar certos trabalhos gratuitos durante certo tempo, em benefício do Estado.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho estipula restrições de trabalho a serem exercidas por determinados empregados, tal como trabalho noturno para menores de 18 anos.

Há preceitos, ainda, elencados na própria Constituição Federal

⁶² CABANELLAS, Guillermo. *Introducción al derecho laboral*, Buenos Aires. Bibliografía Omebe, 1960. v.1, p. 189-190 Apud CARDOSO Alexandre de Almeida, “Dos pactos de não-concorrência

que restringem a liberdade de trabalho, na medida em que impõe requisitos para o exercício do cargo ou função em atividade da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e condicionam seu ingresso e investidura à aprovação prévia em concurso público de provas, ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego⁶³.

Neste mesmo sentido, veda o inciso XVI, do artigo 37 da Constituição Federal, *“a acumulação remunerada, de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico”*⁶⁴..... XVII- *a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público”*.

O artigo 22 da Constituição Federal, por sua vez, dispõe que compete privativamente à União legislar sobre: “XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”.

nos contratos individuais do Trabalho”, Tese de Doutorado da USP, São Paulo, 2003.

⁶³ Art. 37 da CF/88: *“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também, ao seguinte: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II- a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”*.

⁶⁴ Art. 37, XI da CF: *“a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autarquia e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidas cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Produtadores e aos Defensores Públicos”*.

Conclui-se, deste modo, que nenhum direito é pleno, mesmo em se tratando de princípios fundamentais constitucionais, o que não quer dizer, com isso, que tais princípios podem ser totalmente anulados quando confrontados entre si, ante a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de princípios e normas antinomias.

Para evitar a colisão entre princípios, a ciência jurídica socorre-se de vários critérios de interpretação das normas, critérios estes que passarão a ser estudados nos itens abaixo.

2.4 DA EFICÁCIA HORIZONTAL DA NORMA - Oponibilidade dos princípios entre particulares

As normas que estabelecem direitos fundamentais têm efeitos objetivos e subjetivos, sendo que aqueles sempre contêm valores necessários à convivência social, representando um modelo de conduta, e os efeitos subjetivos são encontrados na medida em que o indivíduo, como titular do direito, tem a prerrogativa de exercê-lo, ou não.

Os efeitos objetivos dos direitos fundamentais relacionam-se entre o particular e o Estado e entre o particular com seu igual.

Ocorre que a relação dos direitos fundamentais sob o ponto de vista objetivo entre o Estado e o particular acontece de forma vertical, favorecendo os interesses estatais. Já na relação entre particulares, os efeitos devem, ou deveriam, ocorrer de forma horizontal, ou seja, representando a igualdade e a mesma medida de proporção e força.

A rigor, estes direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares, aí sua eficácia horizontal.

Portanto, quando se tratar de relação entre particulares, a eficácia dos princípios deve ser auto-aplicável às partes, sendo oponível entre elas, bem como deve haver uma situação de igualdade entre os sujeitos envolvidos na

relação, em que os princípios devem difundir a mesma eficácia a ambos, devendo produzir efeitos imediatos e ser invocados por quem lhes interessar.

Desta forma, em uma relação existente entre particulares, inclusive entre empregado e empregador, há a possibilidade de oponibilidade imediata dos direitos fundamentais, com o fito de garantir ou manter a referida igualdade entre as partes no exercício de seus direitos, de modo que, mesmo no exercício da autonomia da vontade privada, as partes simultaneamente opõem princípios que resguardam seus direitos.

Certo é que no caso de ocorrerem conflitos entre os princípios conflitantes, há que se aplicar a regra da proporcionalidade, realizando-se uma ponderação entre os princípios opostos, mas sempre sob o enfoque da unicidade constitucional e dos princípios republicanos, bem como do princípio maior que é a dignidade da pessoa humana.

Salientando-se que nenhum princípio é absoluto, mas todos são relativizados, contudo, face à eficácia horizontal, são todos oponíveis entre as partes em relações particulares.

De qualquer forma, a relativização dos princípios será melhor estuda no item a seguir:

2.5 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Será apresentada uma breve explanação quanto ao histórico, conceito e classificação dos princípios constitucionais, a fim de melhor compreender-se a equação para solução dos conflitos de normas.

Os princípios, que atualmente estão erigidos à categoria normativa, consistindo no fundamento da ordem jurídica, assim são analisados sob a ótica do direito no momento pós-positivo do sistema jurídico, posto que, até pouco tempo, os princípios não estavam erigidos a esta categoria.

Nosso atual sistema jurídico, até atingir seu momento pós-positivo, vivenciou momentos jusnaturalistas e positivistas, o que de uma certa forma sempre refletiu na importância e aplicação dos princípios, em especial seu histórico, conceito e normatização, como se verá a seguir.

2.5.1. HISTÓRICO

Inicialmente, no sistema jurídico jusnaturalista, os princípios eram analisados sob uma ótica “ético-valorativa”, sendo vistos como ideal de justiça, de forma que não eram analisados como preceitos normativos, não exercendo qualquer vinculação, não passando de meras exortações.

Segundo o sistema jusnaturalista, os princípios expressavam valores, situando-se de forma hierarquicamente superior às normas jurídicas, tendo por função adequá-las; no entanto, quando as normas contrariassem os princípios, deveriam ser tidas por inválidas.

Posteriormente, o sistema jurídico entrou em seu momento positivista, denominado de “fase juspositivista”. Nesta fase, os princípios passaram a integrar nossos códigos, entretanto, ainda não possuíam normatividade própria, constituindo-se como uma diretriz maior, estabelecendo idéias gerais.

Em razão de seu caráter programático, passaram a ter mero caráter supletivo, destinando-se à integração das lacunas. Todavia, como em sua natureza os princípios não se distinguem das leis, não poderiam mais, tal como no sistema jusnaturalista, exercer uma função adequadora, mas apenas integradora.

Já na fase “pós-positivista”, os princípios foram erigidos à categoria de normas jurídicas, passando, então, a impor obrigação legal.

A necessidade da normatização dos princípios derivou da evolução social e da decorrente complexidade na evolução do direito, que,

normatizando situações contemporâneas, passou a refletir contradições.

Isto porque a base da norma é o fenômeno jurídico decorrente de um fato subjacente e um valor, interligando-os, assim, de acordo com as alterações sociais vivenciadas encaminha-se à normatização jurídica.

É o que, inclusive, é extraído da eloqüente formulação da Teoria Tridimensional do Direito, na qual demonstrou Miguel Reale⁶⁵ que a norma jurídica é a síntese resultante de fatos ordenados segundo distintos valores.

Com efeito, leciona o referido autor que onde quer que haja um fenômeno jurídico, há sempre, necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.), um valor que confere determinada significação a esse fato, e, finalmente, uma norma que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor.

Assim, o direito positivo, notadamente através de nossa atual Constituição Federal, passou a regular a diversidade de situações sociais e individuais que surgiram com o desenvolvimento da humanidade, passou a editar regras que por vezes aparentemente se mostravam contraditórias ou excludentes entre si, traduzindo os antagonismos ideológicos.

Referidas regras, notadamente as constitucionais, possuíam a mesma hierarquia, de forma a ser impossível a solução de acordo com regras de validade de leis comuns, exigindo solução através da valoração dos bens envolvidos, surgindo a figura dos princípios, que possuem aspectos ideológicos mais acentuados.

Nesta esteira, os princípios jurídicos, com seus parâmetros interpretativos, precisaram adquirir vigência e eficácia através de sua

⁶⁵ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, 1968 e *Lições preliminares do direito*, 1973, especialmente p.85 e ss *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6. ed. Ed. Saraiva, p. 152.

normatização, passando a reger todo um sistema de comandos e a adquirir notável importância, na medida em que soluciona questões relacionadas a colisões entre direitos fundamentais.

Conclui-se, portanto, que os princípios no direito moderno estão normatizados e se prestam fundamentalmente a ditar regras de interpretação e solução de controvérsias encontradas em nosso sistema jurídico positivo.

Realizada esta análise sobre a evolução dos princípios, será abordado, agora, o conceito de princípios, assim como sua classificação e normatização.

2.5.2 CONCEITO

Em passagem que já se tornou clássica, escreveu Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁶.

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”

...

“Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...”

⁶⁶ *in* Elementos de direito administrativo, 1986, p. 230.

Afinado no mesmo diapasão, Geraldo Ataliba⁶⁷ leciona:

“Princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriedade perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos)”.

...

“Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências”.

Américo Plá Rodriguez conceitua princípios como linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para *“promover ou embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos.”*⁶⁸

Percebe-se, assim, a função importantíssima que exercem os princípios dentro do nosso ordenamento jurídico, posto que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas, de modo a harmonizar todo o sistema jurídico, exercendo excepcional fator aglutinante.

2.5.3 CLASSIFICAÇÃO

A doutrina aponta a importância dos princípios constitucionais, classificando-os em categorias, conforme se verá a seguir.

Luís Roberto Barroso⁶⁹, ao classificar os princípios, afirma que

⁶⁷ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1992, p. 6-7.

⁶⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio, São Paulo: Ed. Ltr, 1993, p.16.

⁶⁹ *in* *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. Ed. Saraiva, p. 151-156.

existem princípios constitucionais quanto ao conteúdo, ou seja, para as normas constitucionais de organização, como os que definem a forma de Estado, o regime e o sistema de governo.

Existem, ainda, segundo ele, os princípios constitucionais cuja finalidade precípua é estabelecer direitos, isto é, resguardar situações jurídicas individuais, como os que asseguram o acesso à Justiça, o devido processo legal, a irretroatividade das leis, etc.

Por igual, acrescenta o referido autor que existem princípios de caráter programático, que estabelecem certos valores a serem observados - livre iniciativa, função social da propriedade - ou fins a serem perseguidos, como a justiça social.

Estes princípios são classificados por José Afonso da Silva, respectivamente, como: “princípios político-constitucionais”⁷⁰, “princípios jurídico-constitucionais”⁷¹ e “princípios institucionais”⁷².

Luis Roberto Barroso conclui que os princípios se encaixam em um sistema normativo refletindo sobre outras normas constitucionais e nos escalões normativos infraconstitucionais, sendo certo, ainda, que nem todos os

⁷⁰ “Princípios políticos constitucionais – São os princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio que ‘traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras das Constituições’, segundo Canotilho; ou decisões políticas fundamentais sobre a particular forma de existência política da Nação, na concepção de Carl Schmitt, que constam dos arts. 1º a 5º, integrantes do Título I da CF, que discriminaremos no n. 4. infra.” *in* Comentário Contextual à Constituição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 28-29.

⁷¹ “Princípios jurídico-constitucionais – São princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos.” *in* op. cit. p. 29.

⁷² “Princípios institucionais (ou regionais) – São os que regem e modelam o sistema normativo das instituições constitucionais, como os princípios regedores da Administração Pública (art. 37), os princípios do processo legislativo (arts. 61 e ss), os princípios do Sistema Tributário (art. 150), os princípios orçamentários (arts. 65 e ss.), os da ordem econômica (art. 17), os do ensino (art. 206), os da comunicação (art.221), os da independência da Magistratura, os da organização e representações partidárias, o da proteção social dos trabalhadores, defluente de declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino e da cultura e os chamados “princípios-garantias” (o do *nullum crimen sine lege* e o da *nulla poena sine lege*, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório, entre outros, que figuram nos incisos XXXVIII-LX do art. 5º)”

princípios possuem o mesmo raio de atuação, havendo variações na amplitude de sua aplicação e mesmo na sua influência, dividindo o autor em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais, a saber:

a) São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado, correspondendo aos princípios constitucionais de organização. Neles se substancia a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático, etc. Esses princípios constitucionais fundamentais, exprimindo, a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, constituem núcleo imodificável do sistema, servindo como limite às mutações constitucionais. Sua superação exige um novo momento constituinte originário. Nada obstante, esses princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramento em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional⁷³.

b) Os princípios constitucionais gerais, por sua vez, embora não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado, especificam os princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. São princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica que contemplam, como desdobramento dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que se identificam como princípios definidores de direitos⁷⁴.

Os princípios gerais do Direito são:

*“(...) idéias fundamentais sobre a organização jurídica de uma comunidade, emanados da consciência social, que cumprem funções fundamentadoras, interpretativas e supletivas, a respeito de seu total ordenamento jurídico.”*⁷⁵

Celso Ribeiro Bastos enumera como princípios gerais de Direito

⁷³ *in* op. cit. p. 29.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 154-156.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto, op. cit. p. 154-156.

⁷⁵ FLÓREZ, Valdés, *apud* BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit. p. 145.

os da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, os quais são vistos por alguns autores como valores (justiça, liberdade, bem-estar geral e paz interior), porque atuam como metanormas.

Conclui o citado autor dizendo que os princípios gerais do direito:

“(...) são verdadeiros valores, sendo princípios, vale lembrar, porque se concebem como causa, gênese, origem.”⁷⁶

c) Já no que se refere aos princípios setoriais ou especiais, distribuem-se por diferentes títulos da Constituição; conclui Luís Roberto Barroso que eles irradiam sobre um número limitado de normas e, por vezes, são mero detalhamento dos princípios gerais.⁷⁷

Os princípios constitucionais têm deixado de ser princípios científicos ou dogmas para se converterem em direito positivo e, portanto, com plena e imediata eficácia normativa. São Súmulas que permitem melhor caracterizar a Constituição e compreendê-la.

Assim, pode-se concluir que os princípios do pleno emprego, da livre iniciativa, da liberdade, são princípios constitucionais que densificam o Estado Democrático de Direito, de modo que caberá ao intérprete do direito, ao se deparar com uma colisão de um ou mais princípios ou uma antinomia entre eles, buscar harmonizá-los da melhor forma possível, visando a preservar o princípio da unicidade constitucional, consoante item abaixo.

2.5.4 DA NORMATIZAÇÃO DAS NORMAS

2.5.4.1 DIFERENCIAÇÃO ENTRE CONFLITOS DE PRINCÍPIOS E NORMAS

Em relação à normatização dos princípios, observa-se que, não obstante a lição acima (item 2.5.1), em que se afirma que os princípios encontram-se positivados e integram as normas jurídicas, deve-se ressaltar que

⁷⁶ *in* Curso de Direito Constitucional, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 156.

os princípios não se confundem com as regras, apesar não parecer ser esta a lição de Canotilho⁷⁸ pois, ao contrário, as regras não comportam exceções, sendo que acaso determinada regra tenha relação com determinado fato, há sua inquestionável aplicação, que ocorre de modo completo, e em caso de conflitos de normas se partirá para o tudo ou nada, e uma delas será integralmente desprezada.⁷⁹

Já os princípios, de modo diverso, possuem uma dimensão de valores e, em havendo conflitos, considerar-se-á, caso a caso, o peso de cada um deles; contudo, tal questão será mais bem analisada quando do estudo do princípio da proporcionalidade, mais à frente.

Assim, não obstante o princípio ser uma norma jurídica, deve-se ressaltar que os princípios não se igualam às regras jurídicas. Ambos têm dois pontos em comum, quais sejam, integram a norma jurídica, constituindo-se espécies dela, entretanto, a regra é uma espécie o princípio é outra, a saber:

- a) Na concepção de Dworkin, uma vez existente sua hipótese de incidência, as regras são aplicáveis por completo automaticamente, sem exceções, na regra do tudo ou nada, e, caso não sejam aplicáveis, serão tidas como inválidas para o caso. Os princípios, ao contrário, não se aplicam de forma automática.
- b) Outra distinção realizada pelo mesmo autor paira no fato de que quando os princípios se entrecruzam, leva-se em conta o peso relativo de cada um, quando o mesmo ocorre com as regras, recorre-se à análise de sua validade, com respeito às regras de anterioridade, hierárquica e especialidade.

⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 156.

⁷⁸ “Contudo, a posição de Canotilho complica, porque, segundo ele, regras e princípios são duas espécies de normas, e a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas. Isso disse ele em sua obra *fundamento sobre o direito constitucional*,” (SILVA, José Antônio da Silva. *Princípios Fundamentais*, p. 27).

⁷⁹ *in* SILVA, José Antônio da Silva. Op. cit. p. 27.

- c) Alexy também efetua distinção nos seguintes parâmetros: os princípios são normas de otimização que podem ser cumpridas em diferentes graus, mas da melhor forma possível; ao contrário, as regras exigem cumprimento preciso de acordo com seus preceitos, exigindo ou o seu cumprimento integral na forma que disposto ou seu integral descumprimento.
- d) O mesmo autor faz outra distinção: no conflito das regras, inclui-se uma cláusula de exceção, na qual uma delas se exclui plenamente, resolve-se a questão no campo da validade. Já no conflito de princípios, não há sua invalidação, mas sim a análise de precedência do princípio, analisando-se seu nível de importância, resolvendo-se a questão quanto ao peso ou importância.
- e) Por fim, outra distinção conclui que as regras, mesmo sendo abstratas, possuem menor grau de abstração, tendo um conteúdo mais preciso, ao passo que os princípios têm maior grau de abstração e conteúdo mais aberto.

Deste modo, embora os princípios e as normas tenham a mesma estrutura lógica, os princípios têm maior pujança axiológica do que as normas, de forma que a interpretação destas somente será válida, aplicável ou terá eficácia se em consonância com os princípios constitucionais, verdadeiros alicerces de todo o ordenamento jurídico.

2.5.4.2 PRINCÍPIO DA UNICIDADE CONSTITUCIONAL

Tal distinção faz-se essencial na medida em que os princípios constitucionais não são convergentes, podendo um ser excludente de outro, principalmente quando exercidos de forma abusiva ou excessiva.

Ademais, mesmo quando inexistentes as figuras do excesso ou

abuso, haverá casos em que os princípios, por si só, poderão ser conflitantes entre si, surgindo situações de divergência, merecendo o respectivo conflito solução diversa aos conflitos de normas infraconstitucionais.

Neste sentido, Claus Wilhelm Canaris ressalta as características elementares dos princípios na formação de um sistema jurídico:

“Os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão de exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíproca, e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através dos sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.”⁸⁰

Assim, em ambos os casos, haverá a necessidade de desenvolvimento da exegese constitucional, ressaltando que nos casos de situação de abuso ou excesso, a interpretação ocorrerá para se constatar qual o limite ideal pretendido pelo constituinte, e, no caso de simples divergência entre os princípios, a interpretação se destinará a constatar qual finalidade unitária pretendida pelo constituinte.

Desta forma, surgem ao nosso dispor diversas regras de hermenêutica⁸¹ para solucionar a colisão entre os princípios constitucionais, salientando que a interpretação deve ocorrer de acordo com o momento sócio-político então vivenciado.

⁸⁰ *in* Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. A Menezes Cordeiro, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996, p. 88.

⁸¹ “A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam”. (RÃO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 542, v. 2, *apud* MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 9-10).

Alexandre de Moraes⁸², referindo-se a Canotilho, cita diversas regras interpretativas, a saber:

- Unidade Constitucional, ou seja, a interpretação deve ocorrer de acordo com a finalidade constitucional analisada como um todo unitário, isto é, sua finalidade precípua, de forma a não ocorrerem contradições entre suas partículas integrantes.
- Efeito Integrador, ou seja, no momento da interpretação dever-se-á favorecer a integração da unidade política e social.
- Maior Efetividade, ou seja, a interpretação deverá conceder maior ênfase à finalidade da norma, não ao seu conteúdo literário, mas sim ideológico, isto é, ao bem protegido.
- Conformidade Funcional, entende-se ser um deslinde da unidade constitucional, em que o intérprete, ao fazê-lo, deve observar o “esquema organizatório funcional”.
- Harmonização, em que no conflito entre bens jurídicos diversos não se pode sacrificar integralmente um deles, devendo-se harmonizá-los de forma a existir uma redução parcial e adequação entre ambos (características do princípio da proporcionalidade, que será abaixo estudado).
- Força Normativa Constitucional, na interpretação deverá ser mantida a conclusão que conceda maior eficácia e permanência à norma (conseqüência da regra da maior efetividade).

Por fim, conclui o mesmo autor⁸³:

⁸² Op. cit. p. 10-11.

“A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.”

Neste mesmo sentido, Luis Roberto Barroso⁸⁴, ao elencar sobre o princípio da unicidade Constitucional e sua normatização, leciona:

“É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais.”

O autor ainda adverte que a ordem jurídica não tolera a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas antinomias.

Sobre a questão, leciona Daniel Sarmento⁸⁵, que “os critérios tradicionais de resolução de antinomias não são suficientes para solucionar as situações de colisão entre princípios constitucionais.”

Para evitar que tal ocorra, a ciência jurídica socorre-se de vários critérios, entre os quais o hierárquico e o da especialização.

Entretanto, à exceção de eventual do critério da especialização,

⁸³ MORAES, Alexandre. Op. cit. p. 11.

⁸⁴ Op. cit. p. 196.

⁸⁵ in *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p.

esse instrumento não é capaz de solucionar conflitos que venham existir no âmbito de um documento único e superior como é a Constituição. Isto porque as normas constitucionais, como bem explicita Luiz Barroso, além serem frutos de uma vontade unitária, são geradas simultaneamente, de modo que jamais poderiam apresentar conflitos no momento de sua concretização. Assim, cabe aos operadores do direito, ao interpretarem a Constituição, buscarem a conciliação possível entre proposições aparentemente antagônicas, cuidando, todavia, de jamais anular integralmente uma em favor da outra.⁸⁶

O princípio da unicidade da Constituição tem sido objeto de amplo estudo alemão, como se observa no julgado de Klaus Stern:⁸⁷

“Uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna.”

Konrad Hesse⁸⁸ assinala que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. E acrescenta:

“Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais.”

193.

⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto, op. Cit. p. 198.

⁸⁷ *in* *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, p. 291. *apud* BARROSO, Luís Roberto, op. cit p. 197.

⁸⁸ HESSE, Konrad. La interpretación constitucional, in *Escritos de derecho constitucional*, p.48 *apud* BARROSO, Luis Roberto, op. cit. p. 197.

Neste diapasão, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao se deparar com a colisão entre princípios constitucionais, alude expressamente ao princípio da unidade da Lei Fundamental na solução do problema, consoante ementa abaixo transcrita:

“Sempre que os princípios constitucionais aparentam colidir, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e a de comunicação contrapõem-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem segue-se como consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos.”⁸⁹

Assim, pode-se concluir que os bens jurídicos constitucionalmente garantidos devem ser coordenados de modo que todos possam manter sua identidade. Por isso é preciso tomar cuidado na utilização dos critérios para ponderação dos valores; vale repetir que cabe ao intérprete, com base no princípio da unidade constitucional, “um esforço de otimização”, sendo necessário observar os limites de ambos os bens, de modo que cada um deles alcance sua efetividade.

Na busca dessa concordância prática, passa-se por um outro princípio, que será objeto de estudo pormenorizado no item a seguir.

2.5.4.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Estudando os fenômenos jurídicos e as possíveis soluções frente

⁸⁹ AC. 29.708-01, TJRJ, rel: Des. Sérgio Cavalieri Filho, DORJ 29/08/2002.

à colisão de princípios, há renomados autores que concedem diversos desfechos ao problema, os quais serão abaixo estudados.

Um dos principais e renomados autores que enfrentam o tema é Robert Alexy⁹⁰, que afirma que os princípios são mandamentos de otimização e, por conta disso, em caso de colisão deve-se analisar sua diferença estrutural e, assim, a “relação condicionada de precedência”.

Para melhor entendimento do tema, Robert Alexy, estudado através de Virgílio Afonso da Silva⁹¹, diferencia princípios de regras - como, aliás, realizado acima (item 2.5.4.1), afirmando, vale repetir, que a colisão entre regras ocasiona a invalidação de uma delas, o que não ocorre com os princípios.

Entretanto, o mesmo autor afirma que, em ocorrendo colisão entre princípios, mesmo não havendo declaração de invalidade, de acordo com o caso concreto, deve haver a limitação em sua realização de forma parcial ou total.⁹²

Mais adiante, afirma que em caso de colisão se analisará prevalência no caso concreto de um determinado princípio sobre outro em razão de sua precedência condicionada.

Inclusive, observam-se as conclusões de Wilson Steinmetz⁹³, ao estudar a doutrina de Robert Alexy acerca da “lei de colisão”:

“As colisões de princípios exigem um método de solução diferente. Não há introdução de cláusula de exceção em um nem declaração de invalidade de um dos princípios. Com base nas circunstâncias relevantes do caso – são elas que determinam o peso relativo de cada um dos princípios no caso -, um dos

⁹⁰ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, p. 77 *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*, p.32.

⁹¹ *in* *A constitucionalização do direito*, p.32.

⁹² ALEXY, Robert *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. *op. cit.* p.34.

⁹³ *in* *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. Ed. Malheiros, São Paulo, 2004, p. 206.

princípios precede o outro, ou, o que é dizer o mesmo, um princípio cede ante o outro.”

2.5.4.3.1 PRECEDÊNCIA *PRIMA FACIE*

O autor, entretanto, faz questão de afirmar que não se trata de uma regra de exceção, nem de hierarquia abstrata, tal como ocorre com as regras jurídicas, pois, se assim o fosse, seria possível afirmar que um princípio sempre precederá o outro e, então, sempre possuirá preferência sobre ele.

De forma contrária, aduz o autor que a precedência de um princípio sobre o outro e sua conseqüente preferência será analisada de acordo com o caso concreto, podendo ter soluções diversas de caso a caso, por isso incorreta a afirmação de se tratar de regra de exceção.

Entende-se, assim, o porquê do termo “precedência condicionada”: condicionada à análise do caso concreto.

Também Virgílio Afonso da Silva⁹⁴, estudando o autor, apresenta uma importante correlação, afirmando que, se a análise de precedência e preferência ocorre de acordo com o caso concreto, pode-se assegurar que, se a colisão entre o princípio 1, com o princípio 2, em uma certa situação fática, irá direcionar a um determinado resultado 3, com a análise de precedência condicionada, pode-se sempre afirmar que aquele mesmo fato jurídico sempre levará àquele mesmo resultado na análise de precedência entre os mesmos princípios.

Tal fato é denominado por Wilson Steinmetz⁹⁵ de “precedência *prima facie*”, contudo, sempre sopesando, ainda que os princípios sejam os mesmos, pois, em havendo diferença de fato, haverá diferença de resultado.

Somente para esclarecer, a precedência *prima facie* nada mais é

⁹⁴ ALEX, Robert. *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 35.

que uma solução precedente, estabelecida quando da análise de conflitos de dois princípios frente a um caso concreto, em que a decisão final corresponderá a uma precedência *prima facie*.

Tal precedência deverá ser aplicada quando se verificar novamente a mesma colisão, dos mesmos princípios, frente à mesma situação fática.

Todavia, a precedência *prima facie* em nada vinculará o novo caso concreto, justamente por não existir uma hierarquia entre os princípios; no entanto, em razão de já existir um precedente neste sentido, irá onerar o ônus daquele que pretende uma solução diversa.

Por fim, Wilson Steinmetz⁹⁶, novamente estudando Robert Alexy, afirma que a teoria dos princípios tem outro elemento fundamental, qual seja, a ponderação de bens, estruturada no princípio da proporcionalidade.

Nesta esteira, Ronald Dworkin também diferencia os princípios das regras. As regras são aplicáveis por completo automaticamente, sem exceções, na regra do tudo ou nada e, caso não seja aplicável, será tida como inválida para o caso. Os princípios, ao contrário, não se aplicam de forma automática.⁹⁷

Outra distinção realizada pelo mesmo autor paira no fato de que quando os princípios se entrecruzam, leva-se em conta o peso relativo de cada um.

2.5.4.4 SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Inobstante as importantes lições de Ronald Dworkin e Robert

⁹⁵ Op. cit. p. 214-215.

⁹⁶ *in* A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 207.

⁹⁷ STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 206.

Alexy, exteriorizadas através de ambos os autores supra citados, e às quais não se deixa de conceder o merecido reconhecimento e respeito, pondera-se que os autores por vezes reconhecem a possibilidade da limitação total na realização de um determinado princípio frente a outro, da precedência de um princípio sobre o outro, o que tem sido objeto de discussão entre os doutrinadores.

Conforme a lição de Norberto Bobbio⁹⁸, a antinomia jurídica resulta quando verificada a incompatibilidade entre duas normas em que uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento, sendo ambas as normas do mesmo ordenamento, com o mesmo grau de validade.

Todavia, consoante prudente advertência de Eros Roberto Grau⁹⁹, inspirado em Tércio Sampaio Ferraz Júnior, diz que o conflito alinhado entre princípios não conduz à necessidade de extirpação de um deles do sistema, pois a opção do aplicador do direito ou do intérprete por um princípio em detrimento do outro que a ele se opõe não implica desobediência do outro. Assim, esse tipo de conflito não resulta propriamente em antinomia.

Neste mesmo sentido, o Professor Willis Santiago Guerra Filho¹⁰⁰, para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, leciona que:

“(...) conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um “princípio dos princípios”, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma “solução de compromisso”, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo o(s) outro(s) e jamais lhe(s)

⁹⁸ *in* Teoria do ordenamento jurídico, 10.ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos, Brasília: UnB, *apud* CARDOSO, Alexandre de Almeida. *Dos pactos de não-concorrência nos contratos individuais do trabalho* - Tese de Doutorado na Faculdade de direito da USP/2003.

⁹⁹ *in* A ordem Econômica na Constituição de 1988. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 96-200.

¹⁰⁰ *in* Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito, *Direito Constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 1ª edição, 2ª tiragem, Editora Malheiros, 2003, p.269.

faltando totalmente com o respeito, isto é, ferindo-lhe(s) seu “núcleo essencial”, onde se acha esculpida a dignidade humana.”

O princípio da proporcionalidade, tal como é hoje, possui três subdivisões, a saber: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo princípio da adequação, deve-se analisar se a restrição aos direitos fundamentais em conflito viabiliza o alcance da finalidade perseguida, fim esse que pode ser atingido por diversos meios, entre os quais se haverá de optar o meio a ser escolhido. Em primeiro lugar, deverá ser adequado para atingir o resultado esperado, revelando conformidade e utilidade ao fim colimado, de modo que se houver a limitação a um princípio e não se alcançar o objetivo pretendido, esta restrição será em vão e, assim, violará o princípio da adequação.¹⁰¹

Em seguida, deve-se analisar se a restrição aos direitos fundamentais é realizada de forma menos intensa possível, ou seja, é o que se pode denominar de princípio do menos agressivo dos bens e valores constitucionalmente protegidos, que porventura colidem com aquele consagrado na norma interpretada, deve-se utilizar a limitação que for o menos intensa possível¹⁰².

Por fim, o princípio da proporcionalidade *stricto sensu* estabelece que quando o meio empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido de promoção de certos valores, com o mínimo de desrespeito de outros que a eles contraponham, observando-se, ainda que não haja violação do “mínimo”, em que todos devem ser respeitados, ou seja, a restrição imposta deve ter relação proporcional, razoável com o fim perseguido, isto é, a limitação deve ocorrer na exata medida do fim almejado, não podendo ser mais intensa que o necessário, devendo existir o “justo equilíbrio”¹⁰³.

¹⁰¹ Op. cit. p.270.

¹⁰² Op. cit. p.270.

¹⁰³ Op. cit. p.270.

Enfim, estas são as considerações a serem efetuadas acerca do princípio da proporcionalidade, em que, face o conflito entre princípios, poderá ser realizada a limitação entre eles, desde que observada a necessidade, adequação e proporcionalidade entre as limitações, tudo de acordo com o caso concreto. Salienta-se que, diversamente da teoria de Robert Alexy, o ideal não é a precedência de um princípio sobre o outro, ou a limitação total de um princípio, mas sim a compressão entre ambos os princípios colidentes, chegando-se a um denominador comum, mantendo-se a unidade constitucional, bem como do princípio maior que é o da dignidade da pessoa humana.

2.6 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nossa Constituição Federal erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito.

Antes da análise do aspecto constitucional, deve-se ponderar que a dignidade da pessoa humana não é um atributo criado por nossa ou por qualquer outra Constituição Federal; ao contrário, o homem, como fim em si mesmo, em razão de sua racionalidade, é um ser espiritual, sendo fonte de valores e consciência, de forma que possui valores intrínsecos que lhe dão a conotação de um ser especial.¹⁰⁴

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁵ apresenta a “conceituação (jurídica) da dignidade da pessoa humana, que, além de reunir a dupla perspectiva ontológica e instrumental referida, procura destacar tanto a sua necessária faceta intersubjetiva e, portanto, relacional quanto à sua dimensão simultaneamente negativa (defensiva) e positiva (prestacional)”.

“Assim sendo, temos a dignidade da pessoa humana, a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Princípios Fundamentais, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 37-38.

¹⁰⁵ *In Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na CF/88*. Ed. Livraria do Advogado,

*que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”*¹⁰⁶

A dignidade da pessoa humana, por englobar valores preconstituídos na sociedade, tais como usos e costumes provenientes de cultura dos povos, preexiste ao direito, de modo que se confunde com a própria existência humana, como bem diz Hannah Ahrendt¹⁰⁷.

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente, ressalvada uma ou outra exceção, sendo certo que somente a partir da Segunda Guerra Mundial a dignidade da pessoa humana passou a ser regulamentada expressamente nas Constituições, mormente após ter sido consagrada na Declaração Universal da ONU de 1948.¹⁰⁸

Aliás, parafraseando o conhecido e multicitado art.16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), “toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa humana não possui uma Constituição.”¹⁰⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana não é classificado como um simples princípio ou norma, mais, erigiu-se como núcleo essencial do direito fundamental (valor supremo), fundante do Estado Democrático de Direito, servindo de parâmetro unificador para hermenêutica e como base de toda

2006, p. 60.

¹⁰⁶ Op cit. p. 60.

¹⁰⁷ in *Condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2002, p. 15-16.

¹⁰⁸ Op. cit. p. 62.

¹⁰⁹ In M. L. Pavia. *La dignité de la personne*, p.105, apud SARLET, Ingo W. Op. cit. p. 78.

hierarquização normativa dos princípios.

Há de salientar, ainda, que o termo direito à dignidade da pessoa humana é amplo e abrangente, não se limitando à preservação dos direitos de primeira geração, mas, também, incluindo os direitos tidos como de segunda geração (sociais) e de terceira geração (relações internacionais), ainda que de modo e intensidade variáveis, uma vez que todos se relacionam direta ou indiretamente à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, como ser humano, ou seja, está diretamente relacionado com a própria personalidade do indivíduo.

Assim, a dignidade da pessoa humana não protege somente a vida, mas, igualmente, a existência digna, o que inclui a garantia de pleno emprego, educação, integração social, saúde, etc., de modo que não pode ser estudada somente sob os aspectos jurídicos mínimos, mas também sociais e culturais, entre outros.

A importância desta conclusão trazida ao direito do trabalho ocorre na medida em que, tratando-se de direito de segunda geração, devendo o trabalho ser analisado como valor social, também há que existir estabelecimento de metas mínimas, bem como há que se proteger os direitos sociais de todos, garantindo-se, inclusive, a igualdade econômica, sob pena de desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, não restam dúvidas de que todos os atos praticados pelo Estado encontram-se vinculados ao princípio da pessoa humana, impondo-se a este o dever de proteção, que se expressa tanto na obrigação de abster-se de ingerências que sejam contrárias à dignidade pessoal na esfera individual, quanto ao dever de proteger a dignidade pessoal de todos os indivíduos contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência.



Assim, a dignidade, como valor independente de qualquer previsão constitucional, sendo própria e intrínseca ao ser humano, fundamenta o Estado Democrático de Direito na medida a evitar atos discricionários e

arbitrários, impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público não somente venha a violar a dignidade pessoal intrínseca a todo ser humano, mas principalmente protegê-lo contra ato arbitrário praticado por terceiros.

CAPÍTULO III

A CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA E A LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Como já mencionado nos capítulos anteriores, o capitalismo buscou e busca o acúmulo de capital.

Tal fato gera uma evolução contínua na organização de produção, gerando o aumento da concorrência e a escassez de trabalho em razão da diminuição de necessidade de seres humanos nas linhas de produção, devido ao avanço das tecnologias de ponta.

Nascem novas funções, outras desaparecem, surgem novos paradigmas da relação de trabalho, com a possibilidade de uso de conhecimento adquirido pelo empregado durante a execução do contrato de trabalho.

Assim, ante a necessidade do empregador de proteger seu negócio após o rompimento do vínculo empregatício e, mais particularmente, na luta pela conquista e conservação da clientela, tornou-se imprescindível ao direito disciplinar a matéria.

Logo, a cláusula de não-concorrência foi recepcionada por diversas legislações estrangeiras, entre as quais: França, Itália, Portugal, Espanha, Alemanha e Bélgica. Contudo, cada qual com suas peculiaridades e requisitos específicos para sua aplicabilidade, conforme explanação a seguir.

3.1 FRANÇA

Na França, diversamente dos demais países que serão analisados, não há previsão legal acerca da cláusula de não-concorrência (*clause de non réembauchage*) durante ou após o término do contrato de trabalho; assim, a jurisprudência tem ditado os requisitos de validade de tal cláusula que, por vezes, é prevista em convenções coletivas e, por outras, em pactos individuais de

trabalho, fazendo, dessa maneira, a integração nas lacunas legais.

Assim, em contrapartida de uma indenização paga pelo empregador, ou não, ocorre a limitação da liberdade de trabalho do assalariado a partir da ruptura do contrato: proibição de se estabelecer por conta própria e ou de trabalhar por conta de uma outra empresa. A jurisprudência admite a validade de tais cláusulas, mas com certas limitações no tempo, no espaço e com relação à natureza da atividade do interessado.

Verdier, Coeurete e Souriac¹¹⁰, citados por Ari Possidonio Beltran, discorrem sobre a questão ante o ordenamento francês, dizendo cuidarem-se de cláusulas constantes do contrato de trabalho, por meio das quais o assalariado se compromete a não trabalhar para um ou para vários concorrentes, em região delimitada, durante certo período e em determinados setores, após a ruptura de seu contrato de trabalho (obrigação distinta daquela de não fazer concorrência ao empregador na vigência do contrato), em razão de conhecimentos técnicos, de segredos de fabricação ou de relações com a clientela.

No entanto, como não há disposição legal determinando a não-concorrência durante ou após o término do contrato de trabalho, e acaso não haja previsão em qualquer outro instrumento normativo, presume-se ser esta possível.

Contudo, em entendimento contrário e baseado na obrigação de “lealdade contratual”, o doutrinador francês Laurent Babin¹¹¹ aponta que inobstante a ausência de cláusula de não-concorrência na convenção coletiva ou no contrato de trabalho, o que não exigiria a abstenção do ex-empregado de trabalhar na empresa concorrente, não pode este fazer concorrência desleal após o término do contrato de trabalho, podendo ser responsabilizado por tal ato. Para tanto, note-se:

¹¹⁰ VERDIER, Jean Maurice; COEURET, Alain e SOURIAC, Marie- Armelle. *Droit du travail*. Paris: Dalloz, 1999, p. 490-493 apud BELTRAN, Dilemas do Trabalho e do Emprego na atualidade, p. 142.

¹¹¹ *in* *Les clauses de non concurrence em Village de Justice*. p. 2-4 apud OLIVEIRA, Oris de, op. cit. p. 80-81.

“(...) obrigação de lealdade inerente ao contrato de trabalho, restringe a possibilidade de um assalariado ou ex-assalariado de fazer concorrência a seu empregador ou ex-empregador, na ausência de qualquer cláusula de não-concorrência. (...) Seria incompreensível que um assalariado seja privado de passar a prestar serviço a um novo empregador concorrente do precedente, na falta de haver expressamente renunciado a esta possibilidade com a aceitação da cláusula de não-concorrência. (...) Em contrapartida, todavia, o assalariado não poderá abusar desta liberdade, cuja finalidade é de permitir-lhe trabalhar em um domínio em que é especialmente competente. Se pode concorrer com seu ex-empregador, é com a condição de fazê-lo sem deslealdade. Denegrindo produtos de seu ex-empregador ou causando confusão entre a antiga e a nova empresa, o assalariado cometeria um ato de concorrência desleal susceptível de envolvê-lo em responsabilidade com fundamento no art. 1.382 do Código civil.”

No mesmo sentido, tecendo breves comentários sobre a proibição de não concorrer com o empregador na vigência do contrato de trabalho, inobstante a ausência de “clause de non réembauchage”, Jacqueline Amiel Donat¹¹², louvando-se em decisões da Corte de Cassação, ressalta que:

“Mesmo na ausência da cláusula expressa, o assalariado está vinculado a uma obrigação de não-concorrência em relação a seu empregador até a expiração de seu contrato porque a falta “grave” constitui uma ofensa à obrigação de fidelidade e de correção que todo assalariado deve respeitar na vigência do contrato de trabalho e o desrespeito da obrigação pode propiciar sanção disciplinar e reparação pelos prejuízos causados.”

¹¹² AMIEL-DONAT, Jacqueline. *Les clauses de non-concurrence em droit du travail*. Paris: Litec,

De qualquer forma, mesmo não havendo previsão legal e inobstante os entendimentos doutrinários supra esboçados de que quando não pactuada a cláusula de não-concorrência, ainda assim, fica o empregado impedido de fazer a “concorrência” e o ex-empregado de fazer “concorrência desleal”, a cláusula de não-concorrência pode derivar de previsão inserida em convenção coletiva de trabalho que a institua, ou que delineie as formas para sua instituição através do contrato de trabalho, forma esta que deverá ser observada, ou pode derivar de estipulação direta no contrato de trabalho, quando não prevista forma específica através de convenção coletiva.¹¹³

A França é um exemplo de país em que a cláusula de não-concorrência deriva de norma coletiva, inexistindo disposições gerais sobre a matéria, de forma que esta ausência suscitou a construção jurisprudencial determinando quais suas condições de validade.

Por meio de convenção coletiva existe a possibilidade de diferenciar os efeitos em relação ao tipo de trabalhador; entretanto, não havendo estipulação convencional nesse sentido, a cláusula é válida.

No sistema francês, grande parte das convenções coletivas de trabalho prevê uma duração de dois anos para a cláusula de não-concorrência. Contudo, Tribunais entendem lícita a estipulação de períodos mais longos, desde que não seja por prazo indeterminado.¹¹⁴

Vatinet, citado na obra de Regiane Teresinha de Mello João¹¹⁵, comenta que os Tribunais franceses passaram a apreciar a validade da cláusula de não-concorrência a partir de dois requisitos básicos; para tanto, observe-se a citação da ilustre autora:

1988, p.157.

¹¹³ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello, op. cit. p. 83.

¹¹⁴ LYON-CAEN, Gerard; PÉLISSIER, Jean e SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. 9. ed. Paris: Dalloz, p. 220, *apud* JOÃO, Regiane Teresinha de Mello, op. cit. p. 84.

¹¹⁵ VATINET, Raymonde. *Les principes mis en oeuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non concurrence em droit du travail. Droit Social*. Paris: 1998, p.536 *apud* JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. op. cit. p. 84.

“A partir de 1992, os julgadores passaram a apreciar se uma cláusula de não-concorrência em litígio era necessária à proteção dos interesses legítimos da empresa, segundo dois parâmetros:

- a) a existência de risco de utilização em proveito de empresa concorrente de conhecimentos adquiridos em decorrência do trabalho para o ex-empregador;*
- b) que o trabalhador tenha tido estreito contato com a clientela, gerando o risco de desvio desta ao novo empregador.”*

Assim, a primeira condição de validade é de que esteja evidenciado o real interesse da empresa no pacto, isto é, que a atividade que se restringe possa de fato ensejar prejuízo ao empregador.

Desta forma, acaso o empregado não exerça qualquer atividade afeta ao desenvolvimento da atividade da empresa, não há que se falar em validade da cláusula de não-concorrência. É o que se verifica, inclusive, no estudo de Francisco Ferreira Jorge Neto¹¹⁶:

“A Corte de Cassação, em 14 de maio de 1992, determinou que o empregador não poderia valer-se da cláusula de não concorrência em caso de lavador de vidraças, pois sua função não era indispensável à proteção dos interesses da empresa. Apenas se a função do empregado fosse indispensável ao desenvolvimento da atividade da empresa.”

Beraud¹¹⁷ relata, em outras palavras, a mesma decisão da Corte de Cassação de 14 de maio de 1992, que considerou que o empregador não poderia se valer de tal cláusula inserida no contrato de trabalho, salvo se em razão das funções do empregado ela fosse, de fato, indispensável à proteção dos interesses legítimos da empresa:

“quen raison des fonctions du salarié, la clause de non

¹¹⁶ *in* Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho, p. 6

concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise".

Pondera o mesmo autor¹¹⁸ que se trata de importante mudança na orientação jurisprudencial, e arremata:

"Esse elemento deveria não apenas permitir determinar se uma cláusula pode ser imposta a tal ou qual assalariado tendo-se em conta suas funções e os interesses da empresa, mas também, saber se tal cláusula considerada a sua duração e a extensão geográfica é ou não válida."

Ademais, conforme entendimento esboçado por Regiane Teresinha de Mello João¹¹⁹, a previsão da cláusula de não-concorrência, para manter seu requisito de validade, não pode tolher ao empregado o direito de exercer a profissão para a qual se qualificou, pois, caso contrário, esta cláusula estaria apta a excluir o exercício de profissão, podendo, até mesmo, atingir o direito à dignidade do ser humano.

Segundo a mesma autora, a jurisprudência francesa estabelece que o pagamento de retribuição não é condição para a validade da cláusula, principalmente se tal pagamento não estiver expressamente estipulado em convenção coletiva de trabalho; entretanto, este entendimento é combatido pelos doutrinadores clássicos.¹²⁰

Salienta-se, contudo, que nos casos em que esta retribuição é paga, o que ocorre geralmente quando há previsão em norma coletiva, conforme explicitado alhures, os Tribunais franceses não têm concedido caráter indenizatório a estes valores, mas têm lhes atribuído nítido caráter salarial, o que, por certo, acaba por onerar o agente pagador.

¹¹⁷ BERAUD, Jean – Marc, op. cit. p. 76.

¹¹⁸ Op. cit. p. 76.

¹¹⁹ Op. cit. p. 84.

Ressalta-se, também, que, como dito anteriormente, a legislação francesa não prevê a cláusula de não-concorrência, podendo sua estipulação derivar de convenção coletiva ou de contrato individual. Contudo, haverá casos em que as convenções coletivas poderão prever, também, os casos em que, apesar de estipulada, não pode ser exigida a cláusula de não-concorrência, tal como na hipótese de fechamento da empresa.

Segundo Jean-Claude Javillier ^{121 122 123 124 125}, as cláusulas de não-concorrência são inseridas, freqüentemente, no contrato de trabalho (principalmente dos executivos).

3.2 ITÁLIA

A cláusula de não-concorrência no direito italiano foi marcada por quatro etapas, mencionadas a seguir.

Na primeira etapa, a cláusula de não-concorrência era analisada como uma avença sem valor, de uma imoralidade absoluta, de modo que não poderia a empresa exigir do empregado uma obrigação que lhe seria indisponível, ou seja, não poderia ser juridicamente exigível, por falta de ética, uma obrigação de não fazer (não trabalhar), ferindo a dignidade da pessoa humana, nitidamente quando há o requisito da necessidade.

Na segunda fase, defendeu-se a validade das cláusulas de não-concorrência, estudando-se a questão sob o ângulo social do tema, sustentando, o referido autor, a validade desta cláusula, desde que se defenda um interesse real da empresa, atribuindo-se limitação à cláusula de não-concorrência, a fim de não tornar impossível a recolocação em novo emprego e retribua-se monetariamente a limitação imposta ao empregado.

¹²⁰ Op. cit. p. 84

¹²¹ JAVILLER, Jean-Claude. *Droit du Travail*. Paris: L.G.D.J, 1996, p. 301.

¹²² TEYSSIÉ, Bernard. *Droit du travail*. Paris: LITEC, 1980, p. 193-195.

¹²³ LYON-CAEN, Gerard e PÉLISSER, Jean. Op. cit. p. 423.

¹²⁴ COUTURIER, Gérard. *Droi du Travail – Les relations individuelles de travail*. Paris: PUF, 1993, p. 317-319

¹²⁵ BELTRAN, Ari Possidonio. *Dilemas de Trabalho e do Emprego na Atualidade*. p. 142-143.

A terceira fase foi delineada pela edição do RDL, que acabou por abrandar as características da cláusula de não-concorrência, prevendo que o empregado não pode extravasar por concorrência desleal as informações da empresa. Contudo, não se previu a restrição da atividade profissional no concorrente, mas, ao contrário, proibiu-se ao empregador delimitar a atividade profissional do ex-empregado.

Esta disposição foi muito criticada por aqueles que defendiam a validade das cláusulas de não-concorrência e, por certo, foi aplaudida pelos que não a aceitavam, pois desvirtuou totalmente a essência de tal cláusula.

Por fim, a quarta fase surgiu com o código civil de 1942, sendo a atual disciplina da matéria.

No Direito Italiano, os “*patti di non concorrenza*” estão disciplinados pelo artigo 2105, que impede a concorrência enquanto vigente o contrato de trabalho, tratando mais precisamente do pacto de fidelidade, que, se não cumprido, enseja a aplicação de sanção disciplinar (artigo 2106), e pelo artigo 2125 do Código Civil, que disciplina o pacto de não-concorrência para depois de extinto o contrato de trabalho.

Segundo os dois artigos, o trabalhador não deve implementar atividade concorrente à do ex-empregador, divulgar informações atinentes à organização e aos métodos de produção da empresa, tampouco fazer uso de tais informações, de modo a poder causar-lhe prejuízo. Neste sentido, segue-se o texto:

Art. 2105 Obbligo di fedeltà

Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio.

Art. 2106 Sanzioni disciplinari

L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione (e in conformità delle norme corporative) (att. 97).

...

Art. 2125 Patto di non concorrenza

Il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto, è nullo se non risulta da atto scritto (2725), se non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo.

La durata del vincolo non può essere superiore a cinque anni, se si tratta di dirigenti, e a tre anni negli altri casi. Se è pattuita una durata maggiore, essa si riduce nella misura suindicata (2557, 2596; att. 198).

§ 5 Disposizioni finali

A normatização italiana delimita, também, as condições de validade do compromisso, que são:

- necessidade de forma escrita;
- estipulação de uma contraprestação;
- limitações relativas ao objeto, tempo e lugar;
- prazo máximo de cinco anos para dirigentes e três anos para os demais trabalhadores.

Pondera-se que, acaso não cumpridos estes requisitos, a cláusula de não-concorrência será considerada nula.

Extrai-se desta disposição que a lei não diferencia os tipos de empregados, não limitando a cláusula de não-concorrência a certos empregados

que tenham acesso a determinadas informações, mas a permite de modo genérico. Não há também delimitação às determinadas atividades da empresa, ao contrário do que é constatado no ordenamento jurídico francês.

O empregado terá uma compensação financeira pela limitação de seu trabalho após a extinção do contrato de trabalho.

Riva Sanseverino, comentando o artigo 2105 do Código Civil, destaca que há nele duas proibições:

- Não divulgar “notizie” da organização e métodos de produção, não podendo delas se valer a fim de prejudicar a empresa.
- Não praticar atos de concorrência com o empregador, seja por conta própria ou alheia.

Acerca destas proibições, tece ele os seguintes comentários:

“Em razão da segunda proibição o trabalhador deve abster-se de tratar de negócio (trattare affari) em concorrência com o empresário, não só por conta própria, mas também por conta de terceiro, ou seja, embora o trabalhador, cumpridas suas obrigações em relação a determinado empregador, possa dedicar-se a outra atividade, em forma autônoma ou em forma subordinada, tal atividade não deve concretizar-se em atos de desvio de clientela em detrimento da empresa de que é empregado; e este preceito se aplica principalmente a exercício de função de caráter intelectual, e especialmente ao chamado trabalho de direção, como confirma a expressão trattare affari usada pelo legislador. A propósito de tal proibição é preciso ter presente que, no círculo dos concorrentes em confronto com determinada empresa, aqueles que fazem parte do pessoal desta última, e em particular os empregados, e mais ainda, os dirigentes estão em condições de fazer uma concorrência mais intensa que se pode qualificar de diferenciada: é precisamente esta

*concorrência diferenciada que é realçada pelo legislador e por ele proibida.*¹²⁶

Giuseppe Pera¹²⁷ diz que tal pacto é de notória utilidade para o empregador, principalmente:

“Quando se trata de pessoal qualificado especializado, ou ainda do corpo diretivo em nível de inteirar-se, no curso da relação de trabalho, das características essenciais daquela determinada atividade.”

(...)

“Por conseguinte, de certa freqüência, como norma, estipulado de forma expressa no contrato de trabalho e com a finalidade de valer após a extinção do mesmo.”

Ao discorrer sobre a matéria, o mesmo autor pondera, em suma, que a validade está condicionada à presença dos requisitos já apontados (“durata”, “luogo”, “oggetto”, “compenso corrispettivo”), bem como, acrescenta, que será nulo se não decorrer de “atto scritto: ad substantiam”.¹²⁸

3.3 ESPANHA

Na legislação espanhola há a previsão expressa da cláusula de não-concorrência. Contudo, verifica-se que existem duas normatizações diversas, uma para os empregados de alto escalão, ou seja, para os empregados ligados às diretorias e chefias das empresas e outra normatização para os demais empregados, subdividindo-os em empregados com e sem conhecimento técnico.

¹²⁶ SANSEVERINO, Riva. Il lavoro nell'impresa, seconda edizione. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1973, p.350. O texto citado reproduz literalmente outro mais antigo: Le Claosele de Concorrenza nel Contrato di Lavoro Privado (Studi di Diritto Industriale) Roma: 1932, p. 350. O termo “impiegati” refere-se uma das categorias de prestadores de trabalho reconhecidos pelo Código Civil Italiano: art. 2095.

¹²⁷ PERA, Giuseppe. Diritto..., Compendio de Diritto del Lavoro. Torino:Giappichelli, 1995, p. 421-422, apud BELTRAN Dilemas do Trabalho e do Emprego na Atualidade, LTR, p.143-144.

¹²⁸ Op., cit. p. 14-145.

Serão analisadas primeiramente as disposições acerca da cláusula de não-concorrência para os empregados de direção da empresa. Entretanto, antes de tudo, é oportuna a definição de quem são estes empregados e, para tanto, desnecessário se faz o socorro da doutrina ou jurisprudência, haja vista que a legislação apresenta referido parâmetro através do Decreto 1.382/85 em seu artigo 12:

“Art. 12. Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejerciten poderes inherente a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupen aquella titularidad.”

Através deste texto de lei, pode-se concluir que os empregados de alta direção são aqueles que estão ligados diretamente à gestão da empresa, exercendo os típicos cargos de comando e diretoria. Tais funcionários têm normatização própria acerca da cláusula de não-concorrência, e esta normatização também é delineada através do Decreto n.º 1382/85, abaixo descrito.

“Decreto nº 1.382/85

Art. 8º Pacto de no concurrencia y permanencia en la empresa –

1. El trabajador de alta dirección no podrá celebrar otros contratos de trabajo con otras Empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario. La autorización del empresario se presume cuando la vinculación a otra Entidad fuese pública y no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato especial de trabajo.”

Pelo que se infere desta primeira parte do artigo 8º, ele disciplina a exclusividade durante a vigência do contrato de trabalho para os ocupantes de

cargos de alta gestão, analisando a obrigação como um dever de fidelidade ao empregador, justamente em razão dos cargos.

Salienta-se que, ao contrário do que tem se estudado acerca da matéria, neste dispositivo há uma inversão de obrigações, pois, na verdade, não se celebra o pacto de exclusividade ou não-concorrência, mas este existe automaticamente, sendo possível, via reversa, celebrar-se um pacto em que se autoriza o trabalho no concorrente durante a vigência do contrato de trabalho, podendo esta autorização derivar, ainda, de presunção.

Ressalta-se, também, que não há previsão de qualquer indenização em razão desta exclusividade estipulada legalmente, o que deve ocorrer em razão de esta fidelidade decorrer da própria natureza do cargo, que já está amparado, geralmente, por altas remunerações.

Há, também, o artigo 8º – 4 do Decreto n.º 1.382/85, que disciplina o pacto de permanência:

*“Art. 8º Pacto de no concurrencia y permanencia en la empresa –
2. Cuando el alto directivo haya recibido una especialización profesional con cargo a la Empresa durante un período de duración determinada, podrá pactarse que el empresario tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios si aquél abandona el trabajo antes del término fijado.”*

Esta segunda parte do artigo 8º não disciplina o pacto de não-concorrência, mas sim o pacto de permanência, que ocorre quando a empresa fornece especialização a seus empregados, prevendo, então, a possibilidade de indenização por danos caso estes abandonem o trabalho antes de determinado período ajustado.

Ao contrário da primeira parte do artigo 8º, este trecho do artigo determina que a obrigação de permanência decorre de ajuste realizado entre as partes, em que o empresário deverá ponderar os custos realizados e, assim,

ajustar com o empregado um período de vinculação ao trabalho, de modo a compensar o investimento, sendo certo que, se não cumprido o prazo, gerará direito a uma indenização em favor do empregador.

Destaca-se que a indenização deve ser proporcional às perdas e danos resultantes do descumprimento da obrigação de permanência, não sendo uma fonte de lucro, mas sim de compensação ao investimento realizado e ao retorno esperado.

Por fim, o artigo 8º – item 4, do Decreto n.º 1.382/85, assim disciplina:

*“Art. 8º Pacto de no concurrencia y permanencia en la empresa –
3. El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes:
a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.
b) Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada.”*

Esta terceira parte do artigo 8º determina o período máximo do pacto de não-concorrência após extinto o contrato de trabalho para o empregados de diretoria, bem como determina os requisitos de validade deste pacto, que são um efetivo interesse empresarial ou comercial no empregado e uma compensação econômica “adequada”, adequada à limitação de mercado gerada.

Este artigo está a determinar os parâmetros para a cláusula de não-concorrência após extinto o contrato de trabalho, ademais, ao contrário do exposto na primeira parte do artigo, entende-se que neste momento a cláusula de não-concorrência há que ser pactuada.

Por fim, para os demais trabalhadores, ou seja, para aqueles que

não estejam ligados à função de gestão da empresa, portanto, que não exerçam cargos diretivos, a disciplina do “*pacto de no concurrencia*” é encontrada no *Estatuto de Los Trabajadores*, em seu artigo 21 e parágrafos, como se segue:

“Art. 21 Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa

1. No pondrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.”

Neste mesmo parágrafo, verifica-se a normatização de duas situações distintas que podem ocorrer durante a vigência do contrato de trabalho: uma proibindo a “concorrência desleal” e outra proibindo a “concorrência” quando haja pacto de dedicação exclusiva.

Assim, a proibição de “concorrência desleal” é ínsita ao contrato de trabalho, sendo desnecessária qualquer pactuação neste sentido, uma vez que decorre de disposição expressa de lei.

Salienta-se, ademais, não haver qualquer previsão financeira acerca desta obrigação, pois está vinculada ao dever de lealdade pertinente a todo e qualquer contrato de trabalho, sendo que se crê ser fundamento para sua rescisão por culpa do empregado.

Já a proibição de concorrência durante o contrato de trabalho não está determinada por lei, mas sim, autorizada, desde que se pactue para tanto.

Na verdade, o pacto de não-concorrência durante o contrato de trabalho nada mais é que uma cláusula de dedicação exclusiva. No entanto, a estipulação de dedicação exclusiva para estes empregados deve vir acompanhada de compensação econômica, que, segundo a lei, deve ser expressamente ajustada.

Ressalta-se que a cláusula de não-concorrência na vigência do contrato de trabalho, para estes empregados, exige estipulação expressa, não derivando de imposição legal, ao contrário do que se constatou quando da análise dos empregados em cargo de direção, em que se presenciou uma nítida inversão.

Salienta-se, também, que, de modo diverso aos empregados de alta direção, os empregados comuns farão jus a uma indenização sempre que estipulada a cláusula de não-concorrência na vigência do contrato de trabalho.

“Art. 21 Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa

2. El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válida si concurren los requisitos siguientes:

- a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello y*
- b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.”*

Esta segunda parte do artigo da *Lei de Los Trabajadores* prevê e disciplina a cláusula de não-concorrência após extinto o contrato de trabalho. Neste texto, a lei faz diferenciação entre os trabalhadores de nível técnico, ou seja, os que possuem determinada formação para o exercício da profissão e os demais trabalhadores, isto é, os que não possuem respectiva formação.

A diferenciação realizada se dá justamente para estipulação do período máximo de ajuste do pacto de não-concorrência, não podendo ser superior a dois anos para os profissionais de nível técnico e a seis meses para os demais profissionais.

Há de se acreditar que esta diferenciação ocorre justamente em razão do maior ou menor acesso a eventuais informações privilegiadas que

constituem segredo de empresa, obtidas em razão do exercício da profissão, assim, exigindo maior ou menor período de vigência da cláusula de não-concorrência.

Este mesmo artigo disciplina, também, os requisitos de validade da cláusula de não-concorrência após extinto o contrato de trabalho, que, contudo, já foi objeto de comentários quando da análise dos cargos de gestão, por possuírem idêntica redação.

“Art. 21 Pacto de no concurrenceia y de permanencia en la empresa

3. En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica y otros derechos vinculados a la plena dedicación.”

Este parágrafo do artigo prevê a possibilidade de renúncia do empregado à cláusula de não-concorrência.

Acredita-se que esta possibilidade se refere à renúncia da cláusula de não-concorrência durante a vigência do contrato de trabalho, contudo, entende-se que esta disposição retira a essência protetiva da própria pactuação, deixando, por vezes, o empregador desprotegido de eventual má-fé de seus empregados, principalmente daqueles que de fato têm acesso a informações privilegiadas, pois, enquanto lhes convém, vige a cláusula e, quando não mais, podem renunciar a ela.

“Art. 21 Pacto de no concurrenceia y de permanencia en la empresa

4. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá

pactar entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.”

Este dispositivo, tal como se constatou no Decreto 1382/85, determina a obrigação de permanência quando o empregador houver possibilitado especialização profissional ao seu empregado.

As novidades em relação à determinação do Decreto é que esta disposição da *Lei do Los Trabajadores* exige a formalização, por escrito, do pacto de permanência e determina que o prazo máximo não poderá ultrapassar dois anos, quando no decreto possibilitava-se às partes o ajuste do prazo.

Quanto à cláusula de não-concorrência, Manoel Alonso Olea¹²⁹, doutrinador espanhol, diferencia com precisão seus aspectos, explicitando que o uso da experiência adquirida no exercício da profissão não gera a quebra ou violação do pacto firmado.

Assim, a doutrina na Espanha entende que a estipulação do pacto de não-concorrência não impede que o ex-empregado aplique toda sua experiência profissional em outra empresa, salientando que isto, por si só, não conduz a violação de segredo ou de pacto de não-concorrência, como se observa a seguir:

“Expirado o contrato de trabalho, há de se levar em conta, em primeiro lugar, que a utilização pelo trabalhador da experiência adquirida a serviço do empregador ‘na medida em que foi exigência justificada de sua profissão habitual’ (CLT, art. 72), não constitui violação de segredo nem, portanto, se infringe a

¹²⁹ OLEA, Manoel Alonso. *Derecho del Trabajo*. 3.ed. Madrid: Universidad de Madrid, p.153-154, apud OLIVEIRA, Oris de. *A exclusão da concorrência no contrato de emprego*. Ed. LTr, p.104-105.

proibição de concorrência. Excluída esta hipótese, a efetividade da proibição de concorrência se condiciona a: (...)”.

Ademais, Oris de Oliveira¹³⁰, estudando a doutrina de Manuel Alonso, pondera que o pacto de não-concorrência não pode impedir o exercício da profissão, considerada a capacidade técnica do empregado, ou seja, no mesmo ramo de sua atividade. Pondera, também, que a empresa pode desistir da exigibilidade do pacto realizado, mas o empregado, enquanto cumpri-lo, não pode renunciar à indenização.¹³¹ Conclusão esta diversa do demonstrado no texto legal.

Por fim, Regiane Teresinha de Mello João¹³² explicita que a legislação espanhola não restringe a determinados trabalhadores, ou a determinados ramos de atividades de empresas, a pactuação da cláusula de não-concorrência, bastando a demonstração do efetivo interesse industrial ou comercial do empregador, afirmando, ainda, que não há qualquer vinculação ao salário para o arbitramento da indenização adequada e tampouco há qualquer limitação geográfica para restrição do trabalho.

Contudo, quanto a esta última conclusão, faz-se alusão à análise da necessidade de não se impedir o exercício da profissão, o que se acredita ser um requisito de validade, haja vista as normas internacionais de proteção à dignidade do ser humano.

3.4 PORTUGAL

Em Portugal também é admitida a cláusula de não-concorrência, preenchidas as seguintes condições: pactuação por escrito, compensação financeira para o período de limitação, entre outras.

A não-concorrência é prevista tanto durante como após a vigência

¹³⁰ *in* A exclusão da concorrência no contrato de emprego, p.105.

¹³¹ Op. cit. p. 105.

¹³² Op. cit. p. 75-76.

do pacto laboral.

Anteriormente à normatização através do Código Civil Português, o pacto era disciplinado pelo artigo 20, do Dec.-Lei 49.408 de 24/11/1969, sendo que este analisava o pacto de não-concorrência durante o contrato de trabalho sob o aspecto da lealdade à entidade patronal, não se tratando de uma estipulação contratual entre as partes, mas sim de uma decorrência implícita da própria relação de trabalho, qual seja, o dever moral de lealdade do empregado ao seu empregador, de modo que não se previa nenhuma forma de compensação financeira para seu cumprimento, como pode ser verificado:

“1. O trabalhador deve:

(...)

d) guardar lealdade à entidade patronal, nomeadamente não negociar por conta própria ou alheia em concorrência com ela, nem divulgar informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios.”

O mesmo Decreto também acabava por reproduzir o maior princípio do direito do trabalho esculpido no ordenamento jurídico português, consagrando, mais uma vez, a liberdade de trabalho prevista em dois dispositivos inseridos na constituição portuguesa¹³³.

Salienta-se que, em razão desta previsão através do Decreto citado, bem como do princípio da liberdade de trabalho previsto como garantia constitucional, há autores que discutem profundamente a validade do pacto de não-concorrência.

A cláusula de não-concorrência após o término do contrato de trabalho, por sua vez, passou a ser prevista através do Código Civil Português,

¹³³ “Art. 47. 1. Todos têm direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvo restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade.”
“Art. 58. 1. Todos têm direito ao trabalho. 2. O dever de trabalhar é inseparável do direito ao trabalho, exceto para aqueles que sofram diminuição de capacidade por razões de idade, doença ou invalidez.”

nos seguintes termos:

“Art. 146º Pacto de não concorrência.

1- É lícita, porém, a cláusula pela qual se limite a actividade do trabalhador no período máximo de dois anos subsequentes à cessação do contrato de trabalho, se ocorrerem cumulativamente as seguintes condições:

a) constar tal cláusula, por forma escrita, do contrato de trabalho ou do acordo de cessação deste;

b) tratar-se de actividade cujo exercício possa efectivamente causar prejuízo ao empregador;

c) atribuir-se ao trabalhador uma compensação durante o período de limitação de sua actividade, que pode sofrer redução equitativa quando o empregador houver despendido somas avultadas com a sua formação profissional.

2- Em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em acto ilícito do empregador o montante referido na alínea c) do número anterior é elevado até ao equivalente à retribuição base devida no momento da cessação do contrato, sob pena de não poder ser invocada a cláusula de não concorrência.

3- São deduzidas no montante da compensação referida no número anterior as importâncias percebidas pelo trabalhador no exercício de qualquer actividade profissional iniciada após a cessação do contrato de trabalho até ao montante fixado nos termos da alínea c) do nº 2.

4- Tratando-se de trabalhador afecto ao exercício de actividades cuja natureza suponha especial relação de confiança ou com acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, a limitação a que se refere o nº 2 pode ser prolongada até três anos.”

Inobstante o direito constitucional de liberdade, Regiane

Teresinha de Mello João¹³⁴, citando a doutrina de Pedro Romano Martinez, explicita que:

“Essa restrição à liberdade de trabalho se justifica de modo especial em determinadas atividades, principalmente quando existe acentuada concorrência empresarial e grande necessidade de preparação técnica dos trabalhadores.”

Assim, são requisitos cumulativos para validade da cláusula de não-concorrência no direito pátrio português a pactuação de forma escrita, a potencialidade de a atividade do empregado causar prejuízos à entidade patronal, ou seja, previsibilidade de risco efetivo, e a estipulação de retribuição ao empregado na medida da limitação decorrente da cláusula de não-concorrência.

A legislação prevê prazo máximo da cláusula de não-concorrência após o término do contrato de trabalho de dois anos, podendo ser prorrogado para três anos em se tratando de empregados de cargo de confiança ou com acesso a informações importantes.

Enfatiza-se que em razão de o texto de lei exigir como requisito de validade que a cláusula conste do contrato de trabalho, surgiu certo debate jurídico acerca da possibilidade de inserção da cláusula na vigência do pacto laboral. Por fim, concluiu-se pela possibilidade de inserção durante o contrato¹³⁵, havendo, contudo, discussão sobre a inclusão quando da rescisão do contrato de trabalho¹³⁶.

¹³⁴ *in* Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho. Ed. Saraiva, p.76.

¹³⁵ “Perante tal exigência pode desde logo indagar-se da viabilidade de um tal tipo de negócio surgir entre a entidade patronal e o trabalhador após a celebração do contrato inicial. Pode mesmo sustentar-se que tal hipótese se ajustaria de modo plausível aos interesses de ambas as partes, dado que, nalguns casos, só o desenvolvimento das relações contratuais permite ajuizar sobre os aspectos a que o pacto de não-concorrência diz respeito. Mas a dúvida posta não tem – bem vistas as coisas – razão de ser. Por um lado é seguramente objetivo da lei impor – visto estarem em causa limitações à liberdade de trabalho, embora aceites pelo trabalhador. Por outro, nada obriga a que ponto seja exclusivamente objeto de estipulação inicial; no contrato de trabalho podem, naturalmente ser introduzidas modificações e cláusulas adicionais em qualquer momento da sua vigência – e o aspecto de não concorrência será, eventualmente, uma delas” (FERNANDES, Antônio Lemos Monteiro. *Direito do Trabalho. I – Introdução. Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, p. 530-531, *apud* OLIVEIRA, Oris., op. cit. p.108).

¹³⁶ JOÃO, Regina Teresinha de Mello, op. cit. p. 78.

Ressalta-se que, como bem constatou Regiane Teresinha de Mello João¹³⁷, no ordenamento português não há limitação em espaço territorial, apesar de a doutrina entender pela nulidade em razão da inexistência de interesse em interdição em área maior ou diversa da atuação da empresa ex-empregadora.

3.5 ALEMANHA

O pacto de não-concorrência foi expressamente previsto na legislação alemã, que descreve com detalhes as obrigações do empregado e do empregador, bem como os requisitos para validade do pacto, as hipóteses em que se exclui a indenização e os casos em que se exclui a obrigação de não fazer, ou seja, que se exclui o próprio pacto, prevendo diversas hipóteses fáticas que possam intervir na interdição realizada.

Primeiramente, destaca-se que as legislações que previram a cláusula de não-concorrência foram o HGB, ou seja, código comercial, aplicável às relações de comércio e o GewO, ou seja, código industrial, aplicável às relações de indústria. Contudo, ressalta-se que o ramo que delimitou a matéria de modo mais exaustivo, com diversas previsões, foi o código da área comercial.

Quem define o conceito do que seja o pacto de não-concorrência é o §113f do GewO (código industrial)¹³⁸, que assim disciplina:

“§ 133f

(1) Um acordo entre empresário e empregado designado no § 133c, pelo qual este (empregado) sofre restrição em sua atividade profissional após a extinção do contrato de trabalho só é

¹³⁷ Op.cit. p. 78.

¹³⁸ “GewO - § 133f (1) – Um acordo entre empresário e empregado designado no § 133c, pelo qual este (empregado) sofre restrição em sua atividade profissional após a extinção do contrato de trabalho só é vinculante na medida em que as restrições de tempo, de lugar e de objeto não ultrapassem limites que dificultem de modo não equitativo seu progresso profissional. (2) – O acordo é nulo quando o empregado, ao tempo da celebração do contrato, é menor.”

vinculante na medida em que as restrições de tempo, de lugar e de objeto não ultrapassem limites que dificultem de modo não eqüitativo seu progresso profissional.”

Ademais, o artigo 74 do HGB (código comercial)¹³⁹ determina que o acordo de limitação de exercício de atividade profissional após a rescisão do contrato deve obrigatoriamente ter a forma escrita, prevendo, especificamente, as limitações pactuadas e devendo ser entregue uma via ao empregado.

A legislação alemã, tanto no artigo 74a do HGB (código comercial)¹⁴⁰, quanto no § 133f do GewO (código industrial), proíbe a pactuação de não-concorrência com empregados menores de idade, talvez levando em

¹³⁹ “HGB § 74 (1) Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, die den Gehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt (Wettbewerbsverbot), bedarf der Schriftform und der Aushändigung einer vom Prinzipal unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Gehilfen. (2) Das Wettbewerbsverbot ist nur verbindlich, wenn sich der Prinzipal verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht. (Art. 74. – Toda convenção estipulada entre o empregador e seu comissário em razão de cujos termos o comissário se encontre limitado no exercício de suas atividades profissionais durante um tempo consecutivo à expiração de sua relação de serviço, necessita de uma forma escrita e requer a entrega de um instrumento assinado pelo empregador e contendo as condições estipuladas. (interdição de concorrência). Esta interdição de concorrência tem força obrigatória somente no caso em que o empregador se compromete a pagar, durante sua duração, uma indenização que, paga em cada ano da interdição, deve ser ao menos igual à metade do valor das prestações previstas pelo contrato e ultimamente recebidas pelo comissário).”

¹⁴⁰ “HGB § 74a. (1) Das Wettbewerbsverbot ist insoweit unverbindlich, als es nicht zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient. Es ist ferner unverbindlich, soweit es unter Berücksichtigung der gewährten Entschädigung nach Ort, Zeit oder Gegenstand eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Gehilfen enthält. Das Verbot kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden. (2) Das Verbot ist nichtig, wenn der Gehilfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist oder wenn sich der Prinzipal die Erfüllung auf Ehrenwort oder unter ähnlichen Versicherungen versprechen läßt. Nichtig ist auch die Vereinbarung, durch die ein Dritter an Stelle des Gehilfen die Verpflichtung übernimmt, daß sich der Gehilfe nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränken werde. (3) Unberührt bleiben die Vorschriften des § 138 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die gegen die guten Sitten verstoßen. (Art. 74a – A interdição de concorrência só terá força obrigatória na medida em que não apresentar um agravamento iníquo da faculdade do comissário ganhar seu pão, levando-se em conta o momento, o lugar ou o objeto da indenização acordada. A interdição não pode estender-se além de dois anos a contar do fim da relação de serviços. A interdição é nula no caso em que as prestações que cabem ao comissário anualmente e em conformidade com o contrato não sejam superiores a mil e quinhentos marcos. O mesmo acontece quando o comissário é menor ao tempo da celebração do contrato ou quando o empregador fizer prometer a execução sob palavra de honra ou de garantias análogas. Também será nula toda estipulação pela qual um terceiro responde pelo comissário comprometendo que este se limitara no exercício de suas atividades profissionais após o término da sua relação de serviço. O presente artigo não afeta as disposições do art. 138 do Código Civil alemão sobre a nulidade de atos contrários aos bons

consideração o impacto na vida de um jovem da estipulação de um impedimento de exercer perante outras empresas a profissão para a qual está se preparando, bem como, ponderando o grau de responsabilidade que há na pactuação de tal encargo.

Salienta-se que é nulo o compromisso em que terceiro responde pelo empregado, comprometendo-se que o empregado não fará a concorrência após o término do contrato.

O mesmo artigo 74 e os artigos 74b¹⁴¹ e 74c¹⁴² do HGB delineiam como requisito de validade e exigibilidade do pacto que haja um pagamento em contraprestação à limitação imposta, pagamento este a ser feito todo final de mês, estabelecendo a forma de cálculo do valor a ser pago e, ainda, a forma de cálculo

costumes.”

¹⁴¹ “HGB § 74b (1) Die nach § 74 Abs. 2 dem Handlungsgehilfen zu gewährende Entschädigung ist am Schluß jedes Monats zu zahlen. (2) Soweit die dem Gehilfen zustehenden vertragsmäßigen Leistungen in einer Provision oder in anderen wechselnden Bezügen bestehen, sind sie bei der Berechnung der Entschädigung nach dem Durchschnitt der letzten drei Jahre in Ansatz zu bringen. Hat die für die Bezüge bei der Beendigung des Dienstverhältnisses maßgebende Vertragsbestimmung noch nicht drei Jahre bestanden, so erfolgt der Ansatz nach dem Durchschnitt des Zeitraums, für den die Bestimmung in Kraft war. (3) Soweit Bezüge zum Ersatz besonderer Auslagen dienen sollen, die infolge der Dienstleistung entstehen, bleiben sie außer Ansatz. (Art. 74b – A indenização prevista pelo art. 74, alínea 2, em favor do comissário deve ser paga no fim de cada mês. Quando as prestações avençadas ao comissário pelo contrato consistem em uma comissão ou em outros emolumentos variáveis, o montante da indenização deve ser fixado de conformidade com as médias dos últimos três anos; quando a disposição contratual relativa a estes emolumentos data de menos de três anos no momento da expiração da relação de trabalho, o cálculo será feito conforme a média de lapso de tempo durante a qual a dita disposição era aplicável. Quando estes emolumentos devem cobrir despesas extraordinárias, ocasionadas pela prestação de serviços, eles não serão compreendidos no cálculo acima mencionado.)”

¹⁴² “HGB § 74c (1) Der Handlungsgehilfe muß sich auf die fällige Entschädigung anrechnen lassen, was er während des Zeitraums, für den die Entschädigung gezahlt wird, durch anderweite Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt, soweit die Entschädigung unter Hinzurechnung dieses Betrags den Betrag der zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen um mehr als ein Zehntel übersteigen würde. Ist der Gehilfe durch das Wettbewerbsverbot gezwungen worden, seinen Wohnsitz zu verlegen, so tritt an die Stelle des Betrags von einem Zehntel der Betrag von einem Viertel. Für die Dauer der Verbüßung einer Freiheitsstrafe kann der Gehilfe eine Entschädigung nicht verlangen. (2) Der Gehilfe ist verpflichtet, dem Prinzipal auf Erfordern über die Höhe seines Erwerbs Auskunft zu erteilen. (Art. 74c – O comissário é obrigado a aceitar que sua indenização cabível seja diminuída das somas que ganhou, durante o tempo para a qual foi indenizado, pelo seu trabalho contínuo ou das somas que ganharia se não tivesse agido de má-fé. Esta disposição vale na medida em que esta indenização, acrescida às somas mencionadas, ultrapassa um décimo do montante das prestações percebidas nos termos do contrato. Quando a interdição de concorrência obriga o comissário à transferência de domicílio, a fração de um décimo do montante é substituída por um quarto. O comissário não pode pretender nenhuma indenização durante o tempo em que cumprir pena privativa de liberdade. Se o empregador o pede, o comissário é obrigado a informar o montante de seus

quando o salário for variável, bem como estabelecendo sua nulidade caso o valor pago não alcance um valor mínimo estipulado legalmente.

Ademais, Otto Kaufmann, Francis Kessler e Peter Köhler¹⁴³ ressaltam que a indenização é devida mesmo quando o ex-empregado já não tenha condição de exercer qualquer concorrência.

Um outro requisito estipulado no artigo 74a do HGB é que a interdição de concorrência não seja um impeditivo para que o empregado “ganhe seu pão”.

Para a análise de validade da cláusula sob este aspecto, deverão ser observados os termos do pacto, principalmente o valor da indenização, se é proporcional aos efeitos da limitação imposta e o momento de exigência da não-concorrência, que demonstrará os principais impactos na vida do ex-empregado.

A legislação, no mesmo artigo, determina prazo máximo da cláusula de não-concorrência após o término do contrato de trabalho, que é de dois anos.

Já o artigo 75 do Código Comercial alemão (HGB)¹⁴⁴ determina

ganhos.)”

¹⁴³ KAUFMANN, Otto; KESSLER, Francis e KÖHLER, Peter A.. *Lê Droit Social en allemagne*. Paris, Lamy, 1991, p.89. *apud* BELTRAN, Ari Possidonio. *Dilemas de Trabalho e do Emprego na Atualidade*, p.144-145.

¹⁴⁴ HGB § 75 (1) *Löst der Gehilfe das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der /* §§ 70 und 71 */ wegen vertragswidrigen Verhaltens des Prinzipals auf, so wird das Wettbewerbsverbot unwirksam, wenn der Gehilfe vor Ablauf eines Monats nach der Kündigung schriftlich erklärt, daß er sich an die Vereinbarung nicht gebunden erachte. (2) In gleicher Weise wird das Wettbewerbsverbot unwirksam, wenn der Prinzipal das Dienstverhältnis kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß in der Person des Gehilfen vorliegt oder daß sich der Prinzipal bei der Kündigung bereit erklärt, während der Dauer der Beschränkung dem Gehilfen die vollen zuletzt von ihm bezogenen vertragsmäßigen Leistungen zu gewähren. Im letzteren Falle finden die Vorschriften des § 74b entsprechende Anwendung. (3) Löst der Prinzipal das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der /* §§ 70 und 72 */ wegen vertragswidrigen Verhaltens des Gehilfen auf, so hat der Gehilfe keinen Anspruch auf die Entschädigung. (Art. 75 – A interdição de concorrência torna-se nula quando o comissário rescinde seu contrato de trabalho em conformidade com as disposições dos arts. 70 e 71 em razão de uma violação do contrato pelo empregador, ou quando o comissário notifica por escrito e no mês que se segue à denúncia, que não se considera vinculado por esta estipulação. A interdição de concorrência torna-se inoperante, também, quando a relação de serviço é denunciada pelo empregador, a menos que exista um motivo grave contra o comissário, que na própria denúncia não se declara disposto a pagar ao*

que o pacto de não-concorrência não tem validade quando o empregado requer a rescisão do contrato de trabalho em razão de violação do contrato pelo empregador, ou quando há prévia notificação do empregado, entendendo-se desobrigado por esta pactuação.

Verifica-se que a primeira parte deste artigo se refere a uma figura análoga à rescisão indireta do contrato de trabalho, momento em que não é exigível o cumprimento da cláusula de não-concorrência.

Também se torna sem efeito o pacto de não-concorrência quando o empregador rescinde o contrato de trabalho por ato seu, ou seja, quando o empregador demite o empregado sem justa causa, não pode este exigir o cumprimento do pacto de não-concorrência.

Exceção a essa regra ocorre quando o empregado tenha dado causa por motivo grave à rescisão, violando o contrato de trabalho firmado, momento em que permanecerá o pacto de não-concorrência, devendo ser observado pelo empregado. Todavia, o empregador pode se recusar a pagar a indenização como estipulada nos moldes.

Além do mais, conforme previsto no artigo 75a do HGB¹⁴⁵, o empregador pode espontaneamente verificar que o pacto de não-concorrência não lhe é mais interessante, o que, por vezes, ocorre em razão da superação por outras empresas da tecnologia utilizada pelo empregador, que não tem mais interesse em protegê-la, e, assim, pode fazer a renúncia ao pacto mediante notificação escrita a ser realizada antes do término do contrato de trabalho.

comissário, durante a interdição, a plenitude de prestações que este recebeu ultimamente, de conformidade com o contrato. Neste último caso, as disposições do art. 74b se aplicam por analogia. O comissário não pode pretender nenhuma indenização quando o empregador denuncia o contrato em conformidade com os arts. 70 e 72, em razão de uma violação do contrato que este teria cometido.)

¹⁴⁵ "HGB § 75a. Der Prinzipal kann vor der Beendigung des Dienstverhältnisses durch schriftliche Erklärung auf das Wettbewerbsverbot mit der Wirkung verzichten, daß er mit dem Ablauf eines Jahres seit der Erklärung von der Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung frei wird. (Art. 75a – O empregador tem a faculdade de renunciar à interdição de concorrência por uma declaração escrita, notificada antes da expiração da relação de serviço. Esta terá por efeito liberá-lo de pagar

Frisa-se, ainda, que somente após um ano desta notificação é que o empregador estará liberado do pagamento da indenização.

Outrossim, no pacto de não-concorrência, conforme se infere do artigo 75c do HGB¹⁴⁶, pode-se estipular uma multa a ser paga pelo empregado acaso não o honre. Contudo, esta multa é passível de revisão nos casos de valores exorbitantes.

Hueck e Nipperdey¹⁴⁷ escrevem quanto ao dever de abstenção de concorrência:

“Não existe uma proibição laboral. Em princípio o trabalhador não está impedido para qualquer aproveitamento de sua força de trabalho após a extinção do respectivo contrato laboral. Mas pode convencionar-se uma proibição de concorrência, muito embora haja o perigo de, assim ocorrendo, ser muito afetada a liberdade de o trabalhador utilizar-se sua força de trabalho, razão pela qual são fixados limites a tais pactos, por meio de preceitos legais imperativos. Tais preceitos são diversos, conforme os distintos grupos de trabalhadores.”

Otto Kaufmann, analisando a questão perante as disposições germânicas, pondera que o pacto de não-concorrência não pode ser condicional e deve resultar de um interesse comercial efetivo, devendo haver um justificado e

a indenização um ano após a data da comunicação.)

¹⁴⁶ HGB § 75c (1) Hat der Handlungsgehilfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal Ansprüche nur nach Maßgabe der Vorschriften des § 340 des Bürgerlichen Gesetzbuchs geltend machen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt. (2) Ist die Verbindlichkeit der Vereinbarung nicht davon abhängig, daß sich der Prinzipal zur Zahlung einer Entschädigung an den Gehilfen verpflichtet, so kann der Prinzipal, wenn sich der Gehilfe einer Vertragsstrafe der in Absatz 1 bezeichneten Art unterworfen hat, nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. - (Art. 75c – Quando o comissário prometeu pagar uma multa em caso de inexecução de uma obrigação a que se comprometeu nos termos do contrato, seu empregador, por sua vez, só poderá prevalecer-se das disposições do art. 340 do Código Civil alemão. O presente artigo não afeta as disposições do Código Civil alemão sobre a redução de uma penalidade desmedidamente muito alta.)

¹⁴⁷ HUECK, Alfred e NIPPERDEY, H. C., op. cit. p. 122-123.

especificado risco de concorrência, não bastando um “mero receio” do empregador.

Enfim, são estas as diretrizes da cláusula de não-concorrência no direito alemão, que, conforme se verificou alhures, é disciplinado de modo completo, ao contrário do que ocorre na maioria dos demais países.

3.6 BÉLGICA

Na Bélgica, a cláusula de não-concorrência tem previsão nos artigos 65 e 86 da Lei belga de 3 de julho de 1978.

O parágrafo 1º do artigo 65 dispõe que a cláusula de não-concorrência consiste no impedimento do ex-empregado realizar trabalhos que venham a acarretar danos ao antigo empregador, o que ocorre quando os presta em empresa própria ou concorrente, mas utilizando-se dos conhecimentos particulares obtidos no ex-empregador¹⁴⁸.

O sistema belga é misto, pois prevê a possibilidade de cláusula de não-concorrência estipulada através de convenção coletiva para certas categorias.

Em outros casos prevê a total impossibilidade de pactuação de cláusula de não-concorrência, seja por meio coletivo ou individual, o que ocorre quando a faixa salarial do empregado é inferior a um limite previsto legalmente.

Ainda em outros casos prevê a possibilidade da fixação do pacto independentemente de pacto coletivo, tudo de acordo com a faixa anual de salário do empregado.

¹⁴⁸ “Art. 65, par. 1º Par le clause de non-concurrence, on entend celle par laquelle l’ouvrier s’interdit, lors de son départ de l’entreprise, d’exercer des activités similaires, soit en exploitant une entreprise personnelle, soit en s’engageant chez un employeur concurrent, ayant ainsi la possibilité de porter préjudice à l’entreprise qu’il a quittée en utilisant, pour lui-même ou au profit d’un concurrent, les connaissances particulières à l’entreprise qu’il a acquises dans celle-ci, en matière industrielle ou commerciale.”

Exceto as hipóteses contidas no parágrafo 2º, do artigo 86, que disciplina a matéria para as empresas que exercem atividade ou tenham interesses internacionais, são observadas as seguintes regras para a cláusula de não-concorrência:

- a) a cláusula da norma coletiva deve prever o local onde o empregado possa praticar a concorrência desleal ao empregador.
- b) impõe prazo mais exíguo, de no máximo doze meses, sem a possibilidade de variações.
- c) a limitação ocorre no exercício de atividades análogas às do ex-empregador.
- d) pagamento de indenização, que tem limite mínimo de “metade da remuneração bruta” do empregado.
- e) cláusula em forma escrita, mas sem validade se o contrato de trabalho expirar no período de prova.

Assim, constata-se que a legislação estrangeira, além de normatizar a cláusula de não-concorrência, impõe uma série de requisitos para sua validade, inclusive critérios para que não sejam violados quaisquer dos princípios fundamentais, preservando sempre a dignidade do empregado.

No Brasil, por inexistir previsão da cláusula de concorrência “pós-contratual” na legislação trabalhista, os operadores do direito socorrem-se da legislação estrangeira, diferentemente do que ocorre nos demais ramos do direito, uma vez que já há disposição expressa com relação à matéria, que se passará a examinar.

CAPÍTULO IV

DA CONCORRÊNCIA E DO PACTO DE NÃO-CONCORRÊNCIA *LATO SENSU*

Após essas normas programáticas da Constituição brasileira de 1988, surgiram diversas leis, cada qual voltada para um bem jurídico específico, conforme se verá a seguir.

4.1 DA NÃO-CONCORRÊNCIA NO DIREITO EMPRESARIAL

O direito comercial é o direito que trata das relações de comércio, a concorrência é ínsita e se manifesta como o propulsor da economia capitalista, de modo que não é ilícita e, se realizada de forma moderada e com boa-fé, não demanda sequer regramento legislativo.

Acerca do tema, Fran Martins¹⁴⁹ delinea com precisão as características da concorrência no direito comercial:

“O exercício de comércio por profissionais leva, naturalmente, à concorrência. Esta se manifesta de vários modos, seja na apresentação das mercadorias, seja no sistema de vendas, mediante preços módicos ou facilidades de pagamento. Contudo, a competição comercial deve ser leal e sincera, já que a boa-fé é uma das características mais destacadas das relações mercantis.”

Salienta-se, além disso, serem princípios constitucionais a “livre iniciativa” e a “livre concorrência”, pois são o cerne do desenvolvimento econômico e industrial.

No entanto, não é isto que acontece na prática, pois, por diversas vezes, há o exercício de concorrência respaldada em atos de má-fé, conforme também escreve Fran Martins¹⁵⁰:

¹⁴⁹ *in* Curso de Direito Comercial, 22. ed. Ed. Forense, 1998, p. 481.

¹⁵⁰ Op. cit. p. 481.

“No entanto, tal muitas vezes não acontece. Comerciantes e industriais inescrupulosos procuram, comumente, utilizar-se, de maneira ilegal, dos elementos que constituem a base do êxito dos seus competidores para auferir vantagens com o uso dos mesmos. A esse fato dá-se o nome de concorrência desleal...”

Surgiu, então, a necessidade de regulação e punição para estes atos ilícitos, que são denominados de “concorrência desleal”, tendo contornos de direito penal, com responsabilização criminal, e tendo contornos de direito empresarial, gerando a possibilidade de indenização por perdas e danos em razão da prática de ato ilícito, a típica responsabilidade aquiliana.

Salienta-se que para fins de direito comercial, possibilitando-se a fixação de uma indenização, os atos que tipificam a concorrência desleal são os que estão descritos no artigo 187 do código penal¹⁵¹.

¹⁵¹ “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo eu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

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;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que e refere o item anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude;

XIII - vende expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados às

Contudo, como o objeto deste estudo é o pacto de não-concorrência no direito do trabalho, vem à baila transcrever os incisos X e XII do artigo 195 da Lei 9.279/96, que trata do crime de concorrência desleal (diverso do pacto de não-concorrência) praticado pelo empregado, inclusive quando fornece certas informações após o término do contrato de trabalho.

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

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

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;

Verifica-se, ainda, que para defesa da concorrência foram criados três órgãos de defesa, cada qual com sua competência específica: a) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, vinculado ao Ministério da Justiça, encarregado de apreciar atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência entre os agentes econômicos, bem como decidir, em caráter administrativo, sobre a existência de violação à legislação concorrencial; b) Secretaria de Defesa do Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE, a quem compete instaurar e instruir o processo administrativo mediante averiguações de qualquer interessado; c) Secretaria Executiva de Acompanhamento Econômico – SEAE, uma vez informada, emite parecer sobre as matérias e suas especializações, que deverá ser juntado ao processo antes do encerramento de sua instrução¹⁵².

entidades governamentais como condição para aprovar comercialização de produtos.”

¹⁵² CARDOSO, Alexandre de Almeida. *Dos pactos de não-concorrência nos contratos individuais do Direito do trabalho*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho,

No entanto, destaca-se que esta abordagem recém realizada diz respeito à “concorrência desleal”, uma vez que a concorrência por si só é lícita no ramo empresarial e, por certo, tem aspectos diversos do pacto de não-concorrência para fins do direito do trabalho.

Além da concorrência desleal no direito comercial, é importante ser abordado o pacto de não-concorrência inserido nos contratos de venda e compra de estabelecimento comercial, previsto no artigo 1.147 do Código Civil vigente.

Assim, a cláusula de concorrência no direito empresarial é prevista no Código Civil atual, que dispõe sobre a regulamentação da atividade empresarial, estipulando a não-concorrência nas hipóteses de alienação do estabelecimento.

No entanto, para a abordagem da não-concorrência no aspecto comercial, é necessário que se defina o conceito de estabelecimento empresarial.

Para tal fim, não é necessário que se socorra à doutrina ou jurisprudência, haja vista que o próprio código civil define o que seja estabelecimento comercial:

“Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício de empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”

Logo, tem-se que o estabelecimento comercial não é um sujeito de direito, mas sim um objeto de direito, podendo, assim, ser alvo de transferência de titularidade de um sujeito para outro, havendo a possibilidade de ocorrer de diversas formas, dentre as quais a mais comum é a do “trespasse”, que nada mais é que um contrato de venda e compra de estabelecimento.

Neste momento surge a disposição acerca da não-concorrência, vedando o restabelecimento da atividade comercial pelo antigo proprietário, tendo como maior objetivo a preservação da clientela do estabelecimento objeto de trespasse, lembrando-se que a clientela é um dos elementos componentes do estabelecimento comercial, tendo, também, sido objeto do trespasse e, por certo, influenciado no valor pago pelo negócio.

Portanto, se o antigo proprietário se restabelecer através de outro estabelecimento empresarial, com a mesma atividade e na mesma região, possivelmente atingirá a mesma clientela e, dessa forma, causará um prejuízo ao comprador de seu estabelecimento, o que demonstra, antes de tudo, um ato de má-fé, já que retira aquilo que acabou de vender.

Assim, considerando que a compra de um estabelecimento comercial objetiva, acima de tudo, o lucro, e considerando que a clientela, como parte do estabelecimento comercial, influenciou nos termos do negócio e é um dos fatores para alcance do lucro almejado, tem-se que o alienante deve se comprometer a não abrir concorrência ao adquirente, evitando o desvio da clientela.

No entanto, a fim de não haver contradição aos princípios constitucionais que garantem a livre concorrência, esta obrigação de não concorrer deve ser limitada em tempo, espaço e ramo de atividade.

Desta forma, o Código Civil vigente através do artigo 1.147 impôs vedações ao restabelecimento da atividade empresarial, pelo ex-proprietário nos seguintes termos:

“Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subseqüentes à transferência.”

Ademais, o CADE (conselho administrativo de defesa econômica), que fiscaliza a garantia constitucional da livre concorrência, reconhece a validade das cláusulas de não-concorrência, desde que limitadas no tempo e no espaço.

Salienta-se que, conforme entendimento do CADE, a cláusula de não-concorrência quanto à restrição na delimitação espacial deve ser limitada ao território ao qual a empresa alienante tenha introduzido os produtos objeto da transação antes da operação.

Sérgio Pinto Martins¹⁵³ escreve o seguinte acerca do tema:

“No Direito Comercial são estabelecidas limitações para efeito do exercício da cláusula de não-concorrência. A primeira limitação diz respeito ao prazo. Não se pode estabelecer essa cláusula por prazo indeterminado, pois impediria o direito de livre concorrência, de livre iniciativa. Quanto à limitação territorial, esta deve ser feita num determinado espaço territorial, não sendo justificável que mesmo distante do local anterior, haja a observância da cláusula de não-concorrência. Quanto ao objeto, a limitação deve ser feita em relação à atividade igual ou semelhante a anterior e não a qualquer atividade.”

Além disso, como bem ponderou Sérgio Pinto Martins¹⁵⁴, existe a possibilidade de inserção de cláusula de não-concorrência para os sócios de determinada sociedade, prevendo-se no contrato social que estas pessoas não podem se associar a empresas com atividade no mesmo ramo comercial. Neste contexto, fica cristalina a diferença dos interesses da pessoa jurídica com os interesses dos sócios desta pessoa jurídica.

¹⁵³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Cláusula de não concorrência inserida no contrato de trabalho*. IOB 07/2001 – Caderno 2, p.128.

¹⁵⁴ “No contrato social é considerada lícita cláusula que estabeleça que os sócios não podem associar-se com empresa concorrente, por questão de boa-fé e dos costumes comerciais” (MARTINS, Sérgio Pinto. *Cláusula de não concorrência inserida no contrato de trabalho*. IOB 07/2001 – Caderno 2, p.128).

Enfim, são estas as previsões do direito empresarial acerca da não-concorrência, que é diversa da concorrência desleal, conforme supra estudado.

4.2 DA NÃO-CONCORRÊNCIA NO DIREITO PENAL

Para existir punição, é necessário que seja cometido um crime, que vem a ser, em sentido material, toda conduta humana lesiva ou potencialmente lesiva a determinado bem jurídico penalmente protegido.

Assim, a proteção do bem jurídico do direito de concorrência e, via reserva, a punição da concorrência desleal, ocorreu a partir 1934 através do artigo 39 do Decreto no 24.507, influenciado pela Convenção da União de Paris (1883), para proteção da Propriedade Industrial, já incorporando os aperfeiçoamentos estabelecidos pela Revisão de Haia de 1925.

Atualmente, conforme se conclui do sub-ítem anterior, a concorrência que é regulada pelo direito penal (concorrência desleal) possui vários núcleos de tipificação penal, sendo objeto de ação penal pública incondicionada.

Há, atualmente, previsão de atos de concorrência desleal na Lei 9.279/96, conforme analisado no item anterior. Também há previsão de crime de concorrência desleal na lei de propriedade industrial, como se observa abaixo:

“Comete crime de concorrência desleal quem 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.”

E, por fim, há tal previsão na lei de Antitruste - Lei 8.884/94.

O objeto jurídico da tipificação penal, ou seja, o bem que está a se proteger são os interesses individuais dos empresários prejudicados por atos ilegais de concorrência, que têm o direito constitucional da livre concorrência, e a sociedade que, também, é prejudicada pela criação de monopólio e dominação de mercado.

4.3 DA NÃO-CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Ao largo dos âmbitos empresarial (que reprime a conduta mediante arbitramento de indenização ao lesionado) e criminal (que pune a conduta com uma limitação de liberdade), há a previsão da infração da concorrência desleal através da lei de antitruste, que tipifica a infração à ordem econômica, sendo controlada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

A referida lei tipifica como infração à ordem econômica os atos que são hábeis a prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Acaso cometida tal infração administrativa, o infrator pode responder com uma multa de até 30% sobre o faturamento bruto do último exercício, sendo esta multa convertida à empresa prejudicada.

Salienta-se, também, que o agente responsável por este ato de concorrência desleal, geralmente o administrador ou diretor, também será responsabilizado monetariamente em percentual um pouco inferior ao acima previsto.

4.4 DA NÃO-CONCORRÊNCIA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

O artigo 4º da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor - é bastante revelador no que concerne a tutelar os interesses da coletividade consumidora diante do mercado concorrencial, na disputa pela

conquista do mercado entre os agentes econômicos. Leva em consideração para a tutela do consumidor, sobretudo, as suas necessidades, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, assim como a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida.

Preservar a liberdade de concorrência, tal como desenhada pela Constituição, significa proporcionar aos consumidores o direito de escolha entre os produtos e serviços colocados à sua disposição pelos agentes econômicos. Representa, também, a possibilidade de acesso a produtos de melhor qualidade e a preços mais acessíveis, como resultado do incremento tecnológico.¹⁵⁵

¹⁵⁵ CARDOSO, Alexandre de Almeida. *Dos Pactos de não-concorrência nos Contratos individuais de Trabalho* - Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho da USP, 2003, p. 217.

CAPÍTULO V

DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO

5.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Primeiramente, deve-se iniciar este estudo sob o aspecto de que a não-concorrência no direito do trabalho existe em dois momentos:

- um primeiro momento, em que se proíbe a concorrência enquanto ainda vigente o pacto laboral;
- um segundo momento, em que se coíbe a concorrência após a rescisão do pacto laboral.

No entanto, constata-se que a negativa de concorrência enquanto vigente o contrato de trabalho decorre não de ajuste entre as partes, prescindindo a figura do pacto anticoncorrencial, haja vista que a proibição decorre de imposição legal.

Desta forma, não há que se falar em pactuação de não-concorrência para a produção de efeitos enquanto ainda vigente o contrato de trabalho, por desnecessária ser, exceto se pretender o empregador estabelecer, desde logo, a inexistência de permissão tácita ou expressa.

Assim, a concorrência durante a vigência do contrato de trabalho é tipificada no artigo 482, c, da CLT, que prevê a proibição da figura da “*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*”.

Essa prática representa um ilícito contratual, haja vista que viola os deveres de lealdade, fidelidade e de boa-fé, implícitos em todo contrato de trabalho, conforme será analisado, ilícito que, contudo, somente se implementa em vigor o contrato, tanto que sua penalização é a rescisão deste. Nesta esteira, este ilícito contratual é punido através da rescisão do contrato de trabalho, motivada por ato de justa causa praticada pelo empregado.

Como bem suscitado pelo professor Egon Felix Gottschalk¹⁵⁶ “a cláusula de não-concorrência após a rescisão contratual tem sua origem no próprio contrato individual de trabalho, pois só o vínculo empregatício anterior justifica em virtude dos conhecimentos e segredos transmitidos ao empregado durante a prestação de seus serviços na organização empresarial”.

Assim, a cláusula de não-concorrência, objeto deste estudo, é aquela que, embora celebrada durante o contrato de trabalho, apresenta efeitos que somente repercutirão após a rescisão do mesmo.

Observa-se que no direito positivo brasileiro não há qualquer previsão normativa da cláusula de não-concorrência no direito do trabalho, a fim de que produza seus efeitos após extinto o contrato de trabalho.

Entretanto, a falta de normatização do instituto, por si só, não exclui a possibilidade de sua aplicação em nosso meio jurídico; ao contrário, esta será sempre possível, desde que ultrapassadas as barreiras acerca da definição da forma de sua aplicação e dos pressupostos de validade, estudadas sempre em face das normatizações legais e constitucionais existentes, sob pena de ser considerada abusiva (artigo 187 do código Civil).

Desta forma, faz-se necessário o suprimento desta omissão legal com o estudo de outros institutos jurídicos de nosso direito positivo, inclusive os existentes no Brasil nos demais ramos do direito, bem como através da

¹⁵⁶ *in* A cláusula de não-concorrência nos contratos individuais de Trabalho, Ed. LTr, p. 34-783.

importação dos estudos e conclusões efetuadas na doutrina e legislação estrangeiras, consoante expressa autorização do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, nos próximos capítulos deste estudo se prosseguirá examinando a não-concorrência e suas figuras análogas, bem como, os princípios que legitimam e limitam o estabelecimento do pacto de não-concorrência; e, ao final, serão estudados os próprios pressupostos e requisitos da não-concorrência no direito do trabalho.

CAPÍTULO VI

DA CONCORRÊNCIA; DO PACTO DE NÃO-CONCORRÊNCIA E OUTRAS FIGURAS ANÁLOGAS

6.1 DA CONCORRÊNCIA

Antes de iniciar-se o estudo a respeito da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho, bem como seus princípios, efeitos e pressupostos de validade, será examinado o conceito de concorrência e do pacto ou cláusula de não-concorrência e outras figuras análogas, a fim de que com elas não se confundam.

O termo concorrência conceitua os atos de competidores pela disputa de mercado, possuindo vários caracteres diversos de acordo com a disputa que se trava.

Os atos de concorrência podem ser classificados como concorrência pura, ou seja, o simples ato de apresentar um produto ou serviço similar que passa a integrar determinada faixa de mercado; ou concorrência imperfeita, que tem o efeito de monopolizar o mercado.

Acredita-se existir uma outra modalidade de concorrência, a chamada concorrência desleal, que, independentemente de seu efeito, é considerada ilícita pelo modo como é realizada, o que, contudo, será objeto de estudo a seguir.

José de Souza Almeida e Alberto Passos Guimarães¹⁵⁷ bem definem o que seja a concorrência:

“No mundo dos negócios e em economia política, o termo

¹⁵⁷ *in* Enciclopédia Mirador Internacional *ad verbum* “concorrência”. Enciclopédia Britânica do Brasil Publicações. São Paulo, 1977, v. 6. p. 2.714, *apud* OLIVEIRA, Oris de. *A exclusão de concorrência no contrato de emprego*, Ed. LTr, p. 15.

concorrência significa a ação desenvolvida entre competidores pela disputa de um mercado ou a simples venda de uma mercadoria. O modo por que se processa a concorrência e o próprio comportamento dos competidores depende das características do mercado em que atuam. As diferentes condições existentes nos mercados podem variar desde uma relativa liberdade de ação para os competidores até as mais rigorosas restrições à sua atuação. Em teoria econômica denominam-se as situações extremas, no primeiro caso, de 'livre concorrência', ou 'concorrência perfeita' ou 'concorrência pura', e, no segundo caso, de 'concorrência imperfeita e concorrência monopolística'."

6.2 DA CONCORRÊNCIA E OUTRAS FIGURAS ANÁLOGAS

6.2.1 DA NEGOCIAÇÃO HABITUAL

A negociação habitual constitui-se por uma situação fática em que os empregados de determinada empresa praticam outras atividades comerciais durante a vigência do contrato de trabalho, de modo a obter um *plus* salarial, salientando que estas atividades podem ser concorrentes com as de seu empregador, ou não, podendo ser meramente prejudiciais de alguma forma.

Assim, a negociação habitual para se caracterizar exige a prática contínua e repetitiva da prática destas atividades comerciais, ou seja, possui um caráter de permanência, o que já não ocorre com a concorrência desleal que poderá ser caracterizada com um único ato, ou seja, uma única falta pode configurar a justa causa, justamente porque o empregador perde a confiança no empregado.

A negociação habitual, por si só, não constitui ato de concorrência ou de concorrência desleal, pois pode ser caracterizada por atos de negociação que prejudiquem o empregador ou prejudiquem o serviço, sem, todavia, caracterizar a concorrência, uma vez que o preceito legal utiliza-se do termo "ou",

como observado a seguir:

“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.”

Neste mesmo sentido, segue posição de Ari Possidonio Beltran¹⁵⁸, que afirma:

“Em contrapartida, havendo prejuízo ao serviço por motivo da negociação, mesmo que esta não implique concorrência à empresa, a justa causa estará configurada.”

Ademais, a caracterização de negociação habitual prescinde de qualquer estipulação no contrato individual de trabalho, já que é prevista legalmente e deriva de uma situação fática, possível de ser lícita ou ilícita, conforme se verá adiante.

A negociação habitual, para não caracterizar uma infração contratual hábil a ensejar pena de justa causa do empregado, necessita de consentimento por parte do empregador, podendo tal anuência ser concedida de modo expresso ou tácito¹⁵⁹.

Entende-se que o consentimento tácito ocorrerá quando o

¹⁵⁸ BELTRAN, Ari Possidonio. *Dilemas do trabalho e do Emprego na Atualidade*, São Paulo: Ed. LTr, 2001, p. 134.

¹⁵⁹ “Descaracteriza-se a concorrência desleal ao obreiro atribuída se a prova, como na espécie, revela que a empresa não só tinha ciência de que ele praticava o comércio informal de mercadorias por ela vendidas, como também autoriza a guarda de tais mercadorias na loja, o que denota verdadeira tolerância com referido procedimento. Injustificada, pois, a dispensa levada a efeito pela empresa, cujo apelo não merece provimento” (TRT 2ª Região – RO n.º 2.930.362.612 – 7ª Turma, Rel. Juíza Anélia Li Chum)

empregado pratica os atos de negociação habitual durante determinado período, com a ciência do empregador, que nada opôs, presumindo-se, assim, sua aquiescência.

Contudo, acaso não haja este consentimento, seja de modo expresso ou tácito, a negociação habitual caracterizará ilícito contratual trabalhista, previsto em lei, e viabilizará a rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

Conclui-se, portanto, que o pacto de não-concorrência se trata de uma obrigação de não concorrer após extinto o contrato de trabalho, sendo objeto de expressa estipulação contratual.

De modo diverso, a negociação habitual trata-se da prática de qualquer ato comercial pelo empregado, ainda que não represente concorrência ao seu empregador, mas que seja prejudicial ao serviço, e sua proibição prescinde de pactuação, pois é prevista em lei, excepcionando-se quando houver anuência do empregador.

Define-se, também, que a proibição da negociação habitual dos empregados visa, além de evitar a concorrência enquanto vigente o pacto, a estabelecer a ordem no ambiente de trabalho, evitando prejuízo ao desenvolvimento do trabalho, ao passo que a cláusula de não-concorrência visa fundamentalmente evitar potencial prejuízo ao empregador, derivado da concorrência após a rescisão do contrato de trabalho.

O pacto de não-concorrência, acaso não cumprido, é hábil a gerar indenização por perdas e danos, (11.2), ao passo que a negociação habitual quando não anuída pelo empregador é capaz de gerar somente a rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

Por fim, destaca-se que o ato de negociação habitual pode abranger o ato de concorrência durante o contrato de trabalho, contudo, é diverso do ato de concorrência desleal, pois esta, além de exigir a concorrência, exige

que seja praticada de modo desleal, tratando-se de um ilícito extracontratual. Para tanto, vale conhecer o entendimento de Ari Possidônio Beltran¹⁶⁰:

“Importante não confundir tal justa causa com o crime de concorrência desleal, porquanto aquela configura violação de um dever contratual (ilícito contratual), enquanto este último constitui atividade ilícita, que lesa o direito de outrem, pelo modo por que é desenvolvida a atividade (ilícito extracontratual).”

6.2. 2 DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

A concorrência desleal caracteriza-se quando o empregado ou outra pessoa pratica deslealmente atos do comércio em concorrência com o empregador ou com qualquer outra empresa, causando-lhe prejuízos ou afetando seus interesses.

Segundo Sérgio Pinto Martins¹⁶¹, a concorrência desleal é configurada pelo fato de o empregado explorar o mesmo ramo de atividade do empregador.

Para a caracterização da concorrência desleal, não é necessária a prática de atos repetitivos de comércio, não se exigindo o caráter de permanência, bastando, ao contrário, a prática de um único ato concorrencial de modo desleal capaz de prejudicar os interesses comerciais do empregador.

Salienta-se que acaso haja consentimento do empregador para que o empregado pratique a mesma atividade comercial que ele, mesmo que haja potencialidade a causar prejuízos, descaracterizado está o ato de concorrência desleal, pois com a ciência e anuência do empregador, que deve ser expressa, não há a caracterização da deslealdade, sobejando somente a figura da concorrência lícita.

¹⁶⁰ Op. cit., p.134

Neste exato sentido, vale observar o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região¹⁶²:

“Descaracteriza-se a concorrência desleal ao obreiro atribuída se a prova, como na espécie, revela que a empresa não só tinha ciência de que ele praticava o comércio informal de mercadorias por ela vendidas, como também autorizava a guarda de tais mercadorias na loja, o que denota verdadeira tolerância com o referido procedimento. Injustificada, pois, a dispensa levada a efeito pela empresa, cujo apelo não merece provimento.”

Outrossim, deve-se ponderar que, acaso caracterizada a concorrência desleal, haverá a tipificação penal correspondente, já que o artigo 196, da Lei n.º 9.279/96 delinea diversas condutas tipificadoras da concorrência desleal:

“Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheias, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

¹⁶¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual da Justa Causa*, Jurídico Atlas, 2. ed. p. 78.

¹⁶² TRT 2ª, RO 2.930.362.612, Juíza Anélia Li Chum, Ac. 7ª T. 7.699/95.

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII – vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

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;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o item anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude;

XII - vende expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados às entidades governamentais como condição para aprovar comercialização de produtos.”

A concorrência desleal é disciplinada tanto no Código Penal, como também prevista no Código Comercial e regulada na Administração Pública.

Conclui-se, portanto, que a concorrência desleal se trata de uma situação fática em que *qualquer* pessoa pratique atos desonestos de competição pelo mercado comercial.

Caracteriza-se a concorrência desleal quando ocorrem atos tal como publicar afirmação falsa para obter vantagem em detrimento dos concorrentes, o que ocorre notadamente quando determinados fabricantes apresentam diversas e irreais vantagens que somente seu produto tem, desviando, por meio de ardil, a atenção da clientela. Outras situações acontecem quando difunde falsa informação sobre o concorrente, de modo hábil a prejudicar sua competitividade no mercado, quando imita produtos ou nomes utilizados pelo concorrente ou quando divulga ter recebido recompensa que jamais existiu, tal como afirmar que a empresa possuiu certificação ISO, suborna empregados do concorrente para obter vantagem, utiliza-se de segredo de indústria alheio.

Essa prática da concorrência desleal tem diversos aspectos, tal como o criminal - já que caracteriza crime, e o empresarial, e gera direito a indenização pelos prejudicados. Há, também, aspectos administrativos, pois gera a aplicação de multa e o embargo em determinados negócios comerciais.

Por fim, tem reflexos trabalhistas, pois se realizada pelo empregado durante a vigência do contrato de trabalho, é hábil a ensejar a pena de justa causa, apesar de, conforme anteriormente mencionado, ser ato diverso da negociação habitual.

Salienta-se que, acaso estas práticas tenham sido realizadas pelo empregado após encerrado o contrato de trabalho, não haverá reflexo trabalhista, mas somente criminal e de cunho indenizatório, o que acontece com qualquer classe de sujeito ativo.

Entende-se que a principal diferença entre a concorrência desleal e o pacto de não-concorrência paira no fato de que a primeira se caracteriza independentemente de qualquer cláusula que a estabeleça, tendo previsão criminal dos atos que a caracterizam e gerando a responsabilidade aquiliana, por se tratar de ato ilícito, bem como, se for praticada na vigência do contrato de trabalho, insere-se nas hipóteses de negociação habitual (apesar desta definição incluir outros fatos), sendo justa causa por infringir o dever de fidelidade.

Já o pacto de não-concorrência precisa ser estipulado contratualmente, isto porque ele abrange não só os atos ilícitos concorrenciais, mas, também, os atos lícitos de concorrência, estabelecendo parâmetros objetivos de limitação na atividade de trabalho, tendo seus efeitos projetados para após a rescisão do contrato de trabalho.

Ademais, o pacto de não-concorrência, por vedar contratualmente a prática de ato lícito de concorrência, como parâmetros objetivos de limitação, em caso de descumprimento gera responsabilidade contratual, e não responsabilidade aquiliana.

6.2.3 DA DIVULGAÇÃO DE SEGREDO DE EMPRESA

Outrossim, há uma outra figura diversa tanto da negociação habitual, quanto da concorrência desleal, que é a divulgação de segredo da empresa.

Ora, a divulgação de segredo da empresa é diversa da negociação habitual, pois esta se caracteriza pela prática de atos de negociação, e da concorrência desleal, pois esta exige prática de atos de concorrência, e, com um *plus*, que estes atos sejam desleais, ao passo que a violação de segredo da empresa não exige a prática de atos comerciais, mas apenas a prática do ato desleal de violar um segredo que lhe foi confiado.

Segundo Luiz Regis Prado¹⁶³, o segredo de empresa pode ser conceituado como:

“A noção de segredo, conforme foi já destacado, conjuga as diretrizes apontadas pelas teorias objetiva ou do interesse – que consideram secreto todo informe cuja revelação possa produzir dano para o seu titular – e subjetiva ou da vontade – segundo a qual cabe ao interessado conferir o caráter de sigiloso a determinado fato. A existência do segredo depende não apenas da vontade do interessado em manter o atributo sigiloso do fato – vontade esta expressa ou tácita –, mas também da qualidade ou do vulto do interesse em questão, bem como do teor da divulgação (teoria mista). Depreende-se daí que o segredo é todo informe que, conhecido apenas por seu titular ou por número restrito de pessoas, não deva ser revelado a outrem, salvo por disposição de lei ou vontade juridicamente relevante do interessado.”

Sérgio Pinto Martins afirma que para se caracterizar a violação de segredo da empresa, é suficiente a simples divulgação do fato sigiloso. Já na concorrência desleal exige-se o ato de comércio praticado pelo empregado em concorrência desleal com o empregador, o que pode ocorrer com o uso de um segredo de empresa.

Assim, o ato é composto da mera divulgação do segredo de empresa, e o outro é composto da prática de concorrência de forma desleal, sendo que a deslealdade pode ocorrer com o uso do segredo da empresa para implementá-la ou com qualquer outro ato ilícito.

A violação de segredo de empresa é uma atitude que representa um ilícito ao contrato de trabalho, que está alicerçado no nexo de lealdade entre empregado e empregador, portanto, uma vez rompido este nexo, surge o motivo

¹⁶³ *in* Curso de Direito Penal Brasileiro, São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 365-366.

ensejador da quebra contratual, haja vista a quebra de confiança.

Desta forma, a violação de segredo de empresa, prevista no artigo 482, alínea g, da CLT, é motivo hábil a ensejar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa cometida pelo empregado.

Neste sentido, o mestre Amauri Mascaro Nascimento¹⁶⁴ conceitua o que vem a ser a divulgação de segredo de empresa:

“É a divulgação não autorizada das patentes de invenção, métodos de execução, fórmulas, escrita comercial e, enfim, de todo fato, ato ou coisa que, de uso ou conhecimento exclusivo da empresa, não possa ou não deva ser tornado público, sob pena de causar prejuízo remoto, provável ou imediato à empresa.”

Contudo, salienta-se que o segredo tutelado legalmente contra a divulgação irregular é aquele cujo objeto é revestido de legalidade, pois as práticas comerciais da empresa que constituem abuso de direito ou fraude, mesmo que sejam considerados segredos de empresa, não são tutelados juridicamente contra divulgação por empregados que, se o fizerem, não poderão ser apenados com rescisão do contrato por justa causa.¹⁶⁵

Por fim, deve-se ponderar que a divulgação de segredo de empresa tem tutela jurídica tanto nos aspectos trabalhista quanto criminal, já que é considerado ilícito criminal o ato de:

*“Art. 154- 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:
Pena - ...”*

¹⁶⁴ *in* Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: Ed. LTr, p. 198.

¹⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho, op. cit. p. 1187.

No magistério de Luiz Régis Prado¹⁶⁶, esta tipificação criminal visa a tutelar:

“A liberdade individual, particularmente a esfera de segredos, que deve ser resguardada da indiscrição alheia. A proteção penal da inviolabilidade dos segredos é importante aspecto da liberdade individual.”

Assim, conclui-se que a divulgação de segredo de empresa é constituída como crime quando praticada por qualquer agente, quer seja empregado durante ou após a rescisão do contrato de trabalho, contudo, o ilícito trabalhista de divulgação de segredo de empresa somente pode ser punido enquanto vigente o contrato de trabalho, através da aplicação da pena de justa causa.

Nesta esteira, não se poderá falar em falta praticada pelo empregado, por violação de segredo da empresa, após extinto o contrato de trabalho.

No entanto, rescindido o contrato de trabalho, poderá ter o empregador interesse em que o empregado mantenha em sigilo os segredos da empresa ou informações adquiridas durante o contrato de trabalho, ocasião em que poderá inserir no contrato de trabalho, além da cláusula de confidencialidade, a fim de impedir a divulgação de seus segredos, a cláusula de não-concorrência, garantindo, assim, a total abstenção do empregado de realizar atividades concorrências, em decorrência destes conhecimentos, em proveito próprio ou de outrem, que causam prejuízos ao empregador.

Assim, conclui-se que o pacto de não-concorrência, além de impedir a divulgação de segredo de empresa após rescindido o contrato de trabalho, abrange um objeto maior, que é a total abstenção de realizar atividades concorrenciais por conta própria ou alheia.

¹⁶⁶ *in* Curso de Direito Penal Brasileiro, São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 362.

6.3 DO PACTO DE NÃO-CONCORRÊNCIA

A cláusula de não-concorrência, ou o pacto de não-concorrência, recebe diversas outras denominações, que às vezes se referem ao instituto da não-concorrência no direito do trabalho e, em outras, dizem respeito à não-concorrência nos demais ramos do direito, tendo todas elas definições semelhantes, sendo estas as diversas denominações encontradas na literatura¹⁶⁷:

- “cláusula de não restabelecimento”,
- “cláusula de não concorrência”
- “cláusula de não-concorrência em contrato social”,
- “cláusula de não-concorrência em contrato de trabalho”,
- “proibição de concorrência”,
- “pacto de não concorrência”,
- “pacto de não-restabelecimento”,
- “proibição negocial da concorrência”,
- “cláusula de interdição da concorrência”,
- “pacto de abstenção da concorrência”,
- “pacto de exclusão da concorrência”

Certo é que muitas dessas denominações dizem respeito às relações comerciais e não propriamente ao Direito do Trabalho.

6.3.1 CONCEITO

Cláusula de não-concorrência ou pacto de não-concorrência é uma limitação objetiva imposta ao ex-empregado de concorrer contra seu ex-empregador, proibindo-se o exercício em certa área territorial e por determinado período, das mesmas funções dantes realizadas, condição esta estabelecida no contrato individual de trabalho, isto de acordo com a lição de Cesarino Júnior¹⁶⁸,

¹⁶⁷ CAMPOS FILHO, José Machado de. *Cláusula de não-restabelecimento*. Enciclopédia Saraiva de São Paulo: Saraiva, 1978, p. 80.

¹⁶⁸ CESARINO JR., Antônio Ferreira e CARDONE, Marly. *Direito Social*. 2.ed. São Paulo: Ed. LTr, v. 1, p. 163.

que assim escreve:

“(...) é a condição do contrato individual de trabalho de não poder o empregado após sua rescisão, durante certo tempo e em certa região, exercer, para outra empresa, as mesmas funções nele contratadas.”

Há autores, como Orlando Gomes e Elson Gottschalk, que conceituam a cláusula de não-concorrência como obrigação que recebe uma contraprestação remuneratória e na qual o empregado se obriga a não praticar atos, por conta própria ou alheia, que impliquem o desvio de clientela do ex-empregador, estabelecendo-se, tal como na conceituação de Cesarino Júnior, limite temporal e espacial de aplicação da cláusula.

Observe-se a doutrina de Orlando Gomes¹⁶⁹, que aduz:

“(...) a obrigação em virtude da qual o empregado se compromete, mediante remuneração, a não praticar, por conta própria ou alheia, após a vigência do contrato de trabalho, dentro de limites de objeto, tempo e espaço, ação que implique desvio de clientela de seu empregador, sob pena de responder por perdas e danos.”

Sérgio Pinto Martins¹⁷⁰ apresenta conceituação similar à de Orlando Gomes, acrescentando, somente, que o pacto de não-concorrência é uma obrigação de natureza moral e de lealdade que cerca o contrato de trabalho, pactuando-se para após sua rescisão, como se constata a seguir:

“Obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o empregador. Trata-se de uma obrigação de natureza moral, de lealdade.”

¹⁶⁹ *in* Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 385.

No mesmo sentido Ari Possidonio Beltran¹⁷¹ afirma que:

“Pacto de não-concorrência implica a obrigação pela qual uma das partes contratantes se compromete a não praticar ação que induza desvio de clientela da outra.”

Oris de Oliveira¹⁷² conceitua como de não-concorrência o pacto em que o empregado se compromete a não praticar, após extinto o contrato de trabalho, por si ou por outrem, atos que desviem ou prejudiquem a clientela de seu ex-empregador, tendo, tal cláusula, validade dentro de certos limites:

- função potencialmente danosa;
- objeto;
- tempo; e
- espaço.

Contudo, há que se ponderar que o pacto de não-concorrência se destina a estabelecer limites objetivos acerca da limitação do ex-empregado. Porém, acaso não estipulada esta cláusula, não pode o empregado se valer das informações sigilosas obtidas para utilizar em outras empresas, pois seria responsabilizado através de outras imposições normativas.

“O fato de não se haver pactuado restrição à concorrência para depois da extinção do contrato de trabalho não significa, contudo, que esteja o empregado livre para, depois de deixar o emprego, praticar quaisquer atos ou exercer, sem nenhum constrangimento, qualquer trabalho, ofício ou profissão, valendo-se, inclusive, dos conhecimentos sigilosos auferidos de seu antigo empregador. Significa, apenas, ausência de limites especiais, adicionais e

¹⁷⁰ Repertório IOB de Jurisprudência - 1ª quinzena de Abril de 2001- Nº 7/2001- caderno 2- p. 128.

¹⁷¹ BELTRAN, Ari Possidonio. Revista LTr 66/04/419, v. 66, nº 4, abril de 2002.

¹⁷² *in* Exclusão de Concorrência no Contrato de Emprego, LTr, 2005, p. 168.

específicos ao trabalho, o que não elide a aplicação de outros limites previstos no Código Penal e na legislação sobre proteção industrial...”¹⁷³

Assim, acaso inexistente o pacto de não-concorrência:

*“O empregado não pode ser impedido de trabalhar, contudo, poderá ser responsabilizado civilmente pela violação de segredo do empregador. Da mesma forma, pensa Sérgio Pinto Martins, ao afirmar que o empregado pode ser processado por responsabilidade civil de divulgação de segredo do empregador, mas não pode ser impedido de trabalhar. Exceção ocorreria se o empregador pagasse, como compensação financeira, um valor ao empregado pelo não exercício de atividade concorrente”.*¹⁷⁴

Oris de Oliveira salienta, ainda, que há uma contraprestação nitidamente pecuniária a esta limitação imposta pelo pacto de não-concorrência e, se descumprida a obrigação por parte do empregado, responderá este por perdas e danos perante o ex-empregador.

Assim, é possível conceituar o pacto de não-concorrência ou a cláusula de não-concorrência como 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.

¹⁷³ MALLET, Estevão, op. cit. p. 1166.

¹⁷⁴ JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *in* Cláusula de não-concorrência no Contrato de Trabalho.

6.3.2 DISTINÇÃO ENTRE O PACTO DE NÃO-CONCORRÊNCIA E OUTRAS FIGURAS ANÁLOGAS

6.3.2.1 DEVER DE NÃO-CONCORRÊNCIA E CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA

O pacto de não-concorrência, como conceituado alhures, trata-se de uma obrigação de não concorrer decorrente de estipulação contratual, obrigação esta que projeta seus efeitos para após extinto o contrato de trabalho, e, quando firmado, abrange inclusive a concorrência lícita e saudável.

Como bem colocado pelo professor Ari Possidonio Beltran¹⁷⁵, há a cláusula de não-concorrência e o dever de não-concorrência, institutos que não se confundem entre si, a saber:

“O dever de não-concorrência, já examinado, pode levar ao entendimento de versar questão idêntica à chamada cláusula de não-concorrência ou pacto de não-concorrência. Tais hipóteses, todavia, não se confundem absolutamente. Deve ser ressaltado que, de certa forma, apresentam linhas divisórias muito próximas, mas, na realidade, ostentam grande diferença, porquanto a primeira delas se refere, desenganadamente, a dever ínsito ao contrato de trabalho e que opera na vigência deste, enquanto a segunda hipótese implica perquirir sobre a aplicação de cláusula contratual prevista para vigor após findo o contrato de trabalho.”

Porém, apesar da distinção existente entre os institutos, deve-se admitir a existência de linha tênue que os diferencie.

A primeira diferença apresentada consiste no fato de que o *dever de não-concorrência* decorre do próprio contrato de trabalho, sendo ínsito deste, em razão dos deveres de lealdade, fidelidade e boa-fé contratual, de modo que

¹⁷⁵ Op. cit. p. 420-421.

não precisa ser estipulado ou pactuado.

Já a cláusula ou o pacto de não-concorrência não é um dever decorrente do contrato de trabalho, não lhe sendo ínsito, mas que necessita, ao contrário, de estipulação expressa, passando a ser uma cláusula contratual.

Ademais, o dever de não-concorrência, como decorrente do princípio de lealdade, deve ser cumprido durante a vigência do contrato de trabalho, e, se descumprido, tem tipificação legal hábil a ensejar justa causa, ao passo que a cláusula de não-concorrência é estipulada para ser exigível após findo o pacto de trabalho.

Portanto, este ilícito contratual é punido através da rescisão do contrato de trabalho motivada por ato de justa causa do empregado.

Desta forma, o “pacto de não-concorrência”, no sentido exato do termo, apesar de estabelecido enquanto vigente o contrato, o é para produção de efeitos após operada a rescisão do pacto laboral, e nada tem a ver com o “dever de não-concorrência”, que se verifica quando ainda vigente o contrato de trabalho.

Assim, o “pacto de não-concorrência” que não encontra normatização em nosso ordenamento jurídico¹⁷⁶ é o que será o objeto de estudo deste capítulo.

6.3.2.2 DISTINÇÃO ENTRE “CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA” E “CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA”

¹⁷⁶ “A legislação brasileira mostra-se quase que completamente omissa, no particular. Cogitou apenas da justa causa constante na concorrência praticada pelo empregado durante a vigência do contrato de trabalho e na violação de segredo da empresa, nos termos do art. 482, alíneas c e g, da CLT. Subjacente às duas normas, especialmente à última, também se acha, não é difícil perceber, a preocupação com a indevida utilização, pelo empregado, de informações obtidas em decorrência do contrato de trabalho. Mas a previsão legal longe está de esgotar o problema. Ela supõe, na verdade, a vigência do contrato de trabalho, tanto que cria hipótese de rescisão motivada, em decorrência de justa causa praticada pelo empregado. Mas o uso indevido de informação e a concorrência ilegítima ocorrem, no mais das vezes, após a extinção do contrato, quando a cláusula limitativa da liberdade de trabalho do empregado adquire, então, maior importância e relevância prática.” (MALLET, Estevão. *in* Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho, Revista LTr, v. 69, p. 1159).

A cláusula de permanência decorre de uma contraprestação devida pelo empregado em razão de investimento que o empregador haja realizado em seu favor, seja em razão de profissionalização ou especialização arcadas pela empresa.

A contraprestação devida pelo empregado é consubstanciada no comprometimento de permanecer no emprego por certo período previamente estipulado entre as partes, período este que, certamente, será o necessário para possibilitar o retorno dos investimentos realizados pelo empregador.

Todavia, acaso o empregado entenda por bem não realizar a contraprestação através da viabilização do retorno por sua permanência no trabalho, poderá cumprir a obrigação de outra forma, qual seja, restituir ou indenizar o empregador por todos os custos despendidos na sua formação.

Este é o entendimento de Regiane Teresinha de Mello João¹⁷⁷ que, contudo, afirma que o trabalhador poderá “liberar-se” da obrigação através da indenização.

No entanto, como observado alhures, o pacto de não-concorrência não decorre de ato de profissionalização que a empresa tenha fornecido a seus empregados, como ocorre na cláusula de permanência, mas sim decorre da própria prestação de serviços e das informações privilegiadas que esta possibilitou, devendo, contudo, ser pactuado. Ademais, a obrigação é diversa, ou seja, não sendo a de permanecer no emprego, mas sim a de não praticar atos concorrenciais que prejudiquem o empregador após extinto o contrato.

Salienta-se, também, que o pacto de permanência, tal como o dever de não-concorrência, deve ser cumprido durante a prestação de serviços e, como já exposto, o “pacto de não-concorrência” é exigível no período subsequente à rescisão do contrato de trabalho, inobstante tenha sido objeto de pactuação enquanto ainda vigente o referido contrato.

¹⁷⁷ *in* Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho, 2003, Editora Saraiva, p. 50.

CAPÍTULO VII

DO CABIMENTO DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO E SEUS PRINCÍPIOS PROTETIVOS

7.1 DO CABIMENTO DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA

O estudo do cabimento da cláusula de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho e seus princípios protetivos tornam-se relevantes na medida em que parte da doutrina considera sua aplicação inconstitucional, por impedir ou limitar a liberdade de trabalho e a busca do pleno emprego, assegurados nos artigos 5º, inciso XIII e 170, inciso VIII, ambos da Constituição Federal.

Verifica-se que, desde os primórdios dos tempos até os dias atuais, a liberdade ao trabalho sempre sofreu limitações, através de imposição de normas, visando proteger os interesses econômicos, de modo que o conflito entre *o valor do trabalho versus o valor patrimonial* sempre existiu.

Atualmente, a globalização facilitou enormemente as transações comerciais, inclusive internacionais, tornando as empresas cada vez mais vulneráveis. Isto porque com avanço da tecnologia a competitividade do mercado se torna cada mais acirrada.

Certo que, com a incessante modernização, o elevado grau de exigência dos consumidores, entre outros fatores, foram atribuídos aos bens imateriais importância mercadológica e econômica superiores aos bens corpóreos da empresa. Assim, *know-how* é a “estrela” do patrimônio de uma empresa.

O “*Know-how*” compõe-se de regra, de tudo que é a alma de certos negócios ou o verdadeiro segredo da atividade empresarial.

Desta forma, em todas as fases da atividade empresarial desenvolvem-se métodos e técnicas próprias que tendem a constituir os elementos básicos para obter uma posição privilegiada na competição do mercado.

Ademais, o uso de tais tecnologias autoriza a maior integração do empregado na organização da empresa, possibilitando, dependendo da posição hierárquica que ocupa e de sua especialidade, o acesso às informações confidenciais e aos segredos da empresa.

Em face desta situação, surge o legítimo interesse das empresas em estipularem a cláusula de não-concorrência para produzirem efeitos após extinto o contrato de trabalho, a fim de impedir que o empregado pratique atos abusivos, em virtude da posição e conhecimentos obtidos na empresa, causando-lhe prejuízo.

É dever primordial do empregado de conservar o segredo que interessa à empresa, mesmo que isto represente limitação à liberdade de trabalho. Afinal, toda a comunidade de trabalho, incluindo empregados, deve fidelidade e lealdade dos interesses da empresa, requisitos estes, que como se verá no próximo Capítulo, referente à boa-fé dos contratos, produzem efeitos mesmo após rescindido o pacto laboral.

Assim, de um lado há o direito do patrão de salvaguardar os segredos da empresa, métodos de fabricação, relação de clientela, *know-how*, etc, e de outro há o princípio da liberdade de trabalho.

Certo é que, uma vez identificada a colisão do princípio da liberdade de trabalho com outros princípios que consubstanciem valores divergentes, porém, igualmente reconhecidos pelo comando, mister se faz que se busquem os critérios de interpretação das normas, diante o caso em concreto.

Conforme já explanado no Capítulo II, trata-se aqui de aplicar a teoria pós-positivista dos princípios (2.5.1), sobretudo no que tange à

característica da dimensão do peso ou importância que lhe é própria, conforme discorre Ronald Dworkin. Deste modo, diante do encontro de vários princípios em uma mesma situação concreta, a solução tomará em consideração o peso ou importância de cada princípio em colisão, com vistas a uma solução ponderada que sopesse os interesses em conflito e não se fundamente na completa prevalência de um princípio, com total anulação do outro¹⁷⁸. É o chamado princípio da proporcionalidade. (2.5.4.3).

Para Oris de Oliveira, “trata-se, na verdade, de conciliar concretamente todas as liberdades (de trabalho, de exercício de profissão, de iniciativa) dentro dos parâmetros em que se resguardem a concorrência tutelada pela mesma Constituição”.

Desta forma, entende-se que eventuais antinomias entre os princípios devem ser analisadas partindo do princípio da unicidade constitucional (2.5.4.2), de modo que seus preceitos não devem ser interpretados isoladamente em caráter absoluto, mas somente na medida necessária para a harmonização das aparentes incoerências e contradições existentes.

Conforme se viu no Capítulo II, nenhum princípio, ainda que Constitucional (liberdade contratual, livre iniciativa, liberdade de trabalho, livre concorrência), é absoluto, mas relativo, assim, as contenções à liberdade plena de trabalho justificam-se, também, em nome da preservação da unidade constitucional, merecendo ser relativizado sempre que se coloque diante de outros princípios que sejam igualmente tutelados pelo Corpo Constitucional¹⁷⁹, conforme já explanado no item (2.3.3).

Assim, o princípio da liberdade de trabalho seria ofendido somente se fosse estipulada a proibição de qualquer atividade, em qualquer lugar e para todo o sempre, o que não ocorre na cláusula de não-concorrência, consoante se estudará mais adiante.

¹⁷⁸ CARDOSO, Alexandre Almeida, Dos pactos....p. 194.

¹⁷⁹ Op. cit. p. 196.

Cássio mesquita Barros Jr. sustenta que a “validade da cláusula de não-concorrência não se opõe à liberdade de trabalho garantida a todo indivíduo pela Constituição brasileira de 1988”. Ademais, complementa o autor, “a proibição do exercício de certas atividades por parte do empregado após a cessação do seu contrato, mediante cláusula no contrato individual do trabalho, se justifica, no justo resguardo das atividades da empresa perante a concorrência.”¹⁸⁰

Nesta esteira, Dorval de Lacerda¹⁸¹ posiciona-se favoravelmente no sentido de que a cláusula de não-concorrência não se confronta com o preceito da Constituição Brasileira, que assegura a liberdade de trabalho, se a cláusula possuir um justo e razoável fundamento, porque a mesma Constituição condiciona tal liberdade à capacidade e às restrições impostas pelo bem público, que podem incluir as cláusulas de não-concorrência, como garantia às empresas.

Desta forma, quando verificada a necessidade de preservação de segredos de negócios da empresa por meio da cláusula de não-concorrência, é razoável que a plena liberdade de trabalho, como referência para a interpretação e aplicação do direito, ceda lugar à aplicação concomitante de outros princípios, em nome dos valores e interesses igualmente tutelados pelo texto Constitucional.

Tais preposições reafirmam a unidade da Constituição, bem como os critérios de interpretações, a qual estaria afastada se reconhecida a validade absoluta de certos princípios, em detrimento de outros.

Essa idéia de conflitos entre as normas constitucionais implicaria reconhecer a existência de princípios constitucionais incompatíveis entre si, o que comprometeria a própria constituição como fonte normativa originária para todo o ordenamento jurídico pátrio. Ademais, o reconhecimento de normas constitucionais incompatíveis entre si retiraria da Constituição o papel de referencial, de ponto de orientação, de guia de discussão e de fator hermenêutico,

¹⁸⁰ BARROS JR, Cássio Mesquita. Cláusula....p. 30-34.

de decisão, já enfatizado pela lição de José Joaquim Gomes Canotilho, conforme ensinamentos de Klaus Stern e Konrad Hesse¹⁸².

Por derradeiro, conforme salienta Alexandre de Almeida Cardoso, os pactos de não-concorrência coadunam-se, também, com os elementos que tutelam a liberdade de trabalho como direito à personalidade¹⁸³.

Isto porque, explicita o autor, a liberdade de ir e vir do empregado pode ser por este restringida, tanto em função de sua decisão soberana de escolher o empregador para o qual prestará serviços, como também de fixar as condições aplicáveis a essa relação de emprego, a inserção dos termos de pactuação do contrato de trabalho não viola os caracteres reconhecidos em favor dos direitos da personalidade, contudo, a premissa para preservação desse elemento está em se observar as limitações de atividade, tempo, espaço geográfico a que o pacto deve ser adstrito, além da compensação econômica capaz de justificar essa limitação à liberdade¹⁸⁴.

7.2. DOS PRINCÍPIOS PROTETIVOS

Outro fato relevante questionado pelos doutrinadores é que, diante da omissão da legislação brasileira do trabalho sobre a matéria, se seria possível admitir sua pactuação pela livre manifestação da vontade das partes do contrato de trabalho, restringindo atividade futura profissional do empregado.

Isto porque, muito embora o direito do trabalho possua natureza privada, sendo a celebração do contrato um ato de vontade das partes, após a contratação, por se tratar de matéria de ordem pública, passa o Estado a ditar normas imperativas regulamentando a relação empregatícia, sem que com isso o torne público; contudo, limita a autonomia da vontade dos contratantes.

¹⁸¹ LACERDA, Dorival de. op.cit. p.172 apud ALMEIDA op. cit. p. 194.

¹⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 226-227 apud ALMEIDA, Pactos... p. 195.

¹⁸³ CARDOSO, Alexandre de Almeida. Pactos... op. cit. p. 197.

¹⁸⁴ Op. cit. p. 197.

Nesse passo, o professor Pedro Paulo Teixeira Manus¹⁸⁵ esclarece ser “a relação patrão-empregado de natureza contratual, mas tendo sempre em mente que, no regime brasileiro, tanto o Estado (através da Lei), quanto as organizações sindicais (através das negociações coletivas) intervêm no campo da vontade individual, limitando aquela liberdade que caracteriza contrato, a fim de garantir um mínimo tido como justo, a ser assegurado ao empregado”.

Assim, embora a autonomia da vontade se mantenha como um dos pilares do direito privado, não apresenta caráter absoluto da vontade no direito do trabalho. É possível, porém bastante limitada, ante as normas imperativas que a regem, inclusive, conforme previsão do artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe:

Art. 444 – “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições das autoridades competentes.”

Neste mesmo sentido o artigo 122 do Código Civil preleciona:

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 sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”.

Dispõe ainda, o artigo 468 da CLT:

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

¹⁸⁵ *in* Direito do Trabalho, 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 56.

infringente desta garantia”.

Portanto, a autonomia da vontade é analisada com bastante restrição, haja vista que inobstante a necessidade de mudanças, garantindo-se maior campo de atuação à autonomia, há entendimento de que tal alteração contraria a evolução do direito privado, como incorporador dos direitos fundamentais, ou seja, resulta na ameaça à dignidade da pessoa humana por necessidades de ajustes em razão de novas situações de mercado, inclusive de competitividade¹⁸⁶.

Deve-se considerar, principalmente, como bem ensina Aldacy Rachid Coutinho¹⁸⁷, que a relação tutelada pelo direito do trabalho não representa somente a troca destinada aos interesses do capital, pois se trata de uma relação de direito privado com alguns aspectos especiais e tutelas diferenciadas.

Assim, a relação de trabalho não possui somente reflexos ou aspectos econômicos, ao contrário, representam, também, situações jurídicas pessoais, constituídas como direitos fundamentais que devem ser resguardados, não podendo ter a amplitude da liberdade contratual garantida pela autonomia da vontade. A autora afirma, ainda, que a autonomia da vontade, nestes casos, viola a teoria dos direitos fundamentais.

Entretanto, conclui-se do estudo elaborado que a autonomia da

¹⁸⁶ “A mudança proposta vem de encontro a todo sentido evolutivo identificado no direito privado, que se publiciza e incorpora à prática dos direitos fundamentais. (...) Só que falar de direitos fundamentais, como lembra Hinkelmmert, significa tratar de uma dignidade da pessoa humana ameaçada e violada, sobretudo por medidas de ajuste econômico estrutural que se propagam pela ideologia da competitividade e da eficiência e que precisa ser recuperada, inclusive na sua auto-estima.” (COUTINHO, Aldacy Rachid. *A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais*. p. 167)

¹⁸⁷ “Toda a realidade está dominada pelo contrato de trabalho que se traduz na tomada do corpo e do intelecto da pessoa humana, colocados à disposição dos interesses do capital. Mas as condições de entrega da força de trabalho não refletem tão somente questões de natureza eminentemente patrimonial, senão também situações jurídicas pessoais traduzidas em direitos. Assim, por exemplo, o trabalho em local insalubre não é juridicamente relevante só enquanto um adicional legal de 40%, 20% ou 10% sobre o salário mínimo, mas especialmente como um possível e eventual dano à saúde – direito fundamental – ou a revista não é só uma questão de poder ou sua limitação, mas a expressão da inviolabilidade do direito à vida privada e à intimidade – direito fundamental. A possibilidade de negociação, neste campo, deve ser extirpada, e a vontade reconhecida como inexistente. A manutenção da visão de contratualidade explicitada pela

vontade constitui-se a vontade individual criadora de situações jurídicas, de notável importância e de impossível desprezo no mundo jurídico, em qualquer ramo que seja, considerando-se que o ser humano se exterioriza por sua vontade, e esta é a criadora de direitos e obrigações.

Tal autonomia, no entanto, sofre restrições tanto no direito do trabalho (maiores, diga-se), quanto nos demais ramos do direito privado (menores, reconhece-se).

Essas restrições surgem da necessidade de o Estado criar, como responsável pelo estabelecimento e garantia da ordem no convívio social, regras garantidoras de direitos mínimos, como a vida, saúde e segurança, ou seja, surgem da instituição de regras de direito cogente, retirando o poder de escolha do indivíduo, atuando com certa imposição.

Contudo, sempre subsistirão, seja no direito privado comum, seja no direito do trabalho, regras de *jus dispositivum*, que sempre concederão margem à atuação da autonomia da vontade; é o que Canotilho denomina de “núcleo irredutível da autonomia da vontade”. No entanto, entende-se que o referido núcleo não pode ser garantido à custa do desrespeito aos direitos fundamentais e de seu caráter social.

Assim, a autonomia da vontade, conforme já salientado nos itens 2.31 e 2.32, é delimitada no campo da atividade dos sujeitos de direito, seja pelos princípios constitucionais, que proíbem estipulações contrárias à moral, à ordem pública, à função social dos contratos, seja pelas normas infra-constitucionais, de modo a não permitir que o empregado, através de manifestação da vontade, restrinja seu direito à liberdade do trabalho sem prévia contraprestação.

Logo, se for pactuada a cláusula de não-concorrência pós-contratual com caráter nitidamente de cláusula de adesão, trazendo benefício somente a uma das partes - o mais forte (empregador), em detrimento do mais

fraco (no caso o empregado), tal cláusula será, por si só, considerada ilícita. Por exemplo, a cláusula que proíbe o empregado de trabalhar, sem, no entanto, prever indenização correspondente. Esta cláusula não será considerada válida.

Deste modo, é importante frisar que apesar da restrição do pleno emprego e da liberdade contratual, constata-se que tal restrição não é absoluta, permitindo ao empregado trabalhar em quaisquer outras atividades que não desencadeiem concorrência direta ou indireta ao seu ex-empregador.

Outro fator importante é que a cláusula de não-concorrência não é aplicada a todo e qualquer empregado, mas somente àqueles casos excepcionais, em que o trabalhador é uma pessoa mais qualificada e preparada profissionalmente, de modo que, na maioria das vezes, o empregado receberá uma boa “remuneração” capaz de assegurar-lhe seu próprio sustento e de sua família para não praticar (obrigação de não-fazer), por determinado tempo, atos de concorrência.

Assim, como bem leciona Ari Possidônio Beltran¹⁸⁸, para quem não há como vislumbrar-se a violação do princípio que assegura a liberdade do exercício de ofício ou profissão, constante no artigo 5º, XIII da Constituição Federal, em função da pactuação para exclusão da concorrência após a rescisão do contrato de trabalho. Tal compatibilidade justifica-se porque o princípio da liberdade de trabalho:

“Como qualquer outro, deve ser entendido em harmonia com os demais preceitos, e não isoladamente. Ademais, a abstenção deverá ser temporária, fixada por consenso e mediante a justa contraprestação de caráter indenizatório, devidamente acertada entre as partes. Deverá ser limitada no tempo e abrangerá apenas atividade fixada, especificamente, como capaz de, em tese, colocar em desvantagem o antigo empregador frente aos concorrentes. Estará o empregado livre para o exercício de

¹⁸⁸ BELTRAN, Ari Possidônio. Cláusula de não... p. 67-68.

quaisquer atividades não constantes da limitação, ou seja, a vedação atinge – e não gratuitamente – apenas o ‘não concorrer’, durante certo tempo”.

Portanto, uma vez firmado no âmbito do contrato individual do trabalho, pautado pelos limitadores de atividade, tempo, espaço, além de contraprestação específica, entendemos que a aplicação de não-concorrência não fere o princípio da liberdade do trabalho.

O STF¹⁸⁹ analisou referida matéria, contudo, quando ainda estava sob a égide da constituição de 1967, que em seu artigo 153, parágrafo 23, já consagrava a liberdade de trabalho: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer*”. Note-se o teor deste acórdão:

“LIBERDADE DE TRABALHO. Cláusula pela qual o empregado, que fez cursos técnicos às expensas do empregador, obrigou-se a não servir a qualquer empresa concorrente nos 5 anos seguintes, ao fim do contrato. Não viola o artigo 153, § 23 da Constituição o acórdão que declarou inválida tal avença.”

Recentemente, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região¹⁹⁰ prolatou Acórdão no sentido de ser ilegal a cláusula de não-concorrência celebrada após a extinção do contrato de trabalho, por ferir os princípios da valorização do trabalho e pleno emprego, assegurados constitucionalmente, conforme transcrição da ementa abaixo:

“Cláusula de não-concorrência. Cumprimento após a rescisão contratual. Ilegalidade. A ordem econômica é fundada, também, na valorização do trabalho, tendo por fim assegurar a todos

¹⁸⁹ STF, RE 67.653. Rel.Min. Aliomar Baleeiro, DJ 3.11.70, p.5.294, RTJ 55, 1971, p. 42.

¹⁹⁰ TRT, 2ª reg., 8ª T., RO n. 20010487101, Rel. Juiz José Carlos da Silva Arouca. Ac. N. 20020079847, in DJ de 05.03. 2002.

existência digna, observando dentre outros princípios a busca do pleno emprego. Pelo menos, assim, está escrito no artigo 170, inciso VIII, da Constituição. O artigo 6º do diploma deu ao trabalho grandeza fundamental. A força de trabalho é o bem retribuído com o salário e assim meio indispensável ao sustento próprio e familiar, tanto que a ordem social tem nele primado para alcançar o bem-estar e a justiça sociais. Finalmente, o contrato de trabalho, contempla direitos e obrigações que se encerram com sua extinção. Por tudo, cláusula de não-concorrência que se projeta para após a rescisão contratual é nula de pleno direito, a teor do que estabelece o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.”

Conforme já analisado nos itens precedentes, conclui-se que este entendimento, “data máxima vênia”, não é o mais adequado, uma vez que coloca o princípio do pleno emprego como absoluto, de forma a excluir os demais princípios conflitantes.

Certo é que, de acordo com o teor evidenciado no Capítulo II, nenhum direito é pleno, podendo ser relativizado, sem que com isso perca seu “núcleo essencial”, o que também ocorre nas relações de trabalho.

Para tanto, é preciso que estejam presentes todos os pressupostos de validade, conforme estudo apresentado no Capítulo IX, dentre os quais o que garanta ao trabalhador a possibilidade de engajar-se em outra atividade e uma indenização compensatória pelo período em que perdurar a referida cláusula, capaz de assegurar as condições mínimas estabelecidas ao ser humano, ou seja, a dignidade do trabalhador.

Por derradeiro, salientamos que o simples fato da legislação brasileira ser omissa com relação matéria, não se quer dizer com isso que a referida cláusula seja inaplicável às relações trabalhistas, ao contrário, conforme já analisado acima, tal instituto é totalmente compatível com as normas Constitucionais, sendo totalmente cabível no contexto do ordenamento jurídico

brasileiro.

Assim, havendo lacuna nos textos legais, incumbe ao intérprete buscar a aplicação subsidiária ao direito comparado, conforme expressa autorização do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.

CAPÍTULO VIII

DOS EFEITOS DO CONTRATO E DOS DEVERES DAS PARTES VINCULADOS À CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA

8.1 DOS EFEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho é um ato jurídico de conteúdo complexo, haja vista que quando realizado gera um amplo e vasto quadro de direitos e obrigações a serem cumpridos pelas partes anuentes.

A este respeito, esclarece Maurício Godinho Delgado¹⁹¹ que há efeitos obrigacionais incidentes tanto sobre a figura do empregador quanto do empregado.

Os efeitos do contrato de trabalho podem estar mais ou menos vinculados ao conteúdo trabalhista do contrato, e, em razão disto, classificam-se em duas modalidades:

- efeitos próprios ao contrato de trabalho
- e
- efeitos conexos ao contrato de trabalho.

Os efeitos próprios do contrato de trabalho são aqueles inerentes ao objeto empregatício/trabalhista do contrato, tratando-se de obrigações inevitáveis ao contrato de emprego, tais como: pagamento de salário, anotação da CTPS, prestação de serviços (obrigação de fazer), obrigações de não fazer, entre outros.

Os efeitos conexos do contrato de trabalho são aqueles que,

¹⁹¹ Revista LTr 63-07 v. 63, n. 07 julho de 1999.

apesar de resultarem do contrato firmado, não decorrem de sua natureza, tratando-se de obrigações a serem cumpridas em razão de sua acessoriedade ou conexão ao contrato de trabalho, contudo, sequer possuem natureza trabalhista.

Assim, a obrigação de abstenção de concorrência com as atividades do empregador, trata-se de efeito próprio do contrato de trabalho, a ser cumprido pelo empregado, consubstanciando-se em obrigação jurídica de não fazer.

8.1.1 DOS DEVERES DAS PARTES

8.1.2 DA BOA-FÉ DOS CONTRATOS

A boa-fé, como cláusula geral que é, caracteriza-se como uma fonte jurígena, porque impõe comportamento aos contratantes de agir com correção, de acordo com os usos e costumes, caracterizando-se como uma regra de conduta.¹⁹²

No princípio da boa-fé objetiva, segundo Álvaro Villaça Azevedo¹⁹³, deve:

“... existir ante a lealdade, a honestidade e 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.”

Assim, segundo o mesmo autor, desde o início do contrato, devem as partes manter o espírito de lealdade, sendo sinceras acerca dos fatos relevantes que justificam ou não a firmação do contrato, agindo com probidade e honestidade.

¹⁹² MARTINS, Costa, Boa-fé, p. 412. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*, 3. ed. revista e ampliada, 2005, ed. RT

¹⁹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O novo Código Civil Brasileiro: Função social dos Contratos, boa-fé objetiva, teoria da imprevisão e em especial, onerosidade excessiva*. Revista Ltr, 67-04/393, v.67, n. 4, abril de 2003, p. 393.

Desta forma, não podem as partes, através de ardis ou de má-fé, gerar um desequilíbrio entre as prestações, devendo, ao contrário, expressar-se de modo a que o conteúdo do contrato seja o mais transparente possível, evitando-se a situação de enriquecimento ilícito para quaisquer dos envolvidos.

Ademais, o fundamento da boa-fé, segundo a jurista Alice Monteiro de Barros¹⁹⁴, consiste em opor valores éticos com a finalidade de coibir os perigos de uma interpretação excessivamente positivista do direito positivo, de modo que exerce a flexibilização dos institutos jurídicos.

Nosso novo Código Civil traz, também, em seu texto, em sua parte geral, no art. 113, preceito mais abrangente, segundo o qual:

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

Sendo assim, cabe ao intérprete a exegese do negócio realizado de acordo com a principiologia do sistema, que nada mais é que determinação para que o julgador proceda a sua decisão levando em consideração se o negócio realizado observou os requisitos de lealdade e a boa-fé, segundo os usos e costumes.

Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.

Dentre estes institutos jurídicos flexibilizados pela boa-fé encontra-se o instituto do contrato de trabalho, em que a boa-fé deverá estar presente desde as negociações pré-contratuais, posto que, antes mesmo da conclusão do contrato, as partes devem agir com o ânimo de não violar interesses alheios.

¹⁹⁴ *in* Curso de Direito do Trabalho, LTr, 2. ed. p. 175.

Salienta-se que a boa-fé se manifesta no contrato de trabalho com a intensidade que não se manifesta em nenhum outro tipo contratual, isto porque, apesar de envolver direitos patrimoniais, mais que tudo, envolve um relacionamento contínuo entre empregado e empregador, que é revestido de todo um caráter ético, abrangendo deveres pessoais e morais.

No direito do trabalho, o conteúdo do princípio da boa-fé manifesta-se de várias formas, entre as quais, elenca Alice Monteiro de Barros¹⁹⁵:

“... por meio do dever do empregado de cumprir ordens legais, guardar segredos profissionais, executar suas atividades com zelo e cuidado, evitando danos, agir honestamente, bem como abster-se de concorrer com o empregador. A transgressão desses deveres é punida com a dispensa por justa causa (art. 482 da CLT), mas a violação à boa-fé pressupõe intenção danosa, consciência do possível dano. Nem toda a dispensa por justa causa implica violação ao dever de boa-fé.”

O professor Álvaro Villaça¹⁹⁶ pondera, ainda, que até o presente momento nenhuma legislação normatizou convenientemente a boa-fé objetiva, alegando que ela não deve estar presente somente na contratação preliminar, conclusão do contrato e na sua execução, como também, faz-se necessário que a boa-fé esteja presente após a extinção do contrato.

Observa-se que a boa-fé após a extinção do contrato na seara trabalhista é necessária na medida em que existem segredos das partes contratantes que devem ser preservados, além de outros valores éticos, fala-se, assim, em boa-fé e lealdade.

Devido a isso, a boa-fé contratual também deverá subsistir após o término dos contratos. É o que ocorre, por exemplo, através da inserção da

¹⁹⁵ Op. cit. p. 176.

cláusula de não-concorrência, em que o ex-empregado, mesmo após a rescisão do contrato de trabalho, deve agir com boa-fé de modo a não prejudicar o ex-empregador através de atos concorrenciais¹⁹⁷. Adotando-se este entendimento, as partes pactuantes responderão por fatos que tenham ocorrido quando o contrato já se findou pela sua execução.

Por conseguinte, quem faz a outra parte acreditar que os termos do contrato são aqueles intencionados pelos contratantes, tal como, quando afirma ser este revestido do critério confiança, o que notadamente ocorre nas relações de emprego, tem o dever de manter essas expectativas, que deverão ser cumpridas antes, durante e depois da execução dos contratos.

O Código Civil Italiano, no art. 1.366, aduz que o contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé, de forma que “todo” o contrato deve ser compreendido sob esta interpretação, inclusive após sua extinção.

A boa-fé objetiva, como cláusula geral prevista no CC 422, decorre da função social do contrato.

Ressalva-se que a violação do dever de agir com boa-fé gera o direito ao ressarcimento de eventual dano que se faça presente.¹⁹⁸

8.2 DEVERES DO EMPREGADO

8.2.1 DO DEVER DE NÃO-CONCORRÊNCIA

O dever de não-concorrência está expressamente previsto na alínea “c”, do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho.

¹⁹⁶ Op. cit. p. 393.

¹⁹⁷ A respeito do tema, leciona Estevão Mallet: “*Por fim, restrições à concorrência caracterizam desdobramento da imposição, que pesa sobre os contratantes, de observância do princípio da boa-fé objetiva, do qual se extraem, inclusive no campo das relações de trabalho, obrigações exigíveis não apenas no momento da conclusão do contrato e durante a sua execução – segundo dá a entender a letra imperfeita do art. 422, do Código Civil brasileiro –, como também antes, na fase pré-negocial, e mesmo após, na fase pós-contratual*” (op. cit. p. 1161).

¹⁹⁸ VAZQUEZ VIALARDI, Antonio. *La responsabilidad en el derecho del trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 157.

Contudo, a concorrência que é vedada é a aquela que acontece enquanto ainda vigente o contrato de trabalho, que, inclusive, caracteriza-se como ilícito contratual hábil a ensejar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

Os atos concorrenciais supra citados são a negociação habitual e a violação do segredo da empresa.

Segundo a lição de Cássio Mesquita Barros Júnior¹⁹⁹, o empregado que trabalha em uma empresa exercendo função técnica altamente especializada, ou na qualidade de executivo, geralmente tem acesso a informações que se constituem segredos de indústria e de comércio da empresa, bem como tem acesso à sua estrutura organizacional e a métodos específicos para a captação da clientela, o que representa o *know how* da empresa, integrando seu *good will*, que é o responsável pelo sucesso dos negócios da empresa e, então, deve permanecer em sigilo.

Para Ari Possidonio Beltran²⁰⁰, a justa causa consistente em violação de segredos da empresa igualmente, atinge de forma capital, o dever de fidelidade do empregado, ínsito no contrato de trabalho, de modo que pode ser caracterizada pela violação de patentes de invenção, métodos de trabalho, segredos de fabricação, informações comerciais, etc, assumindo maior gravidade quando os beneficiários da infidelidade forem concorrentes do empregador.

Assim, a função social do contrato trabalhista exige o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo empregado ao ingressar na empresa, e uma dessas obrigações é não estabelecer concorrência ao seu empregador.

Logo, o dever de não concorrer com o empregador deriva do princípio da execução de boa-fé e da confiança recíproca, traduzido nos deveres

¹⁹⁹ Revista do Instituto do Advogado em São Paulo, p. 23.

de lealdade, fidelidade e obediência que norteiam o contrato de trabalho.

Conclui-se, então, que o empregador deposita confiança no empregado quando o contrata, confiando tanto que ele bem desempenhará suas funções, quanto que não lhe será um tropeço por exercer atos concorrenciais, cumprindo, assim, com suas obrigações de boa-fé e lealdade, das quais o dever de não concorrer é um desdobramento.

8.2.2 DO DEVER DE SIGILO

Um outro dever do empregado, também decorrente da boa-fé contratual e da lealdade, é o de guardar sigilo em relação:

“... às informações que recebe do empregador ou pelo desenvolvimento do seu trabalho, não podendo divulgá-las, principalmente a terceiros, notadamente quando sejam concorrentes do empregador, afirma Sergio Pinto Martins. Deve guardar o dever de fidelidade para com o empregador. A confidencialidade é, portanto, essencial nessa relação²⁰¹”.

Assim, o empregado deve observar os deveres de fidelidade e lealdade para com o empregador e, acima de tudo, o dever ético de guardar sigilo das informações confidenciais que tenha conhecimento, obtidas em razão da confiabilidade depositada pelo empregador, em virtude do contrato de trabalho.

Nesse sentido, Manuel Alonso Garcia²⁰² acrescenta que:

“La obligación aquí establecida se refiere sólo a los secretos de la explotación y negocios del empresario. Ahora bien, es evidente que tal prohibición de divulgación ha de extenderse, no solo a los de carácter estrictamente profesional, sino, más ampliamente, a

²⁰⁰ Op. cit. p. 420.

²⁰¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1ª Quinzena de abril de 2001, nº 7/2001, caderno 2, p. 127.

aquellos que, afectando a la explotación o a los negocios, sean conocidos como consecuencia del ejercicio de la profesión o la prestación de los servicios, pero justamente por cuenta del empresario en cuyo servicio los datos e noticias secretos son conocidos. No se trata, pues, únicamente de patentes de invención, métodos de organización técnica, o procedimientos de fabricación, sino incluso de sistemas de organización del trabajo que constituyan una posibilidad de rendimientos más eficaz, o simplemente de informes económicos o sociales acerca de la marcha de la empresa, mercados de expansión de ésta, materias primas utilizadas etc.”

Sustenta Oris de Oliveira²⁰³ que, como decorrência do dever de lealdade que deve existir enquanto vigente e após extinto o contrato de trabalho, é obrigação do empregado ser fiel e guardar os segredos técnicos, mercadológicos e administrativos próprios da empresa empregadora.

Contudo, haverá situações em que uma tênue linha existirá entre o segredo a ser guardado e o conhecimento que integra as qualificações profissionais utilizadas pelo empregado na vigência do contrato e, por óbvio, serão utilizadas quando este for prestar serviços para outro empregador, já que compõem suas qualidades pessoais e profissionais, sem que constitua violação de segredo de empresa.

Desse modo, o funcionário possui os conhecimentos objetivos acerca da empresa, que não podem ser divulgados, e os conhecimentos subjetivos, que constituem sua habilidade e, por isso, podem ser utilizados quando prestar serviços a qualquer outro empregador.

Segundo Wagner Giglio²⁰⁴, o segredo de empresa não deve, pela vontade dos seus detentores, ser violado.

²⁰² GARCIA, Manuel Alonso. *Curso de derecho del trabajo*. 2. ed. Barcelona: 1967, p. 445.

²⁰³ *in* A exclusão de concorrência no contrato de emprego, Ed. LTr, 2005, p.165.

²⁰⁴ *in* Justa Causa, 3. ed. Ed. LTr, 1992, p. 158.

Na visão de Arion Sayão Romita²⁰⁵, a violação do segredo assume importante relevo na relação de trabalho subordinado quando implementada pelo empregado, haja vista que a legislação a eleva a ilícito contratual, hábil a ensejar falta grave e rescisão do contrato de trabalho.

Violação do segredo da empresa é, nas palavras de José Augusto Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona Filho²⁰⁶:

“... a divulgação de um ato, fato ou coisa que, sendo referente à produção ou ao negócio e do conhecimento de poucos, não deve, pela vontade de seus detentores ser tornada pública, sem grave risco de prejuízo para o empregador”.

E, no dizer de Antônio Lamarca²⁰⁷, decorre da boa-fé a proibição de revelação de segredo da empresa. Então, o empregado que viola segredo da empresa quebra e desmerece a confiança depositada pelo empregador, desprezando a boa-fé contratual.

Há quem afirme que o dever de segredo, que corre ao empregado na execução do contrato de trabalho, deriva dos deveres de cooperação e colaboração.²⁰⁸

Assim, após a extinção do contrato, também existem deveres que devem ser respeitados pelos contratantes, a exemplo o de não divulgar informações sigilosas.

²⁰⁵ *in* Direitos fundamentais nas relações de trabalho, Ed. LTr, 2005, p. 287.

²⁰⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. v.1 - Direito Individual. São Paulo: Ed. LTr, 1992, p. 156.

²⁰⁷ *in* Manual das Justas Causas. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 448.

²⁰⁸ BARACT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: Ed. Ltr, 2003, p. 255.

8.2.3 DOS DEVERES DE ÉTICA, FIDELIDADE, LEALDADE, CONFIANÇA RECÍPROCA

O contrato de trabalho é alicerçado na confiança recíproca entre as partes, de modo que o dever de fidelidade, lealdade e colaboração estão nele implícitos, sendo certo que, quebrada a confiança entre as partes, o contrato de trabalho pode ser rescindido, por cometimento de falta grave.

O contrato de trabalho gera direitos e obrigações não só de cunho patrimonial, mas também de cunho pessoal, em que se insere o aspecto ético, cujo dever de fidelidade é uma de suas manifestações.

Esse dever é a conduta humana honrada, que pressupõe o agir com retidão, em virtude não só do interesse do empregado, como também da harmonia que deverá existir na organização de trabalho que ele integra.

O dever de fidelidade, segundo Alice Monteiro de Barros²⁰⁹, exterioriza-se por manifestações positivas caracterizadas pela obrigação de fazer, ou seja, de comunicar ao empregador perigos e anormalidades no local em que se desenvolvem as atividades, bem como lhe relatar deficiências no material e nos instrumentos de trabalho. Se não bastasse, o empregado deve, ainda, colocar o empregador a par do andamento do negócio.

Além dessas manifestações positivas, complementa a autora, existem as obrigações negativas de não fazer, que impõem ao empregado o dever de abster-se de comportamentos prejudiciais ao empregador. Entre essas obrigações arrola: não ocasionar danos, não divulgar segredos, não deixar subornar, não fazer concorrência desleal.

Segundo Cássio de Mesquita Barros²¹⁰, o dever de fidelidade ou de lealdade do empregado ao seu empregador se traduz principalmente em duas

²⁰⁹ *in* Curso de Direito do Trabalho, 2. ed. São Paulo: Ed. Ltr, p. 583.

²¹⁰ *in* Revista do Instituto do Advogado em São Paulo, p. 23.

obrigações:

1. dever de guardar os segredos profissionais;
2. abstenção de atos de concorrência ilícita.

Alexandre de Almeida Cardoso²¹¹ entende que a exclusão da concorrência com o empregador, durante a vigência do contrato de trabalho, decorre do dever de fidelidade e de colaboração imputados ao empregado, os quais são inerentes à relação e independem de qualquer ajuste específico entre as partes para sua aplicação.

Maria do Rosário Palma Ramalho²¹², por sua vez, leciona que a “grande evolução dogmática possibilitada pela concepção comunitário-pessoal da relação de trabalho consiste na deslocação definitiva do âmago do vínculo laboral do binômio pessoal dever de lealdade – dever de assistência – completando, desta forma, o processo de emancipação da situação jurídica em relação ao seu primitivo enquadramento obrigacional (prestação laboral)”.

Desta forma, o foco da relação de trabalho que anteriormente era pactuado no binômio trabalho e remuneração, atualmente deve-se pautar pela relação do dever de lealdade por parte do empregado e assistência por parte do empregador.

Segundo a autora portuguesa, no moderno vínculo laboral a doutrina evidencia a importância da relação fundada na confiança pessoal entre o empregador e o trabalhador, assim, o dever de lealdade deixa de ser um dever acessório, passando a penetrar de uma forma mais abrangente, em toda relação laboral.

O conteúdo do dever de lealdade em sentido amplo é decorrente da conjugação do elemento pessoalidade – com elemento da inserção na

²¹¹ *in* *Dos pactos de não concorrência nos contratos individuais de trabalho* - Tese de doutorado apresentada ao departamento de Direito do Trabalho, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003, p.158.

empresa – ou seja, partindo da indeterminação inicial da prestação e da sua inseparabilidade da pessoa do prestador para valorizar o seu desenvolvimento pessoal do vínculo, por um lado e do outro valorizando a integração do trabalhador na organização do empregador, em um sentido comunitário, para justificar o seu desempenho nos respectivos objetivos.

De acordo com estes parâmetros, o dever de lealdade do trabalhador reporta-se à exigência de seu desempenho pessoal e integral na execução dos objetivos e dos interesses da organização em que está inserido²¹³ – conteúdo que vai, muito mais além do que o dever de lealdade assumido pelos contratantes na execução dos contratos; não se trata aqui de lealdade ao contrato, mas sim lealdade à empresa.

Por outro lado, o dever de assistência do empregador manifesta-se em uma obrigação positiva de cuidado com relação à integridade física e ao bem estar do trabalhador inserido na comunidade organizacional da empresa, sendo certo que sua integração decorre de sua disponibilidade e esse empenho determina prejuízos para a personalidade e a vida do trabalhador, de modo que o dever de assistência tem como objetivo compensar esses prejuízos.²¹⁴

8.2.4 DO DEVER DE NÃO NEGOCIAR HABITUALMENTE

Dispõe a alínea “c” do artigo 482 da CLT como causa de dispensa por justa causa a “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.”

²¹² *in* *Autonomia dogmática do Direito do Trabalho*. Coleção Teses. Ed. Almedina, 2000, p. 280.

²¹³ Sobre este sentido geral do dever de lealdade das partes, na pendência dos contratos para todos MENEZES CORDEIRO, Da boa-fé...op.cit. p. 606 que chama, aliás, a atenção para a especial projecção da idéia de lealdade no domínio laboral, nomeadamente durante o nacional – socialismo, época em que se apresenta como um traço específico da situação laboral, em conexão, com a concepção comunitária – pessoal – idem, 607. Como veremos, infra, § 19º, 40 ., este autor é especialmente crítico em relação a esta concepção apud RAMALHO, Maria do Rosário Palma....op. cit. p. 281.

A negociação diz respeito aos atos de comércio praticados pelo empregado.

Segundo o professor Wagner Giglio²¹⁵, entende-se hoje que a “negociação” significa mais do que o simples ato do comércio, por abranger todas as atividades do empregado, quer sejam industriais, comerciais, rurais, de transporte, etc.

Para Sérgio Martins Pinto²¹⁶, negociação, para efeito de justa causa, é a prática de atividades empresariais feitas pelo empregado no curso do contrato de trabalho. Implica, portanto, que o ato seja realizado e não meramente tentado. Exige a lei que a negociação seja habitual. Não pode, por conseguinte, ser um único ato, mas deve haver constância, prática, reiteração, repetição, periodicidade, continuidade nessa negociação.

Esclarece, ainda, o professor Ari Possidonio Beltran²¹⁷, que a negociação habitual constitui-se violação do dever de fidelidade do empregado. É certo que, existindo a aceitação do empregador, seja tácita ou expressa, a negociação habitual por conta própria ou alheia não constituirá ilícito contratual nem quebra do dever de fidelidade. Salienta-se que a negociação por conta própria ou alheia que não caracteriza ato de concorrência à empresa, que não interfere nos horários de trabalho, nem interfere nas atividades e na produção do empregado, não caracteriza a negociação habitual.

Por outro lado, como bem explicita o autor, existindo prejuízo ao trabalho por motivo da negociação, mesmo que esta não implique concorrência à empresa, a justa causa estará configurada.

Deste modo, a negociação habitual não se confunde com a cláusula de não-concorrência, conforme já demonstrado no item 6.2.1 deste

²¹⁴ op. cit. p. 281.

²¹⁵ *in Justa Causa*, 3. ed. LTr, 1992, p. 82.

²¹⁶ *in Manual de Justa Causa*, 2. ed. Atlas, p. 74.

²¹⁷ Beltran, Ari Possidonio, Dever de Fidelidade, Dever de não-concorrência e cláusula de não-concorrência, Revista LTR 66-04/420, v. 04 abril de 2002.

trabalho, muito embora em ambos os casos há a violação de dever de fidelidade por parte do empregado.

8.3 DOS DEVERES DO EMPREGADOR

8.3.1 DO DEVER DE ASSISTÊNCIA

Analizando os deveres de lealdade e de assistência, a doutrina reconhece-lhes uma importância essencial na relação de trabalho.

Qualifica-os como deveres essenciais das partes²¹⁸ e inverte a forma tradicional de os relacionar com os deveres da relação de trabalho (binômio de troca patrimonial valorizado pelo enquadramento obrigacional do vínculo de trabalho através da figura da *locatio conductio operarum*).

Através desta corrente, os deveres pessoais de lealdade e assistência são considerados tão importantes quanto os deveres de prestação de serviços e de contraprestação remuneratória.

Para alguns escritores, os deveres pessoais estão equiparados aos deveres de contraprestação remuneratória, ressalvando que estes são analisados como resultado dos deveres pessoais do vínculo de emprego, tal como ressaltado por Nikisch²¹⁹.

Contudo, há outros autores, como Siebert²²⁰ e Dietz²²¹, para os quais os deveres pessoais são considerados o núcleo da relação de trabalho, sendo que os deveres de contraprestação remuneratória e de prestação de serviços são deveres derivados deste núcleo.

De qualquer forma, seja por uma corrente ou outra, a lealdade e a assistência passam a constituir o alicerce da relação de emprego, sendo que a

²¹⁸ NIKISCH, Arthur. Op. cit. p. 183.

²¹⁹ NIKISCH, Arthur. Op. cit. p. 183 ss.

²²⁰ SIEBERT, Wolfgang. *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung Der Nationalen Arbeit*. 1935, p. 100 e ss. e *Das Recht der Arbeit*, p. 5 e ss.

²²¹ *in Die pflicht der ehemaligen beschäftigten*, p. 330.

salutar idéia de lealdade justifica todos os demais deveres da relação de trabalho.

Nikisch²²², porém, afirma que nem todos os deveres da relação de emprego derivam da lealdade, por entender que a relação de trabalho não é uma relação de comunidade total (casamento), mas sim uma relação comunitária objetivamente determinada.

No entanto, ressalta que o entendimento supra delineado não desqualifica o valor essencial do dever de lealdade, chegando, até, a relacionar os deveres patrimoniais a partir da idéia de pessoalidade.

Assim, em lugar de entender o trabalho como dever de prestação de atividade, identifica-o como disponibilização do empregado em favor do empregador e analisa o dever salarial não como a contraprestação do trabalho, mas como a compensação do trabalhador pela disponibilização pessoal, o que não seria possível com um valor que não garantisse as necessidades de sua subsistência.

Em posição intermediária está Denecke²²³, que recusa a afirmação de que a natureza da prestação remuneratória do empregador, à luz do entendimento comunitário, é uma manifestação do dever de assistência, mas sim se justifica em um dever de lealdade, caso contínua, apesar de parecer justificada pela idéia de contrapartida.

Explica este entendimento, dissociado da idéia de disponibilização da força laborativa, afirmando que o direito de exigir trabalho suplementar decorre do direito de aproveitamento da força de trabalho e a alteração contratual aceita decorre de um dever de lealdade; contudo, explicita que o dever de continuar a efetuar o pagamento por um trabalho não prestado, o que se verifica nitidamente quando o trabalhador está involuntariamente indisponibilizado ao trabalho,

²²² NIKISCH, Arthur. Op. cit. p. 183 ss.

²²³ *in* Das Wesen des Lohnes nach dem Akademie- Entwurf eines Arbeitsverhältnisgesetzes und die praktischen Folgerungen daraus, DAR 1938,7/8, p. 190-193.

somente é compreensível pela idéia de assistência²²⁴.

O mesmo tipo de raciocínio se encontra, aliás, em diversos escritores, para justificar aspectos diversos do regime jurídico da relação de trabalho.

Outros autores, tal como Dietz²²⁵, apresentam o mesmo raciocínio acima justificado, ressaltando que a intensidade do dever de sigilo no vínculo de trabalho, mesmo após rescindido, é uma projeção do dever de lealdade.

Denecke²²⁶, analisando o fato da não correspondência entre “trabalho-remuneração” (tal como quando o trabalhador continua prestando seu labor no caso de não percepção da remuneração, ou quando, o empregador continua vinculado ao pagamento em caso de suspensão da prestação laboral - ex. doença), justifica-o como baseado nos deveres de lealdade e de assistência.

Maria do Rosário Palma Ramalho²²⁷ pondera que a importância dos deveres de lealdade e de assistência para relação de trabalho, considerada como vínculo de confiança pessoal, passa a ser analisada a partir do significado comunitário de empresa, sendo que o dever de lealdade do trabalhador é encontrado nos aspectos da não-concorrência e do sigilo.

Segundo a autora portuguesa²²⁸, ainda que se possa desmembrar o dever de lealdade em um amplo sentido, este, na verdade, refere-se a todos deveres acessórios do trabalhador, sendo que ele não deixa de ocupar uma posição acessória no complexo debitório do trabalhador.

²²⁴ NIKISCH, Arthur. Op. cit. p. 185 e ss.

²²⁵ DIETZ. *Die Pflicht der ehemaligen Beschäftigten*, p. 338-344 ss.

²²⁶ DENECKE. *Das Wesen des Lohnes*, p. 192 ss.

²²⁷ *in* *Autonomia dogmática do direito do trabalho*, Coleção Teses, Ed. Almedina, p. 495.

²²⁸ Deveres de assiduidade, de zelo ou custódia manifestam também o comportamento mais correto no cumprimento do contrato e, nessa medida, projetam o dever de lealdade como emanção do princípio de boa-fé, nos termos previstos do artigo 762º do Código Civil Português.

CAPÍTULO IX

DOS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO- CONCORRÊNCIA NO CONTRATO DE TRABALHO

Destaca-se que as cláusulas de não-concorrência não são irrestritas, ilimitadas, mas ao contrário, torna-se imperioso sejam delimitados os parâmetros ditados pela razoabilidade, para que tenham validade.

9.1 DOS SUJEITOS E O LEGÍTIMO INTERESSE DO EMPREGADOR

Como bem escreve Estevão Mallet²²⁹, para a validade da cláusula de não-concorrência, é necessário, antes de tudo, que o empregador fundamente objetivamente a restrição necessária, devendo existir a justificativa em uma potencialidade de prejuízo a ser causado pelo empregado após a rescisão do contrato de trabalho.

Entendimento este corroborado na lição do mestre Pontes de Miranda²³⁰, que justifica que toda limitação à liberdade deve ser fundamentalmente justificada.

No mesmo sentido, doutrinadores italianos²³¹ escrevem que a limitação na liberdade de trabalho do empregado somente é válida quando objetiva satisfazer relevante e legítimo interesse do empregador.

Virgílio Afonso²³² também salienta que para que se possa chegar a uma conclusão razoável entre as exigências da autonomia da vontade privada e as garantias dos direitos fundamentais, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, exige-se do intérprete que verifique a existência de adequação

²²⁹ Revista LTr, 69-10/1161 v.10, outubro de 2005.

²³⁰ *in* Comentários à Constituição de 1967. Tomo V - Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 545.

²³¹ CORRADO, Renato. *Il lavoratore nell'organizzazione dell'impresa em Nuevo trattato di diritto Del lavoro*. V. II - Padova: CEDAM, 1971, p.267; OLEA, Manuel Alonso. *Derecho Del trabajo*. Madrid, 1974, p.154 e VATINET, Raymonde. *Les principes mis en oeuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail*, Droit Social, juin 1998, p. 542.

²³² Op. cit. p.163.

e necessidade, ou seja, essencial se faz o empregador demonstrar a real necessidade para limitação do direito fundamental de liberdade de trabalho.

É o caso do direito Espanhol, em que a demonstração do efetivo interesse industrial e comercial do empregador é pressuposto de validade da cláusula de não compromisso, conforme o texto de lei:

“Decreto n.º 1.382/85

Art. 8º Pacto de no concurrencia y permanencia en la empresa –

3 El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes:

a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.

De modo semelhante, a legislação de Portugal determina que a cláusula de não-concorrência somente pode ser estabelecida em relação a “actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador”.²³³

Ressalta-se, assim, que para se efetuar uma análise acerca da legitimidade ou validade do pacto de não-concorrência, deve-se ponderar qual a natureza da atividade realizada pelo empregado, enquanto vigente o pacto laboral, bem como se constatar a quais informações teve acesso por conta desta atividade, ou seja, quais os conhecimentos adquiridos; e, por fim, quais são os malefícios que estes conhecimentos, usados de maneira inadequada, poderão causar ao ex-empregador.

Deste modo, é através da análise destes três itens interligados, (atividade - conhecimentos adquiridos - potencialidade de prejuízo) que se encontrará a limitação ao direito à liberdade de trabalho fundamentalmente legitimada - legitimada pelo relevante interesse do empregador, ocasionado pela real potencialidade de risco.

²³³ *in* Código do Trabalho, artigo 146, n.2, alínea b.

Assim, é válida a cláusula de não-concorrência pactuada com o empregado que possua alta formação ou que seja encarregado do desenvolvimento de novos produtos, ou ainda, que tenha acesso a dados sigilosos de custos, de mercado ou de outra espécie, considerados estratégicos, pois estes conhecimentos têm grande potencialidade de prejuízo acaso utilizados em empresa concorrente.

De modo reverso, quando não houver esta real potencialidade de prejuízo ocasionada pelas informações e conhecimentos que o empregado tenha adquirido em razão de sua função, o que ocorre notadamente quando se tratar de trabalhador braçal, sem conhecimento especializado, não se admite a validade de qualquer cláusula de não-concorrência.

Vale lembrar que na Itália, o artigo 2.125 do Código Civil prevê a estipulação da cláusula de não-concorrência (*patto di non concorrenza*), com objetivo de limitar a atividade dos empregados, sobretudo os especializados, após a extinção do contrato de trabalho.

No mesmo sentido, o italiano Giuseppe Pera²³⁴ ensina que a cláusula de não-concorrência é de salutar utilidade para o empregador, principalmente:

“... quando se trata de pessoal qualificado e especializado, ou ainda do corpo diretivo em nível de inteirar-se, no curso da relação de trabalho, das características essenciais daquela determinada atividade.”

O francês Jean-Marc Beraud²³⁵ descreve importante decisão da Corte de Cassação de 14 de maio de 1992, que entendeu que o ex-empregador não poderia exigir eventual pacto de não-concorrência se não demonstrasse a necessidade de indispensável proteção aos seus legítimos interesses, gerada em

²³⁴ PÊRA, Giuseppe. *Diritto Del Lavoro*. Padova: Cedam, 1991, p. 462.

razão dos conhecimentos adquiridos através das funções do ex-empregado.

Assim, como a decisão analisava uma demanda entre a empresa e um ex-empregado que exercia a função de lavador de vidraças, concluiu a Corte pela existência de abuso de direito e atentado à liberdade de emprego, julgando inválida a respectiva cláusula de não-concorrência.

Bob Heppe²³⁶ leciona que o compromisso de não-concorrência deve ter sua razoabilidade analisada, o que ocorre através da verificação da adequada proteção aos interesses legítimos do empregador.

Frisa-se, ainda, que tais interesses devem ser analisados de forma restrita, não se aceitando uma mera alegação de que a simples competição futura a ser implementada pelo empregado lhe resultará prejuízo para os negócios.

Em outras palavras, o compromisso não se presta a evitar concorrência futura pelo trabalhador, mas sim a concorrência desleal, baseada em informações sigilosas e que devem ser preservadas.

Deste modo, conclui-se não ser possível a celebração da cláusula de não-concorrência abrangendo indistintamente todo e qualquer empregado da empresa, pois, para sua validade, faz-se necessária a especificação somente nos contratos dos profissionais que, em razão de suas funções, sejam efetivamente capazes de prejudicar os legítimos interesses do empregador, fundamentando-se a limitação no interesse em evitar a utilização indevida de segredos e informações sigilosas da empresa.

9.2 DA DELIMITAÇÃO DO OBJETO

Também se conclui que importante se faz a delimitação das

²³⁵ *in* *Manuel de Droit du Travail et de Droit Social*. Paris: Litec, 1994, p. 76.

²³⁶ HEPPE, Bob. Op. cit. p. 216.

atividades que não poderão ser exercidas no mesmo ramo de atividade, contudo, não se erige este requisito a “requisito de validade”, mas sim a um requisito de credibilidade do pacto.

Quanto mais restrita a limitação imposta, menor deverá ser a indenização paga e menor será o risco acerca de discussão da validade do pacto, já que menor será a restrição à liberdade ao trabalho.

Neste mesmo sentido leciona Estevão Mallet²³⁷, ao analisar os termos da legislação italiana e conceder, inclusive, um elucidativo exemplo:

“O químico que tenha trabalhado para empresa de produtos de beleza, no desenvolvimento de determinado perfume, em princípio não está impedido de exercer a sua profissão em empresa de outro ramo de atividade, por exemplo, indústria automotiva.”

Indo mais além do que o referido exemplo, pode-se afirmar que este mesmo químico poderá trabalhar para empresa de cosméticos, desde que esta não exerça a atividade de produção de perfumes, pois é inexistente o risco de concorrência quando não produzido aquele produto especificado.

Portanto, conclui-se importante para a validade da cláusula de não-concorrência a especificação de quais atividades serão restritas ao ex-empregado. Neste sentido, vê-se a lição do Professor Estevão Mallet²³⁸:

“A cláusula de não-concorrência tem de especificar as atividades restringidas, indicando os limites objetivos da obrigação imposta ao empregado..... Trata-se de requisito substancial de validade do ajuste, cuja falta torna-o nulo, até porque não se admite restrição

²³⁷ Op. cit. p. 1163.

²³⁸ Op. cit. p. 1162.

genérica, indeterminada, abrangendo todo e qualquer trabalho. Apenas a restrição necessária pode ser mantida.”

9.3 DA LIMITAÇÃO DO TEMPO

Neste sentido, Estevão Mallet²³⁹ salienta que não se pode aceitar a inexistência de limite temporal à obrigação de não-concorrência, sob pena de evidente ilegalidade. A jurisprudência acerca do tema expõe o seguinte:

“Cláusula de não-concorrência – vigência após a extinção do contrato de trabalho – ausência de limitação temporal, territorial e de objeto – impossibilidade - ato ilícito do empregador –
Cláusula de não-concorrência pactuada entre as parte sem conter limitação, seja de caráter temporal, territorial ou delimitação do objeto da restrição de atividades, com projeção após a rescisão contratual é nula de pleno direito, porque fere a autonomia de vontade do trabalhador, em total afronta ao disposto no artigo 5º, inciso XIII, da CF, que diz ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” (TRT02 - RO - Proc. nº 01533-2001-093-15-00-0 – Rel. Elency Pereira Neves)

O pacto de não-concorrência não pode ser ilimitado no tempo, de modo a proibir que o empregado exerça sua atividade por toda a eternidade, principalmente em se considerando que a função que o empregado exerce na empresa está interligada à sua formação profissional, a qual adquiriu ao longo dos anos.

Ademais, com o avanço da tecnologia e as crescentes exigências do mercado de trabalho, que estimulam cada vez mais a concorrência, os profissionais estão se tornando mais especializados em sua área de atuação.

²³⁹ Op. cit. p. 1163.

Assim, o quadro de composição das empresas, notadamente em relação aos cargos mais elevados, é composto de profissionais expertos em determinados assuntos específicos.

Desta forma, inexistindo interesse da empresa em permanecer com este empregado que possui informações privilegiadas, potencializando prejuízos acaso utilizadas em outra empresa, poderá ser celebrada uma cláusula de não-concorrência, limitando o exercício da atividade dantes desempenhada, porém, por um período certo e determinado.

A determinação do período deve levar em conta o tempo suficiente e razoável para anular ou minimizar o potencial risco de dano em razão das informações que o funcionário possui, tal como o tempo necessário para que o ex-empregador possa fixar sua clientela, para que aquele segredo de empresa se torne ultrapassado face às inovações tecnológicas diárias, ou para que determinada informação se torne domínio de mercado.

Não pode haver estipulação por prazo indeterminado, sob pena de invalidar na totalidade a cláusula de não-concorrência.

Alexandre de Almeida Cardoso²⁴⁰, estudando a matéria, afirma que para fixação do prazo determinado de vigência da cláusula de não-concorrência, devem-se ponderar, também, os prejuízos profissionais que serão suportados pelo trabalhador em virtude de sua ausência do mercado de trabalho.

O autor supra citado afirma que, quando realizada a equação para fixação do prazo na cláusula de não-concorrência, deve ser considerado se o período durante o qual o ex-empregado ficará afastado de sua atuação profissional não ocasionará o afastamento definitivo das oportunidades originadas neste determinado segmento do mercado de trabalho.

²⁴⁰ Cardoso, Alexandre de Almeida, Dos pactos de não-concorrência nos Contratos Individuais do Trabalho, Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho, Faculdade de Direito da USP, p. 231.

Então, o mesmo autor conclui que se deve considerar o prazo mínimo necessário para preservação dos segredos da empresa, evitando a indevida exploração ou utilização pelo trabalhador; e, de outro lado, deve-se avaliar o prazo máximo que o empregado pode suportar a ausência no mercado, sem que esse distanciamento implique a impossibilidade de retorno quando encerrado o prazo.

Desta forma, ainda que o interesse da empresa exija a fixação da cláusula por um período maior, devem-se analisar os interesses do empregado, e, se estes forem profundamente protelados se estipulado este prazo, por certo necessária se fará a imposição de uma diminuição, o que ocorre notadamente com os empregados do ramo da ciência e tecnologia, inclusive a tecnologia bio-humana, em que sua ausência do mercado de trabalho por um período mais longo poderá impossibilitar sua posterior inserção.

Este estudo se faz importante porque, ao contrário das várias legislações estrangeiras que fixam os prazos máximos de duração da obrigação nas cláusulas de não-concorrência, a legislação brasileira sequer prevê a existência desta cláusula e, menos ainda, fixa qualquer prazo que seja.

Todavia, apesar desta omissão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm declinado em aceitar a validade da cláusula, desde que pactuada por um prazo razoável.

Neste sentido, validando a cláusula de não-concorrência no direito brasileiro, o Ministro Eloy da Rocha²⁴¹, em voto proferido, dispõe acerca da necessidade de fixação de um prazo razoável, salientando que entende por adequado que este prazo não seja superior à própria duração do contrato agora extinto, como se observa:

“(....) O que não se pode admitir em absoluto, é a restrição

²⁴¹ *in* Revista Trimestral de Jurisprudência 55/44, apud CALVO, Adriana Carrera. Aspectos legais e a validade da cláusula de não concorrência no Brasil.

perpétua que evitaria o livre progresso e melhoramento individual e privaria o direito à existência. O direito ao trabalho não é outra coisa que o direito à vida. O pacto pode ser tolerado, uma vez que não inutilize o futuro do preposto. Para a sua validade, são essenciais as limitações de lugar e tempo, sendo quanto a este, bom critério não exceder o período de duração efetiva do contrato. Em atenção ao princípio constitucional de liberdade de trabalho ou direito a trabalho, não será admissível cláusula de não-concorrência sem tais limitações”.

Já Sérgio Pinto Martins²⁴² afirma como prazo ideal para cláusula de não-concorrência o limite máximo de dois anos, chegando a esta conclusão por não ser um prazo muito longo e por ser o mesmo prazo dos contratos de trabalho por prazo determinado, ou seja, se o empregado pode se comprometer a trabalhar por um período certo e determinado de dois anos, também pode se comprometer a não trabalhar por este mesmo período, o que é razoável:

“... o ideal é que fosse estabelecida por um prazo máximo de dois anos, que é o período máximo de vigência do contrato de trabalho por tempo determinado e não seria um prazo muito longo”

Admite o autor, ainda, a aplicação do prazo de cinco anos estabelecido no atual Código Civil acerca do pacto de não restabelecimento do alienante de estabelecimento comercial:

“Por analogia pode ser aplicada a regra do artigo 1.146 do Código Civil de 2002 que não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência”.

Quanto à aplicação do critério ditado no artigo 1.146 do Código

²⁴² *in* Cláusula de não concorrência inserida no contrato de trabalho. IOB 07/2001 – Caderno 2.

Civil vigente, é necessário ponderar-se que estas disposições regem a situação de dois sujeitos autônomos e independentes, que terão ampla liberdade de pactuar e se impor, podendo até se ajustar de modo diverso ao estabelecido legalmente, extinguindo ou diminuindo o prazo da cláusula de não restabelecimento, ao passo que, no direito do trabalho, temos a situação de dois sujeitos em patamares antagonicamente diferentes, existindo um lado extremo marcado pela característica da hipossuficiência.

Ademais, ao contrário do entendimento de Sérgio Pinto Martins, o jurista Estevão Mallet²⁴³, analisando que não se pode aceitar a inexistência de limite temporal à obrigação de não-concorrência, explica, ainda, que a validade do prazo certo e determinado ajustado pelas partes fica condicionada à análise judicial, que será realizada segundo as conclusões de conveniência e oportunidade extraídas da situação fática do caso em questão, ressaltando, todavia, que não há de se aplicarem as disposição ou prazo do contrato de prazo determinado, que nada têm a ver com a situação em análise.

Ante a inexistência da legislação, a delimitação do tempo de validade da cláusula que limita a concorrência ficará a critério das partes.

Também poderão ser utilizados tanto os parâmetros do artigo 445 da CLT (contrato de prazo determinado - dois anos), como os critérios do Código Civil, com as ressalvas expostas, como, também, podem as partes se valer de quaisquer outros parâmetros.

Há necessidade de observância dos critérios inicialmente expostos, observando-se o prazo necessário para resguardar os interesses do empregador, de acordo com a natureza da atividade, não se extrapolando esta necessidade e atentando-se para que o prazo não exclua do empregado a oportunidade de voltar ao mercado de trabalho.

²⁴³ Op. cit. p. 1166.

Neste sentido, segue a lição de Sérgio Pinto Martins²⁴⁴:

“Certas atividades não precisam de um prazo muito longo de abstenção, como de produtos de bancos e na área de informática, em que em algumas semanas ou em seis meses os demais concorrentes já absorveram o novo produto ou a nova tecnologia”.

Mesmo após expirado o prazo da cláusula de não-concorrência, que estabelece uma obrigação objetiva de não trabalhar na mesma atividade por certo período, não pode o ex-empregado divulgar informações sigilosas do seu antigo empregador, o que apresenta violação aos deveres subjetivos do contrato de trabalho, ainda que já extinto; ademais, caracteriza a incursão em crime, e, por se tratar de ato ilícito, gera indenização por responsabilidade aquiliana.

Tal conclusão é bem ressaltada por Alexandre de Almeida Cardoso²⁴⁵, ao afirmar que o término do prazo de não-concorrência:

“(...) não desobriga o trabalhador de respeitar os segredos empresariais de seu ex-empregador. Mesmo após a extinção do pacto de não concorrência, ao trabalhador não é permitida a divulgação, exploração ou utilização dos segredos de negócio conhecidos em função do antigo contrato de trabalho. O decurso do prazo fixado para o compromisso de não-concorrência faz cessar apenas obrigação objetiva a que o trabalhador se comprometeu de não trabalhar para certas empresas, ou de não se engajar em certas atividades, que resultem em prejuízo para o antigo empregador. O respeito aos segredos do negócio alheios, todavia, independe do ajuste e deve persistir, sob pena de o trabalhador responder por cometimento de ilícito penal e/ ou civil, conforme o caso.”

Conforme exposto anteriormente, o sigilo do segredo de empresa

²⁴⁴ Op. cit. p. 128.

por parte do empregado, o qual tomou conhecimento em razão da confiabilidade do empregador, transcende aos efeitos do contrato de trabalho, prevalecendo, nesse caso, o dever de fidelidade, lealdade e, acima de tudo, o da ética profissional, exigida a todo empregado.

Conclui-se, portanto, que mesmo após expirado o prazo do pacto de não-concorrência, não pode o empregado se valer de informações sigilosas de seu ex-empregador quando recolocado no mercado de trabalho.

Conforme já elucidado, a grande maioria das legislações extravagantes define um prazo máximo para a cláusula de não-concorrência, ao contrário do que ocorre em nossa legislação pátria.

O Código de Trabalho Português prevê o prazo máximo de dois anos para o pacto de não-concorrência, como se constata a seguir:

Pacto de não-concorrência

Art. 146.

1. É lícita, porém, a cláusula pela qual se limite a actividade do trabalhador no período máximo de dois anos subsequentes à cessação do contrato de trabalho, se concorrerem cumulativamente as seguintes condições:...”

Igualmente, o Estatuto dos Trabalhadores espanhol adota o prazo máximo de dois anos para os técnicos, de seis meses para os empregados comuns e de dois anos para os empregados em cargos de gestão e diretoria, como se verifica a seguir:

Decreto n.º 1.382/85

“Art. 8º ...

4 El pacto de no concurrencia para después de extinguido el

²⁴⁵ Op. cit. p. 158.

contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: ...”

Estatuto de Los Trabajadores

“Art. 21 ...

El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válida si concurren los requisitos siguientes: ...”

Na Colômbia, arbitra-se um prazo máximo de até um ano para trabalhadores técnicos, industriais ou agrícolas, devendo-se pactuar, pelo período de abstenção, uma indenização que em nenhum caso pode ser inferior à metade do salário.

O Código Civil Italiano estipula que a cláusula de não-concorrência não pode ultrapassar o prazo de cinco anos, em se tratando de dirigentes, e três anos para os demais empregados:

Art. 2105 Obbligo di fedeltà

Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio.

Art. 2106 Sanzioni disciplinari

L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione (e in conformità delle norme corporative) (att. 97).

...

Art. 2125 Patto di non concorrenza

Il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto, è nullo se non risulta da atto scritto (2725), se non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo.

La durata del vincolo non può essere superiore a cinque anni, se si tratta di dirigenti, e a tre anni negli altri casi. Se è pattuita una durata maggiore, essa si riduce nella misura suindicata (2557, 2596; att. 198).

§ 5 Disposizioni finali

9.4 DA DELIMITAÇÃO ESPACIAL OU TERRITORIAL

Neste sub-item serão estudados os aspectos da limitação de cunho territorial no pacto de não-concorrência.

Acerca desta limitação, Rémy Wyler²⁴⁶ ensina que a limitação territorial do pacto de não-concorrência deve levar em conta a clientela que se pretende proteger, limitando-se, assim, a abrangência do pacto ao espaço territorial em que o empregador exerça sua atividade comercial, como se observa a seguir:

“A interdição de concorrência não deve se estender para além do território no qual o empregador desenvolva a sua atividade. Essa limitação geográfica deve ser compreendida em função da clientela da empresa e, mesmo dentro de tais limites, a proibição pode se revelar excessiva considerando as demais circunstâncias envolvidas, notadamente a ausência de interesse do antigo empregador que justifique a pactuação levada a efeito”.

²⁴⁶ Op. Cit. p. 452.

Sergio Pinto Martins²⁴⁷ esboça esse mesmo entendimento quando alega que:

“... não terá valor a cláusula em locais em que a empresa não venha a competir com outras no mesmo mercado. Assim, ela deve ser estabelecida para uma certa área profissional.”

Embora os autores exijam como requisito de validade da cláusula de não-concorrência uma limitação espacial, entende-se que face à era da informática e dos recursos tecnológicos hoje existentes, com a caracterização de um mundo globalizado, onde os negócios se realizam em locais diversos dos da sede da empresa, é prescindível a estipulação desta limitação para validade do pacto de não-concorrência.

Isso porque uma empresa de qualquer lugar do mundo pode abrir concorrência a uma empresa brasileira, ainda que sequer esteja sediada aqui no Brasil.

Então, uma vez estabelecido o pacto de não-concorrência, embasado no legítimo interesse da empresa e observado um limite temporal razoável, o empregado estaria impedido de exercer aquela atividade, independentemente do espaço geográfico.

Desta feita, entende-se que a limitação espacial ou territorial não é requisito de validade do pacto de não-concorrência; contudo, a partir do momento em que é ajustada pelas partes, deverá ser por todos observada.

Frisa-se que, para aqueles que são adeptos da necessidade de estabelecimento de um limite territorial para o pacto de não-concorrência, tal limite não se restringe ao território nacional, podendo ter outros limites superiores (área do Mercosul, determinados países integrantes da área de exportação da

²⁴⁷ *in* Cláusula de não concorrência inserida no contrato de trabalho. IOB 07/2001 – Caderno 2.

empresa, etc.), desde que haja a justificação desta necessidade mais ampla.²⁴⁸

9.5 DA CONTRAPRESTAÇÃO DA PARCELA

O Código de Trabalho de Portugal, em seu artigo 146, §2º, alínea c²⁴⁹, a legislação Belga “Loi Relative Aux Contrats de Travail”, art.65, § 2º e 4º²⁵⁰, o Estatuto de los Trabajadores da Espanha, art.21. n.2, alínea b²⁵¹ e o Decreto n.º 1.382/85, artigo 8º²⁵², e o Codice Civile Italiano, no artigo 2.125²⁵³, estabelecem como requisito essencial para cláusula de não-concorrência o pagamento de contraprestação.

²⁴⁸ “Por fim, a produção mesmo, por conta das diferentes possibilidades técnicas, realiza-se hoje com enorme facilidade em diferentes partes do mundo e desloca-se, de um lado para outro, com grande rapidez. O notável desenvolvimento da indústria de tecnologia de informação na região de Bangalore, na Índia, ocorrido em curto espaço de tempo, é por demais eloqüente e dispensa outras referências. Nesse caso específico de Bangalore, como ressaltado em estudo da Organização Internacional do Trabalho, restringir, em tal contexto, a eficácia de cláusula de não concorrência ao âmbito do território nacional não se justifica, e faria com que se tornasse muito fácil burlar a limitação, comprometendo a legítima tutela da informação, o que não se admite. Deve-se, pois, aceitar, ao menos em tese, restrição territorialmente mais ampla, caso, diante das circunstâncias, seja ela realmente necessária. (Op. cit. p.1163).

²⁴⁹ “Decreto-Lei nº 49.408/69

Art.36. É lícita, porém, a cláusula pela qual se limite a actividade do trabalhador no período máximo de três anos subseqüentes à cessação do contrato de trabalho, se concorrerem cumulativamente as seguintes condições:(...) c) atribuir-se ao trabalhador uma retribuição durante o período de limitação da sua actividade, que poderá sofrer redução equitativa quando a entidade patronal houver despendido somas avultadas com sua formação profissional.”

²⁵⁰ “Art. 65. § 1er. Par la clause de non-concurrence, on entend celle par laquelle l'ouvrier s'interdit, lors de son départ de l'entreprise, d'exercer des activités similaires, soit en exploitant une entreprise personnelle, soit en s'engageant chez un employeur concurrent, ayant ainsi la possibilité de porter prejudice a l'entreprise qu'il a quittée en utilisant, pour lui-même ou au profit d'un concurrent, les connaissances particulières à l'entreprise qu'il a acquises dans celle-ci, en matière industrielle ou commerciale.

§ 2. La clause de non-concurrence est réputée inexistante dans les contrats de travail pour lesquels la rémunération annuelle ne dépasse pas ((16 100 EUR)) ... 4º elle doit prévoir le paiement d'une indemnité compensatoire unique et de caractère forfaitaire par l'employeur, sauf si ce dernier renonce dans un délai de quinze jours à partir du moment de la cessation du contrat à l'application effective de la clause de non-concurrence.”

²⁵¹ “Art. 21 Pacto de no concorrenza y de permanencia en la empresa

a) El pacto de no concorrenza para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válida si concurren los requisitos siguientes: ...

b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.”

²⁵² “Art. 8º Pacto de no concorrenza y permanencia en la empresa –

1. El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: ...

b) Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada”.

²⁵³ “Art. 2125 Patto di non concorrenza

Il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto, è nullo se non risulta da atto scritto (2725), se non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo.”

No Brasil, inobstante a inexistência de previsão legal expressa, acaso haja a pactuação de não-concorrência, necessário se faz o pagamento contraprestativo, que é um dos requisitos de validade da cláusula de não-concorrência, concluindo-se que, por inexistir normatização sobre o tema, é um dos principais requisitos que dá sustentabilidade à sua admissão²⁵⁴⁻²⁵⁵.

Essa exigência resulta de dois fatos:

- do artigo 8º, caput, da CLT, que autoriza o preenchimento das lacunas legislativas através da utilização do direito comparado,
 - do artigo 157, do Código Civil vigente, que, como desdobramento da proibição da lesão, determina a observância do equilíbrio entre a obrigação imposta ao empregado e a contrapartida que se lhe oferece²⁵⁶.
- e
- do artigo 421 do Código Civil vigente, que limita a liberdade de contratar acaso se desvirtue da função social do contrato

Logo, a onerosidade do pacto de não-concorrência se caracteriza como condição de validade do ajuste, como inclusive é assinalado pela doutrina italiana²⁵⁷, de modo a repelir-se pacto gratuito.

²⁵⁴ “Direito do Trabalho. Cerceamento. Inexiste nulidade e tampouco cerceamento de trabalho na cláusula contratual que impeça o empregado de, durante certo tempo após a rescisão, trabalhar para a empresa concorrente, quando o pacto assegura a devida complementação na eventualidade de redução salarial em trabalho para empresa não concorrente” (TRT, 2ª Região, 7ª Turma, Ac. N.º 02880177116, julg. 29.8.88, in DJ 16.9.88, Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva)

²⁵⁵ “Cláusula de não-concorrência. Validade. A cláusula de não-concorrência foi estabelecida por tempo razoável e houve pagamento de indenização. Logo, está dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É, portanto, considerada válida. Não há dano moral a ser reparado.” (TRT, 2ª Região, 3ª T. RO n.º 02243200038102009, Rel. Juiz Sérgio Pinto Martins, in DOE de 8.6.2004)

²⁵⁶ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Lesão nos contratos bilaterais*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1949, p. 140.

²⁵⁷ CORRADO, Renato. *Trattato di diritto Del lavoro*. 3º v., Torino: UTET, 1969, p. 277.

Entretanto, não basta a mera onerosidade, mas sim um equilíbrio entre a prestação e a contraprestação, assim, a retribuição há de ser equivalente à restrição imposta.

Tal como explica Estevão Mallet²⁵⁸, quanto maior a limitação, o que pode ser auferido em razão do objeto, do período ou do local, maior deve ser a retribuição.

Sérgio Pinto Martins²⁵⁹ delimita de modo objetivo a quantificação da contraprestação decorrente do pacto de não-concorrência, afirmando que o pagamento deve ser no valor da última remuneração do empregado, multiplicado pelo número de meses em que deixará de exercer atividade.

Continua o mesmo autor afirmando que, do contrário, pode ocorrer de o empregado não ter condições técnicas de exercer qualquer outra atividade remunerada, de modo que estaria sendo impedido de exercer a profissão para a qual foi qualificado, além do que, geraria a redução de seu padrão de vida.

Outrossim, não importa qual o padrão salarial recebido enquanto vigente a prestação de serviços, pois, ainda que elevado padrão salarial do anuente do pacto de não-concorrência, este, por si só, não é destinado à indenização pelo período de abstenção na prestação de serviços, havendo, inobstante tal fato, a necessidade de se estipular uma contraprestação destinada especificamente a este fim, conforme entendimento de Cássio Mesquita Barros Jr²⁶⁰.

9.5.1 DO MOMENTO DO PAGAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO

Há posicionamento doutrinário que defenda o pagamento da **contraparcela** de forma mensal; entretanto, nada impede que ele seja realizado

²⁵⁸ Op. cit. p. 1167.

²⁵⁹ Op. cit. p. 124.

²⁶⁰ Op. cit. p. 36.

em uma única parcela.

Todavia, quer seja mensal ou de forma única, o pagamento deve corresponder a uma compensação à limitação imposta, observando-se a proporcionalidade entre eles, conforme estudado acima. Apesar de ser aceito o pagamento em uma única parcela, esta parcela não poderá jamais ser quitada ao fim do cumprimento da obrigação.

É importante salientar que o empregado encontra-se geralmente em situação de hipossuficiência, inclusive econômica, de modo que é inaceitável exigir-se o seu sacrifício ao limitar a área de sua atuação profissional sem que, desde o início, ele receba a devida compensação para tanto.

Neste exato sentido, posiciona-se Estevão Mallet²⁶¹:

“Não há razão para se exigir necessariamente pagamento mensal da compensação. Nada obsta, por exemplo, a liquidação do valor de uma só vez ou em algumas parcelas, seja momento em que contratada a restrição, seja após certo prazo. Mas o prazo de pagamento deverá ser adequado, como a própria compensação. Não se admite que todo o pagamento seja feito somente depois de esgotado o período de restrição. Seria impor ao empregado obrigação muito onerosa em troca de contrapartida desequilibrada.”

Ressalta-se que não é admitido o pagamento de forma mensal durante a vigência do contrato de trabalho, pois esta prática gera dois inconvenientes.

Primeiro, pode-se tentar camuflar o pagamento de uma parcela salarial sob o título de “indenização de pacto de não-concorrência”, que, como se verá a seguir, tem caráter indenizatório.

²⁶¹ Op. cit. p. 1165.

Com tal prática, estar-se-á burlando a lei, principalmente caso se considere que, após extinto o contrato de trabalho, somente o ex-empregador controlará o cumprimento, ou não, deste pacto, impossibilitando que haja insurgimento quanto à validade desta discriminação quando ainda vigente o contrato de trabalho.

Ademais, quando pactuada a não-concorrência, a indenização será fixada tomando por base os parâmetros limitativos impostos na cláusula, principalmente o período em que ela deverá ser cumprida, de modo que a indenização deverá ser fixada desde logo.

Por fim, quanto ao tema da contraprestação da parcela, devemos salientar que empresas multinacionais que possuem empregados que se submetem às legislações brasileira e estrangeira, não podem conceder benefícios ou contraprestações diversas, que, ao contrário, devem ser equivalentes e, nesse caso, entende-se que deverá ser aplicada a contraprestação que se mostrar mais benéfica.

Assim, conclui-se que as empresas globalizadas devem dispensar tratamento igualitário a seus empregados, mesmo que submetidos a legislações diversas, em observância ao princípio de justiça e igualdade. Neste sentido, inclusive, note-se decisão brasileira:

“As garantias conferidas a um empregado norte-americano não podem ser maiores dos que as conferidas aos trabalhadores do mesmo grupo em países em desenvolvimento, sob pena de estabelecer-se o tão temido social dumping, ou a deterioração das condições de trabalho dos trabalhadores dos países em desenvolvimento, resultante de sua exploração por empresas multinacionais, transferindo seus estabelecimentos em busca de crescimento em seus lucros pela redução dos custos trabalhistas.”
(JT – 2ª Região - 63ª Vara do Trabalho – processo nº 624/2005)

9.5.2 DA NATUREZA JURÍDICA DA CONTRAPRESTAÇÃO DA PARCELA

Acerca da natureza jurídica da contraprestação paga em razão do pacto de não-concorrência, há duas correntes, uma afirmando pela natureza salarial e outra defendendo a natureza indenizatória.

A primeira corrente que defende a natureza salarial o faz sob a afirmação de que o pagamento, enquanto o empregado está cumprindo o pacto de não-concorrência, tem o caráter de salário, pois o empregado estaria à disposição de seu empregador, recebendo uma contraprestação salarial por tal fato.

Já a segunda corrente, que possui maior número de adeptos, afirma que salário não pode ser, mas sim indenização, já que se presta a ressarcir uma lesão causada no patrimônio do empregado. Neste sentido, segue Oliveira Vianna²⁶²:

“Na verdade esta interdição começa a ser considerada como uma lesão do patrimônio do empregado, lesão que impõe uma reparação. Em certas legislações mais recentes já prevalece, por isto mesmo, o princípio de uma obrigação de indenização imposta ao patrão em favor do empregado renunciante. É o que estabelece a nova reforma do Código Comercial alemão de 1934 (v. Revue Internaticonal du Travail, 1935, p. 231).”

Ademais, salário é a contraprestação do trabalho, e trabalho não há no cumprimento do pacto de não-concorrência:

“Não se remunera obrigação de não fazer, consistente em não exercer determinada atividade. Indeniza-se, isso sim, a limitação à

²⁶² *in* Direitos irrenunciáveis, Revista dos Bancários – Syndaké, n. 23, 1937, p. 16, *apud* OLIVEIRA, Oris de. Op. cit. p.146.

liberdade de trabalho”.²⁶³

Esta mesma corrente descarta a teoria de que, enquanto vigente o pacto de não-concorrência, o empregado estaria à disposição do empregador.

Frisa-se que não se pode considerar como uma contraprestação em razão de tempo à disposição, pois o cumprimento do pacto de não-concorrência não caracteriza esta situação, haja vista que o seu cumprimento impede somente a prestação de serviços em nome próprio ou alheio na *mesma atividade*, a fim de se evitar a concorrência, mas não impede a prestação de serviços em *qualquer outra atividade*, para qualquer outro empregador.

Neste sentido, Oris de Oliveira²⁶⁴ afirma:

“Na vigência da obrigação de não concorrer não há prestação de serviço nem disponibilidade em favor do empregador, não devendo, pois, a contraprestação paga pelo empregador estipulante ser considerada salário.”

Outrossim, quando iniciado o período de cumprimento do pacto de não-concorrência, o contrato de trabalho que o estabeleceu terá sido extinto e não haverá qualquer vinculação ou subordinação ao ex-empregador.

Deste modo, fica descartada a caracterização do tempo à disposição do ex-empregador, ficando, assim, totalmente afastada a possibilidade de retribuição salarial.

Indenização o é, defendem, pois se presta a fazer cessar o prejuízo causado, correspondendo ao equivalente pecuniário do dever de ressarcir²⁶⁵, sendo que o prejuízo fica caracterizado não só pela ausência de remuneração da atividade no período que se fica sem trabalhar, mas sim por toda

²⁶³ MALLET, Estevão. Op. cit. p. 1165.

²⁶⁴ Op. cit. p. 145-146.

²⁶⁵ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello, Op. cit. p. 61.

desatualização e transtorno que o cumprimento deste pacto gera, havendo uma nítida redução de liberdade e uma redução no patrimônio do empregado.

Explicitando a natureza indenizatória, segue a lição de Wladimir Novaes Martinez²⁶⁶:

“Como a civil, a indenização trabalhista não é remuneratória. Distingue-se da contraprestação. Não porque não se refira a serviços prestados, mas em razão de sua natureza reparadora-substitutiva, excepcional, fortuita. Em alguns casos, punitiva. A indenização laboral decorre do contrato de trabalho. Mas flui desnaturadamente, enquanto a remuneração é consequência lógica da prestação de serviços.”

Por fim, como também explica Oris de Oliveira, a indenização pode ser, desde logo, estipulada contratualmente, haja vista que esta pode surgir de atos lícitos e ilícitos, e pode servir para reparar lucros cessantes, momento em que se admite a estipulação contratual, o que ocorre no pacto de não-concorrência.

Dentre as duas correntes supra apresentadas, tem tomado destaque a que entende pela natureza indenizatória do pacto, à qual também nos filiamos²⁶⁷.

²⁶⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário* - v.2, São Paulo: Ed. LTr, 1998, p. 315 *apud* JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Op. cit. p. 61.

²⁶⁷ Faz-se necessário salientar, contudo, que no sistema francês os Tribunais não têm concedido caráter indenizatório às retribuições pagas, mas têm-lhes atribuído nítido caráter salarial, o que, por certo, acaba por onerar o agente pagador.

CAPÍTULO X

DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS COLETIVOS DE TRABALHO

10.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

No direito positivo brasileiro, como salientado no decorrer deste estudo, não há qualquer previsão normativa da cláusula de não-concorrência no direito do trabalho, a fim de que produza seus efeitos após extinto o pacto laboral. A legislação não prevê sua instituição, seja através de contrato individual ou de norma coletiva.

A ausência de normatização do instituto, por si só, não exclui a possibilidade de sua aplicação em nosso meio jurídico, ao contrário, esta sempre será possível, desde que ultrapassadas as barreiras acerca da definição da forma de sua aplicação e dos seus requisitos de validade, estudados sempre em face das normatizações legais e constitucionais existentes.

Desta forma, faz-se necessário o suprimento desta omissão legal com o estudo de outros institutos jurídicos de nosso direito positivo, inclusive os existentes no Brasil nos demais ramos do direito, bem como através da importação dos estudos e conclusões efetuados na doutrina e legislação estrangeiras.

O mesmo ocorre, então, com a cláusula de não-concorrência, prevista através de normas coletivas.

10.2 DA PREVISÃO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

Primeiramente, socorrendo-os da normatização alienígena, há a

normatização deste instituto na Bélgica, onde a cláusula de não-concorrência é prevista nos artigos 65 e 86 da Lei belga de 3 de julho de 1978.

O sistema belga é considerado misto, pois normatiza a pactuação da não-concorrência através de normas positivas e através das previsões em normas coletivas de trabalho.

Na verdade, a legislação belga adota um sistema de acordo com a margem salarial do empregado e a categoria profissional que compõe, sendo que os limites salariais anuais são determinados por lei, e as categorias em que se admite, ou não, a pactuação, são determinadas por normas coletivas.

Desta forma, as Convenções Coletivas de trabalho do sistema belga prevêm as categorias que podem ou não celebrar o pacto de não-concorrência. Contudo, inobstante a categoria, há o limite salarial.

Portanto, aqueles que recebem até um determinado valor anual de salário, considerado como “baixo”, não podem celebrar o pacto de não-concorrência, pertençam a qualquer profissão que seja.

Já os que recebem um valor “intermediário” de salário anual poderão celebrar o pacto de não-concorrência, desde que a função exercida esteja autorizada na convenção coletiva da categoria para celebração do pacto.

Ou seja, nessa hipótese de recebimento salarial intermediário, a norma coletiva prevê quais profissões “podem” celebrar o pacto.

Por fim, os que percebem salários mais “elevados” poderão pactuar a não-concorrência, independentemente de sua profissão ser ou não autorizada, através da convenção coletiva, invertendo-se a situação, sendo que só não poderão celebrar os integrantes daquelas funções terminantemente proibidas nas normas coletivas. Ou seja, na hipótese de recebimento de salário anual elevado, a norma coletiva prevê quais profissões “não podem” celebrar o pacto.

A intervenção das normas coletivas no sistema belga se dá com a finalidade de delinear as profissões nas quais se admite ou não a pactuação de não-concorrência, concedendo os parâmetros de validade em complementação à lei. Contudo, a pactuação em si, ocorrerá através de contrato individual de trabalho.

Já no sistema francês, a previsão da cláusula de não-concorrência (*clause de non réembauchage*) ocorre nas normas coletivas de trabalho e nos contratos individuais, apresentando, contudo, algumas diferenças em relação ao sistema belga.

Na verdade, na normatização positiva francesa “não” existe qualquer previsão da cláusula de não-concorrência, tratando-se de uma situação jurídica similar à do Brasil, de modo que a normatização coletiva não se presta a complementar a normatização positiva, mas sim a disciplinar a matéria completamente, o que, por vezes ocorre, também, através dos contratos individuais de trabalho.

A norma coletiva no sistema francês pode instituir a cláusula de não-concorrência ou delimitar as formas para sua instituição através de contrato individual.

Nesta segunda hipótese, acaso a estipulação do pacto através de contrato individual não observe as formas delimitadas na norma coletiva, será este eivado de nulidade.

Certo é, que se acaso a norma coletiva nada preveja acerca do pacto de não-concorrência, não a instituindo, nem delimitando o modo de sua instituição, pode esta ser estabelecida através de contrato individual, que não terá de observar qualquer limite coletivo-normativo, posto que inexistente.

Contudo, apesar de o pacto de não-concorrência, na França, não possuir disposições legais gerais, podendo ser instituído ou delimitado por norma

coletiva ou instituído por contrato de trabalho, com ou sem delimitação de norma coletiva, a jurisprudência francesa tem ditado as condições de validade do pacto.

Grande parte das convenções coletivas de trabalho prevê uma duração de dois anos para a cláusula de não-concorrência, no entanto, desde que não seja por prazo determinado, os Tribunais têm admitido que a estipulação se dê por período mais longo.

10.3 DA PACTUAÇÃO ATRAVÉS DE NORMA COLETIVA NO BRASIL

No Brasil, o pacto de não-concorrência pode ser previsto através de normas coletivas *lato sensu*, ou seja, tanto através de acordo coletivo de trabalho, quanto através de convenção coletiva de trabalho.

Esta previsão ocorre no sentido de restringir totalmente a possibilidade de pactuação de não-concorrência entre os empregadores e empregados abrangidos pela convenção, como também no sentido de possibilitar o estabelecimento e delimitar as garantias mínimas dos empregados que o anuírem.

Nesta última hipótese, a norma coletiva poderá normatizar o instituto, prevendo prazo máximo de validade da cláusula, valor e forma de pagamento da contraprestação, forma e momento de estabelecimento da cláusula, bem como hipóteses em que o pacto não poderá ser exigido, como por exemplo, quando a rescisão do contrato de trabalho ocorrer enquanto ainda vigente o período de experiência, entre outros.

Assim, uma vez prevendo a convenção coletiva da categoria os termos e limites para estabelecimento do pacto de não-concorrência, ficarão as partes a ela vinculada, nos termos do artigo 444 que assim disciplina a matéria:

“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.”

Salienta-se que, acaso instituído o pacto de não-concorrência em inobservância às determinações convencionais, será este considerado nulo de pleno direito, nos termos do artigo 619, da CLT:

“Art. 619. Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito.”

Importante trazer à baila as lições de Estevão Mallet²⁶⁸, que se posiciona no sentido de que as convenções ou acordos coletivos de trabalho deverão se limitar a estabelecer as regras gerais e garantias do empregado em caso de estabelecimento de pacto de não-concorrência, ou seja, irão prever regras delimitadoras do estabelecimento da cláusula.

Referidos instrumentos não poderão *“instituir”* o pacto de não-concorrência de modo indistinto, abrangendo a todos os empregados integrantes daquela mesma categoria.

Acaso fosse possibilitada, às normas coletivas, a *“instituição”* do pacto de não-concorrência de modo indistinto, estaria violado o requisito de validade que exige a *“justificação da instituição por real necessidade em razão de risco efetivo”*.

Por certo, a efetiva necessidade decorrente do risco em razão das informações a que o empregado tenha tido acesso somente poderá ser constatada pelo empregador, caso a caso, de acordo com as funções exercidas pelo empregado e pelo grau de informações sigilosas e privilegiadas que este

²⁶⁸ Op. cit. p. 1166.

tenha tido acesso, o que não ocorre indistintamente com todos os funcionários integrantes da mesma categoria profissional.

Ademais, como também ensina o professor, a cláusula de não-concorrência, por estabelecer limitações à liberdade de trabalho, deve ser expressamente aceita pelo empregado, e, se imposta unilateralmente, caracterizar-se-á a imposição de uma cláusula maléfica ao empregado, pois mesmo que haja a indenização compensatória, há uma importante limitação à liberdade de trabalho, que, por certo, não pode ser “imposta”, mas sim, “acordada”.

Eis o que diz o professor Estevão Mallet²⁶⁹ a respeito:

“Não cabe, no entanto, estabelecer, por meio de negociação coletiva, diretamente e sem a adesão individual do empregado, cláusula geral de não-concorrência. A hipótese, aceita no direito francês, condicionada a simples ciência – e não concordância – do empregado, envolveria contratação coletiva in pejus, não admitida pelo legislador brasileiro, salvo em casos taxativamente determinados.”

Conclui-se, então, pela possibilidade de previsão do pacto de não-concorrência através de normas coletivas de trabalho (convenção coletiva ou acordo coletivo), que, contudo, somente poderão prever os aspectos gerais da contratação, que deverá ser feita individualmente com a anuência expressa do empregado quando da firmação do contrato de trabalho.

²⁶⁹ Op. cit. p. 1166.

CAPÍTULO XI

DO DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS DE TRABALHO

11.1 DA OBRIGAÇÃO DE FAZER E A ESTIPULAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA

Primeiramente há a necessidade de se ponderar que o pacto de não-concorrência estipula uma obrigação de não fazer.

Na verdade, segundo Maurício Godinho Delgado²⁷⁰, o caráter de fidúcia do contrato resulta em diversas obrigações de fazer ou não fazer, que incidem, principalmente, sobre o trabalhador.

O fim primordial da lei, contudo, é que referidas obrigações, tal como as de fazer, sejam cumpridas *in natura*, ou seja, o principal objetivo daqueles que anuem à sua estipulação não é o recebimento de qualquer indenização ou de reparo econômico, mas sim, a própria prestação estipulada, que determina a abstenção de determinados atos.

Assim, acaso o empregado descumpra sua obrigação de não exercer as atividades dantes exercidas, por conta própria ou alheia, poderá o ex-empregador ingressar com ação cominatória, pleiteando a expedição de uma ordem judicial que determine o cumprimento da obrigação de não fazer.

Esta mesma ordem judicial, via de regra, determina uma multa cominatória, devendo aquele que descumpra a cláusula arcar com multa diária enquanto ocorrer o inadimplemento.

²⁷⁰ Op. cit. p. 320.

11.2 DA INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS

Contudo, se ainda assim persistir a desobediência à determinação judicial, outra solução não haverá senão a responsabilização por perdas e danos, que, por certo, não exclui a multa diária eventualmente já aplicada.

Assim, o descumprimento insistente da obrigação por parte do empregado dá o direito ao empregador de receber a indenização estipulada no próprio contrato de trabalho, quando da pactuação de não-concorrência.

Uma discussão que se trava nesse aspecto diz respeito ao fato de a grande maioria da doutrina e jurisprudência brasileira excluir a possibilidade de imposição de multa ao empregado, afirmando que isto demandará nítida redução salarial, o que é vedado constitucionalmente. Esta mesma corrente conclui, então, pela ilegalidade de eventual “multa” por descumprimento do pacto de não-concorrência, repudiando-a

No entanto, o primeiro argumento que temos para repudiar esta corrente é que, acaso descumprido o pacto de não-concorrência, e acaso exigida eventual multa, não haverá de se falar em redução salarial, já que o contrato de trabalho não mais estará em vigor.

Ademais, a punição pelo não descumprimento do pacto de não-concorrência não enseja a aplicação de uma “multa”, mas sim gera o direito de uma indenização por perdas e danos²⁷¹.

²⁷¹ Em sentido contrário, há o posicionamento de Sérgio Pinto Martins, que sustenta que o descumprimento do pacto de não-concorrência ensejará a aplicação de uma “multa”. Contudo, posiciona-se que não é uma multa que ensejará um desconto salarial, mas sim uma multa pelo descumprimento contratual. Vejamos: “a sua natureza é cominatória, relativa a uma obrigação de não-fazer. Não se trata de multa por desconto salarial, que seria vedada, mas de multa para fins de cumprimento do que foi acordado”.

Trata-se de perdas e danos prefixados no contrato de acordo com as regras do direito comum, haja vista a inexistência de normatização acerca do tema na legislação trabalhista.

E, a fim de validar a cobrança desta indenização, salientamos que nossa normatização trabalhista permite a indenização por perdas e danos decorrente de ato culposo ou doloso do empregado, consoante autoriza o artigo 462, § 1º, da CLT, abaixo transcrito:

*“Art. 462 Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.
§1º Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.”*

Desta forma, nada impede que, descumprida a obrigação imposta ao empregado, incide o disposto no artigo 475 do Código Civil, a saber:

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

Assim, não há que se falar em qualquer ilegalidade na cobrança de indenização por descumprimento da cláusula de não-concorrência.

Entretanto, frisa-se a existência de posicionamento diverso, que julga pela validade da punição, todavia, a classifica como multa previamente estipulada para fins de prefixação de perdas e danos, de modo que dispensam a demonstração destes danos, justamente porque possui caráter de multa, vejamos:

Para Alexandre de Almeida Cardoso²⁷² a penalidade pelo descumprimento da cláusula de não-concorrência tem caráter de multa, que dispensa a prova quanto à existência do prejuízo, bem como do nexo de causalidade com a violação do compromisso pelo trabalhador, pois basta que se demonstre a violação aos termos do compromisso firmado.

Ademais, consoante estatui o artigo 412 do código civil vigente, a cláusula penal pode ser livremente pactuada entre as partes, mas o valor da cominação não pode exceder o valor da obrigação principal.

Além da indenização por perdas e danos, o ex-empregador, como bem ressaltado por Estevão Mallet²⁷³, poderá se restituir dos valores pagos em contraprestação à restrição pactuada. Porém, o mesmo autor ainda assevera a possibilidade de receber a multa cominada, de modo que entende que o previsto no contrato não é uma prévia estipulação de indenização, mas sim uma multa.

11.2.1 DOS DANOS MATERIAIS

A indenização pela qual pode ser responsabilizado o empregado que descumpriu a obrigação de fazer se refere aos danos materiais ocasionados ao ex-empregador.

Estes danos materiais podem decorrer de danos emergentes, bem como de lucros cessantes, o que ocorre, geralmente, quando o ex-empregado divulga ao concorrente um segredo de empresa que viabiliza a produção de um produto inédito, podendo o ex-empregador ser ressarcido pelos ganhos que deixou de obter com tal produto.

11.2.2 DOS DANOS MORAIS

Além da indenização por danos materiais, o ex-empregador ainda

²⁷² Op. cit. p. 244.

²⁷³ op. cit. p. 1168.

poderá ser ressarcido por danos morais que eventualmente venha a sofrer.

A pessoa jurídica, que via de regra será a parte lesada neste contexto, não tem aptidão para sofrer “dor”, o que é o maior objeto de tutela do dano moral. Isto, aliás, tem sido objeto de debates entre os estudiosos do tema.

No entanto, um dos bens de maior importância da pessoa jurídica é a sua imagem e conceituação no mercado empresarial, de modo que, acaso o ex-empregado, trabalhando no concorrente, venha a ocasionar danos à imagem de seu ex-empregador, poderá ser responsabilizado por dano à imagem, que é uma das modalidades do dano moral.

Ademais, como bem salientado por Maria Helena Diniz²⁷⁴, o dano moral é:

“... a ofensa de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo.”

Além disso, a normatização pátria admite a indenização por dano moral nas situações não reguladas especificamente por texto de lei, mesmo porque o artigo 5º, inciso X, da CF/88 prevê, de modo genérico, quais são os bens que, acaso atingidos, geram o direito a esta indenização:

“... são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação.”

No mesmo capítulo, acrescentou em seu inciso V:

“... é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por danos material, moral e à imagem.”

²⁷⁴ *in* Dicionário Jurídico, v.2, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 5.

Assim, a CF/88 protege também os direitos ou atributos das pessoas jurídicas, o que inclui o dano moral à imagem, não protegendo somente valores próprios das pessoas naturais.

O dano moral atinge não só a pessoa natural do empregado, mas também a pessoa jurídica posicionada como empregadora na relação empregatícia.

Desta forma, o dano moral à imagem é todo o prejuízo ao conceito, valoração e juízo genéricos que se tem ou se pode ter em certa comunidade, o que acaba por incluir a pessoa jurídica.

Já a competência para dirimir eventual dano moral, na modalidade de dano à imagem sofrido pelo empregador em decorrência da relação de trabalho, é, atualmente, da Justiça do Trabalho, bem como o próprio objeto do direito material em discussão, cujos efeitos da cláusula de não-concorrência ultrapassam o término do contrato de trabalho.

Até pouco tempo havia discussões sobre esta competência. Contudo, face à Emenda Constitucional 45/2004 que alterou o artigo 114 da Constituição Federal, foi dirimida totalmente a controvérsia e explicitou-se a competência da Justiça do Trabalho.

CONCLUSÃO

Conforme estudado anteriormente, na Idade Média e nas Corporações de Ofício inexistia a liberdade contratual, fato alterado pela Revolução Francesa, que acabou por proibir as Corporações de Ofício na Europa.

Estes foram os primeiros marcos históricos da liberdade de trabalho, das livres contratações, consagrando, inclusive, o princípio da autonomia privada, “*Laissez-faire, laissez-passer*”.

Já na Revolução Industrial, foram estimuladas a competição e a livre concorrência industrial, o que ocasionou a diminuição do custo do produto e, conseqüentemente, da mão-de-obra. Este fato reduziu os trabalhadores à condição de miséria, razão pela qual o Estado passou a intervir nas relações entre os particulares, impondo limites mínimos nas relações de trabalho.

Assim, dada a desigualdade entre as partes, o Estado intervém no campo da vontade individual, limitando aquela liberdade que é própria do direito privado, ditando normas imperativas e regulando a relação empregatícia.

No Brasil, a Constituição de 1988, fundamentada nos princípios da dignidade de trabalho humano e na livre iniciativa e concorrência, asseguram a todos a prática livre de toda e qualquer atividade econômica, vedando, expressamente, práticas que caracterizem o abuso do poder econômico ou que busquem o domínio do mercado.

Contudo, apesar da previsão constitucional, por vezes estes abusos no exercício do poder econômico se manifestam através de empresas que comprem segredos de produção ou de mercado, valendo-se, para tanto, da má-fé de ex-empregados dispostos a prejudicar a qualquer custo seu ex-empregador.

Uma das formas de fazer valer esta previsão constitucional, evitando-se o abuso no exercício do direito, baseada na manifestação da autonomia de vontade, é a estipulação do pacto de não-concorrência.

Não obstante, a ausência expressa de previsão jurídica em nada impede a pactuação de não-concorrência no direito do trabalho, desde que não apresente contrariedade aos princípios e garantias de nosso ordenamento jurídico, mas, ao contrário, sirva para efetivá-los.

O pacto de não-concorrência pode e deve ser fundamentado no princípio da livre iniciativa, elevado a fundamento de nossa República, pois, na medida em que a livre iniciativa garante a liberdade no exercício de qualquer atividade econômica, valorizando o trabalho, o pacto de não-concorrência se presta a efetivá-la, mesmo que represente limitação a ela.

De forma diversa, se se aceitar de modo incondicionado o exercício da liberdade de iniciativa, liberdade de trabalho e liberdade de concorrência como valores absolutos, aceitando, inclusive abuso em seu exercício, o que pode ser manifestado através de práticas de venda e compra de segredos de empresa, com a participação de ex-empregados, sob o indevido fundamento de exercício de sua liberdade de trabalho, estar-se-á a violar e limitar o direito alheio, distanciando-se da finalidade perseguida por nossa atual Constituição.

Assim, a livre iniciativa, liberdade de trabalho e de concorrência não que ser exercidas de modo razoável e justo, terminando sua extensão na medida em que infringe o direito de terceiro que também quer concorrer, mas de forma leal.

Neste passo, conclui-se que o pacto de não-concorrência se prestaria, de um lado, a garantir a livre iniciativa e concorrência da pessoa jurídica, na medida que impede que o ex-empregado viole seus segredos.

Por outro lado, restringe a livre iniciativa do empregado que

se encontra limitado no exercício do emprego em razão de tal cláusula.

No entanto, esta redução deve ser eqüitativa e razoável, e também válida, na medida que restringe com o fim de evitar a prática de atos irregulares, inviabilizando que os concorrentes abusem em suas liberdades.

Pondera-se, ainda, que a satisfação da valorização do trabalho humano ocorre de modo mais nítido na medida em que a empresa exerce sua função social no mercado de trabalho, sendo certo afirmar que empresas que abusam em sua liberdade de livre iniciativa e concorrência estão se distanciando desta função.

Logo, a limitação do empregado a fim de evitar estas práticas não está violando a valorização do trabalho humano, ao contrário, está viabilizando-a, na medida em que garante um mercado de trabalho competitivo e viável a todos que nada mais querem senão trabalhar honestamente.

Ademais, o pacto de não-concorrência se valida no momento em que demonstra ser a exteriorização da liberdade de pensamento e personalidade do empregado, que possui autonomia para criar relações jurídicas diversas, ou seja, se autodetermina, surgindo, então o relacionamento do exercício da autonomia privada, estipulando o pacto de não-concorrência, com os princípios constitucionais da livre iniciativa e concorrência.

A razoabilidade que concede validação à instituição do pacto de não-concorrência esbarra nos princípios constitucionais acima explanados, tal como a livre iniciativa, a valorização do trabalho humano, a autonomia da vontade, entre outros.

No entanto, constatando-se que nenhum direito possui caráter absoluto, em conformidade com o que foi visto na liberdade contratual, mas sendo sim relativizado, não há como negar que o direito de exercício de trabalho, assegurado constitucionalmente, também, possa ser relativizado.

Conclui-se, assim, que a cláusula de não-concorrência, apesar de apresentar certa restrição à liberdade de trabalho, não é inconstitucional, uma vez que esta liberdade, como já demonstrado, pode ser relativizada, sendo que, às vezes, a relativização da liberdade ocorre para garantir a própria subsistência desta.

Ora, se todos tiverem suas liberdades ampla e irrestritamente garantidas, haverá sim uma insubsistência desta liberdade, em que somente os mais fortes poderão e conseguirão exercê-la; aos demais, sobrarão a reclusão.

Assim, toda a explanação acima realizada, nada mais representa, senão a aplicação do princípio da proporcionalidade, haja vista que face um aparente conflito de normas, realiza-se uma adequação entre seus comandos, de forma que nenhuma seja invalidada ou desconsiderada integralmente.

Ao contrário, passam as normas contraditórias a agir em comum, buscando um único sentido maior, que é a satisfação dos objetivos constitucionais analisados como um todo, ante o princípio da unicidade contratual.

Um dos maiores princípios que fundamenta o nosso Estado Democrático de Direito, apesar de possuir origem anterior e intrínseca ao próprio ser humano, é o que trata da dignidade da pessoa humana, que engloba não só todos os direitos fundamentais da pessoa, mas também os direitos sociais e outros que garantem tal dignidade.

Nesta esteira, há de se concluir que a dignidade da pessoa humana é um dos objetivos constitucionais, de modo que os princípios colidentes devem ser interpretados e integrarem-se no sentido de garantir o cumprimento deste maior objetivo constitucional.

Considerando-se, ainda, que os princípios, sob o enfoque pós positivista, possuem uma dimensão de valores, na existência de conflitos

entre eles, considerar-se-á, caso a caso, o peso de cada um, havendo a necessidade de uma compactação e harmonização entre seus comandos, o que terá solução diversa diante de cada caso concreto.

Assim, quando da aplicação da ponderação e proporcionalidade entre os princípios, deve-se analisá-la sempre sob este aspecto.

A importância desta conclusão trazida ao direito do trabalho ocorre na medida em que há que existir estabelecimento de metas mínimas, bem como, há que se proteger os direitos sociais de todos, garantindo-se inclusive a igualdade econômica, sob pena de desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, quando nos parecer que o estabelecimento do pacto de não-concorrência viola direitos do empregado, tal qual o direito ao trabalho, deve-se fazer uma exegese da seguinte forma: o pacto de não-concorrência, conforme acima afirmado, se presta a garantir o direito à livre iniciativa, pois na medida em que evita abusos, somente resguarda a livre iniciativa de todos e não só de um.

Ademais, quando nos parece limitar a busca do pleno emprego, somente o vem a garantir, haja vista que garante um mercado de trabalho com sadias concorrências setoriais, inclusive permite que a empresa desenvolva integralmente sua função social, que não é somente a do lucro.

Outrossim, ainda que não se entenda dessa maneira, concluindo-se que o pacto de não-concorrência limita tais princípios, deve-se com a aplicação da regra da proporcionalidade e face aos princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, concluir que, se o pacto de não-concorrência fornece uma contraprestação razoável àquele que o firmou, garantindo a dignidade do ex-empregado, é plenamente válida e eficaz e satisfaz os objetivos constitucionais.

Admite-se a limitação razoável ao pleno emprego e à livre iniciativa, desde que seja fundada e não excessiva, restringindo-se a proteger o direito de propriedade do empregador, bem como, desde que expresse um ato de livre vontade manifestado pelo empregado, em observância ao princípio da autonomia da vontade, e que garanta uma contraprestação razoável à limitação imposta, evitando que se reduza o ex-empregado à situação de miséria.

Desta forma, observados todos estes requisitos, estará garantida a dignidade da pessoa humana, e, uma vez garantida esta, não estará a exteriorização da autonomia da vontade violando nenhuma regra de direito cogente, mas somente dispondo sobre regras dispositivas, exercendo inclusive a função social de proteção, manutenção e valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, do desenvolvimento econômico, bem como incentivando a implementação de pesquisas tecnológicas.

Eis, então, a plena aplicação do princípio da relativização das normas, ou da proporcionalidade.

A não-concorrência no direito do trabalho existe em dois momentos: um primeiro momento, em que se proíbe a concorrência enquanto ainda vigente o pacto laboral, decorrendo de imposição legal, e um segundo momento, em que se coíbe a concorrência após a rescisão do pacto laboral, decorrendo de convenção contratual.

Assim, o pacto de não-concorrência é o ajuste de uma obrigação de não fazer em que as partes limitam de alguma forma, seja em tempo, espaço ou modo, o exercício da livre competição de mercado.

Referido ajuste precisa ser estipulado contratualmente, isto porque ele abrange não só os atos ilícitos concorrenciais, mas, também, os atos lícitos de concorrência, estabelecendo parâmetros objetivos de limitação na atividade de trabalho, tendo seus efeitos projetados para após a rescisão do contrato de trabalho.

A possibilidade de existência do pacto de não-concorrência no direito do trabalho decorre do princípio de proteção, que não se desenvolve apenas em favor do trabalhador, mas também em benefício do empregador, com o objetivo de garantir o cumprimento dos deveres que lhe incumbem no contrato de trabalho, e para viabilizar o próprio contrato.

Um dos fundamentos para a pactuação de não-concorrência, bem como um dos requisitos de sua validade, é o princípio da boa-fé contratual, que nada mais é que uma norma de conduta, que exige que as partes sejam sinceras acerca dos fatos relevantes que justificam ou não a firmação do contrato, agindo com probidade e honestidade.

Ademais, a própria pactuação de não-concorrência deve estar fundamentada na boa-fé contratual, de forma a evitar desequilíbrio entre as prestações do próprio pacto.

Outrossim, tanto o contrato de trabalho quanto a cláusula de não-concorrência devem estar firmados no princípio da função social do contrato, como decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa.

O pacto também se manifesta como decorrência dos deveres de lealdade e de guarda de sigilo que devem existir enquanto vigente e após extinto o contrato de trabalho

Contrapondo os deveres do empregado, que fundamentam a estipulação do pacto de não-concorrência, temos os deveres do empregador que delimitam o mesmo pacto, em que um destes deveres é o de assistência, representado através da concessão de uma contraprestação justa a garantir a subsistência do empregado, na proporção da limitação imposta.

Por fim, são pressupostos de validade do pacto de não-concorrência que haja fundamentação objetiva à restrição imposta, ou seja, um relevante e legítimo interesse para a limitação imposta, representado pela

potencialidade de prejuízo em razão do alto nível de valoração e sigilo das informações que o empregado teve acesso no desenvolvimento de suas atividades de trabalho.

Para a validade do pacto de não-concorrência exige-se também a especificação das atividades que serão restritas ao ex-empregado, o espaço territorial em que haverá a restrição, bem como, o lapso temporal em que ela vigerá.

Ademais, um outro requisito de validade do pacto de não-concorrência é a estipulação de contraprestação da parcela, não bastando a mera onerosidade, mas sim um equilíbrio entre a prestação e a contraprestação.

Por fim, o descumprimento do pacto de não-concorrência pode gerar o ingresso de ação cominatória, pleiteando a expedição de uma ordem judicial que determine o cumprimento da obrigação de não fazer, sob pena de multa, mas, se, ainda assim, persistir a desobediência à determinação judicial, outra solução não haverá senão a responsabilização por perdas e danos.

A indenização pela qual pode ser responsabilizado o empregado que descumpriu a obrigação de não fazer se refere aos danos materiais e morais ocasionados ao ex-empregador.

BIBLIOGRAFIA

AHRENDET, Hannah. *Condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ALMEIDA, Renato Rua de. *A teoria da empresa e a regulação da relação de emprego no contexto da empresa*, Revista do Advogado - AASP, ano XXV, junho de 2006, n. 82.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O Novo Código Civil Brasileiro; Função Social dos Contratos; Boa-Fé Objetiva; Teoria da Imprevisão e em Especial Onerosidade Excessiva*. Revista LTr 67-04/393, v. 67, n. 4, abril de 2003.

BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: Ltr. 2003.

BARROS JÚNIOR, Cássio Mesquita. *Revista do Instituto dos advogados de São Paulo, São Paulo, ano 4, 2001*.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*, 2. ed. LTR.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6. ed. Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BELTRAN, Ari Possidonio. *Dilemas do trabalho e do Emprego na Atualidade*. São Paulo: Ed. LTr, 2001.

_____. *Dever de Fidelidade, Dever de não-concorrência e Cláusula de não-concorrência*. Revista LTr 04/419, v. 66, n. 4. Abril/2002.

CALVO, Adriana Carrera. www.jus2uol.com.br/doutrina/texto

CAMPOS FILHO, José Machado de. *Cláusula de não-restabelecimento*. *Enciclopédia Saraiva de São Paulo*, São Paulo: Saraiva, 1978.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A Menezes Cordeiro, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. v. I, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*. Livraria do Advogado Editora Ltda, 2003.

CARDOSO, Alexandre de Almeida. *Dos pactos de não concorrência nos contratos individuais de trabalho*. Tese de doutorado apresentada ao departamento de Direito do Trabalho, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos Trabalhadores*, Livraria do Advogado Editora Ltda, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr.

_____. *Globalização e hegemonia: cenários para a desconstrução do primado do trabalho e do emprego no capitalismo contemporâneo*. Revista LTr, São Paulo, v. 69, n. 05, maio/2005.

_____. *Revista LTr* 63-07 v. 63, n. 07, julho/1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. v. III, 10. ed. São Paulo: Saraiva.

_____. *Dicionário Jurídico*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNANDES, Antônio Lemos Monteiro. *Direito do Trabalho. I – Introdução. Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina.

GARCIA, Manuel Alonso. *Curso de derecho del trabajo*. 2. ed. Barcelona, 1967.

GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*. 3. ed. LTr, 1992.

GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando, *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo, 1967.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

- _____. *Obrigações*. 11^a edição. Revista e atualizada por Humberto Theodoro Jr., Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GOTTSCALK, Egon Felix. A cláusula de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho, *Revista LTr*. 34/780.
- GRAU, Eros. *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4. ed, São Paulo: Malheiros, 1999.
- GRONDA, Ramirez. *Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo I. La Lei*. Buenos Aires: Ed. 1964.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito, Direito Constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 1^a ed. 2^a tiragem, Editora Malheiros, 2003.
- JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. *Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho*. Ed. Saraiva, 2003.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Cláusula de não-concorrência no Contrato de Trabalho*.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho, Repertório de Jurisprudência, 1^a Quinzena de julho de 1999, caderno 2*.
- MALLET, Estevão. *Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho*, *Revista LTr*, v. 69, outubro de 2005.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.
- MARCELINO, Rosana Guida Kristina. *Os princípios do direito e a liberdade, Função do Direito Privado no atual momento histórico*. Coord. Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. v. II, São Paulo: Ed. LTr, 1998.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Cláusula de não concorrência inserida no contrato de trabalho*. IOB 07/2001 – Caderno 2.

_____.Manual da Justa Causa, 2. ed. Jurídico Atlas, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 1986

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo V, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral*. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Ed. Jurídica Atlas, 17. ed. São Paulo, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. Ltr, 2003.

_____. *Direitos do Trabalho na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e legislação extravagante*. 3. ed. revista e ampliada, 2005, São Paulo: Ed. RT.

OLIVEIRA, Óris de. *Exclusão de Concorrência no Contrato de Emprego*. São Paulo: Ed. LTr, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos bilaterais*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

PÉREZ, Roberto Paton. *Princípios de Derecho social y de Legislación Del Trabajo*. Buenos Aires: Arayú, 1945.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco, 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTO, José Augusto Rodrigues e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. v.1- *Direito Individual*. São Paulo: Ed. LTr, 1992.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*. Coleção Teses, Almedina, 2000.

- REALE JÚNIOR, Miguel, *Casos de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, 4. ed. São Paulo, 1965.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do direito do Trabalho*. Trad. Wagner D Giglio, São Paulo: Ed. Ltr, 1993.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- SAMPAIO, Tércio. *Teoria da norma jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso do direito do trabalho*. Trad. Élon Guimarães Gottschalk. São Paulo: Ltr, 1976.
- SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na CF/88*. Ed. Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- SILVA, José Afonso da Silva. *Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva.
- _____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito - Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVEIRA, Newton. *Limites Convencionais à Concorrência*. Revista Mercantil -43.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: 1978.
- STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade*. São Paulo: LTr, 2000.
- WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. São Paulo: Saraiva, 2004.