



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ricardo José Leite de Sousa

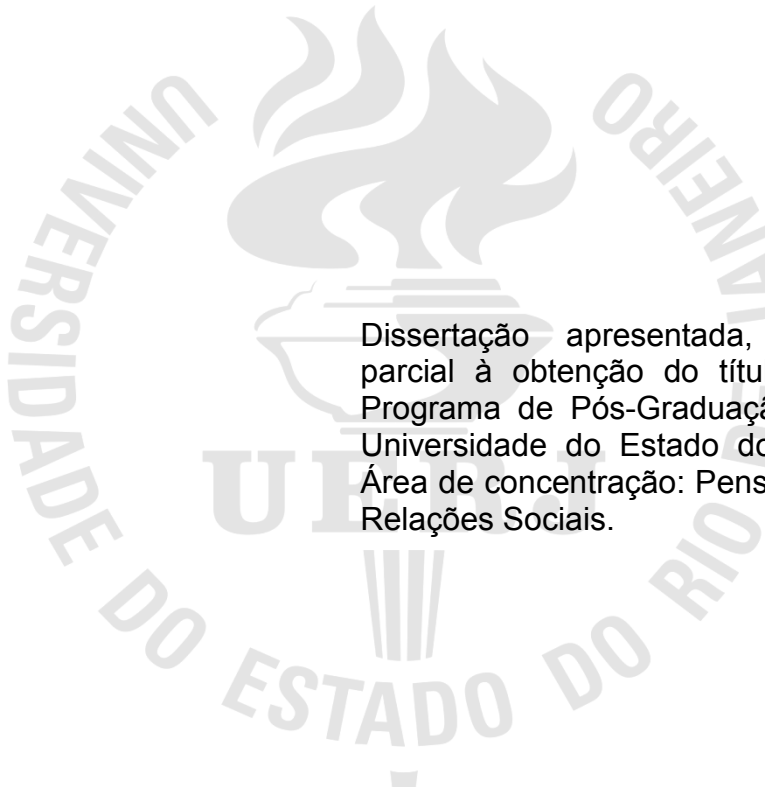
**Pacto de não concorrência e o contrato de emprego no Direito
brasileiro**

Rio de Janeiro

2015

Ricardo José Leite de Sousa

Pacto de não concorrência e o contrato de emprego no Direito brasileiro



Dissertação apresentada, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich

Coorientador: Prof. Dr. Ivan Simões Garcia

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S725

Sousa, Ricardo José Leite de.

Pacto de não concorrência e o contrato de emprego no Direito brasileiro /
Ricardo José Leite de Sousa. - 2015.
163 f.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito do trabalho - Teses. 2. Concorrência - Teses. 3. Contrato de
trabalho - Teses. 4. Propriedade intelectual - Teses. I. Adamovich, Eduardo
Henrique Raymundo Von. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 349.2

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Ricardo José Leite de Sousa

Pacto de não concorrência e o contrato de emprego no Direito brasileiro

Dissertação apresentada, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Aprovada em 17 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Eduardo Henrique von Adamovich (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (Coorientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Enoque Ribeiro dos Santos
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro
2015

AGRADECIMENTOS

Aos Professores Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich e Ivan Simões Garcia, orientadores que me guiaram ao longo da pesquisa, sem o auxílio de quem esse trabalho não seria possível.

Aos novos amigos feitos no Mestrado, que tornaram a experiência acadêmica muito mais divertida.

Aos amigos do Escritório Loureiro Maia Advogados que, apesar de terem sido sobrecarregados de minhas ausências motivadas pelo mestrado, nunca deixaram de apoiar.

Um especial agradecimento a Diogo Campos Medina Maia, o maior incentivador da ideia de fazer o mestrado, e a seu pai, Luiz Otavio Medina Maia, que, além de ter sido um apoiador de primeira hora, dedicou muito do seu tempo me ajudando com a revisão da dissertação.

Aos amigos da Casa de Convivência, que me apoiaram e incentivaram, dando força especial para que o trabalho fosse concluído.

Aos meus pais, que me ensinaram muito cedo a importância dos estudos. Tenho certeza que minha mãe, que não pôde acompanhar a realização do mestrado aqui nesse plano, deve estar feliz em ver que não fiz pouco caso de suas palavras.

Finalmente, à minha esposa Yajaida e à minha filha Maria Clara, que suportaram de forma estoica toda a privação de atenção e tempo sofrida em razão da elaboração da dissertação. Sem vocês, nada disso seria possível.

RESUMO

SOUSA, R. J. L. **Pacto de não concorrência e o contrato de emprego no Direito brasileiro**. 2015. 162f. Dissertação (Mestrado em Empresa e Atividades Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

A presente dissertação busca analisar os aspectos subjacentes à celebração do pacto de não concorrência após o término da relação de emprego no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. O estudo implica a necessidade de verificação dos limites da autonomia da vontade das partes contratantes na relação de emprego, objetivando demonstrar que a pactuação da não concorrência não atenta contra os princípios protetivos do Direito do Trabalho. Da mesma forma, faz-se necessária a análise do conceito de concorrência e suas repercussões na relação empregatícia, de maneira a determinar quais empregados podem ser sujeitos da cláusula de não concorrência. A investigação feita pela dissertação também abarca o conflito entre a liberdade de trabalho e a livre iniciativa e concorrência, direitos constitucionalmente garantidos, razão pela qual faz necessária uma composição que observe a proporcionalidade dos direitos cuja proteção é almejada. Com essa abordagem, acrescida da consulta a alguns textos legislativos estrangeiros e às tentativas legislativas feitas no Brasil acerca do tema, pretende-se perquirir sobre a legalidade e legitimidade da celebração do pacto de não concorrência no Brasil. Por fim, o objetivo desta dissertação consiste em apontar quais são os requisitos validade da cláusula de não concorrência, considerando-se a inexistência de legislação regulamentando a matéria.

Palavras-chave: Pacto de não concorrência. Liberdade de trabalho. Livre iniciativa. Livre concorrência.

ABSTRACT

SOUSA, R. J. L. **Covenant not to compete and the employment contract under Brazilian law**. 2015. 162f. Dissertação (Mestrado em Empresa e Atividades Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

This dissertation aims to analyze aspects underlying the pact of non-competition after termination of the employment relationship under the Brazilian legal system. The study implies the need to check the limits of freedom of choice of the contracting parties into the employment relationship, aiming to show that the pact of non-competition doesn't go against the protective principles of labor law. It is necessary to analyze the concept of competition and its impact on the employment relationship in order to determine which employees may be subject the non-competition clause. The investigation also includes the conflict between freedom of labor and free enterprise and competition, constitutionally guaranteed rights, which is why a composition between them must observe the proportionality of rights which protection is desired. With this approach, plus the query to some foreign legislation and legislative attempts in Brazil on the subject, it is intended to assert the legality and legitimacy of the celebration of the non-competition covenant in Brazil. Finally, the aim of this work is to point out what the requirements validity of the non-competition clause, considering the lack of legislation regulating the matter.

Keywords: Covenant not to compete. Freedom of work. Free enterprise. Free competition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE, A JUSTA RETRIBUIÇÃO AOS INVESTIMENTOS IMPLEMENTADOS PELO EMPREGADOR E A CELEBRAÇÃO DO PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA	12
2 CONCORRÊNCIA, SEGREDO DE NEGÓCIO, DEVER DE FIDELIDADE E SIGILO	29
3 O CONFRONTO ENTRE A LIBERDADE DE TRABALHO, LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA	47
4 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA APÓS O TÉRMINO CONTRATO DE EMPREGO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA	65
4.1 Portugal.....	65
4.2 Espanha.....	71
4.3 Itália.....	75
4.4 Bélgica.....	77
5 TENTATIVAS DE POSITIVAR O PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	83
5.1 O anteprojeto de Código do Trabalho de Evaristo de Moraes Filho.....	83
5.2 O anteprojeto de CLT de 1979.....	90
5.3 O Projeto de Lei nº 986/2011.....	94
5.4 O Projeto de Lei do Senado nº 16/2007.....	98
6 VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. HARMONIZAÇÃO COM A LEGISLAÇÃO NACIONAL. REQUISITOS E CONDIÇÕES DE VALIDADE DA CLÁUSULA	106
6.1 Sujeitos que podem celebrar a cláusula de não concorrência e o momento em que o pacto pode ser avençado.....	113
6.2 A forma que deve ser observada para a celebração do pacto.....	119
6.3 Delimitação de objeto.....	120
6.4 Delimitação geográfica dos efeitos da cláusula de não concorrência.....	123
6.5 Delimitação temporal dos efeitos da cláusula de não concorrência.....	125
6.6 Onerosidade.....	128
6.7 Reflexos da modalidade de rescisão do contrato de trabalho no pacto de não concorrência.....	136

6.8 Denúncia unilateral e renúncia aos direitos decorrentes do pacto.....	137
6.9 Descumprimento do pacto de não concorrência.....	140
6.10 Efeitos do pacto de não concorrência em relação a terceiros.....	143
CONCLUSÃO.....	145
REFERÊNCIAS	151
ANEXO A - PROJETO DE LEI Nº 16/2007 DE AUTORIA DO SENADOR	
MARCELO CRIVELA.....	161

INTRODUÇÃO

A preocupação com a concorrência desleal permeia diversos campos do Direito no ordenamento brasileiro, sendo verificada desde a tipificação do crime de concorrência desleal, previsto no artigo 195 da Lei nº 9.279/1996; passando pelas restrições impostas ao sócio retirante, que é obrigado a não atuar em sociedade empresária concorrente ou é submetido a uma limitação espacial para o exercício de sua atividade empresarial, de acordo com a dicção do artigo 1.147 do Código Civil de 2002 e chegando ao Direito do Trabalho, em que há previsão para rescisão contratual por justa causa do empregado, quando se verifica prática de ato de concorrência ao seu empregador, de acordo com o artigo 482, alínea “c”, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) , ou de ato que viole segredo da empresa, consoante o artigo 482, alínea “g”, da CLT.

Relativamente à preservação de informações sigilosas e de segredo de negócio mediante a celebração de pacto de não concorrência após a rescisão do contrato de trabalho, matéria sobre a qual se estrutura o presente estudo, observa-se que a globalização da economia impõe um modelo de tamanha competitividade, que faz com que a relação de emprego assuma um elevado grau de complexidade, especialmente no que se refere aos empregados que têm acesso a informações importantes para a manutenção e disputa dos mercados em que seus empregadores estão inseridos.

Objetivando manter ou atrair clientela, bem como conquistar novos mercados, procura-se não só a proteção das técnicas utilizadas na produção, mas também evitar que ex-empregados que tiveram acesso a informações que possuam valor concorrencial venham a propagar o conhecimento adquirido, trazendo prejuízo ao antigo empregador.

O estudo ora apresentado tem por objetivo, de modo geral, analisar a relação existente entre a concorrência e o contrato de trabalho, discutindo a validade ou não da cláusula contratual de não concorrência após a extinção da relação de emprego.

Para tanto, realiza-se uma pesquisa interdisciplinar, que coordena conteúdos de Direito da Propriedade Industrial, Direito da Concorrência e Direito do Trabalho, a partir de um método dedutivo de análise de conteúdo, por meio de documentação indireta.

Tendo em vista os objetivos traçados, procede-se a análise de textos teóricos e legais, pátrios e estrangeiros, a fim de se investigar a relação existente entre segredo de negócio e informações sigilosas, a concorrência e a relação de emprego, valendo-se da revisão de literatura.

Para maior clareza, informa-se que ao longo do estudo o pacto de não concorrência será referido também como cláusula de não concorrência, sendo os dois termos apresentados como sinônimos, tendo um mesmo propósito.

Além disso, é de se esclarecer que o trabalho será dividido em sete partes.

Na primeira, abordar-se-ão os limites existentes à autonomia da vontade no âmbito da relação de emprego, de forma a verificar se a celebração do pacto de não concorrência é consentânea com os princípios protetivos do Direito do Trabalho.

O escopo principal da análise é o de verificar se a celebração da cláusula de não concorrência é uma saída equilibrada para o conflito entre os preceitos de ordem pública, que garantem um patamar mínimo de direitos para os trabalhadores, e a justa retribuição para os empregadores que assumem o risco do negócio, investindo em novas tecnologias e avanços que permitem não só a manutenção de sua atividade empresarial, como também a geração de empregos e o bem-estar da coletividade.

Em seguida, proceder-se-á ao estudo da concorrência, analisando-se sua evolução histórica até o momento atual, de maneira a que seja possível constatar em que medida a celebração do pacto de não concorrência se faz necessário.

Para tanto, serão analisados conceitos próprios do Direito Concorrencial e do Direito da Propriedade Industrial, acompanhando a evolução de algumas de suas normas, tanto em âmbito internacional, quanto interno.

Com isso, pretende-se demonstrar a existência de preocupação em coibir a concorrência desleal e, partindo dessa premissa, verificar se a celebração da cláusula de não concorrência é uma medida razoável para atingir esse propósito.

O terceiro capítulo busca responder a seguinte indagação: a celebração do pacto de não concorrência atenta contra o direito fundamental de liberdade de trabalho?

Para alcançar a resposta, serão revisitadas todas as Cartas Constitucionais que o Brasil teve, de maneira a consultar as garantias que foram conferidas para a liberdade de trabalho, confrontando-as com os direitos que cada Constituição

assegurou em favor da livre concorrência, da livre iniciativa e da proteção à propriedade privada.

Com esse estudo, tem-se o propósito de entender se a liberdade de trabalho encontra restrições e limites em outros direitos constitucionais, mormente os acima indicados.

Em se concluindo que é possível a imposição de limites à liberdade de trabalho, o estudo tentará responder se a celebração do pacto de não concorrência é um instrumento razoável e próprio para exercício de tal limitação.

Tendo em vista que o ordenamento jurídico de outros países é uma das fontes do Direito do Trabalho no Brasil, o capítulo quarto vai estudar a legislação de quatro países que regulamentam a celebração do pacto de não concorrência, procurando conhecer os parâmetros de validade que foram estabelecidos pelo legislador estrangeiro.

Com o mesmo espírito, no capítulo cinco serão estudadas quatro tentativas de legislar sobre a matéria no Brasil.

O sexto capítulo analisará a possibilidade de celebração do pacto de não concorrência a despeito do vácuo legislativo que circunda a matéria no ordenamento pátrio.

Em primeiro lugar, verificar-se-á se a celebração da cláusula colide com alguma norma legal vigente em nosso ordenamento jurídico.

Caso se conclua pela inexistência de impeditivo legal, partindo das ideias dos legisladores estrangeiros, bem como daquelas que os legisladores pátrios tentaram implementar, além de precedentes jurisprudenciais e ensinamentos doutrinários, almejará estabelecer quais são as condições que autorizam a celebração do pacto de não concorrência e quais são seus requisitos de validade.

É importante registrar que o estudo proposto tem relevância, uma vez que busca solucionar uma controvérsia que se apresenta de forma reiterada, como se verá, e, principalmente, por sua dimensão plural, dado que não se atém puramente ao Direito do Trabalho, mas o concilia ao Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência.

1 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE, A JUSTA RETRIBUIÇÃO AOS INVESTIMENTOS IMPLEMENTADOS PELO EMPREGADOR E A CELEBRAÇÃO DO PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA

Para o propósito do presente estudo, importante se faz analisar os limites impostos à autonomia da vontade no âmbito da relação de emprego.

Considerando-se que o empregado, ao anuir com o pacto de não concorrência, se submete à privação de poder exercer um determinado ofício, cabe perquirir se tal decisão é fruto do exercício autônomo de sua vontade e, em que limite, o ordenamento jurídico protege e garante tal escolha.

Para tanto, é necessário analisar a questão em um contexto histórico-evolutivo, a partir da noção de propriedade e das relações que a tem por ponto central, para que seja possível entender como se realiza e se expressa a vontade do trabalhador, considerando-se o cerceamento que lhe é imposto pelo sistema produtivo em que está inserido.

Fábio Konder Comparato¹, discorrendo sobre a propriedade no mundo greco-romano, ensina que:

Na organização da cidade antiga, aliás, as instituições que diziam respeito à vida privada eram mais sólidas e estáveis que as formas de governo, e distinguiam, mais do que estas, uma cidade da outra.

[...]

A noção de politéia em Atenas, como foi reconhecido em primorosa tese acadêmica, engloba a vida privada. Para Aristóteles, é a forma de organização dos cidadãos de um Estado, a própria comunidade dos cidadãos, ou de modo ainda mais sugestivo, um certo modo de vida de uma sociedade política. Não há aí, portanto, nenhuma possibilidade de dissociação nem mesmo de distinção, nesse particular, entre a esfera pública e a privada.

Com tal exposição, o autor procura esclarecer que, na civilização greco-romana, a constituição social era definida pela vida privada, e também pela família e religião, de tal forma que a alteração de governo não tinha impacto suficiente para transmutar tal realidade. Liberdade significava autodeterminação.

Comparato prossegue elucidando como a evolução dos tempos influiu na relação do homem com a propriedade, avançando em sua exposição até o século XIX, ao discorrer sobre os efeitos da revolução burguesa²:

¹ COMPARATO, Fábio Konder. Direito e deveres fundamentais em matéria de propriedade.

Disponível em: < <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/55/Comparato.pdf>>. Acesso em: 6 jun 2015

² Op. cit.

Por outro lado, a civilização burguesa estabeleceu nítida separação entre o Estado e a sociedade civil, entre o homem privado, como indivíduo (de onde a expressão “direitos individuais”, para indicar os direitos humanos de primeira geração, os quais dizem respeito a todos, independentemente de sua nacionalidade) e o cidadão, como sujeito da sociedade política. Nesse esquema dicotômico, a propriedade foi colocada inteiramente no campo do direito privado, e essa dicotomia foi o alvo preferido da crítica socialista. Marx, em particular, considerou a separação entre as esferas pública e privada da vida social como simples discurso ideológico, pois o Estado acabava sendo também apropriado (no sentido técnico) pela classe proprietária.

Tendo por mote a revolução industrial, o autor chega ao ponto que interessa à matéria investigada no presente estudo, deitando sua análise sobre os conflitos decorrentes das relações de trabalho pós-revolução industrial³:

Antes de mais nada, o advento da civilização industrial expandiu enormemente as relações de trabalho assalariado e gerou demandas crescentes de proteção do emprego e de seguridade social, demandas essas que autores e tribunais assimilaram, sob o aspecto funcional, à propriedade do passado.

Juntamente a tais demandas, o advento da revolução industrial trouxe para o bojo do sistema produtivo a preocupação com a concorrência.

O acesso a informações e dados sigilosos, que implicam vantagem sobre aqueles que também disputam um mesmo nicho econômico, e, principalmente, o desenvolvimento de métodos para proteger tais informações e dados, são questões relevantes para o estudo proposto.

Uma das ferramentas que vem sendo utilizada com esse escopo é a celebração de pacto de não concorrência entre empregado e empregador, no qual aquele se compromete a não exercer determinado ofício em que possa utilizar o cabedal de conhecimento adquirido em seu antigo emprego para fomentar a atividade de algum concorrente, ou mesmo para se tornar um novo concorrente de seu antigo empregador.

Como será visto ao longo do estudo, não se está aqui cogitando do impedimento ao exercício de toda e qualquer atividade profissional, eis que o trabalho em relação ao qual o empregado assumirá o impedimento deve representar efetivo potencial de concorrência ao seu antigo empregador.

Contudo, no momento, o que é relevante entender é se a celebração do pacto de não concorrência efetivamente traduz a vontade do trabalhador de forma livre,

³ Op. cit.

salientando-se que tal compreensão perpassa por diversas questões, principalmente pelo papel que o trabalhador assume na relação de emprego.

Nesse sentido, valiosas são as lições de Bernard Edelman, que afirma que o homem “deve ser simultaneamente sujeito e objeto de direito. A estrutura da forma sujeito de direito analisa-se então como a decomposição mercantil do homem em sujeito/atributos”⁴.

O autor clarifica seu raciocínio ao explicar que “[o] sujeito existe apenas a título de representante da mercadoria que ele possui, isto é, a título de representante de si próprio enquanto mercadoria”⁵.

Ora, se tudo o que o sujeito tem são seus atributos, entendendo-se no caso da relação de trabalho o atributo como a própria força de trabalho, será possível uma pactuação entre empregado e empregador em que o objeto da avença seja justamente o de proibir a venda dessa força de trabalho?

A resposta a essa indagação dita os rumos que a análise da controvérsia seguirá.

A compreensão de que a proibição acima referida significa a negação ao direito ao trabalho importa concluir que a pactuação não pode significar a expressão da livre vontade do trabalhador, uma vez que a assunção de tamanho ônus não será proporcional a qualquer tipo de retribuição que se receba.

Por outro lado, caso se entenda que a concordância em não exercer concorrência ao antigo empregador significa apenas uma das formas pelas quais o trabalhador pode dispor de sua força de trabalho, sendo mesmo uma maneira de vendê-la objetivando sua não utilização, a questão passa a ter outro sentido.

Para aprofundar a compreensão do confronto entre esses pontos de vista, as importantes são as lições do francês Michel Mialle, que desenvolveu uma análise crítica à introdução ao estudo de direito, revendo diversos dogmas e expondo uma perspectiva distinta para a teoria da vontade.

Citando o jurista Alex Weill, Mialle analisa o embate entre as tendências liberais e sociais pela ótica das normas imperativas e esclarece que⁶:

⁴ EDELMAN, Bernard. O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito. Coimbra: Ed. Centelha, 1976, p. 94.

⁵ Op. cit., p. 95.

⁶ WEILL, Alex. *Droit Civil*, t. 1, *Introducion, les persones*, Coll. Thémis, P.U.F., Paris, 1974 *apud* MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 143.

O número das leis imperativas, de ordem pública, encontra-se em progressão, é um dos aspectos da luta entre as tendências liberais e sociais.

Prosseguindo em sua explanação, Miaille se socorre da obra de Jean Mazeaud para elucidar que a progressão das leis de cunho imperativo ocorre porque⁷:

[...] em regime liberal, as regras imperativas de direito são raras (...) Mas a evolução do direito para o socialismo (sic) alargou consideravelmente o domínio da ordem pública, cujo papel é hoje primordial no contrato de trabalho, nos arrendamentos rurais e urbanos, mais genericamente em todas as matérias em que o Estado interveio para impor uma regulamentação e limitar os efeitos da vontade dos indivíduos.

Com tais premissas, o autor constrói seu raciocínio, chegando à conclusão de que o ordenamento jurídico, na ordem liberal, transforma os direitos subjetivos em verdadeiros poderes, que servem como meio de expressão da vontade⁸:

Os direitos subjectivos são, com efeito, o conjunto de poderes que os indivíduos têm em relação a outras pessoas (direitos pessoais) ou a coisas (direitos reais). Aqui estamos completamente mergulhados no reino da vontade – é o termo que mais frequentemente surgirá.

Contudo, Miaille procura desconstruir a concepção de que os direitos teriam origem meramente na natureza ou na vontade.

De forma crítica, o autor desenvolve sua argumentação no sentido de que, na introdução ao estudo do Direito, espalha-se a crença de que os direitos são adquiridos por mera força da natureza ou pelo exercício da vontade, exercendo a lei um papel auxiliar e de apoio à implementação da vontade, em seu estado mais puro.

Entretanto, tal raciocínio ignora o fato de que a lei dispõe e organiza a própria transmissão da vontade⁹.

⁷ MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, t. 1, Montchrestien, Paris, 1972 *apud* MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito, Lisboa, Editorial Estampa, 2005, p. 143.

⁸ MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 143.

⁹ Cf. MIAILLE, Michel Op. cit., p. 144: “Assim, ou nós estamos perante um modo originário de aquisição dos direitos: ‘o direito não existia, ele nasce na pessoa de seu primeiro titular’ – é o caso mais frequente dos direitos extrapatrimoniais: o direito à honra, ao nome, à imagem, etc.–, ou então estamos perante um modo derivado, o anterior titular transmite ao actual um direito dado: ‘na venda, o vendedor transmite ao comprador o seu direito de propriedade sobre a coisa vendida’. Assim, no primeiro caso, é a natureza humana que é a fonte do meu direito; no segundo caso, é a minha vontade. Se tivéssemos o arrojo de as comparar às fontes do direito objectivo, ficaríamos esclarecidos: aqui já não se trata de lei, costume ou de jurisprudência! Por toda a parte reinam a Natureza e a Vontade. Conceder-nos-á, evidentemente, que, em determinados casos, ‘a vontade e a lei (são) fundamentos dos modos derivados’. Assim, o legislador pode decidir que, em algumas

Ao desconstruir a crença da autonomia absoluta da vontade, Mialle lança algumas luzes e outras tantas indagações à matéria em estudo.

Primeiramente, poderia se concluir que a interveniência estatal nos domínios da vontade encerraria um óbice a que os detentores dos meios de produção impusessem aos trabalhadores exclusivamente as condições que lhes interessam, sem observar qualquer tipo de limite, inclusive aqueles necessários ao respeito à dignidade e à manutenção da saúde.

Por outro lado, não é possível analisar a questão sem ter em mente que o Estado é a estratificação de uma forma de organização social, alcançada em determinado estágio de sua evolução, com o objetivo de resolver os conflitos internos dessa própria sociedade, como pontua o próprio Mialle ao citar Engels¹⁰:

A crítica que acabamos de resumir chega a um resultado fundamental: o Estado não é, como afirmam implicitamente os juristas, uma categoria eterna que decorra logicamente da necessidade de assegurar uma ordem; é um fenômeno histórico, surgido num momento dado da história para resolver as contradições aparecidas na 'sociedade civil'. [...] Ele é bem mais um produto da sociedade num estágio determinado do seu desenvolvimento; é a confissão de que a sociedade se enreda numa contradição insolúvel consigo mesma, tendo-se cindido em oposições inconciliáveis que se vê impotente para conjurar. Mas para que os antagonismos de classes com interesses econômicos opostos, não se consumam, elas e a sociedade, numa luta estéril, impõe-se a necessidade de um poder, aparentemente colocado acima da sociedade, que tenha por função esbater o conflito, mantê-lo dentro dos limites da ordem; e esse poder nascido da sociedade, mas que se coloca acima dela e se lhe torna cada vez mais estranho, é o Estado.

Assim, o Estado se organiza de forma a assegurar a solução dos conflitos sociais. O apaziguamento dos conflitos, contudo, perpassa pela manutenção dos privilégios das classes dominantes, haja vista o Estado ser a exteriorização de sua vontade.

hipóteses, na ausência de manifestação da vontade, será adoptada uma ordem legal de devolução dos direitos e obrigações de uma pessoa falecida. Tudo os deixa, pois, crer que a lei intervém 'ao lado' da vontade. Mas, o que se esquece, então, de dizer é que a transmissão pela vontade dos indivíduos é ela própria, prevista organizada...pela lei; que, portanto, a fonte formal da transmissão dos direitos já não é a vontade, neste caso, tal como a origem dos direitos extrapatrimoniais não se encontra na natureza humana. Dissociando direito objectivo e direitos subjectivos, tratando-os como dois sistemas separados, esconde-se, pura e simplesmente, que eles não eram mais do que as duas faces da mesma realidade e que, em consequência, as fontes de um tinham de ser necessariamente as fontes dos outros. A partir desta consideração de unidade do sistema jurídico, já não podemos olhar o direito objectivo como um direito coactivo e perigoso em última análise – e os direitos subjectivos como liberdades que exprimem a natureza do homem ou a sua vontade.”

¹⁰ ENGELS, Friedrich. *L'Origine de la famille, de la propriété privée et de L'État. Éditions Sociales*, Paris, 1972 *apud* MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, Lisboa, Editorial Estampa, 2005, p. 128-130.

Entretanto, isso deve ocorrer sem que se permita chegar a um ponto de fratura, em razão dos conflitos internos que vicejam o sistema.

Explica-se: ao mesmo tempo em que a organização estatal não objetiva permitir uma subversão na ordem das coisas, autorizando que aqueles que compõem a base da pirâmide social cheguem ao seu topo, tampouco pode ignorar que a contínua retirada de direitos das classes que compõe a base da pirâmide pode significar uma insurreição desses indivíduos, com força suficiente a pôr em risco a ordem estabelecida.

Não por outra razão, interveniências do Estado, regulamentando e limitando a forma como se estabelecem as relações humanas, são vistas com frequência, inclusive, e especialmente, no âmbito das relações de trabalho.

E tal regulamentação, mesmo no âmbito das relações de trabalho, tem outro propósito, tão relevante para a manutenção do sistema quanto o de evitar uma fratura: o de manter os detentores do capital em contínuo investimento, na busca do lucro que é essencial à manutenção do sistema capitalista.

As regras de Direito do Trabalho demonstram claramente essas duas faces: visam a proteger a saúde e a dignidade dos trabalhadores contra o arbítrio dos empregadores, mas também almejam proteger o patrimônio dos empregadores, de forma a permitir o contínuo investimento em seus negócios.

Considerando-se sua importância, eis que serve ao mesmo tempo como garantia de um patamar civilizatório mínimo para os trabalhadores e como instrumento que também assegura a busca pelo lucro por parte do detentor dos meios de produção, o Direito do Trabalho tem natureza imperativa e cogente, como ensina Mario de La Cueva¹¹.

¹¹ Para Mario de la Cueva "Facilmente se comprende la inclusión del derecho del trabajo en el derecho imperativo: la existencia de las relaciones entre el Capital y el Trabajo no depende de la voluntad de trabajadores y patronos, sino que tiene um carácter de necesidad. En la vida social han existido y existirón siempre esas relaciones y de ahí la urgência de que el derecho las regule. El liberalismo estimó que su regulación debía dejarse a la voluntad de cada trabajador y patrono y por eso consigno em el contrato de obra del Código Napoleón, como para los demás contratos, el principio de la autonomía de la voluntad. La injusticia y desigualdad social que produjo esta pretendida autonomía de la voluntad hicieron que el Estado interviniera para garantizar a los trabajadores um mínimo de vida.

[...]

El derecho del trabajo, como derecho imperativo y garantiza constitucional, al regular las relaciones entre el Capital y el Trabajo, se dirige, por una parte, a cada patrono y a cada trabajador, em ocasión de las relaciones que establezcan y, por outra, al Estado, en cuanto le obliga a vigilar que las relaciones se formen y gobiernen por los principios contenidos en la ley y en las normas que le son supletorias.

[...]

Afirma o doutrinador mexicano que as normas trabalhistas objetivam garantir um nível social mínimo para os trabalhadores, preservando sua saúde, integridade física e dignidade. A razão primordial de ser da norma trabalhista, atendendo às origens do Direito do Trabalho, é a de contornar os efeitos da falsa tese de que há uma efetiva autonomia de vontade do trabalhador no momento em que aceita as condições de trabalho oferecidas por seu empregador, mormente quando sua contratação é negociada individualmente.

Por esse motivo, Mario de La Cueva sustenta que¹²:

[...] se ha dicho que el derecho del trabajo implica un limite a la libertad de industria y de trabajo al restringir la libertad de contratación, solución que parece confirmarse atendiendo al origen histórico del derecho del trabajo que, desde un principio, reclamo la falsedad de la tesis de la autonomía de la voluntad.

No mesmo sentido, Ludovico Barassi defende que o princípio liberal, que dá suporte à teoria da autonomia a vontade, só é aceitável sem ressalvas quando se trata de um negócio de interesse privado individual¹³.

Havendo, ao revés, um interesse social mais elevado, é lógica e necessária a intervenção direta e vigorosa do ordenamento jurídico, de forma a evitar que o interesse individual se sobreponha ao social.¹⁴

No caso da relação de trabalho, a limitação à autonomia da vontade se justifica porque uma das partes, o trabalhador, não é livre para se comportar de forma diversa, ou seja, para não aderir ao contrato de trabalho proposto.¹⁵

De fato, não é razoável se presumir que aquele que necessita vender sua força de trabalho para subsistir encontra-se em pé de igualdade para negociar com quem detém não só os meios de produção, mas principalmente uma grande oferta de mão de obra para escolher quem prestará o serviço a ser contratado.

Trata-se do conceito de exército industrial de reserva, trazido por Marx, em sua face mais visível¹⁶.

Y además, si las relaciones entre el Capital y el Trabajo son necesarias, puesto que no puede concebirse que el Capital se negara a utilizar al Trabajo, ni este a aquel, la más elemental justicia exige que se fijen los derechos mínimos de uno y outro, que fundamentalmente son, respecto al Trabajo, un determinado nivel social para cada trabajador y la defensa de su salud y de su vida y para el Capital, el respeto de la propiedad privada y el derecho a percibir una utilidad.” DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1949, p. 246-247.

¹² DE LA CUEVA, Mario. Op. cit., p. 247.

¹³ BARASSI, Ludovico. *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, v. 2. Milão: Società Editrice Libreria, 1917, p. 120.

¹⁴ BARASSI, Ludovico. Op. cit., p. 121.

¹⁵ BARASSI, Ludovico. Op. cit., p. 121.

Logo, resta evidente que a relação de trabalho não pode ser objeto de livre estipulação entre as partes, como pretendeu o Código de Napoleão, sob pena de submeter a classe trabalhadora a um nível de miserabilidade que comprometeria sua própria existência.

A assimetria de poder que se verifica no âmbito da relação individual de trabalho conclama a interveniência estatal, pela criação de regras jurídicas, a proteger aquele que se encontra na situação desprivilegiada.

A legislação do trabalho tem por escopo garantir um patamar mínimo de direitos, abaixo do qual não é admissível a submissão da massa trabalhadora. Como corolário, toda tentativa de redução do mínimo disposto pela legislação, ainda que sob a moldura de uma livre estipulação, não poderá gerar efeitos.¹⁷

Trata-se da expressão do conceito de mínimo existencial, amparado e protegido pelas normas que regulamentam a relação de trabalho.

Para Ricardo Lobo Torres, a teoria do mínimo existencial é um subsistema da Teoria dos Direitos Fundamentais, amparado na ética e fundamentado na liberdade, isto é “nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana”¹⁸.

Contudo, o Direito do Trabalho não tem por objetivo exclusivo proteger quem trabalha, mas permitir que aquele que investe no desenvolvimento econômico e técnico da atividade produtiva receba a retribuição devida, de forma a fazer frente aos riscos assumidos pela atividade desempenhada, além de assegurar a proteção à propriedade e permitir a busca pelo lucro.

Assim, se por um lado a norma de Direito do Trabalho limita a autonomia da vontade dos contratantes, estabelecendo parâmetros mínimos para a dignidade do trabalhador, por outro, confere a possibilidade de “justa retribuição às empresas interessadas”¹⁹, permitindo o contínuo desenvolvimento da atividade empresarial.

Há aqui um embate entre duas visões, não só sobre a aplicação do ordenamento jurídico, mas verdadeiramente sobre o mundo: uma privatista, para a qual o Direito do Trabalho é um mero regramento que visa a tutelar uma espécie de contrato, e outra, publicista e humanista, “postulando, como princípio essencial, a

¹⁶ MARX, Karl. O capital. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003, p. 733.

¹⁷ DE LA CUEVA, Mario. Op. cit., p. 250.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro. Renovar. 2009, p.13, 25, 35.

¹⁹ Artigo 766 da CLT.

tese de que o direito do trabalho é a norma que procura dar satisfação às necessidades do homem que trabalha”²⁰.

Nesse confronto, contudo, é possível perceber-se espaço para a celebração do pacto de não concorrência.

Isso porque, os preceitos de ordem pública que objetivam a garantia do patamar mínimo de direitos não significam a completa anulação da vontade privada.

Nesse sentido, leciona Egon Felix Gottschalk que “se o direito do trabalho visa a proteger a personalidade humana, óbvio é que a impossibilidade de suprir a livre manifestação de uma das supremas qualidades desta personalidade: sua vontade”²¹.

Por outro lado, a celebração do pacto de não concorrência não significa ofensa aos patamares mínimos de direitos que são garantidos aos trabalhadores.

O argumento mais reiterado por quem se opõem à celebração do pacto de não concorrência está lastreado na pretensa sonegação da liberdade de trabalho.

Tal questão será objeto de estudo aprofundado em capítulo próprio da dissertação, contudo não é demais registrar que, de acordo com Ari Possidonio Beltran²², a cláusula da não concorrência após a extinção do contrato de trabalho não viola o artigo 5º, XIII, da Constituição Federal²³, eis que

tal dispositivo, como qualquer outro, deve ser entendido em harmonia com os demais preceitos, e não isoladamente. Ademais, a abstenção deverá ser temporária, estabelecida por consenso e mediante justa contraprestação de caráter indenizatório, devidamente acertada entre as partes. Deverá ser limitada no tempo e abrangerá apenas a atividade fixada, especificamente, como capaz de, em tese, colocar em desvantagem o antigo empregador frente a concorrentes. Estará o empregado livre para o exercício de quaisquer atividades não constantes da limitação, ou seja, a vedação atinge – e não gratuitamente – apenas o ‘não concorrer’, durante certo tempo. Em suma, pactua-se uma ‘espera remunerada’.

²⁰ DE LA CUEVA, Mario. Op. cit., p. 250, tradução nossa.

²¹ GOTTSCHALK, Egon Felix. Norma pública e privada no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995, p. 188.

²² BELTRAN, Ari Possidonio. A Cláusula de Não Concorrência no Direito do Trabalho. In Revista do Advogado, v. 54, dezembro de 1998, p. 67.

²³“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan 2014.

Na esteira do raciocínio, Cássio Mesquita Barros Júnior leciona que a “validade da cláusula de não-concorrência não se opõe à liberdade de trabalho garantida a todo indivíduo pela Constituição brasileira de 1988”, uma vez que “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”.²⁴

Desta maneira, se forem estabelecidos parâmetros que façam com que o pacto não signifique a completa impossibilidade de trabalho, garantam uma contrapartida financeira justa e, ainda, que possibilitem a anuência ou recusa do pacto por parte do empregado, consegue-se atender tanto à necessidade de proteção ao trabalhador, quanto à de incentivo ao empreendedor.

Não se pode perder de vista que a a restrição absoluta à realização do pacto de não concorrência poderia impactar negativamente o desenvolvimento da atividade econômica.

A incerteza de que eventuais investimentos realizados em avanço tecnológico, busca de novas soluções e outras tantas saídas que fomentam o desenvolvimento empresarial não se perderiam em um ato de concorrência de um ex-empregado poderia ser o estopim para a sua não realização, trazendo um prejuízo não só para o empregador, mas para toda a sociedade.

Ademais, a possibilidade de recebimento de uma contrapartida financeira, que poderia ser somada aos rendimentos de um novo emprego que não significasse concorrência com o antigo empregador, significa uma situação de privilégio em relação ao estado anterior, e não de prejuízo.

Por todas essas razões, considerada a necessidade de o Direito do Trabalho também atender à preservação da propriedade e de incentivar o desenvolvimento econômico, a celebração do pacto de não concorrência, ainda que de forma individual, não atenta contra os princípios de proteção que norteiam esse ramo da ciência jurídica.

Contudo, considerando-se que uma negociação obtida individualmente por um empregado não é tão proveitosa quanto uma que seja patrocinada por um ente sindical, ante a evidente diminuição da assimetria de forças dos contratantes, é

²⁴ BARROS JÚNIOR, Cássio Mesquita. Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Editora RT, v. 4, n. 8, 2001, p. 30-34.

inegável que os frutos de uma negociação coletiva seriam muito mais vantajosos pela ótica do trabalhador.

Neste diapasão, deve-se ter em mente que há modelos de normatização em que há autonomia na produção das regras, visando à composição dos conflitos oriundos das relações de trabalho, privilegiando mecanismos de negociação coletiva, envolvendo sindicatos e associações profissionais, ou seja, organismos da sociedade civil que representam e articulam interesses de empregados e empregadores.

Há, também, modelo de normatização de natureza estritamente heterônoma, em que o regramento é minuciosamente construído pelo Estado, de forma a afastar a possibilidade de soluções autônomas de conflito, sendo uma representação típica de sistemas autoritários.²⁵

Em tal modelo, há pouco ou nenhum espaço para a criação do direito a partir de movimentos coletivos de representação de trabalhadores e empregadores, mormente sindicatos. Assim, o que não está estritamente previsto nas regras jurídicas dispostas pelo Estado não poderá surgir como efeito da produção da vontade negocial.

Tais modelos negam a participação de representantes da sociedade civil na construção das normas jurídicas e, no caso em estudo, impedem o balizamento de requisitos que poderiam autorizar o estabelecimento de pactos de não concorrência, com o respaldo da negociação coletiva.

De fato, no âmbito das negociações coletivas, o desequilíbrio de forças não é tão presente, permitindo que o resultado alcançado exprima, de maneira mais efetiva, a vontade dos contratantes.

²⁵ Para Maurício Godinho Delgado “O exemplo clássico plenamente configurado do modelo de normatização estatal subordinada consiste naquele constituído pelas experiências fascistas que caracterizaram particularmente a Itália e a Alemanha, na primeira metade do século XX, tendo influência em inúmeros outros contextos nacionais (Portugal, Espanha e, inclusive, o Brasil). Tais experiências vieram forjar um sistema básico de elaboração e reprodução de normas justralhistas, cujo núcleo fundamental situava-se no aparelho de Estado. O conflito privado — pressuposto da negociação e foco da criação justralhista — era negado ou rejeitado pelo Estado, que não admitia seus desdobramentos autônomos, nem lhe construía formas institucionais de processamento. Os canais eventualmente abertos pelo Estado tinham o efeito de funcionar, no máximo, como canais de sugestões e pressões controladas, dirigidas a uma vontade normativa superior, distanciada de tais pressões e sugestões. Em suma, no presente modelo, a normatização jurídica provinha fundamentalmente da vontade estatal, ora como expressão de uma vontade nacional suposta (é o caso da ideologia organicista da Alemanha nazista), ora como síntese de uma colaboração societária também suposta (é o caso da ideologia corporativa do fascismo italiano).” DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 2011, p. 102-103.

Ademais, dadas as especificidades de cada categoria profissional e econômica, e a menor complexidade em celebrar acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho em relação à edição de leis, a negociação coletiva possibilita a criação de regras jurídicas pontuais, especiais e contemporâneas às necessidades advindas dos conflitos modernos do trabalho.

Tais peculiaridades fazem com que a negociação coletiva seja almejada e estimulada pela Organização Internacional do Trabalho, que, em sua Recomendação nº 163/1981²⁶, propõe:

8. Se necessárias, devem ser tomadas medidas condizentes com as condições nacionais para que **os procedimentos para a solução de conflitos trabalhistas ajudem as partes a encontrar elas próprias a solução da disputa**, quer o conflito tenha surgido durante a negociação de acordos, quer tenha surgido com relação à interpretação e à aplicação de acordos ou esteja coberto pela Recomendação sobre o Exame de Queixas, de 1967. (grifos nossos)

O Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, caminhou para deixar para trás o modelo normativo heterônomo que norteou a redação da Consolidação das Leis do Trabalho, vindo a prestigiar a autonomia e liberdade sindical (artigo 8º) e a força do produto da negociação coletiva, seja ele um acordo ou uma convenção (art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI), que passam a ter o condão de, em alguns casos, até mesmo reduzir direitos trabalhistas legalmente previstos ou contratualmente estipulados.²⁷

²⁶ Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/content/sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-negocia%C3%A7%C3%A3o-coletiva>>. Acesso em: 20 jun 2015.

²⁷ “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.”

Com isso, abriram-se as portas para a construção de normas trabalhistas advindas do princípio da autonomia coletiva da vontade.

É importante frisar que, se, nas relações individuais, abraçar a autonomia da vontade sem ressalvas pode significar abandonar o trabalhador à própria sorte, nas relações coletivas, presume-se a equivalência entre dois ou mais contratantes coletivos.

Como bem exposto por Maurício Godinho Delgado²⁸, o princípio da equivalência dos contratantes coletivos fundamenta-se na circunstância de que os contratantes, na defesa de interesses antagônicos, têm a seu alcance instrumentos de atuação e pressão, que significam meios efetivos de negociação, o que permite ao Direito Coletivo do Trabalho conferir tratamento mais igualitário às partes envolvidas na celebração da avença.

Ainda que não se possa ignorar que nem sempre os interesses defendidos pelo ente coletivo que deveria proteger os trabalhadores - no caso do Brasil, o sindicato - correspondem aos anseios da categoria profissional, tampouco é possível admitir-se que essa será a posição adotada.

A lealdade negocial deve nortear os atos dos contratantes, seja em relação ao que pactuarem um com o outro, seja na defesa do interesse das categorias que representam.

Com isso em vista, não há como simplesmente se presumir que uma negociação coletiva, que estabeleça parâmetros para a celebração de pactos de não concorrência no âmbito das categorias profissionais e econômicas representadas, não atinja de forma eficaz o propósito a que se destina.

Em alguns países a negociação coletiva de trabalho assume papel de relevância quando o assunto é pacto de não concorrência.

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan 2014.

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 1250-1251.

A propósito do presente estudo, citaremos dois deles, um representando um ordenamento jurídico em que o pacto de não concorrência é positivado (Bélgica) e outro que, à semelhança do Brasil, não tem qualquer regulamentação legislativa quanto à matéria (França).

Na Bélgica, a possibilidade de celebração de pacto de não concorrência está estritamente ligada ao valor salarial percebido pelo empregado²⁹, o que será melhor exposto no capítulo quatro do presente trabalho.

Nesse país, os empregados são divididos em três categorias: uma que não pode celebrar o pacto de não concorrência (os empregados que recebam abaixo de um determinado limite); uma que pode celebrar tal avença, desde que haja permissão para tanto em convenção coletiva de trabalho (empregados que recebam remuneração num patamar intermediário); e, por fim, a categoria que é livre para celebrar esse tipo de compromisso, independentemente da negociação coletiva (os que recebem remuneração acima de determinado valor).

No caso dos empregados inseridos na categoria intermediária, a despeito de se condicionar a validade do pacto de não concorrência à celebração de convenção coletiva de trabalho, a própria *Loi 3 juillet 1978 - Loi relative aux contrats de travail* se encarrega de definir as regras mínimas a serem observadas para efeito de validade do pacto.

Assim, é conferido à negociação coletiva o papel de decidir se a haverá ou não a possibilidade de celebração do pacto de não concorrência naquela categoria específica. É interessante notar que o papel relegado à negociação coletiva é basicamente esse, uma vez que os critérios e condições de validade da cláusula de não concorrência são previstos em lei.

Já o ordenamento jurídico francês, como visto alhures, não possui regramento que trate da cláusula de não concorrência ou *clause de non réembauchage*, abrindo espaço para que as controvérsias oriundas desse instituto tenham suas soluções norteadas pela jurisprudência e pelas convenções coletivas de trabalho.

Segundo Regiane Teresinha de Mello João, as convenções coletivas francesas, como regra, dispõem sobre a matéria de duas maneiras distintas: a) autorizando a celebração do pacto de não concorrência sem o estabelecimento de

²⁹ BÉLGICA. *Loi 3 juillet 1978. - Loi relative aux contrats de travail*. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1978070301&table_name=loi>. Acesso em: 01 fev 2015.

critérios objetivos; ou b) indicando os parâmetros que a cláusula de concorrência deverá observar para ser válida³⁰.

Na primeira hipótese, não haveria necessidade de aceitação do empregado para que fosse instituído pacto de não concorrência, o que se afigura temerário, haja vista todas as repercussões advindas da interdição ao trabalho discutida.

Na segunda espécie de instrumento coletivo, sendo estipuladas as condições mínimas para a validade do pacto, um eventual contrato individual que desrespeite tais estipulações poderá ter suas cláusulas anuladas.

Avançando nessa segunda modalidade de norma coletiva, Oris de Oliveira acrescenta que há casos em que a convenção coletiva proíbe que a cláusula seja pactuada em todos ou alguns contratos de trabalho, citando como exemplo o ramo hoteleiro e o de restaurantes. Em outros casos, há previsão expressa de pagamento de uma indenização pecuniária, o que é relevante considerando-se a existência de decisões judiciais que não reputam esse pagamento indispensável para a validade do pacto³¹.

O autor prossegue citando a jurista francesa Jaqueline Amiel-Donat, no sentido de que “é preciso certamente ver nesta disposição convencional a vontade de proteger as categorias de empregados menos favorecidos e que, de fato, não podem apresentar grande risco concorrencial para o empregador”³².

Nesse aspecto, a consideração dada ao efetivo interesse empresarial na proteção concorrencial ganha destaque.

Nota-se, assim, a relevância dos instrumentos coletivos de trabalho como ferramentas que podem assegurar condições mínimas para a pactuação do impedimento à concorrência, garantindo, inclusive, a exclusão de determinados empregados ou categorias de empregados do alcance do pacto.

A despeito disso, as normas coletivas celebradas no Brasil desconsideram tal questão, uma vez que em nosso país, as controvérsias atinentes a pactos de não concorrência são, em regra, disciplinadas por acordos e/ou contratos individuais de trabalho.

³⁰ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. *Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 83.

³¹ OLIVEIRA, Oris de. *Exclusão de Concorrência no Contrato de Emprego*. São Paulo: LTr, 2005, p. 90.

³² AMIEL – DONAT, Jaqueline. *Les clauses de non-concurrence em droit Du travail*. Paris: Litec, 1988, p. 13 *apud* OLIVEIRA, Óris de. *Exclusão de Concorrência no Contrato de Emprego*. São Paulo: LTr, 2005, p. 90.

Havendo ramos e atividades profissionais em que a celebração destes pactos é mais comum, seria desejável uma atuação dos sindicatos em prol da fixação de patamares mínimos para a validade do negócio jurídico.

Contudo, não se mostra aceitável que a norma coletiva de trabalho possa simplesmente retirar do trabalhador o direito de escolher se quer aderir ou não ao pacto de não concorrência.

Da mesma forma como em outras pactuações decorrentes de negociações coletivas, que envolvem a renúncia a algum tipo de direito em prol do recebimento de outro benefício, como é o caso, por exemplo, dos planos de demissão voluntária/incentivada, aqui também seria a hipótese de a convenção ou acordo coletivo dispor regras objetivas para a validade do pacto, relegando sua aceitação ou não à decisão individual de cada trabalhador, ponto de vista também defendido por Oris de Oliveira³³.

Nesse mesmo sentido se posiciona Estevão Mallet, sustentando que a hipótese de se oferecer validade à cláusula de não concorrência sem se considerar a concordância do trabalhador, pelo simples fato de assim autorizar um instrumento coletivo de trabalho, apesar de ser uma realidade no direito francês, significa uma verdadeira contratação coletiva *in pejus*, que, segundo o autor, só é admitida no ordenamento pátrio nas hipóteses em que há autorização taxativa para tanto³⁴.

Portanto, na hipótese em análise, a negociação coletiva, por si só, não pode autorizar a implementação das avenças visando à interdição ao trabalho, sem que haja expressa concordância do empregado afetado.

Dessa maneira, e conjugando-se tudo o que até aqui foi visto, é possível concluir que a pactuação de não concorrência após o término da relação de emprego não significa a negação do direito ao trabalho, tampouco a prevalência da vontade empresarial por sobre os princípios de proteção ao trabalhador.

Observados parâmetros de razoabilidade, como a limitação temporal do impedimento e a necessária retribuição financeira, a assunção do compromisso de não concorrer representa apenas uma possibilidade que o trabalhador tem de dispor de sua força de trabalho.

³³ OLIVEIRA, Oris de. Op. cit., p. 148.

³⁴ MALLET, Estevão. Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, jan./dez, p. 135. 2005. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/6766770275>>. Acesso em: 28 jun 2015.

Ainda que haja uma evidente assimetria de forças na negociação do contrato individual de trabalho, é possível que a pactuação em análise seja aperfeiçoada em um instrumento individual, desde que respeitados patamares mínimos que não impliquem, por exemplo, na impossibilidade completa da execução de todo e qualquer tipo de trabalho por parte do empregado.

Contudo, considerando-se o maior equilíbrio que se verifica nas negociações coletivas, preferível seria que a norma coletiva dispusesse critérios e condições de validade da cláusula, considerando as particularidades das categorias profissionais e econômicas representadas pelos respectivos sindicatos.

De toda maneira, os representantes da coletividade de empregados e empregadores não poderiam, em nenhuma hipótese, autorizar a celebração do pacto de não concorrência sem a expressa anuência do trabalhador que é quem, ao final das contas, deverá se submeter ao impedimento.

2 CONCORRÊNCIA, SEGREDO DE NEGÓCIO, DEVER DE FIDELIDADE E SIGILO

A compreensão do que seja concorrência é indispensável ao avanço do presente estudo, impondo-se entender o que é o instituto da concorrência e como ele se desenvolveu, inclusive no Brasil, para que, ao final, seja possível verificar o propósito e a pertinência da celebração do pacto de não concorrência após a rescisão do contrato de trabalho.

Diversos autores se esforçam para definir o que seja concorrência. Por todos, podemos citar Maria Helena Diniz³⁵, para quem a concorrência pode ser encontrada tanto no âmbito do Direito Comercial quanto no Direito Econômico.

Na seara do Direito Comercial, trata-se da ação desenvolvida entre comerciantes, na busca de clientela, de mercado, ou a venda de determinada mercadoria para o público consumidor, ou, ainda, o ato pelo qual se estabelece uma competição de preços³⁶.

Sob a ótica do Direito Econômico, a autora apresenta três conceituações distintas para concorrência: “a) rivalidade ou luta no domínio econômico entre produtores, fabricantes, empresários ou comerciantes que, ao mesmo tempo, expõem à venda mercadorias da mesma natureza e qualidade; b) oferta de produtos iguais ou similares entre produtores ou negociantes; c) coincidência ou limite entre dois valores”³⁷.

Para a maior parte dos autores, a concorrência é um fenômeno quase inexistente até o advento da Revolução Industrial.

De acordo com Newton Silveira, a possibilidade de concorrência era cerceada pelo regime de corporações de ofício e monopólios garantidos na Europa por decretos reais³⁸.

As corporações de ofício surgem em um contexto no qual florescia o comércio e artesanato nas cidades, como uma associação daqueles que tinham interesses

³⁵ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1, p. 734.

³⁶ Idem, ibidem.

³⁷ Idem, ibidem.

³⁸ SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual e as novas leis autorais. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 15.

comuns e tencionavam protegê-los. Não nasceram como uma imposição das autoridades, se formando, pelo contrário, de forma espontânea³⁹.

Podem ser citados como exemplos das corporações mais relevantes as de ourives, carpinteiros, construção civil, manufatura de couro, sapateiros, ferreiros e tintureiros⁴⁰.

Há autores, contudo, que discordam do ponto de vista defendido por Newton Silveira. Segundo eles, o fenômeno da concorrência sempre esteve presente, havendo momentos na história, no entanto, em que se operaram movimentos que objetivaram restringi-la.

Assim, de acordo com o momento histórico, a concorrência poderia ser lícita ou não. Defendendo esse raciocínio apresenta-se Phillippe Pidoux, citado por Oris de Oliveira⁴¹:

Em todos os tempos, nos regimes de liberdade econômica, sob o Império Romano, na Idade Média e em nosso século os concorrentes procuram limitar as consequências da competição comercial. Para preservar sua situação organizam-se em corporações, formam-se cartéis, criam-se monopólios ou fizeram-se acordos protecionistas. Conforme a época estas medidas foram tidas como de acordo com a ordem jurídica ou como ilícitas.

Ainda que a concorrência pudesse ser verificada até a Idade Média, os registros históricos demonstram que tal fenômeno foi praticamente paralisado em razão da atuação das corporações de ofício.

Segundo Paula Forgioni, nos estatutos das corporações previam-se normas que garantiam o monopólio da atividade desempenhada por seus integrantes. Essas normas fixavam a limitação geográfica para atuação de cada membro, neutralizando qualquer concorrência que se pudesse estabelecer, normatizando também o poder de fiscalização da corporação sobre seus membros.⁴²

De forma ainda mais detalhista, Henri Pirenne, em citação feita por Oris de Oliveira⁴³, descreve as características das corporações de ofício que se encarregavam de neutralizar a concorrência.

³⁹ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 39.

⁴⁰ Idem, *ibidem*.

⁴¹ PIDOUX, Phillippe. *La prohibition de concurrence dans le contract de travail*. Lausanne: Impremiere Vandoise, 1969, p. 9 *apud* OLIVEIRA, Oris de. Op. cit., p. 15-16.

⁴² FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 43-45.

⁴³ PIRENNE, Henri. *Histoire de l'Europe, Des invasions au XVIe siècle*. Neuchatel: Ed. De La Baconniere, 2e edition, p. 268 *apud* OLIVEIRA, Oris de. Op. cit., p. 16.

Segundo o autor, a maior preocupação das corporações de ofícios era justamente a de regulamentar a concorrência.

Nesse cenário, todo recém-chegado que desejasse exercer seu trabalho deveria se filiar à corporação correspondente, sob pena de ser boicotado. A corporação cuidava de proteger seus membros da concorrência externa. Internamente, regulamentava suas atividades para proteger um confrade da concorrência do outro.

Cada oficina era composta por um mestre de ofício, sendo, em regra, empregados sob sua direção, um ou dois companheiros e um aprendiz.

Assim, para que fosse garantida a subsistência de cada mestre, era imposta grande restrição à sua liberdade de exercer o ofício. Para que houvesse a subsistência de todos, nenhum confrade poderia prosperar excessivamente, a ponto de concorrer com os demais e suplantá-los em tal concorrência.

Desta forma, impunha-se proibição de vender seus produtos a um preço mais baixo do que o fixado pelo regulamento, de trabalhar a não ser à luz do dia, de fazer uso de utensílios inusitados ou modificar a técnica tradicional - ou seja, proibia-se a atividade inventiva - , de empregar mais operários que o seu vizinho ou, ainda, de empregar sua mulher e filhos menores.

Afirma Henri Pirenne que “cada um recebe seu lugar ao sol, mas um espaço rigorosamente medido, de que impossível sair”⁴⁴.

A Revolução Francesa e o liberalismo que a seguiu cuidaram de pôr fim às corporações de ofícios. O ponto final veio com a Lei Chapelier, de 1791, que em seu art. 1º dispunha “*L'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, Il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit*”⁴⁵.

Nas palavras de Alberto Luís Camelier da Silva⁴⁶:

Após a Revolução Francesa (1789) e a superveniência da Lei de 1791, acabando com o monopólio das corporações, deflagrou-se a partida para a corrida da competição, iniciando-se a era da liberdade de disputar ou da livre concorrência.

⁴⁴ PIRENNE, Henri. Op. cit., p. 298 *apud* OLIVEIRA, Oris de. Op cit., p. 16.

⁴⁵ FRANÇA. *Loi Le Chapelier du 14 juin 1791*. Disponível em: < <http://www.vie-publique.fr/documents-vp/loiChapelier.pdf>>. Acesso em: 21 jun 2015.

⁴⁶ CAMELIER DA SILVA, Alberto Luís. *Concorrência desleal: atos de confusão*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29.

A Revolução Industrial fez a concorrência reaparecer em sua força máxima, cabendo, aqui, uma pequena digressão.

A concorrência só tem razão de existir no sistema capitalista. Apenas a perseguição da acumulação do lucro justifica a necessidade de que uma companhia tenha desempenho superior às demais.

Em um sistema produtivo estatizado, como era o dos países socialistas, não há qualquer sentido em se falar em concorrência, porque todos os meios de produção pertencem ao mesmo ente, no caso, o próprio Estado.

Para a compreensão do tema, relevante é a definição proposta por Paula Forgioni⁴⁷, partindo de ensinamentos de Asquini, para o que seja o “mercado”, cujo domínio ou, ao menos, a obtenção da maior fatia é o objetivo a ser alcançado no âmbito da concorrência.

De fato, o mercado é o destinatário de toda a produção e o grande definidor das estratégias e decisões que os concorrentes tomam em sua luta por partilhá-lo.

Conforme a autora, o mercado é multifacetado, constituindo-se em um “fenômeno poliédrico”, só sendo possível sua compreensão pela ótica estabelecida através de seus perfis, que seriam o econômico, o político, o social e o jurídico.

Assim, o mercado realiza a divisão e a alocação de bens, observando a força concorrencial.

Entretanto, dificilmente há equilíbrio de forças entre todos os concorrentes, fazendo com que nem todos os competidores tenham o mesmo desempenho, o que gera reflexo na estruturação do mercado.

Segundo as lições do professor Fábio Nusdeo⁴⁸, existem cinco grandes tipos de estruturas de mercado, que variam de acordo com o maior ou menor nível de concorrência: i) a concorrência perfeita, ii) a concorrência imperfeita ou monopolística, iii) o oligopólio, iv) o monopólio e o v) monopólio bilateral.

Dois deles são modelos basicamente teóricos: a concorrência perfeita e o monopólio bilateral.

No primeiro, o nível de concorrência é tão acirrado que os ganhos de cada produtor são ínfimos, impossibilitando a acumulação característica do sistema capitalista.

⁴⁷ FORGIONI, Paula A. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 153-156.

⁴⁸ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 260-275.

Já o monopólio bilateral ocorre quando existem basicamente um comprador e um vendedor, em iguais condições de forças e, entre eles, se estabelece um impasse para a concretização do negócio.

Nesse caso, o imbróglio tenderia a ser dirimido por um consenso, sob pena de ambos se verem impossibilitados de levar adiante sua atividade econômica.

Os outros três tipos de mercado são o que interessam primordialmente ao nosso estudo, uma vez que, com o passar do tempo, alguns dos concorrentes do mercado formado após a Revolução Industrial se destacaram dos demais e passaram a preponderar.

Inexistindo regras que regulamentem a concorrência na disputa de um mercado, a tendência é a de que os concorrentes passem a se utilizar cada vez mais de processos e medidas agressivas, buscando alcançar a maior fatia do bolo.

Tal disputa, algumas vezes, tende a chegar às raias da ilicitude e da ilegalidade, sendo necessário o estabelecimento de regras mínimas que disciplinem as condutas dos concorrentes.

Essas regras devem ser impostas pelo Estado, a quem interessa a manutenção da livre concorrência, objetivando resguardar a utilização de medidas lícitas e aceitas pelos concorrentes em busca de uma maior parcela do mercado disputado.

Destacando a necessidade de intervenção do Estado na regulação da atividade concorrencial, Calixto Salomão Filho leciona que a regulamentação do mercado pelo poder público tem uma premissa fundamental: por mais simples que seja a organização de um grupamento social que tenha como fundamento uma economia de mercado, ele deve contar com um regramento mínimo que garanta o funcionamento desse mercado, ou seja, que garanta um nível indispensável de controle das relações econômicas⁴⁹.

A tendência de o mercado desregulado produzir um fenômeno que leve à prevalência de um competidor ou um pequeno grupo de competidores sobre todos os demais é ressoada em diversos campos da dogmática jurídica.

⁴⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 15.

Para Otávio Bueno Magano “o aparecimento da produção em massa e o desenvolvimento da técnica desencadeiam a formação de grandes unidades econômicas, cuja atuação no mercado tende à eliminação da concorrência”⁵⁰.

O autor prossegue afirmando que a isso se segue a intervenção do Estado, com o propósito de corrigir distorções e promover o desenvolvimento econômico, podendo ser um modelo econômico misto ou dualista, pois nele se misturam atividades econômicas de entes privados e entes públicos.⁵¹

Reforçando a ideia de que se faz necessária a intervenção estatal objetivando o restabelecimento do equilíbrio do mercado, Magano, citando John Keneth Galbraith, destaca o mérito de Keynes, ao quebrar tabus e reconhecer que o mercado, quando perturbado, não se restabelece automaticamente, o que ensejou que o Estado passasse a exercer crescente controle sobre a vida econômica⁵².

De fato, para que haja equilíbrio concorrencial, faz-se necessário um ambiente em que os concorrentes não obtenham vantagens por meios ilícitos e ou de maneira artificial.

O necessário equilíbrio não seria alcançado se um dos concorrentes tivesse acesso às experiências acumuladas por outro, que, para alcançá-las, precisou investir tempo e recursos.

A concorrência ganha relevância para as relações de trabalho quando se passa à análise da sistemática da produção, ambiente em que as inovações tecnológicas e o contínuo aumento da produção industrial fizeram com que o preço dos produtos despencasse.

Portanto, a disputa entre os industriais tinha como consequência o preço final dos produtos oferecidos como o fiel da balança, eis que esse era o fator que faria um concorrente preponderar sobre o outro.

Para que fosse possível reduzir o preço final dos produtos, fazia-se necessário reduzir os custos da produção, sendo que a redução do preço da matéria prima só era possível até determinado ponto.

Não sendo possível reduzir o preço da matéria prima abaixo de determinado patamar, em uma decisão com vieses tanto político quanto social e econômico,

⁵⁰ MAGANO, Octavio Bueno. Os grupos de empresas no Direito do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 11.

⁵¹ Idem, p. 11-12.

⁵² Idem, p. 12.

implementou-se a diminuição dos custos a partir da redução de gastos com a mão de obra.

Para tanto, disseminou-se o trabalho de mulheres e crianças, que recebiam salários inferiores aos dos homens, sendo, contudo, submetidos às mesmas condições de trabalho, inclusive às exaustivas jornadas de trabalho.

Tais medidas possibilitaram a majoração da produção e pauperização da massa trabalhadora.

De início, não se sentiu a presença do Estado objetivando a imposição de garantias mínimas para a subsistência dos trabalhadores.

Segundo Evaristo de Moraes Filho⁵³, ante a inércia estatal e a mentalidade dos capitalistas, coube aos próprios trabalhadores resistir à exploração contínua.

Em razão de movimentos de resistência levados a cabo pelos operários, foi-se chegando ao que o autor chama de verdadeiras convenções coletivas de trabalho, estabelecendo condições mínimas relacionadas à jornada, salário e outras questões.

Outro aspecto interessante, sob a ótica da concorrência, foi a de que os inventos passaram a ter um valor intrínseco.

Explica-se: o invento valia não só pelo produto final que poderia dele advir, mas o próprio invento passou a ser valioso, cabendo sua proteção em face da concorrência.

Por essa razão, ocorreu a Convenção União de Paris⁵⁴, em 1883, que visava conferir a autores e inventores a proteção à propriedade de seus inventos e obras.

Não estava entre seus objetivos uniformizar leis nacionais, sendo certo que a Convenção tampouco possuía um sistema próprio de solução de controvérsias ou previa sanções para o descumprimento de qualquer um de seus dispositivos.

Por força do Decreto 635, de 21 de agosto de 1992, passou a vigor no Brasil a Convenção União de Paris, com parte do texto aprovado na revisão de Estocolmo, datada de 1967. Em outubro de 1994, o Decreto nº 1.263/1994 ratificou o Decreto anterior, pondo em vigor a totalidade do texto de Estocolmo.

A Convenção foi o resultado de uma preocupação evidente: a ausência de proteção a inventos e novas técnicas de produção poderia fazer uma enorme

⁵³ MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução do Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: Ltr, 1986, p. 48-49.

⁵⁴ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf>. Acesso em: 21 jun 2015.

diferença no equilíbrio de forças no âmbito da concorrência. A Convenção pode ser vista como o ponto de partida para diversos movimentos, objetivando coibir a concorrência desleal.

Em relação à concorrência desleal, Fábio Ulhôa afirma que⁵⁵

[...] não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também identificam a concorrência leal e a desleal. São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva.

E é justamente o uso de meios inidôneos de concorrer que passará a ser continuamente combatido no Brasil pela adoção de medidas diversas, que serão expostas cronologicamente a seguir.

No campo das relações de trabalho, tais medidas visavam, inclusive, impedir o aliciamento de mão de obra dos concorrentes, sendo que, em nosso país, algumas normas editadas entre os séculos XXIX e XX exemplificam claramente esse espírito.

O Código Comercial de 1850 carregava em seu bojo o artigo 84, item 4, dispondo que é justa causa para a dispensa dos prepostos a “negociação por conta própria ou alheia sem permissão do preponente” bem como o artigo 500, determinando que “o capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com a multa de cem mil réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, existindo a bordo do seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias da demora”⁵⁶.

Já o Código Civil de 1916 disciplinava em seu artigo 1.235 que “aquele que aliciar pessoas obrigadas a outros por locação de serviços agrícolas, haja ou não instrumento deste contrato, pagará em dobro ao locatário prejudicado a importância, que ao locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante quatro anos”⁵⁷.

⁵⁵ ULHÔA, Fábio. Curso de Direito Comercial. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1 v., p. 191.

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 22 jun 2015.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 jun 2015.

Portanto, constata-se que a preocupação com a concorrência no seio das relações de trabalho ou emprego não é um fenômeno recente.

Ademais, ao longo do século XX, outras normas visando a combater a concorrência desleal foram se aprofundando no ordenamento brasileiro.

A Lei nº 8.884/1994, conhecida como Lei Antitruste, foi editada com o objetivo de coibir o abuso do poder econômico, atribuindo à Secretaria de Direito Econômico – SDE a prerrogativa de instaurar processos administrativos que serão julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.⁵⁸

Já em 1996, foi editada a Lei nº 9.279, que regula direitos e obrigações oriundos da propriedade industrial.

O art. 195 da mencionada lei define o que são crimes de concorrência desleal, sendo que, no âmbito da relação de trabalho, aplicam-se seus incisos IX, X e XI.⁵⁹

Interessante notar que a tipificação do inciso XI se estende mesmo para o período posterior ao término da relação de emprego, o que traz à tona algumas considerações em relação à celebração do pacto de não concorrência.

Como regra, o objetivo do pacto é justamente evitar divulgação, exploração ou utilização, sem autorização do antigo empregador, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços.

Desta forma, o art. 195, XI, da Lei de Propriedade Industrial, dá amparo normativo para que sejam celebrados acordos objetivando que o empregado se abstenha de concorrer com seu antigo empregador após a rescisão contratual.

No âmbito comercial, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.147, disciplina a quarentena a que deve ser submetido o empresário no contrato de trespasse, ou

⁵⁸ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Op. cit., p. 13.

⁵⁹ “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

[...]

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;

[...].”

BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.. Diário Oficial da União. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 22 jun 2015.

seja, o impedimento de promover concorrência ao adquirente quando ocorre a alienação do estabelecimento comercial⁶⁰.

A preocupação com a concorrência desleal também ensejou a edição da Lei nº 12.529/2011, que estrutura o sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência⁶¹.

O espírito de todas essas normas legais é o de impedir a concorrência desleal, que, nas palavras de Gama Cerqueira, é aquela praticada “por competidor que, agindo por meios desonestos contrários às boas normas, prejudica os negócios alheios ou desvia clientela para proveito próprio”⁶².

Para Carlos Alberto Bittar, cinco são os requisitos do ato de concorrência desleal: i) a constatação da culpa do agente, sendo desnecessária a verificação de dolo ou fraude; ii) a desnecessidade de verificação de um dano concreto, sendo suficiente a possibilidade ou perigo de sua superveniência; iii) a colisão de interesses revelada pela identidade de negócios e no posicionamento em um mesmo âmbito territorial; iv) a captação indevida, ainda que potencial, de uma clientela e v) o cometimento de um ato ou procedimento suscetível de repreensão⁶³.

Quanto à classificação dos atos de concorrência desleal, Gama Cerqueira também os divide em cinco categorias: i) atos que criam confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre produtos, artigos e serviços postos no comércio; ii) atos que visam a prejudicar a reputação ou negócio alheio, denegrindo a imagem do concorrente; iii) atos de aliciamento e suborno a empregados; iv) divulgação e exploração de segredos de fábrica e segredos de negócio e v) violação de contratos⁶⁴.

Para efeito do presente estudo, as modalidades de atos de concorrência que mais interessam são aquelas relacionadas ao aliciamento e suborno de empregados

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jun 2015.

⁶¹ BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 28 jun 2015.

⁶² GAMA CERQUEIRA, João da. Tratado da propriedade industrial. Rio de Janeiro, Forense, 1952, v. II, p. 1266.

⁶³ BITTAR, Carlos Alberto. Concorrência desleal: a imitação de marca (ou de seu componente) como forma de confusão entre produtos. Revista de informação legislativa, v. 22, n. 85, p. 343-364, jan./mar. 1985. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181586> >. Acesso em: 28 jun 2015.

⁶⁴ GAMA CERQUEIRA, João da. Tratado da propriedade industrial, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 9.

e à divulgação de segredos de fábrica e de negócios, por parte desses mesmos empregados.

Como visto acima, o aliciamento de empregados mediante suborno para que implementem atos de concorrência ao seu empregador e o consentimento do empregado em se corromper com esse propósito são condutas tipificadas nos incisos IX e X do art. 195 da Lei de Propriedade Industrial, além de atentar contra a obrigação de lealdade e lisura que os contratantes devem respeitar, sendo que, ao empregado, cabe também o dever de lealdade ou fidelidade, que se converte em um dos pilares que impede a concorrência com o empregador no curso da relação empregatícia.

Américo de Plá Rodriguez define o dever de fidelidade como a “conduta da pessoa que considera cumprir realmente o seu dever. [...]” e que “contém implicitamente a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, sem abusos ou desvirtuamentos”⁶⁵.

A observância do dever de fidelidade não é, contudo, pacífica entre os doutrinadores.

Evaristo de Mores Filho⁶⁶ se mostra um crítico dessa noção, ao afirmar que

Empregado e empregador são homens livres, ambos dignos de um ambiente onde todos se olham de frente, como socialmente iguais não devendo nenhum deles ao outro esta suposta obrigação de fidelidade, que lembra histórias de cachorro ou de tempos em que o homem era servo de outro homem.

No entanto, a posição de Evaristo é minoritária, aderindo a maior parte dos doutrinadores ao exemplo de Plá Rodriguez, estabelecendo o dever de fidelidade como uma espécie do gênero boa-fé contratual⁶⁷.

Como corolário do dever de fidelidade, tem-se a impossibilidade de concorrência durante a relação de emprego, que é motivo autorizador de aplicação da pena de justa causa para a rescisão do contrato de emprego, tal como previsto na alínea “c”, do artigo 482, da CLT⁶⁸.

⁶⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr. 3ª ed. atual., 2000, p.425.

⁶⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. *Negociação habitual por conta própria ou alheia na rescisão do contrato de trabalho*. Revista Forense, v. 149, p. 533.

⁶⁷ Por todos, Délio Maranhão *in* SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*, 2º vol. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1978, p. 427-428.

⁶⁸ “Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

De acordo com a norma mencionada, a falta grave estará caracterizada se o empregado incidir em negociação habitual, que envolva concorrência ao seu empregador, ou que signifique prejuízo à prestação de serviços.

Não necessariamente a negociação habitual significa concorrência desleal. A primeira é pressuposto da segunda, mas não é impositivo que ocorram de forma concomitante.

Quanto à ilicitude da concorrência, Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁶⁹ esclarecem que:

A negociação habitual caracteriza-se pela violação do dever de fidelidade do empregado. Não se equipara ao crime de concorrência desleal, por constituir a negociação habitual em violação de dever contratual (ilícito contratual), ao passo que aquela constitui uma atividade ilícita, que lesa o direito de outrem, pelo modo que é desenvolvida a atividade (ilícito extracontratual).

Em suma, o ato de concorrência praticado pelo empregado só é ilícito porque levado a cabo justamente por quem tinha o dever de não realizar tal concorrência.

Fosse o ato de concorrência praticado por um terceiro, não seria, *per se*, a hipótese de concorrência desleal, eis que não se faz necessária a presença de qualquer outro elemento caracterizador da conduta tipificada.

No mesmo sentido, Délio Maranhão informa que o ilícito trabalhista nem sempre se confunde com o ilícito penal, uma vez que o ato de concorrência importa violação específica de uma obrigação inerente ao contrato de trabalho, qual seja, o dever de fidelidade, que é espécie do gênero boa-fé contratual, mas não necessariamente a adoção de um expediente tido como delituoso à luz da legislação penal. A final de contas, a limitação à concorrência decorre, simplesmente, do vínculo de emprego que une o empregado a seu empregador⁷⁰.

Por outro lado, nem todo ato de negociação habitual significa concorrência ao 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;”

BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

Acesso em: 28 jun 2015.

⁶⁹ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. II, p. 508.

⁷⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho, vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 589-590.

Para que se possa cogitar de concorrência, Wagner Giglio defende que a atividade concorrente explore o mesmo ramo de atividade econômica que é desempenhada pelo empregador. Caso contrário, ainda que se constatem atos de negociação habitual por parte do trabalhador, não estarão presentes os requisitos ensejadores do enquadramento da conduta como sendo a de uma concorrência desleal⁷¹.

Resta analisar a proteção ao sigilo da informação, que abarca o segredo de fábrica e o segredo de negócio, sendo matéria de relevância no ordenamento jurídico mundial, protegida pelo acordo conhecido sob o acrônimo TRIPS.

O TRIPS é a sigla inglesa do “*Trade Related Aspects of Intellectual Rights Including Trade in Counterfeit Goods*”, que traduzida para o português significa “Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio”.

Trata-se de um acordo entre os Estados Membros da Organização Mundial do Comércio (OMC), que propugna que os países signatários alterem suas respectivas legislações, tendo, entre outros objetivos, o de garantir a proteção à informação.

Em abril de 1994, no âmbito da Rodada Uruguai do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) - fórum que precedeu a OMC - o Brasil se tornou um dos signatários do TRIPS.

O cumprimento das regras impostas pelo TRIPS é exigível de qualquer cidadão nacional, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1998⁷²:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em assim sendo, é importante registrar que o acordo em comento preconiza, entre outros pontos, as seguintes proteções à informação:

ART. 39. (...)

[...]

2 - Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informações legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada

⁷¹ GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 97-98.

⁷² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan 2014.

por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas (10), desde que tal informação:

A) Seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes;

B) Tenha valor comercial por ser secreta; e

C) Tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta.⁷³

Em nota explicativa, o acordo define que a expressão “de maneira contrária a práticas comerciais honestas” significa práticas como violação ao contrato, abuso de confiança, indução à infração, e inclui a obtenção de informação confidencial por terceiros que tinham conhecimento, ou desconheciam por grave negligência, que a obtenção dessa informação envolvia tais práticas.

No âmbito da relação de emprego, o dever de sigilo do empregado em relação às informações que obtém por conta das atividades laborativas desenvolvidas também é corolário da boa-fé que deve unir todo e qualquer contratante.

Regina Teresinha de Mello João define o objeto da obrigação de sigilo como tudo o que se relacione ao modo de produção, organização de dados, informações ou características internas que tenham o condão de diferenciar uma empresa de suas concorrentes, viabilizando o negócio e o tornando lucrativo, que, se levado a conhecimento público por parte do empregado, importaria prejuízo ao empregador⁷⁴.

Mozart Victor Russomano, por seu turno, define o objeto do sigilo como segredos de empresa, e os divide duas categorias distintas⁷⁵:

Os segredos de empresa são de suas naturezas: segredos de fábrica, relativos às formulas empregadas aos novos inventos e métodos de fabricação, etc.; segredos de negócio, relativos às transações efetuadas pela empresa, seus credores e devedores, sua situação financeira, etc.

Avançando nessas definições, Rodrigo Bernardes Braga alerta: o que se conhecia por segredo de fábrica e segredo de comércio, que, de acordo com Russomano, deveria ser batizado como segredo de negócio, foram rebatizados

⁷³ BRASIL. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf>. Acesso em: 22 jun 2015.

⁷⁴ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Op. cit., p. 31-32.

⁷⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à CLT. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 558.

como “segredo de negócio” e hoje têm o *status* de “ativo intangível que integra o valor das empresas como bem imaterial que compõe o seu acervo patrimonial”⁷⁶.

Prossegue o autor esclarecendo que o segredo de negócio é caracterizado por sete requisitos: i) caráter reservado da informação, ii) elemento volitivo, iii) novidade, iv) originalidade, v) privilegiabilidade, vi) valor econômico e vii) aplicabilidade empresarial⁷⁷.

Segundo Braga, é desnecessário que a informação seja absolutamente secreta, bastando que ela circule de maneira reservada, entre certo número de indivíduos. Deflui-se, destarte, que o segredo de negócio não pode estar disponível para toda e qualquer pessoa⁷⁸.

Em relação ao elemento volitivo, defende o autor que só é possível reputar a existência do segredo de negócio quando há a intenção declarada de o detentor do negócio ver respeitado o segredo por todos os que a ele têm acesso e o manipulam. Exemplos dessa demonstração de vontade são externados em acordos de confidencialidade e contratos contendo cláusulas de confidencialidade⁷⁹.

Da mesma forma, Braga defende a necessidade de certo grau de novidade na informação ou método cuja proteção é almejada, ainda que reconheça que tal novidade não se confunde com o ineditismo exigido para as inovações patenteáveis⁸⁰.

Em relação à originalidade, o autor explica que não é possível se conceder proteção ao segredo de negócio se os conhecimentos dele advindos são facilmente decifrados por um técnico ou especialista no assunto. Portanto, é imperioso que haja um mínimo de originalidade ou um certo nível de invento, que impeça esse tipo de constatação⁸¹.

A patenteabilidade não deve ser levada em consideração, por ser dispensável à configuração do privilégio do segredo de negócio⁸².

Braga afirma que só pode ser reputada como segredo de negócio a informação que é capaz de garantir vantagens ao empresário perante seus competidores, tendo um valor econômico realizado ou em potencial⁸³.

⁷⁶ BRAGA, Rodrigo Bernardes. O segredo do negócio no direito brasileiro. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, n. 101, jul./ago. 2009, p. 29.

⁷⁷ Idem, p. 32-33.

⁷⁸ Idem, p. 32.

⁷⁹ Idem, p. 32.

⁸⁰ Idem, p. 33.

⁸¹ Idem, ibidem.

⁸² Idem, ibidem.

Por fim, o autor distingue a aplicabilidade industrial, que é típica dos privilégios de invenção, da aplicabilidade empresarial, uma vez que o segredo digno de proteção deve propiciar a seu detentor vantagens no ambiente concorrencial, tendo uma aplicação prática e não simplesmente teórica ou científica.

No Brasil, o dever de manutenção de sigilo, dentro da relação de emprego, é matéria positivada e decorre do disposto no artigo 482, alínea “g”, da CLT⁸⁴.

Contudo, o dever de sigilo não se limita à vigência do contrato de trabalho, uma vez que, de acordo com o artigo 195, XI, da Lei de Propriedade Industrial, aquele que “divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais [...] a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, **mesmo após o término do contrato**” (grifou-se) incide em conduta tipificada como crime de concorrência desleal.

Vale também observar que o dever de manutenção do sigilo é justamente um dos fundamentos do pacto de não concorrência após a extinção do contrato de trabalho.

De fato, o impedimento almejado busca não só proibir que o trabalhador exerça concorrência direta com seu antigo empregador, mas também que ele divulgue informações a que teve acesso em razão do contrato de emprego, e que são sensíveis para o desenvolvimento da atividade do ex-empregador no âmbito concorrencial em que está inserido.

As explicações postas em relação à negociação habitual, ao ato de concorrência ao empregador e à revelação do segredo de negócio são necessárias a compreender que o pacto de não concorrência é uma medida legítima, desde que haja efetivo risco de prejuízo para o empregador advindo da concorrência por parte do ex-empregado.

Tudo o que foi exposto demonstra que a luta diuturna pela preservação do nicho de negócio em que o empregador está inserido merece proteção, sob pena de restar desestimulado, ou mesmo inviabilizado, o desenvolvimento econômico da empresa.

⁸³ Idem, ibidem.

⁸⁴ “Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

g) violação de segredo da empresa;”

BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

Acesso em: 28 jun 2015.

Entretanto, a proibição ao trabalho deve satisfazer um interesse legítimo do empregador, fazendo-se necessário justificar a restrição, levando em consideração a natureza da atividade atribuída ao empregado, o conhecimento que ele adquiriu no curso da relação de emprego e o destino que ele pode dar a tal conhecimento após o rompimento do contrato de trabalho, ante o risco de a cláusula de não concorrência implicar abuso de direito⁸⁵.

Dessa maneira, não há nenhuma razoabilidade em impor-se tal sorte de restrição ao trabalhador que desempenhe tarefas rotineiras no âmbito de seu empregador, que não tenham o condão de lhe propiciar acesso a informações sigilosas ou dados que possam desequilibrar o jogo concorrencial.

Como será visto em capítulo específico do presente estudo, alguns ordenamentos estrangeiros preveem especificamente a possibilidade de celebração do pacto de não concorrência e cuidam de seus requisitos de validade.

Dentre eles, há os que vinculam a possibilidade de pactuação do impedimento à demonstração do efetivo interesse do empregador.

Esse é o caso do Código de Trabalho Português, segundo o qual só é possível a celebração do pacto se a atividade que o empregado estará impedido de exercer puder causar efetivo prejuízo ao empregador.⁸⁶

Já na Espanha, o *Estatuto de los Trabajadores* condiciona a validade da cláusula de não concorrência à proteção de um efetivo interesse industrial ou comercial no impedimento.

Contudo, nem todos os diplomas legais que regulam a matéria adotam esse critério.

O legislador belga, por exemplo, preferiu estabelecer na *Loi relative aux contrats de travail* de 1978 que a possibilidade de celebração da cláusula de não concorrência deveria observar os patamares remuneratórios dos empregados, não vinculando a validade do pacto à demonstração de um efetivo interesse do empregador.

Assim, os empregados que percebem salário abaixo de determinado patamar estão proibidos de celebrar o pacto em análise, o que não se nos afigura o critério mais adequado.

⁸⁵ Cf. MALLET, Estevão. Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, p. 127-128, jan./dez. 2005. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/articleviewFile6766770275>>. Acesso em: 28 jun 2015.

⁸⁶ Código do Trabalho, art. 136, n. 2, alínea “b”.

Se é bem verdade que, na maior parte dos casos, os empregados que recebem a menor remuneração não têm acesso a dados confidenciais e informações sigilosas, cuja divulgação possa prejudicar seu empregador, essa não é uma regra absoluta.

Em algumas hipóteses, trabalhadores que exercem ofícios manuais e recebem remuneração relativamente baixa, podem ter acesso a esse tipo de informação, razão pela qual o valor da remuneração não é o melhor critério para definir quem poderá ou não celebrar o acordo de não concorrência.

A título de exemplo, pode-se citar que em algumas indústrias químicas, trabalhadores que laboram na ponta da cadeia produtiva, misturando produtos e princípios ativos, podem ter plena ciência da composição utilizada para a elaboração de um determinado item, sendo essa sorte de informação valiosa em termos concorrenciais.

Assim, mesmo que sua remuneração não seja das mais altas, é indiscutível que seu empregador tem o legítimo interesse de que o conhecimento que foi acumulado pelo empregado não seja divulgado a terceiros.

Portanto, mais importante do que o valor salarial pago ao empregado é o efetivo interesse do empregador de que seu cabedal de conhecimentos não caia em domínio público.

Logo, quanto maior a quantidade de informações privilegiadas e sigilosas detiver o empregado, mais apropriada será a assunção do impedimento para concorrer com seu antigo empregador.

3 O CONFRONTO ENTRE A LIBERDADE DE TRABALHO, LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA

Ponto nodal para a compreensão da controvérsia e verificação da possibilidade de celebração do pacto de não concorrência após o término da relação de emprego reside na análise e ponderação de garantias constitucionais vigentes que, aparentemente, se encontram em rota de colisão.

De um lado, existe a garantia à liberdade de trabalho. Do outro, à livre iniciativa e à livre concorrência⁸⁷.

Assim, antes de passar à análise do conflito existente entre as garantias constitucionais em tela, na hipótese de celebração do pacto de não concorrência, objetivando alcançar uma solução harmônica, é importante definir o que seja a liberdade de trabalho, bem como a liberdade de iniciativa, salientando-se que a concorrência foi objeto de estudo no capítulo anterior, restando apenas inseri-la no contexto constitucional.

De acordo com Cesarino Júnior, “a liberdade de trabalho é a forma de liberdade individual que consiste na faculdade de escolher e exercer a profissão nas condições que convenham ao interessado”⁸⁸.

José Afonso da Silva, ao comentar o art. 5º, inciso XIII, da Carta Constitucional de 1988⁸⁹, afirma que o dispositivo confere uma liberdade individual, que não se confunde com garantia de cunho social, uma vez que o texto em análise garante apenas a liberdade de escolha de ofício e de profissão, de acordo com as pretensões de cada pessoa e na medida de seus próprios esforços e sorte⁹⁰.

Para o autor, a própria Constituição impõe limites a esse direito, ao ressaltar que o exercício de determinadas profissões depende da observância das qualificações profissionais que a lei exigir.⁹¹

⁸⁷ Cf. Art. 5º, XIII e Art. 170 da Constituição Federal de 1988.

⁸⁸ CESARINO JÚNIOR, A. F. Direito social brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, v. 1, p. 10.

⁸⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan 2014.

⁹⁰ SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. 13. ed.. São Paulo: Melhoramentos, 1997. p. 249.

⁹¹ Idem, p. 250.

Prossegue o jurista explicando que a garantia do direito social ao trabalho não está expressa em nenhum dos artigos da Constituição Federal de 1988, mas pode ser verificada na conjugação de diversas previsões constitucionais⁹²:

O art. 6º define o trabalho como direito social, mas nem ele nem o art. 7º trazem norma expressa conferindo o direito ao trabalho. Este, porém, ressaí do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho. Assim, no art. 1º, IV, se declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, entre outros, os valores sociais do trabalho; o art. 170 estatui que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho, e o art. 193 dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Tudo isso tem o sentido de reconhecer o direito social ao trabalho, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). E aqui se entroncam o direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, com o direito social ao trabalho, que envolve o direito de acesso a uma profissão, à orientação e formação profissionais, à livre escolha do trabalho, assim como o direito à relação de emprego (art. 7º, I) e o seguro-desemprego, que visam, todos, entre outros, à melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

Em relação à livre iniciativa, José Afonso da Silva afirma que ela “envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato [...] como um dos esteios da ordem econômica [...] que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica”⁹³.

Prossegue o autor esclarecendo que a livre concorrência é um dos princípios da ordem econômica nacional, sendo uma manifestação da liberdade de iniciativa⁹⁴.

É interessante observar que a garantia da liberdade de trabalho e da livre iniciativa e concorrência não são novidades do texto constitucional vigente, eis que estiveram presentes, de uma forma ou de outra, ao longo das Cartas Constitucionais que o antecederam.

A Constituição de 1824, de inspiração claramente liberal, proclamava a liberdade de trabalho, indústria e comércio, abolindo as corporações de ofício, nos mesmos moldes em que ocorrera na França após a Revolução⁹⁵.

⁹² Idem, p. 280-281.

⁹³ Idem, p. 724.

⁹⁴ Idem, p. 726.

⁹⁵ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em ressarcimento da

De acordo com Evaristo de Moraes Filho, “o trabalho livre continuava regulado pelas disposições 29 a 35, do livro IV das Ordenações do Reino”⁹⁶, tendo o texto constitucional limitado-se a garantir o exercício de escolha da profissão a ser exercida.

A Constituição de 1891 trouxe poucos avanços em relação ao texto constitucional anterior.

Marcadamente liberal, manteve a previsão de que era “livre o exercício de qualquer profissão moral, intelectual ou industrial”⁹⁷, sem, contudo, fazer as ressalvas existentes na Constituição de 1824, relativamente aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos.

De acordo com Segadas Vianna, trata-se de uma Carta Constitucional oriunda de uma assembleia dominada por ideias liberais e individualistas, cujo produto não demonstrou nenhuma preocupação quanto à proteção ao trabalho e ao trabalhador, firmando-se na concepção da total soberania da vontade individual, deixando a cargo dos próprios trabalhadores a defesa de seus interesses.⁹⁸

Em seguida, a Constituição de 1934 veio romper com o paradigma liberal até então predominante, abraçando um modelo social-democrata.

Com forte inspiração na Constituição de Weimar, de 1919, instituiu um título dedicado exclusivamente à “ordem econômica e social”⁹⁹.

Pedro Calmon esclarece que a Constituição de 1934¹⁰⁰

Ampliou, extraordinariamente, o Govêrno Federal, a sua ação, no campo das atividades econômicas. A Constituição de 1934 não é mais liberal democrática, porém social democrática. Institui Justiça do Trabalho, salário mínimo, limitação de lucros, nacionalização de empresas, direta intervenção do Estado para normalizar, utilizar ou orientar as forças produtoras, organização sindical. Ao direito de propriedade impôs um limite: o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.

perda, que hajam de sofrer pela vulgarização.” BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 24 mar 2013.

⁹⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução do Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: Ltr, 1986, p. 135.

⁹⁷ Art. 72, §24, da Constituição de 1891. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 5 jul 2015.

⁹⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. Instituições de Direito do Trabalho, vol. I, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 56.

⁹⁹ Cf. MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução do Direito do Trabalho (...), p. 162.

¹⁰⁰ CALMON, Pedro. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 15.

Verifica-se que o texto constitucional estabeleceu firmes limites à liberdade econômica e ao direito de propriedade, fixando o interesse social ou coletivo como norte a ser buscado.

Quanto à liberdade de trabalho, a Carta Constitucional em comento traz importantes modificações em relação às Constituições anteriores. Os direitos individuais são previstos no artigo 113, sendo que a liberdade de trabalho é assegurada em seu item 13, que afirma ser “livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público”¹⁰¹.

O exercício da profissão passa a ter limites que anteriormente não eram impostos. Primeiramente, observa-se que determinadas profissões dependem de capacitação técnica específica, não podendo ser desempenhadas por pessoas não habilitadas. Em segundo lugar, a liberdade de trabalho passou a ser tolhida pelo interesse público.

Pouco mais de três anos haviam se passado quando o golpe de Estado de 10 de outubro de 1937 outorgou ao país uma nova Constituição, de cunho corporativista, inspirada em seu aspecto político pela constituição polonesa e em sua orientação econômico-social pela *Carta del Lavoro* italiana.¹⁰²

A despeito disso, Segadas Vianna defende que seu conteúdo, quanto às relações de trabalho, era mais protetivo do que aqueles existentes na Constituição que a antecedeu, destacando que, de acordo com seu artigo 136, o trabalho é um dever social, tendo direito à proteção e solicitude especiais do Estado¹⁰³.

Apesar de o texto constitucional em comento garantir a liberdade de trabalho em seu artigo 122, item 8º, obtemperando-a com as “as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público”¹⁰⁴, o artigo 136 da Carta Constitucional transforma o direito ao trabalho, de uma liberdade individual, em direito social, ao determinar que “a todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é

¹⁰¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 5 jul 2015.

¹⁰² Cf. MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução do Direito do Trabalho (...), p. 162.

¹⁰³ Op. cit, p. 62.

¹⁰⁴ Art. 122, item 8º, da Constituição de 1937. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 5 jul 2015.

dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.”¹⁰⁵

Não se trata mais de assegurar a cada cidadão o direito de escolher a profissão que deseja seguir, relegando ao seu próprio esforço a obtenção do trabalho, mas sim de assegurar que todos tenham o direito de trabalhar.

Ainda de acordo com Segadas Vianna, a Constituição de 1937, no âmbito das relações de trabalho, apresentou avanços ao estipular preceitos básicos para repouso semanal remunerado, indenização pela rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador sem justo motivo, férias remuneradas, salário mínimo, fixação da jornada de oito horas diárias, proteção ao trabalho da mulher e do menor e seguro social¹⁰⁶.

O texto constitucional de 1937, seguindo sua linha corporativista, negou expressamente o direito de greve, que foi declarado um recurso antissocial, nocivo aos interesses do trabalho e do capital¹⁰⁷.

No âmbito da ordem econômica, o intervencionismo do Estado se fez sentir de forma contundente.

A livre iniciativa já não era tão livre. A garantia do dirigismo vem estampada no artigo 135, o qual determinava que a iniciativa privada deveria ser exercida nos limites do poder público, que poderia intervir no domínio econômico, objetivando suprir deficiências da iniciativa individual ou coordenar os fatores da produção, de acordo com os interesses da nação, podendo a intervenção se dar sob a forma de controle, estímulo ou gestão direta.

Encerrado o período de ditadura, sobreveio a Constituição de 1946, classificada por Evaristo de Moraes Filho como inovadora e atual, tendo-se aproveitado das conquistas do pós-guerra no campo da racionalização do Direito e do Estado de bem-estar¹⁰⁸.

A opinião de Segadas Vianna é ainda mais lisonjeira ao texto constitucional de 1946.

Como um dos integrantes daquela Assembleia Constituinte, o autor afirma ter defendido que aquela Carta Magna deveria registrar os princípios básicos do Direito

¹⁰⁵ Artigo 136 da Constituição de 1937. Idem.

¹⁰⁶ Op. cit, p. 62.

¹⁰⁷ Artigo 136 da Constituição de 1937. Idem.

¹⁰⁸ MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução do Direito do Trabalho (...), p. 165.

do Trabalho, afirmando um conteúdo social do qual resultaria a segurança das instituições.¹⁰⁹

Por isso, a seu ver, a Constituição de 1946 “encerra um conteúdo social que a coloca entre as mais completas do mundo”¹¹⁰.

De fato, o texto constitucional avançou em diversos aspectos, garantindo pela primeira vez o direito de greve (artigo 158), a participação obrigatória dos trabalhadores nos lucros das empresas (artigo 157, IV) e a proibição de trabalho noturno ao menor (artigo 157, IX).

A liberdade do exercício de profissão foi restabelecida, sem a restrição decorrente do interesse público que existia na Constituição anterior, ficando, limitada, apenas, pela capacitação técnica do indivíduo¹¹¹.

E, ao tratar da ordem econômica e social, a Constituição de 1946 declara pela primeira vez, em seu artigo 146, que as atividades econômicas devem ser organizadas de acordo com os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

O parágrafo único desse mesmo artigo afirma que o trabalho é uma obrigação social, que deve assegurar a todos uma existência digna.

Nesse aspecto, a previsão constitucional de que cabe ao Estado garantir o acesso ao trabalho demonstra uma herança do texto de 1937.

No que se refere à intervenção do Estado no domínio econômico, o artigo 145 da Constituição de 1946 reproduziu, com pequenas alterações, a redação do artigo 116 da Carta de 1934, aduzindo que, observados o interesse público e os direitos fundamentais garantidos no texto constitucional, é possível à União intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade.

A Constituição de 1934 ressaltava dessa possibilidade os serviços municipalizados e aqueles de competência dos poderes locais.

¹⁰⁹ Op. cit, p. 62.

¹¹⁰ Op. cit, p. 62.

¹¹¹ “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 14 - É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.” BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 5 jul 2015.

A Carta de 1946 foi a primeira a proclamar a repressão ao abuso do poder econômico objetivando a eliminação da concorrência (artigo 148), demonstrando o *animus* de se opor à concorrência desleal e às práticas de domínio de mercado.

Nova ruptura institucional sobreveio com o golpe civil-militar de 1964. A despeito disso, só foi lançado um novo texto constitucional no ano de 1967, que sofreu significativas modificações com a emenda de 1969.

Dentro do objeto do presente estudo, cumpre registrar que o artigo 160 da Carta outorgada em 1967, já com a redação dada pela emenda de 1969, dispunha que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, devendo ser observados: i) a livre iniciativa; ii) a valorização do trabalho como condição da dignidade humana; iii) a função social da propriedade; iv) a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; v) a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e vi) a expansão das oportunidades de emprego produtivo¹¹².

No que se refere à liberdade de trabalho, o texto do artigo 153, §23, preconizava que o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é livre, desde que observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer, com redação praticamente idêntica àquela dada pela Constituição de 1946¹¹³.

Vê-se que, já no texto Constitucional de 1969, a livre iniciativa estava limitada pela necessidade de valorizar o trabalho como condição da dignidade humana, sendo almejada a busca pela expansão das oportunidades de emprego, o que, à luz do estudo proposto, significa um conflito de normas a ser dirimido.

Esse conflito se aprofunda com a Constituição de 1988.

Nela, a liberdade de trabalho vem estatuída no artigo 5º, inciso XIII, o qual assegura que o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é livre, sendo necessário, contudo, o atendimento das qualificações profissionais que a lei estabelecer¹¹⁴.

¹¹² Art. 160 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969. BRASIL. Emenda Constitucional nº 1 (de 17 de outubro de 1969). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 5 jul 2015.

¹¹³ Art. 153, §23, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Idem.

¹¹⁴ Art. 5º, XIII, Constituição de 1988. BRASIL. Constituição da república Federativa do Brasil (de 5 de outubro de 1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 jul 2015.

Em essência, não houve alteração substancial em relação ao texto constitucional anterior.

No entanto, as regras sobre a ordem econômica passaram a ter um cunho mais social, por força da previsão contida no artigo 170, amparada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, objetivando assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social¹¹⁵.

Para tanto, a Carta de 1988 determinou que a ordem econômica deveria observar os seguintes princípios: i) soberania nacional; ii) propriedade privada, sendo ressalvada sua função social; iii) livre concorrência; iv) defesa do consumidor; v) defesa do meio ambiente; vi) redução das desigualdades regionais e sociais; vii) busca do pleno emprego; viii) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.; ix) o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.¹¹⁶

Para o tema em estudo, importa destacar que o texto constitucional preservou a propriedade privada, respeitada sua função social, e a livre concorrência como princípios que devem nortear a ordem econômica.

José Afonso da Silva explica que a livre concorrência é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e, de forma a garanti-la, a Carta Constitucional de 1988 assegura que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, conforme o disposto em seu artigo 173, §4º. Assim, a conjugação do texto dos artigos 170 e 173 da Constituição tem um mesmo objetivo: tutelar o sistema de mercado, protegendo a livre concorrência contra a tendência da concentração capitalista¹¹⁷.

De outro vértice, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa deixaram de ser incisos do artigo e passaram a integrar seu *caput*, denotando a maior importância conferida pelo constituinte.

A Constituição avançou no tema “emprego”, ao anotar que a ordem econômica deve buscar o pleno emprego e não somente a expansão de oportunidades de emprego produtivo.

¹¹⁵ Art. 170, *caput*, Constituição de 1988. Idem.

¹¹⁶ Art. 170, incisos I a X e parágrafo único, Constituição de 1988. Idem.

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da, Op. cit., p. 726-727.

Relativamente ao pleno emprego, José Afonso da Silva afirma tratar-se de um princípio diretivo da política econômica em oposição às políticas recessivas, que se coaduna com a regra de que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano¹¹⁸.

Feita essa pequena análise sobre a evolução dos textos constitucionais quanto ao tema em apreço, constata-se que, quando se discute a possibilidade de celebração do pacto de não concorrência, deparamo-nos com uma colisão de direitos constitucionalmente garantidos. De um lado, o direito fundamental à liberdade de trabalho; de outro, a liberdade de iniciativa e de concorrência, sendo que, em relação a esta última, a liberdade deve ser compreendida como a que impossibilita um dos competidores dominar sozinho o mercado em que está inserido.

A definição de que a liberdade de trabalho se consubstancia em um direito fundamental decorre não só da vontade do constituinte, mas principalmente do fato de que o trabalho é meio de prover as necessidades básicas e supérfluas de cada indivíduo e, por essa razão, é instrumento de inserção social, como bem observou Fábio Rodrigues Gomes¹¹⁹:

Sendo assim, vemos que o trabalho se torna pressuposto à idéia de autonomia, seja na sua dimensão pública, seja na sua dimensão privada. Isso porque, a partir do momento em que o indivíduo se encarrega de satisfazer suas próprias necessidades (básicas e radicais) através de sua atividade pessoal, será ele detentor não apenas de auto-respeito, mas também da capacidade de inserir-se socialmente como alguém que contribui ativamente para o desenvolvimento coletivo, na medida em que participa da divisão de tarefas inerentes aos agrupamentos humanos.

Assim, há uma intrínseca relação entre o direito à liberdade de trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Na celebração do pacto de não concorrência, há, mediante determinadas condições, um inevitável cerceio ao direito de escolha de trabalho do indivíduo.

Para que seja possível compreender se esse cerceio é razoável e legítimo, importa analisar a medida que os direitos fundamentais devem ser protegidos, sendo imperioso distinguir a eficácia vertical da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

¹¹⁸ Idem, p. 728.

¹¹⁹ GOMES, Fábio Rodrigues. O Direito Fundamental ao Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 65.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais está alicerçada nos limites impostos à atuação do Estado em relação aos cidadãos, naquilo que concerne ao respeito aos direitos fundamentais.

Carlos Henrique Bezerra Leite ensina que¹²⁰:

Entende-se por eficácia vertical dos direitos fundamentais a limitação imposta pelo ordenamento jurídico à atuação dos governantes em relação aos governados, na medida em que se reconhece que entre eles há uma relação vertical de poder, ou seja, de um lado o Estado (mais forte) e de outro o indivíduo (mais fraco). A eficácia vertical, portanto, está vinculada à evolução do Estado Absoluto ao Estado Liberal, cabendo a este último o dever de respeitar e assegurar os direitos fundamentais de primeira dimensão, também chamados de direitos civis e políticos, especialmente os direitos à vida, à propriedade, à liberdade e à igualdade formal. Noutro falar, a eficácia vertical dos direitos fundamentais tem por efeito impedir interferência estatal na vida privada dos cidadãos. Por isso, a doutrina tradicional sustenta que os direitos de primeira dimensão são direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também chamada de eficácia dos direitos fundamentais entre terceiros ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, por seu turno, configura-se na extensão da exigência de respeito aos direitos fundamentais nas relações estabelecidas entre particulares¹²¹.

Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes, em artigo sobre o tema, advertem para o seguinte¹²²:

A teoria liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos seus pólos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas. Hoje, tal concepção, que caracterizava o modelo de constitucionalismo liberal-burguês, revela-se anacrônica. Parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável. Essa necessidade é ainda mais imperiosa em contextos sociais caracterizados por grave desigualdade social e assimetria de poder, como ocorre no Brasil.

Estabelecida a premissa para a exigência de respeito aos direitos fundamentais também entre os particulares, resta verificar de que maneira tal exigência deve ser realizada.

¹²⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, São Paulo, n. 17, 2011, p. 34.

¹²¹ Cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit., p. 36.

¹²² SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, 2011, p.61.

A simples inserção do particular no lugar do Estado, submetendo-o aos mesmos tipos de exigências, levaria a situações extremadas em que, por exemplo, o direito de uma pessoa convidar quem bem entendesse para comemorar seu aniversário poderia passar a ser questionado à luz do princípio da isonomia.¹²³

Por essa razão, faz-se imperioso o estudo das três principais correntes doutrinárias acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a teoria norte-americana da *State Action*, a teoria dos efeitos indiretos ou mediatos e a teoria da aplicabilidade direta ou eficácia imediata dos direitos fundamentais.

A *State Action Doctrine* é um retrato contundente do espírito liberal norte-americano.

De acordo com essa linha de pensamento, como regra geral as limitações impostas pela necessidade de respeito aos direitos fundamentais não se estendem aos particulares, sendo oponíveis apenas ao Estado.

A doutrina em tela ainda impera no judiciário estadunidense. Entretanto, sem renegá-la, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América vem esboçando o que Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes chamam de temperamentos para a *State Action Doctrine*, ao adotar a chamada *public function theory*, segundo a qual, quando os particulares estiverem agindo em atividades que possam ser reputadas como tipicamente estatais, estarão jungidos pelas limitações impostas pelos direitos fundamentais, assim como está o Estado¹²⁴.

Riva Sobrado de Freitas e Alexandre Shimizu Clemente explicam esses temperamentos da seguinte forma¹²⁵:

O artifício encontrado pelos pensadores norte-americanos consistia em imputar ao Estado a responsabilidade por atos privados ou em equipará-los a atos estatais. Dessa forma, não aceitando expressamente a vinculação dos particulares, pode-se chegar a um resultado equiparável às teorias que aceitam a produção de efeitos em face da incidência dos Direitos Fundamentais.

Exemplifica a modulação da teoria da *State Action Doctrine* o caso *Marsh vs Alabama*¹²⁶, em que se discutia se uma empresa privada, que possuía um terreno

¹²³ Cf. SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, 2011. p 61.

¹²⁴ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. Idem, p 64.

¹²⁵ FREITAS, Riva Sobrado de; CLEMENTE, Alexandre Shimizu. Direitos Fundamentais e Justiça: revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e D. Porto Alegre, v.5, n.15, jun. 2011, p. 167.

em que existiam ruas, casas e estabelecimentos comerciais, à semelhança de uma pequena cidade, poderia ou não proibir que testemunhas de Jeová pregassem dentro de sua propriedade.

A Suprema Corte Estadunidense decidiu por ser inválido esse tipo de proibição, eis que, ao manter uma cidade privada, a empresa se equipararia ao Estado, razão pela qual deveria se sujeitar à 1ª Emenda da Constituição Norte-Americana, que garante a liberdade de culto.

Em outro sentido, foi desenvolvida por Günter Dürig a chamada *Mittelbare Drittwirkung*, ou teoria dos efeitos indiretos ou mediatos, que se estabeleceu como a concepção dominante no direito germânico.

Nas palavras de Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes, “trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada”¹²⁷.

A proposta elaborada por Dürig parte da premissa de que seriam necessárias “pontes” ligando o direito privado aos valores constitucionais consubstanciados nos direitos fundamentais.

Essas pontes são representadas pelas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, utilizados pelo legislador infraconstitucional como “portas de entrada” para os valores constitucionais, centrados no princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁸.

Diversas são as críticas lançadas em face dessa teoria.

Por um lado, há quem entenda que a impregnação do Direito Privado com valores constitucionais aviltaria o princípio da legalidade, aumentando a insegurança nas searas civil, comercial e trabalhista.¹²⁹

Por outro, a doutrina de Dürig também é objeto de crítica por parte daqueles que entendem que ela não garante uma tutela integral dos direitos fundamentais, eis que é dependente do legislador ordinário.¹³⁰

¹²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Caso Marsh v. Alabama, nº 114. Decisão proferida em 1946, reprodução do julgamento disponível em:

<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/326/501>, consultado no dia 22.02.2015.

¹²⁷ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. Op. Cit. p 66.

¹²⁸ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. Op. Cit. p 67.

¹²⁹ Por todos, A. Kol, cf. SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. Op. Cit., p 70.

¹³⁰ Neste sentido, Pedro Veja Garcia, cf. SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. Op. Cit., p 70.

Por fim, ainda existem os detratores que assinalam para o fato de que a doutrina em análise nada mais faz do que remeter para um procedimento de interpretação conforme a constituição, que já é sedimentado.¹³¹

Interessa observar que, na doutrina nacional, a teoria da eficácia mediata não encontra muitos adeptos, haja vista a ampla maioria dos autores se filiar à teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, a seguir analisada.

Também de origem germânica, a teoria da eficácia imediata foi desenvolvida por Hans Carl Nipperdey, que atuou como juiz no Tribunal Federal do Trabalho, na década de 50 do século passado¹³².

O Estado estritamente liberal é marcado pela dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, isto porque enquanto o primeiro tem por finalidade a ordem e a segurança geral, sendo somente possível fazer aquilo que está autorizado pela norma; o segundo rege-se pela igualdade e pela liberdade, sendo permitido tudo aquilo que não é proibido pelo ordenamento jurídico.

Nos dias atuais, essa dicotomia já não é absoluta e intransponível, pois cada vez mais se defende a interseção do Direito Constitucional nas relações privadas.

Nesse sentido, destaca-se a teoria de Nipperdey, o qual defende em sua tese que os direitos fundamentais são permeados por um caráter dúplice, sendo alguns invocáveis apenas em face do Estado e outros vinculando também os particulares, sem a dependência de qualquer mediação legislativa¹³³.

Desta forma, a teoria da eficácia direta ou imediata propõe que alguns direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações privadas, ou seja, entre particulares, e não somente entre estes e o Estado.

Nipperdey justifica suas afirmações com o fundamento de que as ameaças aos direitos fundamentais na sociedade moderna nem sempre vêm do Estado¹³⁴. Assim, há atividades privadas que possuem um caráter público, na quais não podem deixar de haver aplicação de direitos e garantias fundamentais, ainda mais diante da ausência de igualdade econômica entre os particulares.

¹³¹ Assim se posiciona Juan Maria Biolbao Ubillas, cf. SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. Op. Cit., p 70.

¹³² RÜCKERT, Joachim. "Nipperdey, Hans Carl" em: Nova biografia Germânica, p. 280 a 282 [versão online]. Disponível em: <http://www.deutsche-biographie.de/ppn118735519.html>, consultado no dia 25.02.2015.

¹³³ Cf. SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit. p 71.

¹³⁴ Idem, ibidem.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos frisa que¹³⁵:

A garantia dos direitos individuais clássicos tornou-se insuficiente, na medida em que o Estado deixou de ser o único opressor. A lógica aleatória e impessoal do mercado capitalista livre era capaz de negar aos indivíduos bens absolutamente fundamentais, a despeito da liberdade garantida e do empenho que se pudesse empregar para obter tais bens. Sem essas condições materiais mínimas, e.g., de educação, saúde, alimentação, informação etc., os direitos individuais e políticos eram pouco mais que papel e tinta.

Um ordenamento jurídico em que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social¹³⁶, como é o caso do Brasil, não pode conceber o direito privado como um sistema independente, desconjuntado das premissas majoritárias do Estado Social e da constitucionalização dos direitos sociais.

Apreende-se que a adoção da teoria da aplicabilidade direta pelo legislador brasileiro está em harmonia com o fundamento da República Federativa do Brasil, que visa promover de modo equilibrado os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como consta no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal¹³⁷.

Aliás, a Constituição de 1988 ainda dispõe, em seu artigo 3º, inciso III, que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a busca da redução das desigualdades sociais e da construção de uma sociedade justa e solidária. Com isso, o constituinte visa, ao promover a liberdade, a justiça e a emancipação social dos cidadãos, garantir um Estado Social ao Estado brasileiro.

Ademais, o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isto significa que o constituinte, abarcando todos esses direitos, decidiu dar eficácia plena e aplicação imediata para o seu exercício.

Logo, a omissão legislativa não pode ser empecilho ao seu exercício, cabendo ao cidadão que se sentir lesado utilizar das ações constitucionais para

¹³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 131-132.

¹³⁶ Esta previsão está contida no artigo 170 da Constituição da República de 1988.

¹³⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;” BRASIL. Constituição da república Federativa do Brasil (de 5 de outubro de 1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 jul 2015.

garantir a efetividade de tais regras, que se tornam basilares no ordenamento jurídico brasileiro.

Oportuna é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que sobre o tema explica¹³⁸:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.

Nas palavras de Riva Sobrado de Freitas e Alexandre Shimizu Clemente, a teoria de Nipperdey e a de Dürig se diferenciam na seguinte medida¹³⁹:

A grande diferença, portanto, dessa teoria para a Tese dos Efeitos Indiretos é a possibilidade dos Direitos Fundamentais produzirem seus efeitos sem a necessidade de *pontes* ou *portas de entrada* oriundas do Direito Privado, pois para NIPPERDEY, aqueles se constituem verdadeiros direitos subjetivos dos particulares em suas relações. Sendo assim, isso leva à imperiosa conclusão que em termos concretos, podem os indivíduos recorrerem aos direitos fundamentais para fazê-los valer contra particulares.

Assim como ocorreu com a tese de eficácia indireta, a teoria de Nipperdey foi igualmente criticada.

Nos dizeres de Claus-Wilhelm Canaris¹⁴⁰:

Ela [a relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado] radica no fato de os direitos fundamentais, enquanto parte da Constituição, terem um grau mais elevado na *hierarquia das normas* do que o Direito Privado, podendo, por conseguinte, influenciá-lo. Por outro lado, a Constituição, em princípio, não é o lugar correto nem habitual para regulamentar as relações entre cidadãos individuais e entre pessoas jurídicas. Nisso consiste, muito pelo contrário, a tarefa específica do Direito Privado, que desenvolveu nesse empenho uma pronunciada autonomia com relação à Constituição; e isso não vale apenas em perspectiva histórica, mas também no tocante ao conteúdo, pois o Direito Privado, em regra, disponibiliza soluções muito mais diferenciadas para conflitos entre os seus sujeitos do que a Constituição poderia fazer.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 285.

¹³⁹ FREITAS, Riva Sobrado de; CLEMENTE, Alexandre Shimizu. Op. cit, p. 172.

¹⁴⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 227.

Não obstante os argumentos em sentido contrário, a teoria se solidificou em meio aos doutrinadores pátrios, a exemplo de Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes, que defendem Nipperdey da seguinte forma¹⁴¹:

Os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência e especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado, mas antes impõe que seja devidamente sopesada na análise de cada situação concreta.

E a propósito do presente estudo, sobreleva destacar a necessidade de ponderação de um direito fundamental - liberdade de trabalho - com outros direitos constitucionalmente garantidos (livre iniciativa e concorrência), de forma a alcançar uma solução para o conflito.

Para Renato Rua de Almeida, ainda que os direitos fundamentais dos trabalhadores tenham uma prevalência *prima facie* sobre os demais direitos constitucionais, será o método da ponderação de forma casuística que resolverá o conflito entre princípios normativos, valendo-se do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios da necessidade, adequação e da razoabilidade, de maneira a resolver a questão¹⁴².

Isso porque a preponderância dos direitos fundamentais do trabalhador não significa e tampouco pode significar a inviabilização da atividade econômica, sob pena da própria derrocada do direito fundamental ao trabalho, uma vez que a inviabilização da atividade econômica teria justamente essa consequência¹⁴³.

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva explica que “toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação em sua eficácia. Ou seja: todas as normas são de eficácia limitada”¹⁴⁴.

Seguindo o mesmo raciocínio, Alexandre de Moraes informa que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal [...] não são

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. Op. cit. p 71.

¹⁴² ALMEIDA, Renato Rua de. Direitos Fundamentais aplicados ao direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 144.

¹⁴³ NETO, Célio Pereira Oliveira. Liberdade de Trabalho e a cláusula de não concorrência, p. 66-67. Disponível em

<http://www.celioneto.adv.br/news/08.2012/liberdade_de_trabalho_e_a_clausula_de_nao_concorrencia.pdf>. Acesso em: 6 jul 2015.

¹⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 255.

ilimitados, uma vez que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da Relatividade ou convivência das liberdades públicas*)¹⁴⁵.

Assim, adotando o ensinamento de Renato Rua de Almeida, sobre a necessidade de aplicação dos subprincípios que instruem o princípio da proporcionalidade, pode-se esclarecer que: i) de acordo com o subprincípio da adequação, a medida restritiva tem que ser apta ou adequada para a proteção do direito almejada; ii) o subprincípio da necessidade busca impor a indagação acerca de ser a medida intentada realmente necessária à efetividade do direito que se pretende proteger e iii) e o subprincípio da razoabilidade consiste em ponderar o peso da restrição imposta e o resultado buscado¹⁴⁶.

No caso da celebração do pacto de não concorrência, verifica-se que ele atende a todos os parâmetros acima expostos.

Sendo o objetivo do pacto o de preservar informações sigilosas e segredos de negócio do empregador, de forma a breçar sua utilização em ato concorrencial, a medida se afigura adequada, uma vez que o impedimento imposto ao trabalhador faz com que seja alcançado o fim proposto.

Por outro lado, a adoção da medida se afigura necessária, eis que nenhuma outra seria tão eficaz para garantir o impedimento do trabalhador em implementar concorrência a seu antigo empregador.

Por fim, a celebração do pacto de não concorrência, observados certos requisitos de validade, em especial o estabelecimento de uma recompensa financeira pela interdição, acompanhada de uma limitação temporal para o impedimento, demonstra que a restrição imposta é razoável para preservar a livre iniciativa e concorrência.

Não por outra razão, Estevão Mallet defende que a celebração do pacto de não concorrência não ofende o direito fundamental de liberdade de trabalho, afirmando que¹⁴⁷:

“Em primeiro lugar, nenhum direito reveste-se de caráter absoluto. ‘*Al concetto di diritto - avverte Ferrara – non è incompatibile quello di limite, anzi vi è inerente*’. Não se passa de modo diverso com o direito de exercício de trabalho, tutelado pelo art. 5º inciso XIII, da Constituição, que tampouco é absoluto, consoante reiteradamente enfatizado pela jurisprudência. E tanto

¹⁴⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas S/A, 1999, p.58.

¹⁴⁶ NETO, Célio Pereira Oliveira. Liberdade de Trabalho e a cláusula de não concorrência, p. 65-66.

¹⁴⁷ MALLETT, Estevão. Op. cit., p. 123-124.

é assim que as alíneas “c” e “g”, do art. 482, da CLT, embora limitem, de alguma forma, a possibilidade de trabalho pelo empregado, nunca foram consideradas inconstitucionais. Ademais, mesmo em face de texto mais amplo, como o do art. 72, §24, da Constituição de 1891, em que se garantia ‘o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial’, a doutrina não exitou em identificar a existência de limites implícitos, relacionados com a proteção de valores socialmente relevantes.”

No mesmo sentido, colhe-se o entendimento de Alice Monteiro de Barros¹⁴⁸, Oris de Oliveira¹⁴⁹ e Adriana Carreira Calvo¹⁵⁰.

Conclui-se, portanto, que a celebração do pacto de não concorrência não atenta contra a garantia fundamental de direito ao trabalho, afigurando-se como um expediente legítimo para a salvaguarda dos interesses empresariais, que tem por escopo fomentar a livre iniciativa e concorrência.

¹⁴⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 259.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Oris de. Op. cit., p. 164-165.

¹⁵⁰ CALVO, Adriana Carrera. Os aspectos legais e a validade da cláusula de não-concorrência no Brasil. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 616, 16 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6450>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

4 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA APÓS O TÉRMINO CONTRATO DE EMPREGO NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Muito embora não haja previsão no ordenamento jurídico brasileiro regulamentando a estipulação de cláusula de não concorrência após a rescisão do contrato de emprego, sistemas jurídicos de outros países oferecem exemplos de como pode ser a sistemática deste instituto.

A presente pesquisa restringe-se a poucos países e não almeja um estudo aprofundado das transformações político, jurídico e econômicas que culminaram nas normas legais a serem analisadas. Em verdade, busca-se, nos países a serem estudados, verificar de que forma seus ordenamentos jurídicos regulam a celebração de cláusula de não concorrência após a extinção do contrato de emprego, destacando quais são as condições e limites impostos.

Por essa razão, o estudo estará limitado a países em que há efetiva normatização da questão, descartando-se o estudo de ordenamentos em que a matéria é regulamentada por normas coletivas de trabalho, como é o caso da França por exemplo.

Para que haja uma unidade do objeto de estudo, escolheu-se analisar a legislação de países da Europa continental, cuja tradição foi herdada no Brasil.

Assim, não serão estudados diplomas legais de países de tradição consuetudinária, tampouco de países não europeus.

Dessa forma, serão traçados a seguir breves comentários acerca das experiências de quatro países, Portugal, Espanha, Itália e Bélgica, objetivando estabelecer alicerces para a proposta que será apresentada na conclusão da dissertação.

4.1 Portugal

O direito ao trabalho e ao livre exercício da profissão é garantido pela Carta Constitucional Portuguesa, em seus artigos 47 e 58¹⁵¹, que consignam um espírito

¹⁵¹ “Artigo 47.º

Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública

1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade.

muito próximo àquele registrado no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988¹⁵².

Contudo, a legislação portuguesa impõe limites ao direito ao trabalho, quando o tema é concorrência, fazendo-o tanto durante a vigência de relação de emprego, quanto após o seu término.

No ordenamento português, a possibilidade de celebração de pacto de não concorrência já era prevista no artigo 36 do Decreto-Lei nº 49.408/1969 (LCT)¹⁵³,

2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.”

“Artigo 58º.

Direito ao trabalho

1. Todos têm direito ao trabalho.

2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover:

a) A execução de políticas de pleno emprego;

b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais;

c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores.”

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 20 jan 2015.

¹⁵² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

[...]” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan 2014.

¹⁵³ “Art. 36.º

Liberdade de trabalho; pacto de não concorrência

1—São nulas todas as cláusulas dos contratos individuais e das convenções colectivas de trabalho que, por qualquer forma, possam prejudicar o exercício do direito ao trabalho, após a cessação do contrato.

2—É lícita, porém, a cláusula pela qual se limite a actividade do trabalhador no período máximo de três 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;

b) Tratar-se de actividade cujo exercício possa efectivamente causar prejuízo à entidade patronal;

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 a sua formação profissional.

3—É lícita igualmente a cláusula pela qual as partes convencionam, sem diminuição de retribuição, a obrigatoriedade de prestação de serviço, durante certo prazo, não superior a três anos, como compensação de despesas extraordinárias feitas pela entidade patronal na preparação profissional do trabalhador, podendo este desobrigar-se restituindo a soma das importâncias despendidas.

4—São proibidos quaisquer acordos entre entidades patronais no sentido de, reciprocamente, limitarem a admissão de trabalhadores que a elas tenham prestado serviço.” PORTUGAL.

Decreto-Lei nº 49.408, de 24 de novembro de 1969. Aprova o novo regime jurídico do contrato individual de trabalho. Disponível em: < <http://dre.tretas.org/dre/19291/>>. Acesso em: 20 jan 2015.

continuando a ser regulamentada no Código de Trabalho, instituído pela Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009.

Durante a relação empregatícia, o artigo 128, alínea “f”, da referida Lei nº 7/2009¹⁵⁴ disciplina que, entre as obrigações do empregado, estão as de “guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios”.

Relativamente ao dever de não concorrência após a rescisão contratual, a regulamentação da matéria consta do artigo 136 do mesmo diploma legal¹⁵⁵, que trouxe poucas alterações em relação ao que era previsto na LCT:

Artigo 136º.

Pacto de não concorrência

1 - É nula a cláusula de contrato de trabalho ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, por qualquer forma, possa prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato.

2 - É lícita a limitação da actividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho, nas seguintes condições:

¹⁵⁴Artigo 128.º

Deveres do trabalhador:

1 - Sem prejuízo de outras obrigações, o trabalhador deve:

- a) Respeitar e tratar o empregador, os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e as pessoas que se relacionem com a empresa, com urbanidade e probidade;
- b) Comparecer ao serviço com assiduidade e pontualidade;
- c) Realizar o trabalho com zelo e diligência;
- d) Participar de modo diligente em acções de formação profissional que lhe sejam proporcionadas pelo empregador;
- e) Cumprir as ordens e instruções do empregador respeitantes a execução ou disciplina do trabalho, bem como a segurança e saúde no trabalho, que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias;
- f) Guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios;
- g) Velar pela conservação e boa utilização de bens relacionados com o trabalho que lhe forem confiados pelo empregador;
- h) Promover ou executar os actos tendentes à melhoria da produtividade da empresa;
- i) Cooperar para a melhoria da segurança e saúde no trabalho, nomeadamente por intermédio dos representantes dos trabalhadores eleitos para esse fim;
- j) Cumprir as prescrições sobre segurança e saúde no trabalho que decorram de lei ou instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

2 - O dever de obediência respeita tanto a ordens ou instruções do empregador como de superior hierárquico do trabalhador, dentro dos poderes que por aquele lhe forem atribuídos.

Portugal. Lei nº 7 de 12 de fevereiro de 2009. Aprova o Código de Trabalho. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=1047&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 20 jan 2015.”

¹⁵⁵PORTUGAL. Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009. Aprova o Código de Trabalho. Disponível em: <http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_L1_004.html#L004S9>. Acesso em: 01 fev 2015.

a) Constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste;

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

c) Atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da actividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional.

3 - Em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em acto ilícito do empregador, a compensação a que se refere a alínea c) do número anterior é elevada até ao valor da retribuição base à data da cessação do contrato, sob pena de não poder ser invocada a limitação da actividade prevista na cláusula de não concorrência.

4 - São deduzidas do montante da compensação referida no número anterior as importâncias auferidas pelo trabalhador no exercício de outra actividade profissional, iniciada após a cessação do contrato de trabalho, até ao valor decorrente da aplicação da alínea c) do n.º 2.

5 - Tratando-se de trabalhador afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, a limitação a que se refere o n.º 2 pode durar até três anos.

No que concerne ao objeto do presente estudo, de acordo com a norma em tela, são requisitos cumulativos de validade da cláusula de não concorrência: i) ser pactuada por escrito; ii) conter uma limitação temporal de vigência; iii) a atividade que o ex-empregado estará impedido de exercer deve potencialmente causar prejuízo ao empregador; e iv) o ex-empregado deve receber uma retribuição durante o período em que estará impossibilitado de trabalhar.

Chama atenção que o diploma português não faça nenhum tipo de distinção entre espécie de empregados e empregadores a quem a norma estudada se aplica.

De fato, não há especificação quanto aos cargos que devam ser exercidos pelos empregados, tampouco definição de categorias econômicas empresariais que sejam alcançadas pela norma, o que significa dizer que, *a priori*, ela é extensível a todo e qualquer empregado, qualquer que seja seu empregador, desde que a atividade do trabalhador a ser interdita tenha o condão de causar prejuízo a seu ex-empregador.

Entretanto, a limitação da possibilidade de pactuação da cláusula de não concorrência aos empregados, cujo exercício da atividade laborativa tenha capacidade de gerar danos ao seu antigo empregador, acaba restringindo o universo de aplicação da norma.

Apenas os empregados que tenham acesso a informações que possam impactar em sua atividade econômica podem celebrar esse tipo de avença.

Portanto, resta afastada a possibilidade de pactuação de cláusula de não concorrência com empregados que não sejam detentores de informações importantes a ponto de comprometer a atividade econômica do empregador.

Ademais, o exercício de cargo de confiança influi na duração do pacto de não concorrência, possibilitando que ele seja estendido de dois anos (prazo ordinário) para três anos (prazo extraordinário), quando se tratar de trabalhador que desempenhe um cargo desse gênero.

Assim como na LCT, no Código de Trabalho não há qualquer previsão de que haja limitação geográfica à restrição ao trabalho como condição para a validade da cláusula de não concorrência, abrindo espaço para a livre pactuação entre as partes.

Contrariamente ao que ocorria durante a vigência da LCT, quando não havia definição do momento em que seria aceitável a celebração do acordo de não concorrência, o Código do Trabalho prevê expressamente que o pacto pode ser celebrado tanto no momento da admissão do empregado, quando na ocasião da rescisão contratual (art. 136, 2, “a”).

Antes mesmo da alteração legislativa, prevalecia na doutrina juslaboralista portuguesa a interpretação de que a pactuação poderia ocorrer ao longo do contrato de trabalho, exemplificando esse entendimento os ensinamentos de Antônio de Lemos Monteiro Fernandes¹⁵⁶:

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 de sua vigência – e o pacto de não concorrência será, eventualmente, uma delas.

Contudo, de acordo com Regiane Teresinha de Mello João, havia acirrada controvérsia entre os doutrinadores lusitanos quanto à possibilidade de a pactuação ocorrer no momento da rescisão contratual¹⁵⁷.

¹⁵⁶ FERNANDES, Antônio Monteiro de Lemos. *Direito do Trabalho. I – Introdução. Relações individuais de trabalho*. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 530-531.

¹⁵⁷ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Op. cit., p. 78.

Segundo a autora, Pedro Romano Martinez não admitia a inserção da cláusula em instrumento distinto do contrato de trabalho, consentindo, contudo, que fosse feita na forma de aditamento. Por outro lado, Júlio Gomez e Furtado Martins concordavam com a possibilidade da celebração do pacto no momento da rescisão contratual¹⁵⁸.

Tais celeumas, todavia, foram superadas com a alteração legislativa.

O derradeiro requisito essencial para a validade da cláusula em análise é o pagamento ao trabalhador de uma compensação durante o período de impedimento.

A norma legal (art. 136, 2, “c”) não indica um critério específico de cálculo da compensação, o que permite concluir que sua pactuação ficará a cargo das partes.

No entanto, a previsão contida no item 3 do art. 136, no sentido de que “em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em acto ilícito do empregador, a compensação [...] é elevada até ao valor da retribuição base à data da cessação do contrato” leva a entender que a *mens legis* foi estabelecer como teto para a compensação o valor do último salário base percebido pelo empregado enquanto o vínculo de emprego estava ativo.

A legislação portuguesa nada dispõe sobre a responsabilidade do empregado na hipótese de descumprimento das obrigações assumidas em razão do pacto de não concorrência, o que induz a aplicação das regras gerais de indenização por perdas e danos.

Da mesma maneira, não há regramento específico cuidando da renúncia do empregador ao direito de compelir que o empregado se submeta às regras do pacto de não concorrência a que anuiu.

Ainda que não seja o foco do presente estudo, é interessante chamar a atenção para o fato de que, de acordo com Regiane Teresinha de Mello João, o ordenamento trabalhista português prevê, para algumas categorias profissionais específicas, obrigações pós-contratuais de manutenção de sigilo, como é o caso dos empregados responsáveis por cadastros informatizados de dados pessoais (Lei nº 67/1998) e dos empregados bancários (Lei nº 9/1992)¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Idem, ibidem.

¹⁵⁹ Idem, ibidem, p. 79.

4.2 Espanha

O ordenamento jurídico espanhol também prevê a possibilidade de celebração da cláusula de não concorrência.

Todavia, os critérios utilizados na legislação espanhola para definir a quem se aplicam a cláusula de não concorrência diferem da legislação portuguesa na medida em que é estabelecida distinção entre empregados de alto escalão, empregados técnicos e demais empregados.

Tal distinção solidifica-se na existência de duas normas disciplinando a matéria: i) uma destinada aos empregados de alto escalão e ii) outra dirigida aos demais empregados, dividindo-os em técnicos e não técnicos.

O Real Decreto nº. 1385/1985 define quais empregados são considerados de alto escalão, além de também prever a cláusula de não concorrência a eles direcionada, conforme Catia Novo¹⁶⁰:

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 [...]

O referido Decreto define quais são os empregados de alto escalão em seu artigo 1, item 2¹⁶¹:

Artículo 1 Ambito de aplicación

1. El presente Real Decreto, de acuerdo con el artículo 2.1.a) de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores y al amparo de la disposición adicional primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

2. Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes 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 ocupe aquella titularidad. [...]

¹⁶⁰ NOVO, Catia Guimarães Raposo. Da Cláusula de Não- Concorrência no Contrato Individual de Trabalho [dissertação]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, p.83. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5131. Acesso em 09 nov 2013.

¹⁶¹ ESPANHA. Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto de 1985. Regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rd1382-1985.html>. Acesso em:25 jan 2015.

As regras que disciplinam a cláusula de não concorrência para os empregados de alto escalão constam do artigo 8º do mesmo diploma legal¹⁶²:

Artículo 8 Pacto de no concurrencia y de 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.
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.
3. El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato especial 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.

No que tange aos demais trabalhadores, a disciplina legal do *pacto de no concurrencia* é encontrado no *Estatuto de Los Trabajadores*, em seu artigo 21, como se segue¹⁶³:

Artículo 21 Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa

1. No podrá 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.
2. El pacto de no competencia 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, solo será válido 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.
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 u otros derechos vinculados a la plena dedicación.
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 pactarse 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.

¹⁶² Idem, ibidem.

¹⁶³ ESPANHA. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo 1995, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Vigente hasta el 17 de Octubre de 2014).Disponível em: < noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r44-rdleg1-1995.t1.html#a211>. Acesso em:25 jan 2015.

Segundo Catia Novo, são técnicos os que “possuem determinada formação para o exercício da profissão”¹⁶⁴ e não técnicos os demais, observando-se tal diferenciação para a estipulação do período máximo de duração do pacto de não concorrência, considerando-se que os cargos que exigem maior preparo técnico propiciam a obtenção de informações mais importantes para os destinos do ente empresarial¹⁶⁵.

A despeito de a matéria ser tratada em dois diplomas legais distintos, os regramentos são muito similares.

Não há exigência legal de que a cláusula de não concorrência seja pactuada por escrito, ainda que, para que todas as exigências legais sejam cumpridas, essa se afigure a forma desejável.

Nenhuma das normas dispõe sobre limitação geográfica para a restrição ao trabalho em razão da cláusula de não concorrência. Tampouco há limitação de aplicação das normas a determinados tipos de empreendimentos econômicos. Ou seja, os pactos de não concorrência podem ser celebrados por qualquer tipo de empregador, independentemente da atividade empresarial que seja desempenhada.

Ambos textos legais preveem a necessidade de pagamento de uma compensação financeira para a validade do pacto, mas não estabelecem um critério para o seu cálculo.

Portanto, não há obrigatoriedade de que a compensação observe um paralelo com o valor do salário pago ao longo do contrato de trabalho.

Para os empregados de alto escalão e para os trabalhadores técnicos, a duração máxima do pacto de não concorrência será de dois anos; para os trabalhadores que não sejam técnicos, a restrição ao trabalho não pode ultrapassar seis meses.

Em qualquer caso, a cláusula de não concorrência só será válida se o empregador demonstrar efetivo interesse industrial ou comercial a ser protegido com a restrição ao trabalho imposta ao empregado.

Logo, o ex-empregado, em razão do exercício de suas atribuições, deve ter obtido informações sigilosas da natureza industrial ou comercial, cuja divulgação a

¹⁶⁴ Op. cit. p. 87.

¹⁶⁵ Idem, ibidem.

concorrentes de seu antigo empregador possa trazer prejuízo à atividade empresarial.

Os doutrinadores espanhóis fixam alguns pontos para a interpretação dos dispositivos que versam sob o pacto de não concorrência.

Para Manoel Alonso Olea, a mera utilização pelo trabalhador da experiência que adquiriu ao longo do contrato de emprego não constitui violação de segredo, não implicando descumprimento da obrigação de não concorrência¹⁶⁶.

Alfredo Montoya Melgar defende que a autorização legal para a celebração do pacto de não concorrência deve ser aplicada de forma restritiva, sob pena de importar uma injusta limitação às possibilidades negociais do trabalhador¹⁶⁷.

Já Manuel Alonso sustenta que dois aspectos merecem principal destaque quanto o tema é pacto de não concorrência: i) a proibição de concorrência não pode simplesmente impedir o trabalhador de se reempregar, levando-se em conta seu conhecimento e sua especialidade; e ii) tratando-se a cláusula de não concorrência de um direito da sociedade empresária, ela pode renunciá-lo em todo ou em parte. Mas, ante a imposição legal, o trabalhador não pode renunciar ao pagamento a que faz jus durante o período de impedimento¹⁶⁸.

O ordenamento espanhol não define de que forma o empregado deve ser responsabilizado na hipótese de descumprir o pacto de não concorrência, cabendo ao intérprete fazer uso de outras normas que tratam do dever de reparação, inclusive a que versa sobre o descumprimento do pacto de permanência.

É interessante notar que tanto o Real Decreto nº. 1385/1985 quanto o *Estatuto de Los Trabajadores* trazem a previsão do pacto de não concorrência após a rescisão contratual no mesmo artigo que dispõe sobre a celebração de pacto de permanência no emprego e a impossibilidade de concorrência com o empregador durante a relação empregatícia, questões que guardam pertinência temática com a matéria em estudo.

Para os empregados de alto escalão, quando o assunto é concorrência na vigência do contrato de emprego, a regra é a da impossibilidade de prestação de serviços concomitantes a mais de um empregador, salvo se houver anuência expressa da empresa contratante ou se a admissão para o cargo de alto escalão

¹⁶⁶ OLEA, Manoel Alonso. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Universidad de Madrid, 1974, p. 153-154.

¹⁶⁷ MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1978, p.293

¹⁶⁸ ALONSO, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona: Ariel, 1982, p. 427.

ocorrer quando o trabalhador já tenha uma relação empregatícia em curso, desde que seu *status* seja de conhecimento de seu novo empregador.

Essa exclusividade não implica o pagamento de qualquer tipo de remuneração ou gratificação apartada, presumindo-se que os salários pagos aos empregados de alto escalão já são suficientes para remunerar a fidelidade exigida.

Aos demais trabalhadores é proibida a prestação de serviços para mais de um empregador quando houver concorrência desleal ou quando for pactuado o trabalho de forma exclusiva, sendo que, nesses casos, tal pactuação só pode ocorrer mediante compensação econômica expressa.

Na primeira hipótese, verifica-se a exigência do dever de lealdade do empregado que é ínsita ao contrato de emprego. A vedação a concorrência desleal é expressa, e o empregado não faz jus a qualquer pagamento extraordinário para se abster dessa prática.

O segundo caso trata da concorrência em sentido amplo, que não implica atividade desleal do empregado, ou seja, é a hipótese de exigir que o empregado simplesmente não tenha mais de um emprego.

Não sendo essa a regra dos contratos de emprego na Espanha, faz-se necessária a existência de previsão expressa no contrato de trabalho, bem como o pagamento de remuneração específica para compensar a renúncia do trabalhador ao direito de cumular outros empregos.

Em qualquer hipótese – empregados de alto escalão, empregados técnicos e empregados não técnicos –, havendo investimento patronal na formação profissional do empregado, o ordenamento espanhol autoriza a celebração de pacto de permanência do empregado nos quadros de seu empregador por período a ser livremente estipulado entre as partes.

O descumprimento do pacto de permanência autoriza o empregador a perceber uma indenização equivalente ao investimento feito na qualificação do empregado.

4.3 Itália

Na Itália, a matéria em estudo é disciplinada pelo Livro V do Código Civil, datado do ano de 1942.

A obrigação de não concorrência do empregado no curso da relação de emprego, é prevista no artigo 2.105¹⁶⁹, impondo ao trabalhador o dever de, diretamente ou através de terceiros, não implementar concorrência com seu empregador, tampouco divulgar normas de organização e métodos de produção do ente empresarial, sob pena de, na forma do artigo 2.106¹⁷⁰, sofrer sanções disciplinares proporcionais à infração cometida.

Já o artigo 2.125 do Código Civil disciplina o pacto de não concorrência para depois de extinto o contrato de trabalho¹⁷¹:

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).

Assim como no ordenamento português, no regime italiano há necessidade de que o pacto de não concorrência seja estipulado por escrito.

Igualmente aos sistemas português e espanhol, a legislação italiana não diferencia qualquer tipo de empregador, em razão da atividade empresarial desempenhada, para efeito de celebração da cláusula de não concorrência.

O mesmo se dá em relação aos empregados, havendo, contudo, distinção em relação aos cargos ocupados no que se refere à duração da interdição: cinco anos para os *dirigenti* e três anos para os demais empregados.

Regiane Teresinha de Mello João, citando Giuseppe Pera, define *dirigenti* como “aqueles exercentes de cargos de confiança, responsáveis pela gestão e aos quais se conferem plenos poderes diretivos e disciplinares, ou ainda os ocupantes

¹⁶⁹ “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.”

ITÁLIA. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/home.html>. Acesso em: 25 jan 2015.

¹⁷⁰ “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).”

Idem, ibidem.

¹⁷¹ Idem, ibidem.

de altos cargos técnicos, aos quais incumbe a responsabilidade sobre as decisões técnico-produtivas”¹⁷².

Há, ainda, necessidade de que o pacto de não concorrência delimite o objeto do impedimento, impondo-se a indicação precisa das atividades laborativas que o empregado estará impossibilitado de desempenhar.

Diferentemente do que ocorre em Portugal e Espanha, é necessária a limitação geográfica do impedimento para o trabalho.

Os requisitos acima mencionados são imprescindíveis à validade da cláusula e a ausência de qualquer um deles resulta na nulidade de pacto.

Citando mais uma vez Giuseppe Pera, Regiane Teresinha de Mello João assevera que, de acordo com a doutrina juslaboralista italiana, as limitações impostas pela legislação desse país visam “permitir ao trabalhador exercer concretamente alguma atividade para a qual tenha preparação profissional, de modo a não ser constrangido a mudar de ramo de atividade, o que implicaria violação ao direito ao trabalho, garantido no art. 4º da Constituição Italiana”¹⁷³¹⁷⁴.

O regramento italiano, assim como seus congêneres português e espanhol, não dispõe sobre as responsabilidades do empregado no caso de descumprimento do pacto de não concorrência. Tampouco disciplina a renúncia, por parte do empregador, do cumprimento da cláusula.

4.4 Bélgica

O ordenamento belga difere em diversos aspectos dos anteriormente estudados, quando o tema é a cláusula de não concorrência.

¹⁷² Op. cit. p. 82.

¹⁷³ Op. cit. p. 82.

¹⁷⁴ “Articolo 4

La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.”

ITÁLIA. La Costituzione Italiana. Deliberazione dell'Assemblea Costituente del 22 dicembre 1947; promulgazione del Capo Provvisorio dello Stato del 27 dicembre 1947; pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale edizione straordinaria n. 298 del 27 dicembre 1947; entrata in vigore il 1º gennaio 1948. Disponível em: < http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/home.html>. Acesso em: 25 jan 2015.

Trata-se de sistema misto, em que a legislação é complementada¹⁷⁵ por disposições constantes em convenções coletivas de trabalho.

Atualmente, a matéria é regulamentada pelos artigos 65 e 86 da Lei nº 3, de julho de 1978¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Definição adotada por Regiane Teresinha de Mello João. Op. cit., p. 85.

¹⁷⁶ “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 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.

§ 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)) <AR 1984-12-14/33, art. 1, 008> <AR 2000-07-20/66, art. 1, 046; En vigueur : 01-01-2002>

(NOTE : Le montant de 16.100 EUR est porté par indexation à 31.467 EUR DIVERS 2011-11-22/01, art. M; En vigueur : 01-01-2012>)

Lorsque le montant de la rémunération annuelle se situe entre ((16 100 EUR)) et ((32 200) EUR), la clause ne peut s'appliquer qu'à des catégories de fonctions ou à des fonctions déterminées par convention collective de travail conclue en commission ou en sous-commission paritaire. A défaut de convention conclue par les organes paritaires précités soit que ces organes ne fonctionnent pas, soit qu'ils n'aient pu réaliser un accord et après échec de la procédure de conciliation, cette détermination des catégories de fonctions ou des fonctions peut se faire au niveau de l'entreprise et à l'initiative de la partie la plus diligente par voie d'accord entre l'employeur et les organisations représentatives des travailleurs. <AR 1984-12-14/33, art. 1, 008> <AR 2000-07-20/66, art. 1, 046; En vigueur : 01-01-2002>

(NOTE : Les montants de 16.100 EUR et 32.200 EUR sont portés par indexation à 31.467 EUR et 62.934 EUR <DIVERS 2011-11-22/01, art. M; En vigueur : 01-01-2012>)

En cas de désaccord persistant entre l'employeur et les organisations représentatives des travailleurs, la partie la plus diligente peut solliciter l'avis de la commission des bons offices instituée par la convention collective de travail du 12 février 1970 concernant la clause dérogatoire de non-concurrence.

Lorsque la rémunération annuelle dépasse ((32 200) EUR), la clause de non-concurrence peut valablement figurer dans les contrats de travail, sauf pour les catégories de fonctions ou les fonctions exclues par convention collective de travail conclue en commission ou en sous-commission paritaire. A défaut de convention conclue au sein des organes paritaires précités et après échec de la procédure de conciliation, la détermination de ces catégories de fonctions ou de ces fonctions peut se faire au niveau de l'entreprise selon la procédure prévue au § 2, alinéas 2 et 3, du présent article. <AR 1984-12-14/33, art. 1, 008> <AR 2000-07-20/66, art. 1, 046; En vigueur : 01-01-2002>

(NOTE : Le montant de 32.200 EUR est porté par indexation à 62.934 EUR DIVERS 2011-11-22/01, art. M; En vigueur : 01-01-2012>)

La validité de toute clause de non-concurrence est en outre subordonnée aux conditions suivantes :

1° elle doit se rapporter à des activités similaires;

2° elle doit être géographiquement limitée aux lieux où l'ouvrier peut faire une concurrence réelle à l'employeur, en considérant la nature de l'entreprise et son rayon d'action. Elle ne peut en aucun cas s'étendre au-delà du territoire national;

3° elle ne peut excéder douze mois à partir du jour où les relations de travail ont pris fin;

4° 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.

Le montant minimal de cette indemnité est égal à la moitié de la rémunération brute de l'ouvrier correspondant à la durée d'application effective de la clause. La base de ce montant est constituée

Contrariamente ao que ocorre em Portugal, Espanha e Itália, nem todo trabalhador belga pode celebrar um pacto de não concorrência com seu empregador.

Com efeito, a legislação desse país divide os trabalhadores em três categorias, para efeito de possibilidade de celebração de cláusula de não concorrência após a rescisão do contrato de emprego:

- a) A primeira categoria, formada por empregados que recebem valores abaixo de um determinado teto anual¹⁷⁷, está impedida de celebrar o pacto;

par la rémunération brute de l'ouvrier payée au cours du mois qui précède le jour de la cessation du contrat.

Pour les ouvriers ayant une rémunération totalement ou partiellement variable, ce montant est calculé, pour la partie variable, sur la moyenne de la rémunération brute des douze mois qui précèdent le jour de la cessation du contrat.

Sous peine de nullité, la clause doit être constatée par un écrit déterminant les modalités d'application des conditions énoncées ci-dessus. Les commissions ou les sous-commissions paritaires peuvent préciser ces modalités selon les conditions propres aux divers secteurs d'activité.

La clause conforme aux dispositions du présent article ne produit pas ses effets s'il est mis fin au contrat, soit [1 durant les six premiers mois à partir du début du contrat]1, soit après cette période par l'employeur sans motif grave, ou par l'ouvrier pour motif grave.

En cas de violation de la clause de non-concurrence par l'ouvrier, ce dernier sera tenu de rembourser à l'employeur la somme que ce dernier aura payée, en application du principe énoncé au § 2, alinéa 5, 4°, du présent article et devra en outre lui payer une somme équivalente. Cependant, à la demande de l'ouvrier, le juge peut réduire le montant de l'indemnité fixée conventionnellement, en tenant compte notamment du dommage causé et de la durée réelle de la période pendant laquelle la clause a été respectée. Le juge peut également, à la demande de l'employeur, accorder une réparation supérieure, à charge de justifier de l'existence et de l'étendue du préjudice.

Art. 86. § 1er. Les dispositions de l'article 65 s'appliquent au contrat de travail d'employé.

§ 2. En ce qui concerne les entreprises et les employés visés ci-après, il peut être dérogé, dans les formes et conditions fixées par une convention conclue au sein du Conseil national du travail, aux dispositions de l'article 65, § 2, alinéa 5, 2° et 3°, ainsi qu'aux dispositions du § 2, alinéa 9, du même article, en ce qu'elles prévoient que la clause ne produit pas ses effets lorsqu'il est mis fin au contrat soit [1 durant les six premiers mois à partir du début du contrat]1, soit après cette période, par l'employeur sans motif grave. Ces clauses dérogatoires donnent droit au paiement d'une indemnité par l'employeur, sauf si ce dernier renonce à l'application effective de la clause de non-concurrence.

Les entreprises auxquelles cette clause dérogatoire peut s'appliquer sont celles qui répondent à une des deux ou aux deux conditions suivantes :

- a) avoir un champ d'activité international ou des intérêts économiques, techniques ou financiers importants sur les marchés internationaux.
- b) disposer d'un service de recherches propre.

Dans ces entreprises, la clause dérogatoire peut s'appliquer aux employés occupés à des travaux qui leur permettent, directement ou indirectement, d'acquérir une connaissance de pratiques particulières à l'entreprise, dont l'utilisation en dehors de l'entreprise peut être dommageable à cette dernière.

BÉLGICA. Loi 3 juillet 1978. - Loi relative aux contrats de travail. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1978070301&table_name=loi>. Acesso em: 01 fev 2015.

¹⁷⁷ 31.467 Euros em 01/01/2012.

- b) A segunda categoria, formada por empregados que percebem anualmente valores compreendidos entre duas faixas salariais, sendo o limite mínimo superior ao que é pago aos trabalhadores que compõe a primeira categoria e o limite máximo inferior aos que fazem parte da terceira categoria¹⁷⁸, poderá celebrar pactos de não concorrência, dependendo de autorização na convenção coletiva de trabalho aplicável ao caso;
- c) A terceira categoria é formada pelos empregados que recebem anualmente valor superior ao estabelecido para a segunda categoria. No caso deles, a inserção de cláusula de não concorrência pós a rescisão contratual é válida, salvo se houver disposição em sentido diverso em convenção coletiva de trabalho.

O papel da negociação coletiva é o maior diferencial em relação aos regimentos anteriormente estudados.

Para toda uma gama de trabalhadores, a celebração da cláusula de não concorrência dependerá da existência de autorização expressa em convenção coletiva de trabalho.

Em caso de impasse na celebração da convenção coletiva, a legislação belga define as instâncias que devem ser exauridas na busca pela solução da controvérsia.

Além de dividir os empregados em categorias, a legislação belga prevê condições indispensáveis à validade da cláusula de não concorrência.

A cláusula deverá ser celebrada por escrito, indicando todas as suas condições, sob pena de nulidade.

A limitação imposta necessariamente deve se restringir às atividades similares as que eram desempenhadas pelo empregado no curso da relação de emprego, de forma a que não seja inviabilizado o desempenho de toda e qualquer atividade laborativa.

A cláusula deverá prever uma limitação geográfica de sua vigência, adstrita ao local em que o trabalhador possa realizar efetiva concorrência ao seu ex-empregador, observada a natureza da atividade empresarial e seu raio de atuação, não podendo ultrapassar o território belga

¹⁷⁸ Entre 31.467 Euros e 62.934 Euros em 01/01/2012.

O limite temporal de validade da cláusula é de 12 meses, contados da data da rescisão contratual.

A limitação geográfica e temporal acima mencionadas, que têm previsão no artigo 65, são flexibilizadas no artigo 86, para as empresas que tenham atuação internacional; interesses econômicos, técnicos e financeiros em mercados internacionais ou que invistam em serviços de pesquisa próprio.

No caso dessas empresas, admite-se a instituição de uma cláusula derogatória, por meio de um acordo celebrado no Conselho Nacional de Trabalho, estabelecendo critérios diversos do regramento geral, mas apenas em relação aos trabalhadores que, direta ou indiretamente, tenham adquirido conhecimento sobre práticas de negócio de seu empregador, cuja utilização possa trazer prejuízo a sua atividade econômica empresarial.

Além do até agora exposto, a cláusula só terá validade se contiver previsão de pagamento de indenização pelo impedimento imposto.

A indenização será paga por única vez, em valor a ser arbitrado pelo empregador, que não poderá ser inferior à metade da remuneração bruta correspondente ao período de interdição, devendo ser calculada com base no valor da remuneração bruta paga no mês que antecedeu à rescisão contratual.

No caso dos trabalhadores que recebam remuneração variável, o valor base da indenização será alcançado pela média dos valores recebidos nos últimos doze meses do contrato de emprego.

A cláusula de não concorrência não produz seus efeitos se o contrato de trabalho for rescindido durante seus primeiros seis meses, prazo estabelecido para o contrato de experiência, ou, após esse período, se o contrato for rescindido por iniciativa do empregador sem justa causa ou por iniciativa do empregado por culpa grave do empregador.

Pierre Denis, citado por Regiane Teresinha de Mello João, comenta a previsão em tela, esclarecendo que, nas hipóteses em análise, a ausência de efeitos da cláusula de não concorrência se justifica porque¹⁷⁹:

a) a breve duração do contrato de experiência não possibilita ao empregado adquirir conhecimentos suficientes para que possa exercer uma verdadeira concorrência ao antigo empregador; b) a ruptura contratual por iniciativa do empregador sem justa causa e aquela ensejada por iniciativa do empregado

¹⁷⁹DENIS, Pierre. *Droit Du travail*. Bruxelles: Maison Larquier, 1992, p.159 *apud* JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Op. cit., p. 89.

por justa causa do empregador pressupõem o término da relação contratual de trabalho por ato unilateral do empregador, não ensejando a validade da restrição à liberdade de trabalho.

Por outro lado, diversamente dos regramentos espanhol, português e italiano, há previsão específica acerca da responsabilidade do trabalhador na hipótese de descumprimento do pacto de não concorrência.

Sendo esse o caso, deverá o trabalhador reembolsar os valores recebidos em razão da celebração da avença, além de indenizar o empregador em montante equivalente. Em suma: o empregado deverá pagar ao empregador o dobro do que recebeu em troca da interdição ao trabalho.

A penalidade em tela poderá ser reduzida em caso de judicialização do problema, podendo o magistrado determinar o pagamento de valor inferior ao legalmente previsto, levando em conta os danos efetivamente causados pelo trabalhador e observando, ainda, a proporcionalidade do período em que o pacto de não concorrência foi respeitado.

Da mesma forma, poderá o juiz aumentar o valor da compensação, a pedido do empregador, caso reste demonstrado que os danos causados pelo ex-empregado superam o valor estabelecido em lei.

A lei belga também regula expressamente o direito de renúncia do empregador, que deverá exercê-lo no prazo de 15 dias contados da data da rescisão contratual.

5 TENTATIVAS DE POSITIVAR O PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A inexistência de um marco legislativo que discipline a matéria em análise no Brasil, sem sombra de dúvidas, enseja grande insegurança jurídica.

Entretanto, o vácuo legislativo não decorreu de simples desatenção do legislador nacional quanto ao tema.

Em verdade, ao longo do tempo, houve tentativas de legislar sobre a questão, primeiramente no bojo do anteprojeto de Código do Trabalho da lavra de Evaristo de Moraes Filho, posteriormente, no anteprojeto de Consolidação de Leis do Trabalho de 1979, capitaneado por Arnaldo Süssekind.

As mais recentes tentativas de disciplinar o tema foram feitas através do Projeto de Lei nº 986/2011 e do Projeto de Lei do Senado nº 16/2007, esse último ainda em tramitação.

As propostas legislativas mencionadas se aproximam em alguns pontos e se afastam em outros, cabendo uma análise individualizada de cada uma, de forma a que seja possível destacar suas principais características.

Seu estudo é importante na medida em que, ainda que não tenham prosperado, servem para nortear a fixação dos requisitos de validade da cláusula de não concorrência.

5.1 O anteprojeto de Código do Trabalho de Evaristo de Moraes Filho

Evaristo de Moraes Filho contribuiu de forma valiosa para o desenvolvimento do Direito do Trabalho no Brasil.

Procurador Regional da Justiça do Trabalho (5ª Região – Bahia), Evaristo, entre outras atividades, foi autor e relator do Anteprojeto de Código de Trabalho, no período de 1963 a 1965¹⁸⁰.

Na justificação doutrinária de seu anteprojeto, Evaristo assinala as preocupações que nortearam esse trabalho¹⁸¹:

[...] com o crescimento do parque industrial, em busca de mão-de-obra qualificada e mudança de instrumental tecnológico, dão-se desempregos

¹⁸⁰ Informações obtidas em < <http://www.bvemf.ifcs.ufrj.br/biografia.htm>.>. Acesso em: 24 mar 2014.

¹⁸¹ FILHO, Evaristo de Moraes. Anteprojeto de código do trabalho: apresentado, em 31 de março de 1963 pelo Prof. Evaristo de Moraes Filho. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1963, p. 33.

periódicos, o que ocorre, igualmente, em certos momentos de fixação de novos níveis de salário mínimo.

Incumbe à legislação do trabalho acompanhar de perto, olhos bem abertos, essas etapas do desenvolvimento nacional. Tratando das relações dos dois fatores da produção – empregado e empregador – e da organização da própria vida econômica e profissional, representa essa legislação a forma jurídica adequada para formular e apressar a mudança social. Daí, a necessidade de se transformar em regra jurídica aquilo que a sociedade solicita para a realização de seu crescimento.

O autor compreendeu e expôs, de forma clara, que alguns avanços no sistema de produção dependiam da segurança jurídica que só seria alcançada com a criação de regras claras, dispondo sobre institutos cuja utilização poderia ser afastada ante a incerteza sobre seus objetos e limites.

Entre os institutos expressamente regulados pelo anteprojeto estava o pacto de não concorrência, nomeado por Evaristo como cláusula de exclusão de concorrência.

De acordo com Regiane Teresinha de Mello João¹⁸²:

Pelo anteprojeto de Código do Trabalho de Evaristo de Moraes Filho, de 1963, e o anteprojeto do Código do Trabalho de 1965 da Comissão revisora formada por Mozart Victor Russomano, Evaristo de Moraes Filho e José Martins Catarino apresentavam o seguinte teor:

‘Art. 381 (*sic*). O pacto de exclusão de concorrência celebrado entre empregador e empregado é nulo de pleno direito se não for celebrado por escrito, dele constando uma indenização ou compensação mensal durante o prazo de sua vigência a favor do empregado e conforme certos limites de objeto, tempo e lugar.

§1º. A duração do compromisso não poderá ser superior a quatro anos para os dirigentes e a dois anos nos demais casos.

§2º. O objeto do compromisso deve cingir-se ao desempenho de funções iguais ou análogas às exercidas anteriormente, dentro de uma certa área geográfica, tudo de maneira a não anular a liberdade de trabalho, assegurada no art. 2º deste Código.

Faz-se mister esclarecer que Regiane Teresinha de Mello João comete um pequeno equívoco, ao informar que a matéria em análise era disciplinada pelo artigo 381 do anteprojeto.

Em verdade, a questão era objeto de regulação pelo artigo 581 daquele diploma.

Evaristo de Moraes Filho justificou a inclusão do artigo 581 no anteprojeto expondo que a elaboração do seu texto foi inspirada no direito estrangeiro, de forma

¹⁸² JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Op. cit., p.37.

a compatibilizar interesses do antigo empregador e do novo contratante, bem como assegurando que o empregado não ficasse obstado de exercer todo e qualquer tipo de mister¹⁸³.

Os esclarecimentos do autor conjugados com o texto do art. 581 do anteprojeto permitem verificar, de acordo com a *mens legis*, quais eram os requisitos de validade de cláusula de não concorrência.

O primeiro deles é o de que o acordo de exclusão de concorrência só teria validade se fosse celebrado por escrito, demonstrando a preocupação de Evaristo quanto à necessária clareza das cláusulas pactuadas para o empregado, que se submeteria à restrição ao trabalho.

De fato, apenas o registro expresso das cláusulas pactuadas permitiria ao obreiro a melhor compreensão quanto à limitação de acesso ao trabalho que assumiria ao anuir com cláusula de não concorrência.

A necessidade de celebração da avença por escrito também denota que se trata de uma medida de exceção.

Entretanto, a cautela do legislador em exigir a pactuação por escrito não se verifica em relação ao momento em que o pacto pode ou deve ser celebrado.

A ausência desta delimitação possibilita, *a priori*, que o pacto seja celebrado a qualquer momento ao longo da relação de emprego.

¹⁸³ “A Constituição brasileira, como tôdas as leis fundamentais a partir da Revolução francesa, garante liberdade de trabalho, indústria e comércio, mas desde que respeitados, como é óbvio, os princípios da concorrência honesta e leal.

Para uma sociedade em franco crescimento, em processo intenso de desenvolvimento, é natural que também seja intensa sua mobilidade horizontal ou vertical. Novos negócios, novas firmas surgem a todo o instante, lançando mão de processos lícitos e ilícitos para vingar e progredir. Muitas vezes são oriundas de antigos altos empregados, gerentes ou técnicos de outras empresas. Daí a cláusula de exclusão de concorrência, que garanta os direitos de ambos: antigo empregador e novo industrial ou comerciante.

Surgida dos usos e costumes na Inglaterra, foi ali regulada através de decisões administrativas e judiciais, utilizando-se do *standard* de razoabilidade, isto é delimitando-se o prazo e a região em que o empregado não se pode estabelecer e determinando-lhe uma indenização pecuniária. Adotada no direito suíço, francês, italiano, alemão, constitui prática legislativa universal.

Aproveitamos as cautelas e a experiência de outros povos, fixando no art. 581 e seus parágrafos garantias para ambas as partes: não permitindo a concorrência desleal para a empresa (com uso de antigos segredos e desvio de clientela) e não proibindo ao empregado a liberdade de trabalho, indústria e comércio, constante da Constituição Federal. Note-se bem: não é a proibição de um empregado trabalhar para outro ou estabelecer-se, mas somente quando o fizer em concorrência desleal, com comprovado prejuízo do antigo empregador. É sempre nula a cláusula quando danosa à liberdade de trabalho e na ausência de uma compensação financeira.” FILHO, Evaristo de Moraes. Anteprojeto de código do trabalho: apresentado, em 31 de março de 1963 pelo Prof. Evaristo de Moraes Filho. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1963, p. 42-43.

O silêncio da proposta legislativa sobre a questão possibilita, por exemplo, que o pacto seja celebrado no curso da relação contratual, independentemente de terem sido alteradas as atividades inicialmente desempenhadas pelo empregado.

A incerteza quanto à manutenção da relação de emprego na hipótese de recusa do obreiro em anuir com o pacto de não concorrência também pode constituir vício de vontade na celebração. Some-se a isso que a alteração das condições contratuais, dessa forma, importa prejuízo ao empregado, o que é vedado pela legislação trabalhista em vigor¹⁸⁴.

Por tais razões, o projeto legislativo merece crítica por não prever o momento em que a celebração da cláusula de não concorrência seria aceitável, tendo negligenciado os aspectos acima delineados.

A norma em análise tampouco discrimina empregados ou empregadores que podem celebrar o pacto de não concorrência, permitindo concluir que qualquer tipo de empregado e qualquer tipo de empregador poderiam avençar a exclusão de concorrência.

No entanto, em sua justificativa doutrinária, o autor consigna que o objetivo da norma é o de não permitir a concorrência desleal, com desvio de clientela e ou utilização de antigos segredos.

Tendo isso em vista, mister seria considerar-se que nem todo o empregado tem acesso a informações, segredos de negócio, métodos produtivos ou outros elementos sensíveis que possibilitem implementar efetiva concorrência ao seu ex-empregador.

Como o objetivo declarado de Evaristo de Moraes Filho era o de neutralizar a insegurança jurídica com a disciplina da matéria, melhor seria se tivesse especificado que a norma em análise aplicar-se-ia apenas àqueles trabalhadores que tivessem efetiva possibilidade de levar a cabo concorrência desleal com seus antigos empregadores.

Em relação à duração do pacto de não concorrência, a norma estabelece um prazo máximo de quatro anos para os dirigentes (altos empregados) e dois anos para os demais, com evidente inspiração da legislação italiana, que precedeu o anteprojeto em mais de vinte anos.

Verifica-se tal inspiração até mesmo na nomenclatura utilizada: dirigente.

¹⁸⁴ Vide artigo 468 da CLT.

Contudo, o autor preferiu fixar prazos menores que os previstos na Itália. Como visto anteriormente, o legislador italiano fixou em cinco o anos a duração do impedimento para os dirigentes e três anos para os demais empregados.

A redução do período de impedimento, comparativamente com a legislação italiana se afigura alvissareira, eis que um período excessivo de proibição pode alienar em definitivo o empregado do exercício da atividade laborativa que foi obstado de desempenhar.

O anteprojeto demonstra, ainda, grande preocupação em que a cláusula de impedimento não signifique a completa impossibilidade de o empregado exercer qualquer tipo de atividade laborativa.

De fato, tal preocupação é registrada expressamente tanto na justificativa doutrinária apresentada pelo autor, quanto da redação do art. 581, que limita expressamente o impedimento a funções iguais ou análogas as desempenhadas em favor do ex-empregador.

Por outro lado, Evaristo de Moraes Filho preferiu ser vago ao impor delimitação geográfica para a validade da cláusula, deixando a cargo de empregador e empregado definirem seu alcance.

Melhor seria se a própria norma previsse que o óbice pactuado ao trabalho estava adstrito aos locais em que o ex-empregador tivesse efetiva atuação.

Também de forma vaga, a norma previa a necessidade de uma indenização ou compensação mensal, sem determinar critério para a fixação dos valores ou formas de pagamento, abrindo espaço, portanto, para a livre pactuação, possibilitando, inclusive, a fixação de pagamento irrisório que não se afigure apto a contrabalançar a exigência imposta ao trabalhador.

Andaria melhor a norma se estabelecesse, ao menos, que haveria um critério de proporcionalidade entre a restrição imposta e o valor da indenização.

Interessante notar que o art. 581 menciona duas possibilidades de pagamento: indenização ou compensação mensal.

Sendo princípio comezinho de direito que a norma não guarda vocábulos ou expressões vãs, verifica-se que Evaristo de Moraes Filho pretendeu criar modalidades distintas de recomposição da perda temporária do direito de exercer determinado ofício.

Entretanto, a redação não foi das mais felizes, eis que, da forma como redigida, permite algumas interpretações disparatadas.

Uma delas seria a de que, havendo pagamento mensal, estaríamos diante uma compensação, e, se houvesse um único pagamento, seria a hipótese de indenização.

Assim, o número de parcelas do pagamento faria com que ele tivesse natureza jurídica distinta, o que não tem nenhum sentido.

Tendo isso em vista, vale observar que Silvio de Salvo Venosa leciona que compensar é¹⁸⁵:

contrabalancear, contrapesar, equilibrar, estabelecer ou restabelecer um equilíbrio. No direito obrigacional significa um acerto de débito e crédito entre duas pessoas que têm, ao mesmo tempo, a condição recíproca de credor e devedor, uma conta de chegada, em sentido mais vulgar.

Orlando Gomes, por seu turno, ensina que a compensação pode ter três naturezas distintas¹⁸⁶:

a compensação legal verifica-se, necessariamente, quando há entre as mesmas pessoas, por título diverso, dívidas homogêneas, líquidas e exigíveis. A existência desses pressupostos é bastante para determiná-la. (...)

Dá-se compensação judicial quando uma das dívidas recíprocas não é líquida, ou exigível, e o juiz a declara, liquidando-a, ou suspendendo a condenação. A compensação voluntária, também chamada convencional, é a que se estipula quando faltam pressupostos de homogeneidade, liquidez e exigibilidade das dívidas recíprocas, ou algum deles. Com fundamento no princípio da liberdade de contratar, os devedores recíprocos podem fixar as condições da compensação.

Portanto, trata-se a compensação de uma forma de extinção de obrigações, que pode ser pactuada entre as partes contratantes, assumindo natureza convencional nessa hipótese, em especial quando faltar homogeneidade às dívidas recíprocas.

Desta forma, de acordo com o texto proposto por Evaristo de Moraes Filho, far-se-ia necessário entender que o débito do trabalhador seria o impedimento de exercer o ofício que desempenhava anteriormente e o débito do ex-empregador seria o pagamento devido, compensando-se uma obrigação com a outra.

Data venia, tal acepção não se mostra adequada, uma vez que a compensação presume a existência de créditos reciprocamente oponíveis, não

¹⁸⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Vol. II - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Ed. Atlas, 2005, p. 302-303.

¹⁸⁶ GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 154.

sendo possível conceber o dever de abstenção do empregado como um crédito do empregador.

Por outro lado, indenização é a reparação por um dano ocorrido.

Pode-se entender que o impedimento ao trabalho seria um dano ao patrimônio do empregado, ainda que se trate de dano consentido, e que o pagamento visando à compensação de tal dano seria uma indenização.

A natureza jurídica do pagamento feito em contrapartida ao impedimento será objeto de análise mais profunda em momento próprio, destacando-se, contudo, que não prevalece o entendimento de que o número de vezes em for efetuado o pagamento transmute uma indenização em compensação ou vice-versa.

Mesmo que a intenção do legislador ao utilizar o vocábulo “compensação” fosse o de se referir à remuneração, a problemática continuaria a existir.

Além disso, se o fato gerador do pagamento é o mesmo, qual seria a razão para se admitir a ocorrência de hipóteses em que haveria compensação e de outras em que se trataria de indenização? Verifica-se a infelicidade do anteprojeto neste aspecto.

Por fim, cumpre observar que a norma silencia quanto ao eventual descumprimento do pacto, quer por parte do trabalhador, quer por parte do empregador, abrindo espaço para discussão quanto ao ônus de que cada parte poderia suportar em razão do inadimplemento do pacto.

De toda maneira, o anteprojeto não vingou.

Segundo Antônio Carlos Flores de Moraes, filho de Evaristo, o destino do anteprojeto de Código do Trabalho de seu pai foi o seguinte¹⁸⁷:

A entrega do Projeto de Código de Trabalho ocorreu em 1965, após a derrubada de João Goulart, quando era Ministro da Justiça e Negócios Interiores o sr. Milton Soares Campos, participando do governo Castelo Branco, primeiro dos cinco militares a dirigir ditatorialmente o País. Como é óbvio, o Projeto foi engavetado e a história oficial procurou esquecê-lo.

A despeito disso, o anteprojeto nos brindou com lições sobre o tema, que devem ser aproveitadas e observadas quando o assunto é pacto de não concorrência.

¹⁸⁷ MORAES, Antônio Carlos Flores de. Cláusula de Não-Concorrência no Contrato de Trabalho. Disponível em: <http://floresdemoraes.com.br/sites/default/files/artigos/EVARISTO-E-O-DIREITO-DO-TRABALHO.pdf>. Acesso em: 24 mar 2014.

5.2 O anteprojeto de CLT de 1979

No mês de setembro do ano de 1975, a Portaria nº 542/1979 dos Ministros da Justiça e do Trabalho criou uma Comissão Interministerial, tendo seus trabalhos capitaneados por Arnaldo Süssekind, visando à atualização da CLT e que redundou em um anteprojeto de uma nova Consolidação¹⁸⁸.

De acordo com as considerações preliminares do relatório elaborado pela Comissão¹⁸⁹:

A atualização preconizada pela referida Portaria haveria, portanto, de ter por base a própria CLT e as demais normas legais trabalhistas em vigor, a fim de ordená-las, de forma sistematizada, e clarificá-las, para dirimir dúvidas verificadas na sua aplicação.

Entretanto, contrariamente ao que o trecho acima leva a crer, o anteprojeto elaborado não se limitou a organizar e sistematizar normas existentes. De fato, o propósito foi também o de atualizar a legislação e fazê-la avançar em campos até então não explorados ou delimitados, o que foi expressamente reconhecido nas considerações iniciais do relatório já mencionado¹⁹⁰:

Sublinhe-se, repetindo-se o que disse a comissão elaboradora da atual CLT, que consolidar não significa apenas juntar leis em vigor, ainda que em obediência a um sistema; não corresponde ao engenho de arquitetura legislativa, mas à recapitulação e atualização dos valores coerentes resultantes de uma grande expansão legislativa anterior, num determinado ramo de Direito. (grifos no original)

Na sequência, as considerações preliminares também consignam que¹⁹¹:

Para a elaboração do anteprojeto, a Comissão fixou as seguintes metas:

[...]

c) aprimorar conceitos, tendo em vista a doutrina contemporânea prevalente, compatível com o sistema jurídico consubstanciado na Constituição Brasileira;

[...]

e) aperfeiçoar regimes e instituições jurídico-trabalhistas, alterando para esse fim, em caráter excepcional, disposições legais em vigor.

¹⁸⁸ Cf. BRASIL. Relatório da Comissão Interministerial de Atualização da Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 mai. 1979. Seção I, Parte I (Suplemento), p. 1.

¹⁸⁹ Idem, ibidem.

¹⁹⁰ Idem, p. 2.

¹⁹¹ Idem, p. 3.

E, com esse espírito, chega-se a justificativa para a inclusão do pacto de não concorrência no anteprojeto, feita da seguinte forma¹⁹²:

51. Disciplinou-se o pacto de exclusão de concorrência, previsto na legislação comparada e que vem sendo adotado por algumas empresas.

Assim como ocorrera na proposta legislativa de Evaristo de Moraes Filho, o anteprojeto em estudo decidiu adotar a nomenclatura “exclusão de concorrência” para se referir ao instituto.

Da mesma forma, a existência de regulamentação da matéria em diplomas legais estrangeiros foi reconhecida pela Comissão como motivo relevante para a inclusão do tema no anteprojeto.

Curiosa, contudo, é a justificativa de que a adoção da cláusula de não concorrência por algumas empresas era uma das razões que motivara a Comissão a inserir a regulamentação no projeto legislativo.

Enquanto Evaristo de Moraes Filho declaradamente buscou um instrumento que servisse para compor o conflito de interesses entre o empregador que teme a concorrência desleal do ex-empregado e o trabalhador que não pode ser privado de sua liberdade de trabalhar sem qualquer tipo de remuneração, o trabalho dirigido por Arnaldo Süssekind não informou nenhuma dessas preocupações, mas sim a de legitimar uma medida que já vinha sendo praticada pelos empregadores brasileiros.

Essa postura encontra explicação na visão do Direito do Trabalho que é abraçada e defendida na justificação sumária do anteprojeto, o qual, em seu primeiro item, afirma que¹⁹³

De acordo com o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, deixou-se nítida a natureza contratual da relação de emprego. Como já ressaltou ilustre jurista francês, a idéia do contrato corresponde a uma noção central: a da liberdade do indivíduo. Dignifica, assim, a pessoa humana do trabalhador, o que constituiu a finalidade primordial do Direito do Trabalho.

A ótica contratualista do Direito do Trabalho abraçada pela Comissão encarregada de elaborar o anteprojeto explica os fundamentos utilizados para justificar a necessidade de inclusão do dispositivo em análise no âmbito da CLT.

A previsão sobre o pacto de não concorrência foi inserido no Título II do anteprojeto, que versa sobre o contrato individual de trabalho, sendo parte de seu

¹⁹² Idem, p.6.

¹⁹³ Idem, ibidem.

Capítulo I, destinado a tratar das disposições gerais que devem reger o contrato de emprego.

Foi redigido para ser o artigo 26 da nova Consolidação, com o seguinte texto¹⁹⁴:

Art. 26. É válido o pacto de exclusão de concorrência, desde que celebrado por escrito, por período não superior a dois anos, e dele conste uma compensação mensal em favor do empregado, durante sua vigência.
Parágrafo único. O pacto deverá cingir-se ao desempenho das mesmas funções exercidas anteriormente e limitar-se a determinada área geográfica.

A norma guarda algumas similitudes e outras tantas diferenças em relação ao texto de Evaristo de Moraes Filho.

Começando-se pelas semelhanças, verifica-se a da formalidade do ato, uma vez que a validade do pacto estava intimamente ligada à sua celebração por escrito, não sendo admitida pactuação verbal.

Como exposto, trata-se de medida importante, visando garantir a clareza das obrigações assumidas, em especial pelo empregado.

A norma em análise tampouco disciplina o momento contratual em que o pacto deve ser celebrado, repetindo a técnica adotada por Evaristo de Moraes Filho, valendo aqui as mesmas críticas anteriormente expostas.

Outra similitude é a de que a pactuação também terá limites de objeto, tempo e lugar, ainda que tais limites não sejam exatamente os mesmos que foram previstos no anteprojeto de Código de Trabalho de 1963.

Quanto ao lugar, assim como no texto de Evaristo de Moraes, não há uma definição clara de quais serão os limites geográficos a serem observados, induzindo à conclusão de que o pacto poderá excluir a concorrência do ex-empregado ao menos em qualquer local em que o antigo empregador desenvolva sua atividade econômica.

Entretanto, nada impede que os contratantes fixem limites geográficos superiores, uma vez que o texto legal nada dispõe em sentido contrário.

Da mesma maneira que no anteprojeto de 1963, o artigo 26 não disciplina as consequências a serem enfrentadas pelos contratantes na hipótese de descumprimento do pacto de não concorrência.

¹⁹⁴ Idem, p. 20.

Em relação à duração, o anteprojeto de CLT de 1979 limita os efeitos do pacto ao período máximo de dois anos, independentemente do cargo exercido pelo trabalhador.

Assim, difere do anteprojeto de 1963, tanto na duração máxima, quanto na possibilidade de que empregados com maior grau de confiança e responsabilidade sejam submetidos a impedimento por período superior aos demais empregados.

E esse é um dado importante: de acordo com a redação do artigo em comento, qualquer empregado pode celebrar o pacto de não concorrência, o que faz com que se assemelhe ao anteprojeto de Evaristo.

O objeto da cláusula de não concorrência é mais restrito no anteprojeto de Arnaldo Süssekind do que no de Evaristo de Mores Filho: enquanto esse permite o impedimento em atividades análogas, aquele só autoriza o pacto em relação às mesmas atividades.

Com isso, não há óbice a que o empregado se reinsira no mesmo ramo de atividade econômica, desde que não desempenhe as mesmas atividades que realizava em favor de seu ex-empregador.

Por fim, o anteprojeto de 1979 também propugnava a necessidade de pagamento pelo impedimento assumido pelo trabalhador.

Diversamente do modelo proposto por Evaristo, na sistemática do artigo 26 do anteprojeto de 1979 o pagamento necessariamente seria mensal, enquanto perdurasse o pacto, não havendo autorização para que o pagamento seja realizado em uma única parcela.

Contudo, nenhum parâmetro para a fixação do pagamento é disposto, relegando-se às partes sua negociação.

Reproduzindo em parte o que fizera o anteprojeto de Evaristo, a norma em análise denomina o pagamento de “compensação”, abstraindo o conceito jurídico de compensação como forma de extinção de obrigações recíprocas.

A impressão que se tem ao analisar tanto a proposta de Evaristo, quanto a de Süssekind é a de que nenhum dos dois anteprojeto preocupou-se com a natureza jurídica do pagamento que deve ser feito ao empregado em troca do impedimento assumido.

O anteprojeto de CLT de 1979 não prosperou. Segundo o ex-Ministro do TST, Almir Pazzianotto, em palestra proferida durante o seminário “Novas Relações de Trabalho para o Brasil do Século XXI”, promovido pelos Diários Associados, em

conjunto com a CBIC e a CNI, no dia 7 de novembro de 2012, na sede do jornal Correio Braziliense¹⁹⁵:

O reaparecimento dos movimentos grevistas em 1978, a partir do Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo, estimulou o Presidente João Figueiredo a retomar a idéia de atualização da CLT, lançada em 1974, e reavivada em 1975, com a criação de Comissão Interministerial instituída pelos Ministros da Justiça e do Trabalho.

Da Comissão constituída por 9 juristas, presidida pelo Dr. Arnaldo Lopes Sússekind, resultou Anteprojeto divulgado em março de 1979. Sobre o trabalho, a revista Veja, na edição de 9 de maio, estampou matéria com o título 'Grande por fora – O anteprojeto da CLT com mais de 1.300 artigos'.

Trazia a reportagem a opinião de 'Lula e outros sindicalistas', os quais diziam 'não adianta remendar a CLT'. Necessária se faz, afirmavam, uma lei básica com garantias mínimas, como o máximo da jornada de trabalho, por exemplo, deixando o resto para ser discutido em convenção coletiva. Prossegue a matéria: 'Pelo menos no que diz respeito aos 'remendos', o governo parece concordar com Lula.

5.3 O Projeto de Lei nº 986/2011

Em 2011, foi levada a cabo nova tentativa de legislar sobre a matéria, desta feita pelo Projeto de Lei nº 986/2011, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, do PMDB/MT, que inseria o artigo 444-A ao texto da CLT¹⁹⁶.

A proposta legislativa é muito mais elaborada e detalhista que suas antecessoras.

¹⁹⁵ Disponível em:

<http://sinduscongoias.com.br/arquivos/download/Palestra_Almir_Pazzianotto_07.11.2012.pdf>.

Acesso em 24 mar 2014.

¹⁹⁶ "Art. 444-A. É permitida a instituição de cláusula de não concorrência quando, em razão da natureza do serviço prestado, o trabalhador tiver conhecimento de informações estratégicas da empresa, cuja divulgação possa causar prejuízo ao empregador, observado o disposto nos parágrafos seguintes.

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

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

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

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

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

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

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

Disponível em

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=831B883F3EB02B41845FF93E63F03CC5.node2?codteor=858535&filename=PL+986/2011>. Acesso em 25 mar 2014.

Alguns elementos, contudo, se repetem.

A necessidade de formalização do ato e as limitações de objeto, tempo e espaço estão novamente presentes, assim como a necessidade de contraprestação financeira em favor do laborista.

Por outro lado, diferenças importantes podem ser observadas.

Ao contrário das propostas legislativas anteriores, o Projeto de Lei nº 986/2011 define expressamente quem são os empregados que podem pactuar a cláusula de não concorrência.

Apenas aqueles que tiverem “conhecimento de informações estratégicas da empresa, cuja divulgação possa causar prejuízo ao empregador” estão aptos a celebrar a avença.

Tal limitação exclui do âmbito de aplicação do impedimento, de forma correta, empregados cuja rotina de trabalho não propicie qualquer conhecimento que possa por em risco à atividade empresarial de seu ex-empregador, mediante concorrência desleal.

Repetindo os mesmos parâmetros do anteprojeto de 1979, o prazo máximo para o pacto foi fixado em 2 anos, não havendo tratamento diferenciado para os empregados que exercem cargos de gestão.

A conjugação do caput do art. 444-A com seu parágrafo 2º permite concluir que o legislador fixou o momento em que ordinariamente a cláusula deve ser avençada, qual seja, o da contratação.

Excepcionou essa regra para a hipótese de o empregado, ao longo do contrato de emprego, ser alçado a cargo que lhe possibilite contato com informações estratégicas, cuja utilização indevida importe risco para a atividade empresarial.

Nessa hipótese, a pactuação poderá ser celebrada quando da promoção do empregado ao novo cargo.

O Projeto de Lei caminhou bem, preenchendo uma lacuna deixada pelos textos que o antecederam e que permitia que a pactuação fosse levada a cabo em momento que pudesse macular a vontade do trabalhador.

Além disso, a proposta em análise difere das suas antecessoras no que se refere à determinação de que, do pacto de não concorrência, conste expressamente as atividades que o empregado estará impedido de exercer e em que ramos de exploração financeira tal impedimento deve ser observado.

Tratando-se de um regime de exceção, uma delimitação mais específica das atividades é desejável. Contudo, a indicação de um rol exaustivo não parece ser a saída mais adequada, eis que o avançar das técnicas produtivas pode fazer surgir novas atividades cujo exercício atente contra o espírito do pacto de não concorrência, mas que não puderam ser previstas no momento de sua celebração porque simplesmente não existiam.

Dessa forma, mais interessante seria indicar o ramo de atividade em que a prestação de serviços está impedida e as informações ou segredos que serão objeto de proteção.

O parágrafo 4º diz o óbvio: o empregado está autorizado a trabalhar em atividades e ramos econômicos distintos dos que constam do rol de proibições.

Mesmo sendo redundante, o parágrafo exerce um papel que não pode ser ignorado: o pacto de não concorrência, em hipótese alguma, pode significar a absoluta impossibilidade de acesso ao trabalho.

O Projeto de Lei abandona o termo “compensação” e se refere ao pagamento a ser feito em favor do trabalhador como indenização, que deverá ser mensal em valor, no mínimo, igual ao que percebia enquanto era empregado.

A estipulação do pagamento mensal é a que melhor atende a função social da norma, permitindo a subsistência do trabalhador, sem o risco do dilapidamento que existe no pagamento feito em uma única vez.

Ademais, o Projeto de Lei avançou em relação às propostas anteriores, ao fixar um patamar mínimo, correspondente ao que era pago enquanto o empregado estava ativo.

Tal fixação reforça o regime de exceção do pacto, uma vez que a manutenção do pagamento do mesmo valor do salário só será justificável se efetivamente o empregador tiver um receio justificado de concorrência desleal.

A norma, no entanto, excepciona essa obrigação no caso de o trabalhador conseguir um novo emprego, em uma atividade que não esteja impedido de exercer.

Ocorre que a redação não é clara, sendo possível tanto entender que a obtenção do novo emprego desobriga por completo o pagamento da indenização, quanto que o valor mínimo equivalente ao salário deixa ser obrigatório nessa hipótese.

Não parece razoável que a obtenção de novo emprego autorize a suspensão do pagamento da indenização, uma vez que o trabalhador continuará obrigado a observar o impedimento que assumiu.

De toda maneira, melhor seria se o legislador tivesse adotado uma redação mais clara.

Além disso, ainda no que se refere à determinação de que a indenização deverá observar o mesmo valor salarial percebido pelo empregado enquanto laborava, algumas considerações se fazem necessárias.

A interdição decorrente do pacto de não concorrência pode ter objeto amplo, que abarque a totalidade das atividades que o trabalhador exercia em favor do antigo empregador, ou um objeto restrito, envolvendo apenas uma pequena parcela ou mesma uma única atividade.

Essa questão não pode ser ignorada quando da fixação do valor a ser pago em favor do laborista. Deve existir uma necessária proporcionalidade entre a restrição imposta e o valor pago ao trabalhador, sob pena de as obrigações de parte a parte se tornarem desproporcionais.

Por isso, a metodologia adotada pelo Projeto de Lei não é a mais aconselhável.

Por fim, a maior diferença entre o Projeto de Lei e as tentativas legislativas anteriores, está no tratamento dispensado para o caso de inadimplemento da obrigação assumida, haja vista prever sanções aplicáveis tanto ao trabalhador, quanto à empresa.

O projeto de lei em questão foi rejeitado, pois, de acordo com o parecer do relator, deputado Antonio Balhmann, do PSB/CE, “[a]inda que essa restrição seja temporária, por um prazo máximo de dois anos, há sérios riscos de que o trabalhador venha a ser prejudicado em sua carreira”¹⁹⁷. Segundo ele, o trabalhador estaria restrito, neste período, ao salário do emprego anterior, tendo evidente prejuízo financeiro caso surgisse proposta mais vantajosa.

As razões expostas não traduzem a melhor análise da situação, e denotam uma apreciação incorreta do conflito entre a liberdade individual de trabalho e a livre concorrência.

¹⁹⁷ Disponível em <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=920807&filename=Tramitacao-PL+986/2011>. Acesso em 19 jul 2015.

5.4 O Projeto de Lei do Senado nº 16/2007

A despeito de ser anterior ao Projeto de Lei nº 986/2011, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 16/2007 ainda está em tramitação, razão pela qual seu estudo foi relegado para o final.

A proposta legislativa, de autoria do Senador Marcelo Crivella, cujo texto integra a dissertação na forma de anexo, difere das demais tentativas legislativas em um aspecto essencial: ela não insere um artigo no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho ou de um projeto de Código de Trabalho.

Em verdade, propõe uma norma autônoma, destinada a regulamentar o “acordo de proteção de informações sigilosas, adjeto ao contrato de trabalho, para a proteção de segredo comercial e de informações confidenciais e regulamenta sua aplicação”¹⁹⁸.

De fato, o PLS não se limita a regular a celebração do pacto de não concorrência, uma vez que o seu escopo é proteger informações sigilosas a que o empregado teve acesso em razão da relação de trabalho, propondo métodos de proteção a tais informações, entre os quais está a celebração da cláusula de não concorrência. Por essa razão, a proposta legislativa se refere ao instrumento como acordo de proteção de informações sigilosas.

A norma é composta por dez artigos, chamando atenção o fato de que nenhum deles exige que o acordo seja pactuado por escrito, ponto em que o PLS diverge de todas as tentativas legislativas anteriores.

Seu artigo 1º introduz o objeto da proposta legislativa e, em seu parágrafo único, assegura o direito de as partes, a qualquer momento, estipularem um acordo objetivando a proteção das informações sigilosas e segredos comerciais.

Não se pode dizer que o projeto começa bem ao autorizar a celebração do acordo no curso do contrato de trabalho, sem condicioná-lo a qualquer modificação nas atividades desempenhadas pelo empregado, o que significa autorizar uma alteração contratual que pode ser prejudicial ao trabalhador.

¹⁹⁸ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=41341&tp=1>>. Acesso em 19 jul 2015.

Nesse ponto, a melhor previsão ainda é aquela constante do Projeto de Lei nº 986/2011.

O artigo 2º define o que são segredo comercial e informação confidencial, cautela que as demais propostas legislativas não tiveram.

De acordo com o PLS, o segredo comercial é todo processo, método, fórmula, dispositivo ou técnica que não seja de conhecimento público e que possua valor econômico para o empregador, mesmo que potencial, sendo necessário que empregado tenha adquirido conhecimento dele em razão da própria relação de emprego.

Trata-se, portanto, do que a doutrina se refere como sendo segredo de negócio, como já visto ao longo do estudo.

A definição dada à informação confidencial, por seu turno, é residual. De acordo com o projeto legislativo, será considerada informação confidencial aquela que tenha valor econômico e da qual o empregado teve conhecimento em razão da relação de emprego, que não possa ser enquadrada como segredo comercial.

O artigo 3º do projeto o distingue das propostas legislativas anteriores e caminha bem ao determinar que o acordo de proteção deve definir de forma precisa os segredos e informações que serão objeto de proteção.

Como visto, a enumeração exaustiva das atividades que o trabalhador estará impedido de exercer é uma tarefa das mais difíceis, considerando-se que inúmeras atividades podem vir a surgir em razão de avanços tecnológicos e que não podem ser previstas no momento da celebração do pacto de não concorrência.

Por outro lado, a motivação da cláusula de não concorrer terá sempre a mesma essência: proteger de divulgação e utilização determinadas informações e segredos que têm valor concorrencial e com as quais o trabalhador teve contato durante a relação de emprego.

Assim, resta demonstrado o acerto da escolha do legislador em determinar que tais informações e segredos sejam especificados no pacto.

Outro aspecto que distingue o PLS das demais propostas legislativas reside na previsão que permite a alteração dos termos do acordo, caso haja alteração em suas condições (parágrafo único do artigo 3º).

Da forma como redigido o PLS, tal previsão autoriza, por exemplo, a revisão das obrigações pecuniárias do empregador, caso se verifique a desnecessidade de manter as informações protegidas por sigilo.

Essa possibilidade não é recomendável, uma vez que a celebração do pacto cria uma justa expectativa do empregado receber a indenização avençada.

Se a informação ou segredo objeto de proteção deixou de ter valor concorrencial por alguma razão, esse é um ônus que o empregador deve arcar, por ser ínsito ao risco de sua atividade empresarial.

Por outro lado, caso a alteração das condições decorra de força maior, vislumbra-se a possibilidade de alteração do pacto.

Assim, melhor seria que o Projeto de Lei do Senado restringisse as hipóteses em que o pacto poderia ser alterado, de forma a preservar o trabalhador em sua condição de hipossuficiência.

Outrossim, o PLS apresenta grande retrocesso ao impedir que o acordo de proteção de informações seja regulamentado por Acordo ou Convenção Coletiva, de acordo com a previsão de seu artigo 4º.

Se por um lado a celebração do pacto de não concorrência deve ser individualizada, demonstrando a efetivada vontade do trabalhador de se submeter à interdição, por outro lado a fixação de regras gerais em acordos e convenções coletivas deveria ser bem recebida pela legislação, mormente em razão do maior poder de negociação dos sindicatos, em comparação com a capacidade de barganha individual de cada trabalhador.

O projeto, no parágrafo único do artigo 4º, faz uma pequena concessão ao impedimento da atuação sindical, determinando que o empregador não pode se opor a que o empregado seja assistido por advogado ou por um representante do sindicato de sua categoria profissional durante a negociação do pacto.

Ainda que isso represente algum avanço, não chega a ser suficiente para compensar a perda da possibilidade da negociação coletiva.

A questão em tela não era tratada especificamente em nenhum dos projetos analisados anteriormente, sendo que o silêncio daquelas propostas possibilitava a negociação coletiva sobre a matéria. Agora, tal negociação é proibida, e o retrocesso salta aos olhos.

Ao tratar especificamente das restrições que podem ser impostas ao trabalhador em razão do acordo de proteção (artigo 5º), o Projeto de Lei do Senado adentra diversos campos que não foram considerados pelos demais projetos legislativos estudados.

O inciso I do referido artigo possibilita a vedação, por prazo indeterminado, da utilização, divulgação e comercialização de segredos comerciais ou informações confidenciais.

Trata-se de previsão praticamente idêntica à do artigo 195, XI, da Lei de Propriedade Industrial, sendo desnecessária sua repetição em um novo texto legislativo.

Nos incisos II e III do artigo 5º, veda-se, respectivamente, a contratação do trabalhador por empresa concorrente e o exercício da mesma função ou função assemelhada em empresa concorrente.

Nota-se, aqui, uma clara deficiência na técnica legislativa.

O que objetiva a norma é a possibilidade de proibição da contratação do trabalhador por um concorrente, seja para exercer a mesma atividade, atividade assemelhada ou mesmo atividade absolutamente distinta daquela desempenhada anteriormente.

Em suma, tal previsão deveria ser aglutinada de forma lógica em um único inciso.

Não o fazendo, o legislador acabou criando algumas situações de difícil compreensão.

Com efeito, o inciso II permite a restrição de contratação do trabalhador por empresa concorrente, pelo prazo máximo de dois anos, a partir da rescisão contratual.

Já o inciso III cria a possibilidade de se restringir a contratação do obreiro, para o desempenho da mesma função ou função assemelhada, em empresa concorrente, em área geográfica delimitada e pelo prazo de dois anos.

Da forma como redigido o texto, o prazo de dois anos só começa a ser contado a partir da rescisão contratual quando o empregado for admitido por empresa concorrente para desempenhar atividade distinta da que exercia anteriormente.

Se for o caso de exercer as mesmas atividades, o texto leva a crer que o prazo de dois anos poderá ter outro marco inicial, que o legislador não define.

A razão pela qual o início dos limites temporais seria distinto não tem nenhuma explicação.

Da mesma maneira, só haverá delimitação geográfica para o impedimento do exercício da mesma função em outra empresa. A contratação por empresa concorrente, para o desempenho de outras atividades, não contém essa previsão.

Por que razão o labor para um concorrente, em atividades distintas daquelas desempenhadas anteriormente, dispensa a limitação geográfica, se o maior risco de concorrência advém do desempenho das mesmas atividades e, nesse caso, a delimitação espacial é necessária?

Não há muita lógica na proposta do legislador.

Já o inciso IV prevê que é possível o impedimento do empregado, pelo prazo de dois anos, de constituir pessoa jurídica que venha a fazer concorrência com seu antigo empregador, sendo necessária a limitação geográfica desse impedimento.

A análise conjunta dos incisos II, III e IV permite verificar que a limitação geográfica e temporal de vigência do compromisso foi considerada pelo PLS, ainda que de forma um pouco confusa.

O inciso V possibilita restringir o trabalhador de aliciar clientes e fornecedores do antigo empregador pelo prazo de dois anos.

Por fim, o parágrafo único do artigo 5º determina a obrigação de “compensação financeira” apenas para as hipóteses especificadas em seus incisos II e III, repetindo-se requisito de validade existente nos projetos legislativos vistos anteriormente.

Entretanto, afóra a repetição desnecessária de preceitos legais já existentes e a inexplicável confusão entre o marco inicial para o impedimento e a necessidade de delimitação geográfica, a redação do artigo 5º merece outras críticas.

A limitação da restrição ao trabalho a *empresas concorrentes* merece ser vista com cautela.

Com a redação dada, nada impede que o trabalhador vá prestar serviços para um novo empregador pessoa física, ainda que concorrente de seu antigo empregador.

Assim sendo, a expressão “empresa concorrente” deveria ser substituída por “novo empregador concorrente”.

Além disso, a própria limitação do impedimento a quem seja concorrente do antigo empregador merece reflexão. O interesse legítimo de que o trabalhador não preste serviços em determinado ramo econômico, mesmo que não seja aquele diretamente explorado pelo antigo empregador, pode existir.

É a hipótese de o empregador integrar grupo econômico com pessoas jurídicas que exploram atividades econômicas distintas, mas em relação às quais toda a estratégia de negócios é construída em conjunto.

Isso seria o suficiente para justificar que o trabalhador não fosse prestar serviços para um novo empregador que concorra com alguma das integrantes do grupo econômico.

Por essa razão, a limitação expressa de admissão por “empresa concorrente” pode não ser suficiente para alcançar o espírito da norma.

Contudo, o maior equívoco do PLS se apresenta em exigir “compensação financeira” apenas para as hipóteses dos incisos II e III, desprezando a hipótese do inciso IV.

A liberdade de trabalho do ex-empregador está sendo tolhida tanto quando é impedida sua contratação como empregado, quanto no caso em que se interdita a possibilidade de iniciar seu próprio empreendimento.

Se o cerceio à liberdade de trabalho é idêntico, por qual motivo o pagamento só é devido em dois casos e não no outro?

Neste ponto, a escolha feita pelo legislador carece de lógica jurídica.

O artigo 6º do PLS condiciona a eficácia do acordo à modalidade da rescisão contratual, ao determinar que, na hipótese de dispensa por iniciativa do empregador ou por sua culpa, o pacto perde seus efeitos.

Nenhuma das propostas legislativas anteriores fez previsão neste sentido e melhor seria se o PLS mantivesse a mesma linha.

Em primeiro lugar, imaginar que o interesse na manutenção do sigilo das informações obtidas pelo empregado significa a manutenção de um vínculo de emprego, ainda que não exista mais interesse por parte do empregador, é um equívoco.

Da forma como posto o Projeto de Lei do Senado, o empregador seria obrigado a conferir uma estabilidade ao trabalhador para poder preservar informações de valor concorrencial que ele tenha conhecimento.

Além disso, o PLS afasta a eficácia do acordo em qualquer dispensa havida por iniciativa do empregador. De acordo com a redação proposta, se o empregado cometer uma falta grave e for dispensado por justa causa, ele estaria liberado do compromisso de não concorrer, uma vez que partiu do empregador a iniciativa de rescindir o contrato por justo motivo.

Nessa hipótese, chega-se ao cúmulo de obrigar o empregador a manter o empregado faltoso, sob pena de liberá-lo para implementar concorrência contra si.

O objeto de proteção do acordo não falece com a rescisão do contrato de trabalho, pelo contrário, nasce dela. Portanto, sua eficácia não pode ser relacionada à modalidade de rescisão, o que será objeto de estudo mais aprofundado no próximo capítulo.

Uma das previsões mais ousadas do PLS consta de seu artigo 7º, que autoriza o antigo empregador pretender judicialmente a nulidade do contrato de emprego firmado pelo trabalhador impedido e seu novo empregador, sem prejuízo da responsabilidade civil deste último.

Nenhuma das demais propostas legislativas tinha aventado tal possibilidade.

Como será visto com maior profundidade no próximo capítulo, a responsabilização de terceiros em razão do descumprimento das cláusulas pactuadas para estabelecer a não concorrência é factível, desde que o terceiro tenha ciência do pacto e, a despeito disso, contribua deliberadamente para o seu descumprimento.

Contudo, a declaração de nulidade do novo contrato de trabalho só seria possível se houvesse no ordenamento jurídico alguma norma que expressamente o proibisse, o que passa a existir com o PLS.

Nesse caso, estar-se-ia diante de contrato de trabalho que, ainda que tenha objeto lícito, seria proibido, à semelhança do vínculo de emprego com a administração pública sem a realização de concurso, sendo admissível considerar-se a nulidade do novo contrato de emprego.

O artigo 8º trata de parâmetros que devem ser considerados pelo magistrado quando se deparar com uma demanda que discuta o cumprimento ou dissolução do acordo: i) a existência de dano econômico ou moral ao empregador; ii) a liberdade de exercício do trabalho e iii) o interesse econômico ou social da coletividade.

De todos os pontos, o que merece maior consideração é o de dano moral ao empregador, haja vista que os demais, evidentemente, devem nortear qualquer decisão sobre o tema.

Para que se verifique a ocorrência de dano moral a pessoa jurídica, faz-se minimamente necessário verificar a existência de alguma mácula ao nome ou imagem da instituição, o que parece ser pouquíssimo provável de acontecer em razão de um descumprimento contratual.

A inobservância do dever de concorrência trará efeitos de ordem material, mas não moral.

O Projeto de Lei do Senado prevê, em seu artigo 9º, ainda a possibilidade de tramitarem sob o pálio do sigredo de justiça as ações que discutirem o cumprimento e a dissolução do acordo, o que faz todo o sentido.

Se o objetivo do acordo é o de garantir o sigilo das informações, tal escopo não pode ser perdido dando publicidade a elas no curso do processo judicial.

Por fim, o último artigo do PLS disciplina o início da vigência da norma e é irrelevante para o estudo.

Como visto, o Projeto de Lei do Senado nº 16/2007 traz inovações alvissareiras em alguns pontos e em outros nem tanto, sendo que, da sua redação, verifica-se que a norma se dedica mais à proteção do antigo empregador, do que a cuidar dos interesses do trabalhador.

O Projeto encontra-se em tramitação, aguardando pauta na Comissão de Constituição e Justiça com parecer favorável do Relator, Senador Jorge Viana, à aprovação do seu texto¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Informação disponível em <
http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79863>. Acesso em 19 jul 2015.

6 VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. HARMONIZAÇÃO COM A LEGISLAÇÃO NACIONAL. REQUISITOS E CONDIÇÕES DE VALIDADE DA CLÁUSULA

O presente estudo, até o momento, possibilitou a compreensão de que a celebração do contrato de não concorrência não atenta contra o direito fundamental de liberdade de trabalho.

Também pôde analisar os parâmetros utilizados para a celebração da cláusula de não concorrência na legislação de outros países, além de ter indicado quais foram os parâmetros que os legisladores nacionais pretenderam adotar nas tentativas de regulamentação da matéria.

Visto isso, resta perquirir se, mesmo ante a inexistência de norma jurídica específica regulamentando a matéria, é admissível a celebração do pacto de não concorrência no Brasil e, em assim sendo, quais seriam as condições necessárias à sua validade.

Para que seja possível avançar em tais questões, é imperioso compreender em que consiste o pacto de não concorrer.

Alguns autores o definem como a obrigação, em virtude da qual, o empregado se compromete a não praticar, por conta própria ou alheia, após a vigência do contrato de trabalho, ação que implique desvio de clientela de seu antigo empregador²⁰⁰.

Tal definição não nos parece a mais adequada, haja vista que os atos de concorrência não se limitam, exclusivamente, àqueles relacionados ao desvio de clientela.

De fato, a concorrência pode ser implementada por diversas maneiras, como, por exemplo, através da divulgação de métodos produtivos, custos operacionais, fórmulas etc.

Por tal razão, a definição apresentada por Regiane Teresinha de Melo João, no sentido de que a cláusula “consiste na pactuação de abstenção do empregado de ativar-se por conta própria ou para outro empregador, em atividade igual ou semelhante, após o término do contrato de trabalho”²⁰¹, se afigura mais correta.

²⁰⁰ Cf. BELTRAN, Ari Possidonio. Dever de fidelidade, dever de não-concorrência e cláusula de não-concorrência. São Paulo: Revista LTR, v. 66, n. 4, 2002, p. 421.

²⁰¹ Op. cit., p.33.

Nota-se que, da parte do trabalhador, é assumida uma obrigação de não fazer, que consiste na abstenção em praticar um ato.

A obrigação de não fazer tem por fim impedir que o devedor pratique ato que teria o direito de realizar se não tivesse se obrigado a abster-se, impingindo autorrestrição à sua liberdade pessoal²⁰².

Caio Maio da Silva Pereira ilustra a questão ensinando que “[...] a obrigação de não fazer é a negativa típica. O devedor obriga-se a uma abstenção, conservando-se em uma situação omissiva. A sua prestação é o *non facere*, seja mediante uma contraprestação, seja independente dela”²⁰³.

Destarte, as obrigações de não fazer são caracterizadas por uma prestação negativa, por uma conduta omissiva. A abstenção objeto da obrigação deverá ocorrer durante um período, sendo que, em nosso ordenamento, a questão é regulada pelos artigos 250 e 251 do Código Civil²⁰⁴.

No caso específico do pacto de não concorrência, a obrigação de não fazer assumida pelo trabalhador consiste na restrição à sua liberdade de trabalho, que ficará limitada em relação a atividades profissionais em que haja colisão de interesses concorrenciais ao antigo empregador²⁰⁵.

A proibição decorrente do pacto não se limita ao exercício contínuo de atividades que signifiquem concorrência ao ex-empregador. Mesmo atividades pontuais, como, por exemplo, a execução de um único projeto, estão abarcadas pela restrição, uma vez que podem significar risco tão ou mais deletério do que aquelas advindas de uma atividade rotineira²⁰⁶.

Além disso, a atividade concorrencial objeto de impedimento não está restrita àquela que o trabalhador pode exercer em um novo emprego. Com efeito, o trabalho autônomo, ou mesmo a constituição de uma sociedade empresária por parte do

²⁰² GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, p.40.

²⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações. vol. II. 2º. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p.64.

²⁰⁴ “Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.”

“Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.” BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

²⁰⁵ Cf. OLIVEIRA, Oris de. Op. cit., p. 139.

²⁰⁶ Idem, p. 137.

antigo empregado, que tenha por objetivo exercer a atividade cuja proibição foi pactuada, são alcançados pelos efeitos da cláusula de não concorrência.

Assim, cabe verificar se a assunção desse impedimento é consentânea com as normas que regem as relações e trabalho em âmbito nacional.

Primeiramente, impõe-se analisar os dois argumentos normalmente expostos para que a cláusula de não concorrência seja vista como inválida ou mesmo ilícita.

O primeiro argumento, o mais repetido, é o de que o impedimento assumido pelo empregado atenta contra o direito constitucionalmente garantido à liberdade de trabalho. Como visto, exaustivamente, tal argumento não se sustenta.

O segundo, e a nosso ver mais simplório, é o de que a legislação nacional não autoriza tal pactuação.

Data venia dos que defendem tal argumento, verifica-se uma verdadeira subversão da lógica jurídica.

Como regra, tudo aquilo que não é vedado pelo ordenamento jurídico deve ser visto como permitido²⁰⁷.

Os que sustentam que o pacto de não concorrência não é válido por que carece de norma que o autorize expressamente, expõem raciocínio justamente em sentido inverso.

Essa ordem de ideias demonstra uma excessiva dependência da positivação das normas. Segundo esse raciocínio, o que não é previsto pelo legislador, válido não será.

Trata-se de abraçar, de forma desmedida, o positivismo jurídico, redundando em uma idolatria das leis e códigos como única fonte admissível para o Direito.

Contudo, a sociedade caminha a passos largos à frente do legislador, que é incapaz de prever e regulamentar todas as situações da vida cotidiana.

Portanto, o fato de inexistir norma que regule expressamente a celebração do pacto de não concorrência não significa, *per se*, que ela seja incompatível com o restante do ordenamento jurídico vigente.

Pelo contrário. Todo negócio jurídico que seja celebrado por agentes capazes, tendo objeto lícito, possível, determinado ou determinável e que não tenha

²⁰⁷ Essa é a regra do artigo 122 do Código Civil:

“Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.” BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

sua forma defesa em lei será válido, conforme o disposto no artigo 104 do Código Civil²⁰⁸.

Portanto, devem ser investigadas as normas que poderiam ser relacionadas, direta ou indiretamente, com a celebração do pacto de não concorrência e verificar se existe alguma que exclua, inequivocamente, a possibilidade de sua celebração.

Visto isso, importa registrar que o Brasil é um dos Estados-membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, desde 1928, adotou resolução favorável à validade da cláusula de não concorrência, desde que observados determinados limites²⁰⁹.

Desta maneira, no âmbito das normas internacionais em que o Brasil está inserido, não existe óbice à celebração do pacto de não concorrência. Pelo contrário, há expressa autorização para tanto.

Por outro lado, pode-se afirmar que não há na Consolidação das Leis do Trabalho qualquer elemento que obstaculize a celebração do pacto de não concorrência.

Em verdade, a análise sistemática das normas consolidadas permite concluir que a cláusula de não concorrência está albergada pela legislação trabalhista nacional.

De início, chama-se atenção para o texto do artigo 444 Consolidado, que autoriza as partes a estipularem livremente as cláusulas que vão reger o contrato de emprego, desde que não haja contravenção às disposições de proteção ao trabalho, às normas coletivas aplicáveis à espécie e às decisões administrativas das autoridades competentes²¹⁰.

Ocorre que a cláusula de não concorrência, por si só, não atenta contra qualquer norma de proteção ao trabalho.

Tampouco há qualquer regra emanada das autoridades competentes pela regulação e fiscalização das matérias atinentes às relações de emprego que proíbam sua adoção.

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ MALLETT, Estevão. Op. cit., p. 124.

²¹⁰ “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.” BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 jun 2015.

Por fim, se não houver uma norma coletiva de trabalho que impeça a celebração do pacto de não concorrência, do que não se tem notícia no Brasil, verifica-se inexistir qualquer óbice à pactuação em destaque.

Some-se a isso que, de acordo com o texto do artigo 8º da CLT, inexistindo disposições legais acerca de determinada questão, as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho “decidirão, conforme o caso [...] de acordo com [...] o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”²¹¹.

Começando pelo final, emprestar validade à cláusula de não concorrência significa justamente prestigiar o interesse público sobre o interesse particular.

Lembre-se que um dos objetivos primordiais do pacto é o de defender o sistema de livre concorrência.

Portanto, o sacrifício eventualmente imposto ao empregado objetiva a manutenção do equilíbrio de todo um sistema.

Em relação ao direito comparado, tivemos oportunidade de analisar alguns estatutos estrangeiros que admitem expressamente a celebração da cláusula de não concorrência e que servem para nortear os limites a serem observados em sua pactuação no Brasil.

Ademais, a limitação à concorrência, como visto em capítulo anterior, decorre do princípio da boa-fé objetiva que deve unir os contratantes, estando positivada no artigo 422 do Código Civil²¹².

Como bem observado por Estevão Mallet, em análise feita à redação do referido artigo, há imperfeição na letra da lei, uma vez que a obrigação de guardar os princípios de probidade e boa-fé não se limita ao momento da celebração ou da execução do negócio jurídico, sendo exigível, também, no período pré-negocial e na fase pós-contratual²¹³.

Além disso, a legislação pátria contém diversos dispositivos que vedam a concorrência e a divulgação de segredos de negócio, que são harmônicos com a celebração do pacto de não concorrência pós a rescisão do contrato de emprego.

²¹¹ BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

²¹² “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

²¹³ MALLETT, Estevão. Op. cit., p. 125.

A título de exemplo, pode-se citar o artigo 1.147 do Código Civil, que impede o comerciante que vende seu estabelecimento de implementar concorrência ao adquirente. A intenção do legislador é clara: preservar a clientela que o adquirente do estabelecimento conta em vir a ter, sendo certo que isso é considerado no momento em que se estabelece o valor a ser pago pelo fundo de comércio adquirido²¹⁴.

Essa preservação seria posta em risco se o vendedor pudesse, imediatamente, organizar um novo estabelecimento com as mesmas características e objeto social.

Toda a experiência acumulada no período em que exerceu a atividade como comerciante, inclusive as informações relacionadas a fornecedores e consumidores, poderia ser aplicada para concorrer com o adquirente do estabelecimento, o que atenta contra o espírito de boa-fé que deve nortear os contratantes.

Além da hipótese acima, pode-se citar também o artigo 35, inciso I, do Decreto nº 4.552/2002, que determina ser vedado aos Auditores-Fiscais do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho revelar, ainda que após o afastamento do cargo, os segredos de fabricação ou comércio e os processos de exploração de que tiveram conhecimento no exercício de suas funções²¹⁵.

Trata-se de mais uma norma que proíbe aquele que teve contato com informações de valor concorrencial pertencentes a outrem, em razão do exercício de seu trabalho, venha a torná-las públicas.

Esse é o mesmo espírito que comanda o artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial, em seus incisos IX, X e XI, já mencionados ao longo do estudo.

E a conjugação dessa última norma, com a regra do artigo 482, alíneas “c” e “g”, da CLT, no entender de Regiane Teresinha de Mello João, autoriza a celebração do pacto de não concorrência²¹⁶:

Os pactos de exclusão da concorrência após a ruptura do contrato de trabalho se caracterizam como convenção entre empregado e empregador

²¹⁴ “Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.” BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jun 2015.

²¹⁵ BRASIL. Decreto nº 4.552 de 27 de dezembro de 2002. Aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4552.htm>. Acesso em: 28 jun 2015.

²¹⁶ Op. cit., p.37.

para expandir os efeitos do art. 482, c e g, bem como se encontram em harmonia com o disposto no art. 195, IX, X e XI, da lei 9.279/96.

Portanto, o pacto de exclusão de concorrência, após o término do contrato de emprego, *a priori*, não encontra vedação legal, sendo, pelo contrário, harmônico com outras previsões existentes no ordenamento jurídico pátrio, existindo, contudo, hipóteses em que a proibição de contratação do empregado encontra óbice em lei.

É o caso, por exemplo, do trabalhador temporário, cujo impedimento à contratação definitiva pela tomadora de serviços não pode ser pactuada entre o obreiro e a empresa de trabalho temporário, sob pena de nulidade por ofensa ao que dispõe o artigo 11, parágrafo único, da Lei nº 6.019/1974²¹⁷.

Entretanto, afora os raros casos em que houver proibição legal, a celebração do pacto será válida, desde que observadas algumas condições, que serão expostas em seguida.

Antes da análise dessas condições, faz-se necessário estabelecer a relação existente entre o pacto de não concorrência e o contrato de emprego.

Oris de Oliveira, com propriedade, defende que, como as cláusulas do pacto de não concorrência tem objeto próprio, requisitos específicos, e não necessariamente o pacto precisa ser simultaneamente celebrado com o contrato de trabalho (o que será melhor analisado adiante), devendo ser objeto de um contrato específico²¹⁸.

Prossegue o renomado autor esclarecendo que, mesmo sendo celebrados dois contratos, o de não concorrer é unilateralmente dependente do contrato de trabalho. Como consequência, a nulidade do contrato de trabalho implica a nulidade do pacto de não concorrência, mas não o inverso²¹⁹.

Em assim sendo, pode-se asseverar que o pacto de não concorrência celebrado em razão de um contrato de trabalho que tenha objeto ilícito - trabalhar no jogo do bicho, por exemplo - não surtirá qualquer efeito, haja vista o vício que acomete o vínculo principal.

²¹⁷ “Parágrafo único. Será nula de pleno direito qualquer cláusula de reserva, proibindo a contratação do trabalhador pela empresa tomadora ou cliente ao fim do prazo em que tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário.” BRASIL. Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 28 jun 2015.

²¹⁸ Op. cit., p. 150.

²¹⁹ Op. cit., p. 151.

Passados por esses esclarecimentos, restam ser definidos os seguintes aspectos: i) os sujeitos que podem celebrar a cláusula de não concorrência; ii) se existe uma forma a ser observada para a celebração da avença; iii) qual o objeto do pacto; iv) quais são suas condições de validade; v) se há alguma influência da modalidade de rescisão do contrato de emprego na eficácia do pacto; vi) se há possibilidade de denúncia unilateral do pacto e de renúncia aos direitos dele advindos; vii) quais são os efeitos do inadimplemento das obrigações assumidas e, por fim, viii) quais são seus efeitos perante terceiros.

As legislações estrangeiras estudadas e as propostas legislativas cuja implementação foi tentada no Brasil, além de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais serão utilizados como fonte para dirimir tais questões.

6.1 Sujeitos que podem celebrar a cláusula de não concorrência e o momento em que o pacto pode ser avençado

Em relação aos sujeitos que podem avençar a cláusula de não concorrência, a primeira ideia que vem à mente é a que sua celebração depende da existência de um contrato de emprego que lhe seja anterior. Segundo essa ótica, o pacto necessariamente deveria ser celebrado por empregado e empregador.

Por isso, vê-se com certa tranquilidade a afirmação de Egon Felix Gottschalk de que o pacto de não concorrência tem sua origem no próprio contrato de trabalho, eis que apenas um vínculo de emprego anterior justificaria sua celebração, já que ele seria o nascedouro para os conhecimentos e segredos transmitidos para o empregado, cujo uso em prol de concorrentes quer se evitar²²⁰.

Contudo, essa compreensão não contempla a complexidade das relações de trabalho hodiernas, uma vez que é possível a celebração do pacto de não concorrência antes mesmo da celebração do contrato de emprego.

Com efeito, mesmo estando as partes em tratativas para a celebração de um contrato de emprego, não há nada que impeça que, de pronto, seja convencionada a exclusão da concorrência ao fim da relação que está prestes a nascer, não obstante

²²⁰ GOTTSCHALK, Egon Felix. A cláusula de não concorrência nos contratos individuais de trabalho. LTr, São Paulo, ano 34, nov. 1970, p. 785.

estarem ainda indefinidas as condições que regerão o contrato de emprego e que não tenha sido formalizada a admissão do empregado.

Entretanto, caso a relação de emprego não venha a se concretizar por algum motivo, as obrigações decorrentes do pacto de não concorrência se tornam inexigíveis, haja vista o trabalhador não ter chegado a ter contato com as informações sigilosas que deveriam ser protegidas.

Não por outra razão, Oris de Oliveira afirma que²²¹

nada impede que se pactue obrigação vinculada a uma condição suspensiva, (em que o contrato de trabalho compareça como fato futuro e incerto) ou a uma condição resolutiva (se o fato futuro e incerto previsto não acontecer, desaparecem as obrigações).

Da mesma maneira, é possível que a celebração ocorra quando já extinto o contrato de emprego, o que será visto com mais detalhes adiante.

Em suma: ainda que por regra os sujeitos do pacto de não concorrência sejam empregado e empregador, há exceções em que a cláusula é avençada por quem pretende se unir por uma relação de emprego, bem como por quem não está mais ligado pelo liame empregatício.

Resta verificar em qual ou em quais momentos a celebração da cláusula será possível.

Das legislações estrangeiras estudadas, apenas a portuguesa trata dessa questão, tendo sofrido, ao longo do tempo, alterações justamente em relação ao momento em que seria possível a pactuação da não concorrência.

Sob a égide do Decreto-lei nº 49.408/1969, só era admissível a celebração do pacto de não concorrência no momento da admissão do empregado, devendo necessariamente constar do contrato de trabalho.

Tal previsão foi modificada pelo Código de Trabalho de 2009, que passou a admitir a instituição da cláusula de não concorrência no momento da rescisão contratual, sendo relevante lembrar que tal alteração deve-se muito às fortes críticas que os doutrinadores portugueses tinham quanto à limitação ao momento da admissão.

Das tentativas legislativas havidas no Brasil, apenas o Projeto de Lei nº 986/2011 e o Projeto de Lei do Senado nº 16/2007 tratam da questão.

²²¹ Op. cit., p. 130.

O primeiro menciona especificamente que o pacto poderia ser celebrado no curso do contrato de trabalho, desde que houvesse alteração das atividades do empregado, a ponto de ele entrar em contato informações dignas de proteção.

Já o Projeto de Lei do Senado garante o direito de a cláusula ser celebrada a qualquer tempo, sem nenhum tipo de condição relacionada a eventuais mudanças de tarefas do empregado no curso do contrato de trabalho.

Estevão Mallet sustenta que a celebração do pacto, no momento da admissão do empregado, não costuma suscitar muita dificuldade, sendo acompanhado por Regiane Teresinha de Mello João e Célio Pereira Oliveira Neto²²².

Os dois últimos autores²²³ fazem referência à Orientação Jurisprudencial nº 160 da Seção Especializada em Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho²²⁴ para consignar que não se pode admitir a presunção de que houve vício de vontade do empregado ao aceitar as condições propostas no momento de sua admissão, sendo, portanto, necessária a demonstração de sua ocorrência.

Parece-nos acertado seu ponto de vista. Não é razoável simplesmente presumir que o trabalhador teve sua vontade viciada, cabendo-lhe, em hipótese de alegação neste sentido, o ônus de demonstrar suas assertivas.

Os Tribunais do Trabalho no Brasil têm precedentes nesse mesmo sentido, como pode ser constatado, a título exemplificativo, no aresto transcrito:

CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. - Sem prova de que tenha havido vício de vontade na celebração do contrato de trabalho, de se reputar válida cláusula de não-concorrência livremente estipulada pelas partes, quando da contratação da obreira. Recurso ordinário conhecido, mas não provido. (TRT-7 - Recurso Ordinário: RO 1460000420095070011 - Relator(a): MANOEL ARÍZIO EDUARDO DE CASTRO - Julgamento: 06/09/2010 - Órgão Julgador: TURMA 2 - Publicação: 01/10/2010 DEJT - Parte(s):- GILVANEILA COSTA LIMA SILVA e TNL CONTAX S.A.)²²⁵

²²² MALLETT, Estevão. Op. cit., p. 136; JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Op. cit., p. 45-46; NETO, Célio Pereira Oliveira. Op. cit., p. 143-144.

²²³ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Op. cit., p. 45-46; NETO, Célio Pereira Oliveira. Op. cit., p. 143-144.

²²⁴ "160. DESCONTOS SALARIAIS. AUTORIZAÇÃO NO ATO DA ADMISSÃO. VALIDADE (inserida em 26.03.1999)

É inválida a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade." BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 160 da SDI-I do TST. Disponível em: <

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_141.htm#TEMA160>. Acesso 11 jul 2015.

²²⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Recurso Ordinário nº 1460000420095070011, da 2ª Turma Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Relator

O mesmo raciocínio se aplica aos contratos de experiência, porquanto, se desde a admissão os empregados tiverem contato com informações que possuam valor concorrencial digno de proteção, não haveria lógica em excluir os que estão em período de experiência da aplicação do instituto.

Já a possibilidade de que o acordo seja celebrado no curso da relação de emprego desperta maiores controvérsias.

Ainda que a proposta apresentada pelo Projeto de Lei do Senado nº 16/2007 seja justamente nesse sentido, não parece ser a mais recomendável.

Em primeiro lugar, quando a relação de trabalho já se encontra em curso, verifica-se a posição de maior fragilidade do empregado em relação ao empregador.

Justamente por isso o preceito do artigo 468 da CLT²²⁶ determina que as alterações contratuais só serão lícitas se não forem, direta ou indiretamente, prejudiciais ao empregado e se contarem com sua anuência.

Na hipótese em análise, se o empregado desempenha as mesmas atividades desde o início do contrato de emprego, sem que lhe tenha sido proposto a pactuação de não concorrer, isso significa que o empregador reputava desnecessária tal cautela.

A alteração das regras contratuais, com a assunção do impedimento por parte do empregado, sem que houvesse qualquer outra alteração nas condições de trabalho, significaria uma condição mais gravosa do que aquela experimentada inicialmente, o que torna desaconselhável a medida.

Contudo, caso o empregado viesse a ser promovido no curso da relação de emprego e, em razão dessa promoção, passasse a ter contato com rotinas e informações concorrencialmente relevantes e dignas de proteção, haveria razão para a celebração da cláusula de não concorrência²²⁷.

Desembargador Manoel Arízio Eduardo de Castro. Processo Julgado no dia 06.09.2010, publicado no DEJT no dia 01.10.2010. Disponível em: < <http://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17644601/recurso-ordinario-ro-1460000420095070011-ce-0146000-0420095070011> >, acesso no dia 11 jul 2015.

²²⁶ “Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.” BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm >. Acesso em: 28 jun 2015

²²⁷ Cf. MALLETT, Estevão. Op. cit., p. 136.

E justamente nesse sentido houve estipulação no Projeto de Lei nº 968/2011, o que reforça o posicionamento aqui defendido.

A despeito dessas ponderações, o Judiciário Trabalhista vinha adotando entendimento diametralmente oposto, quando se deparava com tal tipo de controvérsia:

TRT-PR-17-08-2010 I - CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA - PACTUAÇÃO APÓS O INÍCIO DO CONTRATO DE TRABALHO - VALIDADE CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA - PACTUAÇÃO APÓS O INÍCIO DO CONTRATO DE TRABALHO - VALIDADE - A estipulação de cláusula de sigilo, confidencialidade e não-concorrência, durante o curso do contrato de trabalho, não se traduz em alteração ilícita e unilateral. Isto porque o art. 482, nas alíneas c e g, da CLT, prevê que constituem motivos para a ruptura contratual por justa causa a prática de concorrência e a violação de segredo da empresa. Destarte, tem-se que tais deveres estão ínsitos no próprio contrato de trabalho, sobretudo diante do princípio da boa-fé, que deve nortear a relação de trabalho. Portanto, é plenamente válida a estipulação de cláusula de não-concorrência mesmo após o início da vigência do contrato de trabalho, não havendo afronta ao art. 468 da CLT. (TRT-9 - Recurso Ordinário : RO 1815420092908 - Relator(a): EDMILSON ANTONIO DE LIMA - Julgamento:06/09/2010 - Órgão Julgador: TURMA 1 - Publicação: 17/08/2010)²²⁸

Entretanto, recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho se alinhou com o raciocínio ora exposto, e declarou a nulidade de cláusula de não concorrência celebrada no curso da relação de emprego, sem que houvesse alteração das atividades do empregado para justificá-la:

TERMO DE CONFIDENCIALIDADE E NÃO CONCORRÊNCIA. NULIDADE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE TRABALHO. CONDIÇÃO POTESTATIVA. ASSINATURA APENAS DO TRABALHADOR. 1. Hipótese em que consignado pelo TRT que - as partes pactuaram cláusulas especiais mediante Termo de Confidencialidade e Não Concorrência (fls.47/50) dois meses após a admissão do réu, na forma de adendo, tendo a relação empregatícia vigorado de 21 de agosto de 2006 a 27 de abril de 2010, ou seja, o Termo foi ajustado ainda no início da vigência contratual, sendo certo que nenhum vício de consentimento restou comprovado pelo recorrente, a fim de infirmar a validade do pacto -. 2. A teor do art. 444 da CLT, as relações contratuais podem ser objeto de livre estipulação entre as partes, desde que observadas as disposições de proteção ao trabalho, as normas coletivas aplicáveis e as decisões das autoridades competentes. 3. Por sua vez, prescreve o art. 468 da CLT que, - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições, por mútuo consentimento, e, ainda assim, desse que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia -. 4. No caso, o TRT concluiu pela validade da

²²⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 1815420092908, da 1ª Turma Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Relator Desembargador Edmilson Antonio de Lima. Processo publicado no DEJT no dia 17.08.2010. Disponível em: < <http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18894668/1815420092908-pr-18154-2009-2-9-0-8-trt-9> >, acesso no dia 12 jul 2015.

alteração do contrato de trabalho, haja vista que não restou comprovado o vício de consentimento, tampouco caracterizado prejuízo, de modo a invalidar a avença. 5. Todavia, a estipulação de cláusula de confidencialidade e não concorrência, a par de cingir-se à esfera dos interesses meramente privados, somente pode ser reputada válida mediante juízo de ponderação, ante a colisão de direitos fundamentais tais como o livre exercício de trabalho ou profissão, a proteção da propriedade privada e o primado da livre iniciativa, dentre outros princípios. [...] 8. É incontroverso, no caso, que em 21.8.2006, o reclamante foi contratado para desempenhar a função de Diretor de Tecnologia e Serviços da Autora, e que, nessa qualidade, exerceu atividades que o TRT entende justificar a celebração do Termo de Confidencialidade. Registrado, por sua vez, que somente após o interstício de dois meses, ou seja, com o contrato já em curso, foi celebrado aditivo ao contrato de trabalho, em que avençada referida - quarentena -. Não há, por sua vez, notícia acerca de qualquer alteração nas condições de trabalho do réu, pela qual se tenha agregado alguma vantagem ao trabalhador. [...] Desse modo, consabido que a cláusula de confidencialidade e não concorrência não estava definida no momento da contratação, como uma condição para a admissão do réu no cargo de Diretor de Tecnologia, conclui-se pela alteração prejudicial das condições de trabalho, pela submissão do réu aos termos do pacto. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 19482820105020007, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 21/05/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/05/2014)²²⁹

Portanto, é recomendável que a celebração do pacto de não concorrência com o contrato de trabalho já em curso seja justificada pela efetiva alteração de atividades do trabalhador.

A celebração da cláusula de não concorrência no momento da ruptura contratual, por seu turno, não enseja maiores controvérsias, sendo visto como o mais propício para tanto, uma vez que, estando o empregado livre das obrigações assumidas em decorrência do contrato de trabalho, tem maior margem de manobra para a fixação, em seu favor, das condições que regularão o impedimento²³⁰, sendo que os Tribunais do Trabalho no Brasil vêm assim entendendo:

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. PACTUAÇÃO APÓS A RESILIÇÃO CONTRATUAL. VALIDADE. A pactuação de cláusula prevendo a não concorrência após a extinção do contrato de trabalho não ofende o princípio do livre acesso ao trabalho previsto no inciso XIII do artigo 5º constitucional, porque inexistente direito absoluto. Ao lado do direito de o trabalhador dispor de sua força de trabalho como bem entender, o empregador tem o direito de resguardar sua propriedade, os seus produtos, os seus inventos. Entretanto, para que não se torne 'condição leonina', vale dizer, a sua implementação não ser concentrada na vontade e poder de uma só das partes, ela deve corresponder à integral recomposição da subsistência profissional, diante dessa paralisação forçada. Se assim não é,

²²⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 19482820105020007, da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Processo Julgado no dia 21.05.2014, publicado no DEJT no dia 30.05.2014. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121527336/recurso-de-revista-rr-19482820105020007> >, acesso no dia 18 jul. 2015.

²³⁰ Cf. JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Op. cit., p. 46-47.

não se pode exigir a completa observância. Além disso, a instalação de uma empresa própria no término da quarentena imposta, aliado ao fato do que comumente acontece e do que se entende por potencialidade de mercado jamais poderá traduzir em concorrente de uma multinacional. (TRT-15 - RO: 18814 SP 018814/2010, Relator: MARIA CECÍLIA FERNANDES ALVARES LEITE, Data de Publicação: 09/04/2010)²³¹

Também é possível que a cláusula de não concorrência venha a ser pactuada após a rescisão contratual, ou, ainda, que decorra de conciliação judicial, oportunidade em que as partes contarão com um mediador, o Juiz do Trabalho, que poderá avaliar o equilíbrio das cláusulas que compõem o pacto, podendo se recusar a homologar a avença, caso vislumbre a existência de ônus excessivo para qualquer uma das partes.

Portanto, não é o momento da celebração do pacto que vai determinar sua validade ou não, sendo recomendável, contudo, que a celebração no curso da relação de emprego decorra da alteração das atividades do empregado, que o coloque, a partir daquele momento, em contato com informações que possuam valor concorrencial.

6.2 A forma que deve ser observada para a celebração do pacto

Na legislação alienígena estudada, excetuado apenas o regramento espanhol, a tônica é a que a cláusula de não concorrência seja celebrada por escrito, sob pena de nulidade.

Nas tentativas legislativas havidas no Brasil, o mesmo espírito se repete, com exceção do Projeto de Lei do Senado nº 16/2007.

Considerando-se as peculiaridades envolvidas, bem como o fato de se tratar de um regime de exceção, a celebração do pacto de não concorrência por escrito é mais do que recomendável.

Contudo, ante a inexistência de legislação específica regulamentando a matéria, faz-se necessário observar os regramentos gerais que dispõem sobre a celebração dos contratos.

²³¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 00842-2003-085-15-00-0. Relatora Desembargadora Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. Recorrente: Carlos Alberto Oliva. Recorrido: Arch Química Brasil Ltda. Processo publicado no DEJT no dia 09.04.2010. Disponível em: < <http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18942572/recurso-ordinario-ro-18814-sp-018814-2010/inteiro-teor-104205378> >, acesso no dia 12 jul 2015.

A regra do artigo 107 do Código Civil é de que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”²³².

Já o artigo 166, inciso V, do mesmo diploma legal, disciplina que o negócio jurídico será nulo quando abdicar de alguma formalidade imposta em lei²³³.

No caso dos contratos de trabalho, a celebração por escrito não é exigível, de acordo com o que preceitua o *caput* do artigo 442da CLT²³⁴.

Por essas razões, Oris de Oliveira concluiu que “não havendo no direito brasileiro disciplina heterônoma sobre a matéria, a rescisão ou nulidade não ocorrerá em razão da forma”²³⁵.

As ponderações acima se aplicam à celebração individual da cláusula de não concorrência, porém o mesmo não vale para regras eventualmente fixadas em convenções ou acordos coletivos de trabalho.

Nesses casos, elas deverão ser estipuladas por escrito, por força do artigo 613, parágrafo único, da CLT²³⁶.

6.3 Delimitação de objeto

Como visto anteriormente, a cláusula de não concorrência não pode significar o impedimento ao exercício de todo e qualquer tipo de trabalho.

Buscando socorro na legislação estrangeira estudada, lembramos que, no regramento português, a limitação estará adstrita a atividades que potencialmente possam causar prejuízo ao empregador.

²³² BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

²³³ Idem.

²³⁴“Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.” BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 jun 2015.

²³⁵ OLIVEIRA, Oris. Op. cit., p. 153.

²³⁶ “Parágrafo único. As convenções e os Acordos serão celebrados por escrito, sem emendas nem rasuras, em tantas vias quantos forem os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes, além de uma destinada a registro.” BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 jun 2015.

Para os espanhóis, há necessidade de se demonstrar efetivo interesse industrial ou comercial a ser protegido com a restrição ao trabalho imposta ao empregado.

Na Itália, há expressa previsão de que se delimite o objeto do impedimento, impondo-se a indicação precisa das atividades laborativas que o empregado estará impossibilitado de desempenhar.

Para os belgas, a limitação deve se restringir às atividades similares às que eram desempenhadas no curso da relação de emprego, de forma a que não seja inviabilizado o desempenho de qualquer atividade laborativa.

No Brasil, os projetos legislativos tiveram o mesmo cuidado.

No anteprojeto de Evaristo de Mares Filho determinava-se que a restrição ao trabalho estava limitada a funções iguais ou análogas às exercidas anteriormente.

No anteprojeto da CLT de 1979, o impedimento estava relacionado às mesmas funções exercidas anteriormente.

O Projeto de Lei nº 968/2011 permite expressamente que o empregado trabalhe em atividade e ramo econômicos distintos daqueles que ensejaram o compromisso de não concorrer.

O artigo 3º do Projeto de Lei do Senado nº 16/2007 exige a delimitação precisa dos segredos e informações que serão objeto de proteção.

Em suma: nenhum dos diplomas legais estudados cogita a hipótese de impedimento total e irrestrito para o trabalho.

A possibilidade de exercer alguma atividade laborativa também é vista pelos doutrinadores como essencial à validade da cláusula de não concorrência.

Segundo Alice Monteiro de Barros:²³⁷:

A inserção da cláusula deverá permitir ao empregado a possibilidade de exercer a atividade que lhe é própria, considerando sua experiência e formação, desde que junto a estabelecimentos empresariais insuscetíveis de ocasionar concorrência danosa ao ex-empregador.

De forma ainda mais explícita, Oris de Oliveira expõe que²³⁸:

O promitente [empregado] não pode ser concretamente colocado em condições tais que não possa exercer sua atividade profissional em conformidade com sua formação, seus conhecimentos e sua experiência profissional. Por mais justa que seja a pretensão do estipulante

²³⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 259.

²³⁸ OLIVEIRA, Oris. Op. cit., p. 170.

[empregador] em preservar o 'valor' concorrencial de seus negócios, os valores se hierarquizam e há supremacia do 'valor' do direito de sobrevivência do promitente, de sua dignidade, de seu direito e dever de trabalhar.

Entender-se de forma distinta, ou seja, que é possível exigir do empregado que se abstenha de desempenhar qualquer trabalho, mesmo que não tenha nenhum risco potencial de concorrência ao antigo empregador, significa a verdadeira negação da liberdade de trabalho insculpida no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal.

Assim, resta analisar qual a maneira mais efetiva e justa para definir qual tipo de atividades o trabalhador estará impedido de exercer.

O primeiro critério a ser utilizado é o da necessidade: a restrição ao trabalho deve-se demonstrar efetivamente necessária, consoante o que foi estudado no capítulo 3.

Em segundo lugar, deve-se ponderar se existe possibilidade de o empregado produzir concorrência aos interesses do antigo empregador em um ramo de atividade econômica distinta daquela em que a empresa atua.

Normalmente, os efeitos da concorrência serão sentidos no mesmo ramo de atividade econômica, entretanto essa não é uma regra absoluta.

Para empresas integrantes de grandes conglomerados empresariais, o risco de concorrência do ex-empregado, mesmo trabalhando em outra atividade econômica, tende a ocorrer com maior facilidade.

Se, por exemplo, o empregado laborava em um banco, que faz parte de um grupo econômico em que existe uma seguradora, é razoável que ele seja impedido de vir a trabalhar em outras seguradoras, uma vez que muitas estratégias negociais envolvem mais de uma, ou mesmo todas, as empresas integrantes de um grupo econômico.

É possível, portanto, que o impedimento ao trabalho alcance não só atividades no mesmo ramo econômico explorado pelo empregador, mas também outros em que ele tenha interesse direto, ou seja, em cujo segmento econômico seus interesses estejam inseridos de alguma forma.

Outra questão que suscita dúvida é a necessidade de o pacto de não concorrência especificar, uma a uma, as atividades que o empregado está proibido de exercer, seguindo o exemplo do Projeto de Lei nº 986/2011.

Em razão das constantes alterações das rotinas de trabalho, decorrentes especialmente da evolução tecnológica, essa exigência não parece razoável.

Mais razoável e justa é a delimitação das informações e segredos que serão objeto de proteção, exatamente como o fez o PLS nº 16/2007.

Entretanto, há que se indagar: e se a atividade profissional do empregado é justamente criar novos métodos ou inventos, ou seja, o empregado é trabalhador inovador?

Nesse caso, ele tem um valor concorrencial próprio, já que é seu próprio cabedal de conhecimentos que é aproveitado em favor de cada um dos seus empregadores.

Por essa razão, Elaine Ribeiro do Prado defende que o pacto de não concorrência envolvendo esse tipo de empregado deve trazer de forma explícita o objeto do impedimento, identificado por algo que já integre o patrimônio do empregador, sob pena de impedir, de forma desarrazoada, que o empregado desenvolva e amplie seus conhecimentos.²³⁹

Visando estabelecer parâmetros para a fixação dos limites do pacto de não concorrência nessa hipótese, a autora propõe que, se o empregado foi contratado justamente para desenvolver determinados conhecimentos, dados e informações confidenciais em favor de seu empregador, será legítima a proibição de sua utilização após a rescisão do contrato de emprego, o que também valerá para a hipótese do desenvolvimento criativo de forma incidental, desde que tenham sido utilizados recursos do empregador²⁴⁰, o que se afigura bastante razoável.

6.4 Delimitação geográfica dos efeitos da cláusula de não concorrência

Dos diplomas estrangeiros estudados, apenas o italiano e o belga dispõem sobre a necessidade de a cláusula de não concorrência contar com limitação geográfica para os seus efeitos.

A legislação belga, em especial, dispõe que a cláusula não poderá ultrapassar os limites das fronteiras daquele país, independentemente da área de atuação do

²³⁹ PRADO Elaine Ribeiro do. Aplicação do pacto de não concorrência ao trabalho inovador. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, n. 101, jul./ago. 2009, p. 25.

²⁴⁰ Idem, p. 26.

empregado, o que só pode ser relativizado mediante acordo celebrado no Conselho Nacional de Trabalho, ou seja, pela adoção de um procedimento extraordinário e complexo.

No Brasil, tanto o anteprojeto de Evaristo de Moraes Filho, quanto o trabalho capitaneado por Arnaldo Sússekind previam a necessidade de limitação geográfica para a eficácia da cláusula. No mesmo sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 16/2007.

A despeito das referências legislativas, a questão é mais complexa do que aparenta à primeira vista.

Tratando-se de atividade econômica que, por sua própria natureza, tenha uma limitação geográfica clara, não há muita indagação quanto à necessidade de o pacto ser limitado à mesma região.

Valendo-se de exemplo dado por Estevão Mallet, seria a hipótese de o segredo a ser preservado estar relacionado ao número de passageiros transportado em linhas municipais de ônibus²⁴¹.

Nesse caso, não existiria nenhuma razoabilidade em impedir o empregado de trabalhar em outros Municípios ou Estados da Federação, uma vez que a informação de que dispõe não será útil para nenhum concorrente direto de seu antigo empregador.

O mesmo raciocínio não pode ser aplicado se o mercado em que o empregador estiver inserido tiver um alcance maior.

Na atual conjuntura de globalização econômica, é absolutamente comum que determinada atividade empresarial seja explorada em diversos países, tendo um verdadeiro aspecto global.

Em situações como essa, a limitação da eficácia da cláusula de não concorrência ao local em que o empregado trabalhava ou mesmo ao seu país de origem (a exemplo da legislação belga) pode ser insuficiente para conter o risco da concorrência indevida.

Não por outra razão, Oris de Oliveira afirma que “a limitação espacial, em certos casos mostra-se completamente ineficiente e inócua”²⁴².

²⁴¹ Op. cit., p. 129.

²⁴² Op. cit., p. 141.

Por isso, não há como se dispor de uma regra geral para a fixação da limitação geográfica dos efeitos da cláusula de não concorrência, que não seja, ao menos, a área de atuação do empregador.

Se, por um lado, a limitação espacial não pode ser desprezada por completo, especialmente nos casos em que a restrição pode e deve ser feita levando em conta um pequeno raio de ação; por outro, a limitação não poderá ignorar a área de atuação ou influência geográfica do antigo empregador, ainda que ultrapasse as barreiras do país em que se deu a prestação de serviços.

Por essa razão, a definição dos limites geográficos em que a restrição deverá vigorar acabará sendo casuística, levando em conta a efetiva necessidade de restrição em determinado lugar, considerada a atividade econômica desenvolvida pelo empregador.

6.5 Delimitação temporal dos efeitos da cláusula de não concorrência

Da mesma maneira que não se pode admitir a celebração de pacto de não concorrência que implique a completa impossibilidade de trabalhar, tampouco é possível consentir que o impedimento tenha duração ilimitada.

Com base nessa premissa, todos os textos legais estudados impõem alguma limitação temporal para a eficácia da cláusula de não concorrência.

Mesmo em ordenamentos em que não há previsão expressa da duração máxima do impedimento, isso não significa que tal limite não é exigível, apenas que o legislador entendeu preferível deixá-lo para ser convencionado pelas partes contratantes²⁴³.

E as razões para isso são diversas.

Como visto, a limitação do direito de o trabalhador escolher como e de que forma trabalhará decorre do conflito com o direito de seu empregador se ver resguardado da concorrência desleal.

Sendo necessária a composição dos interesses conflitantes, em nenhuma hipótese podem ser perdidas de vista a razoabilidade e a proporcionalidade das restrições impostas a cada uma das partes.

²⁴³ Oliveira, Oris de. Op. cit., p. 140.

Verifica-se não ser razoável, tampouco proporcional, exigir que o trabalhador nunca mais volte a laborar nos ramos de atividade em que o pacto de não concorrência prever impedimento.

Permitir isso significaria não uma justa solução para um conflito de interesses, mas sim o abuso de direito de uma das partes, o ex-empregador, em detrimento da outra, o ex-empregado.

Some-se a isso que o decurso do tempo faz com que as informações a que empregado teve acesso durante a relação de emprego tenham sua importância diminuída ou mesmo passem a não ter qualquer importância.

Qual o propósito em se guardar segredo sobre as técnicas utilizadas para a produção de telefones de disco nos dias atuais?

Se o produto nem mesmo continua a ser produzido, qual a razão para que um trabalhador que tenha laborado em favor de um fabricante desse tipo de aparelho seja impedido de voltar a trabalhar no ramo de fabricação de telefones fixos, com sistema digital?

Não há justificativa para um impedimento que perdure eternamente, o que faz com que os Tribunais do Trabalho venham decidindo pela nulidade das cláusulas de não concorrência que não disponham sobre a limitação temporal de sua eficácia:

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 partes 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 e cria óbice à sua nova colocação. (TRT-15 - RO: 27957 SP 027957/2003, Relator: ELENCY PEREIRA NEVES, Data de Publicação: 19/09/2003)²⁴⁴

Resta, portanto, verificar a medida em que os prazos de impedimento devem ser fixados, ou mesmo se a solução mais adequada é a de fixação legal de tais prazos.

Oris de Oliveira defende que a fixação de prazos pelo legislador, ainda que seja mais cômoda para o julgador, não é a solução mais adequada. Para exemplificar sua linha de raciocínio, afirma que, em setores em que os processos de

²⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 01533-2001-093-15-00-0. Relatora Desembargadora Elency Pereira Neves. Processo publicado no DEJT no dia 19.09.2003. Disponível em: < <http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19107328/recurso-ordinario-ro-27957-sp-027957-2003> >, acesso no dia 12 jul 2015.

produção se tornam obsoletos com muita velocidade, a fixação de um prazo de dois anos para o impedimento poderia ser excessiva. Já em empreendimentos de implantação lenta, o mesmo prazo poderia se mostrar insuficiente²⁴⁵.

Por isso, o autor defende que a fixação do limite temporal deve ser deixada a cargo dos contratantes.

Ousamos discordar dessa posição.

Ainda que não seja possível ao legislador fixar parâmetros que possam atender precisamente as necessidades de cada caso concreto, alguns patamares mínimos podem e devem ser fixados pela via legislativa.

Seguir a linha de raciocínio de Oris de Oliveira significaria também dizer que o prazo do aviso prévio deveria ser negociado caso a caso, uma vez que alguns empregados, quando dispensados, conseguem se recolocar mais rapidamente do que outros.

Colocado nestes termos, vê-se que as peculiaridades de cada caso não podem impedir que parâmetros mínimos sejam determinados pelo legislador, até mesmo para que seja conferida segurança jurídica aos contratantes.

Contudo, no caso do Brasil, como não há regramento cuidando da matéria, a discussão não ganha maior relevância.

A despeito disso, a legislação estrangeira e as tentativas pátrias de legislar sobre o tema podem ajudar na fixação de parâmetros razoáveis a serem observados por aqueles que desejarem celebrar o pacto de não concorrência.

De acordo com Célio Pereira Oliveira Neto²⁴⁶, há basicamente três lapsos de tempo defendidos pela doutrina pátria: cinco anos, por aplicação analógica do artigo 1.147 do Código Civil; dois anos, por aplicação analógica do *caput* do artigo 445 da CLT²⁴⁷ e doze meses.

O período de cinco anos se mostra excessivo, uma vez que o impedimento por tanto tempo pode afastar por completo o trabalhador do mercado de trabalho em que estava inserido.

O período de doze meses, por outro lado, tende a ser muito exíguo para a maior parte dos casos em que se visa obstar a concorrência do trabalhador.

²⁴⁵ Op. cit., p. 140.

²⁴⁶ Op. cit., p. 149.

²⁴⁷ “Art. 445 - O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451.” BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 jun 2015.

Portanto, a fixação do período de dois anos como o prazo máximo de duração da quarentena é o que se mostra mais razoável, valendo registrar que esse é prazo consignado no anteprojeto de CLT de 1979, no Projeto de Lei nº 986/2011 e no Projeto de Lei do Senado nº 16/2007.

Entretanto, é importante destacar que a adoção desse prazo não se dá por aplicação analógica do preceito do artigo 445 da CLT, considerando-se que seu texto não guarda qualquer pertinência com a hipótese em estudo.

Trata-se apenas de lapso temporal razoável, que tem precedente também na legislação estrangeira (Portugal e Espanha).

Outra indagação que se faz é se, necessariamente, o início da vigência da cláusula deve coincidir com o término do contrato de trabalho.

Como a quarentena é um instrumento a ser utilizado em favor do antigo empregador, não se verifica nenhum óbice a que ela seja iniciada algum tempo após o término contratual se, por alguma razão mercadológica, a informação que merece proteção não tenha o condão de apresentar risco de concorrência em momento anterior.

Da mesma forma, também são lançados questionamentos sobre a possibilidade de prorrogação do compromisso.

Tampouco vislumbra-se impedimento nesse sentido, desde que se respeite o prazo máximo de dois anos e que a prorrogação seja negociada pelas partes.

O que não se pode referendar é que a prorrogação decorra da vontade apenas do antigo empregador, dispensando a anuência do trabalhador.

6.6 Onerosidade

Nesse ponto, prevalece o entendimento de que o pacto de não concorrência só será válido se for oneroso para o antigo empregador.

Entretanto, o pagamento em favor do ex-empregado nem sempre foi visto como requisito de validade para a exigência de quarentena.

Oris de Oliveira informa que um longo caminho foi percorrido até que se chegasse à conclusão de ser necessário o pagamento de uma contraprestação pelo impedimento imposto ao trabalhador, tendo havido um tempo em que lojas de Paris e Berlim inseriam no contrato de trabalho de seus empregados cláusula proibindo

que viessem a trabalhar para a concorrência no futuro, sem que houvesse qualquer pagamento por isso²⁴⁸.

Hoje, a questão é vista com outros olhos em quase todos os lugares. Tanto as legislações alienígenas analisadas, quanto os projetos legislativos nacionais estudados trazem determinação de pagamento em favor do empregado como condição para o impedimento exigido, ressalvado o PLS nº 16/2007, que autoriza a restrição imposta de forma gratuita em relação à possibilidade de o antigo empregado constituir uma pessoa jurídica para explorar o ramo de atividade interdito.

Da mesma forma, os doutrinadores pátrios defendem que a onerosidade é condição *sine qua non* de validade da cláusula de não concorrência²⁴⁹.

O compromisso de não implementar concorrência ao antigo empregador, pela supressão do direito de escolher livremente onde e em que trabalhar, deve ser equilibrado com uma contraprestação que se afigure, minimamente, proporcional.

Imaginar saída diversa, significaria permitir que o conflito de interesses e direitos seja resolvido de maneira em que um dos contratantes se obrigue a uma prestação desproporcional àquela que corresponde à outra parte.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 157, define a hipótese sob exame como um defeito do negócio jurídico – lesão – apto a ensejar a anulação da avença²⁵⁰.

Some-se a isso que a liberdade de contratar encontra limite na função social do contrato, de acordo com o artigo 421 do Código Civil²⁵¹, e tal limite seria completamente desprezado se fosse admitida a pactuação de não concorrência de forma gratuita.

²⁴⁸ OLIVEIRA, Óris de. Op. cit., p. 144.

²⁴⁹ A título de exemplo pode-se citar MALLETT, Estevão. Op. cit., p. 132-133. SANTOS, João Batista dos; SILVA, Juary C. Cláusulas restritivas à liberdade de trabalho. Revista Ltr, São Paulo, v. 41, jan 1977, p. 594. OLIVEIRA, Óris de. Op. cit., p. 144.

²⁵⁰ “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.” BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

²⁵¹ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

Não se pode perder de vista que, no caso em análise, a onerosidade da avença objetiva manter a subsistência do trabalhador durante o período em que perdurar a restrição ao trabalho.

A possibilidade de o ex-empregado se ver impedido de realizar qualquer tipo de trabalho que lhe aprouver, sem que haja uma garantia de que sua subsistência não será afetada, só poderia existir em um ordenamento jurídico em que a propriedade privada se sobrepusesse ao valor social do trabalho, sendo certo que a Constituição Federal de 1988 estabelece suas diretrizes em sentido diametralmente oposto, especialmente em seu artigo 170.

E é com esse espírito que as decisões judiciais vêm sendo proferidas no Brasil, reconhecendo que o pacto de não concorrência deve prever o pagamento de uma retribuição financeira ao empregado, sob pena de nulidade. A título exemplificativo, cita-se a ementa abaixo:

CLÁUSULA CONTRATUAL DE NAO-CONCORRÊNCIA SEM RETRIBUIÇÃO.NULIDADE QUE SE DECLARA. Em princípio, a cláusula de não-concorrência pode ser avençada pelas partes, exceto quando a restrição envolver verdadeira vedação a novo emprego por período indeterminado ou por termo certo, sem qualquer retribuição econômica, diante do caráter oneroso e sinalagmático do contrato de trabalho que sempre exige reciprocidade das partes. Os efeitos do contrato não podem se estender além da sua extinção, como mera restrição ao direito ao emprego. O direito ao trabalho é o da própria vida, como a forma mais honesta de sobrevivência. Não foi sem razão que a liberdade de trabalhar, "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", foi elevada entre os direitos e garantias fundamentais, como se deduz do inciso XIII, do artigo 5º, da CFR. Inteligência dos artigos 3º, 9º e 444 da CLT combinado com o artigo 5º, XIII da CFR. (TRT-2 - RO: 1186200735102005 SP 01186-2007-351-02-00-5, Relator: JOSÉ CARLOS FOGAÇA, Data de Julgamento: 19/06/2008, 7ª TURMA, Data de Publicação: 04/07/2008)²⁵²

Vista a necessidade de pagamento de uma contraprestação financeira, é importante entender qual é a sua natureza jurídica, se salarial ou indenizatória.

Amauri Mascaro do Nascimento distingue salário de indenização, esclarecendo que²⁵³

A diferença entre indenização e salário se faz a partir da causa: na indenização, o dano; no salário, o trabalho prestado, a disponibilidade ao

²⁵² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1186200735102005, da 7ª Turma Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Relator Desembargador José Carlos Fogaça. Processo Julgado no dia 19.06.2008, publicado no DEJT no dia 04.07.2008. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15811916/recurso-ordinario-ro-1186200735102005-sp-01186-2007-351-02-00-5> >, acesso no dia 17.jul 2015.

²⁵³ Nascimento, Amauri Mascaro. Teoria Jurídica do Salário. São Paulo: LTr, 2005, p.77.

empregador ou as interrupções do trabalho nas quais a remuneração é devida.

O salário não é pago porque o trabalhador sofre um dano. É devido mesmo sem qualquer dano. A indenização não se destina a retribuir trabalho prestado, a disponibilidade ao empregador ou as interrupções do trabalho. [...]

Distinguem-se salário e indenização também segundo a finalidade dos dois institutos. A indenização visa à recomposição de um patrimônio ou de um bem jurídico. O salário não tem a finalidade de recompor patrimônio. O seu fim é pagar o trabalhador como sujeito do contrato de trabalho, acrescentando um bem econômico ao seu patrimônio, no sentido de entendimento de algumas das suas necessidades vitais.

Para G. H. Carmelynck, a verba paga em contrapartida à interdição ao trabalho tem natureza jurídica de salário, da mesma forma que a indenização do aviso prévio²⁵⁴.

Tal definição não se mostra acertada, na medida em que, ao contrário do que ocorre com o aviso prévio, não se trata de uma indenização substitutiva (aviso prévio indenizado) a uma verba de natureza salarial (aviso prévio trabalhado).

No caso do aviso prévio, o trabalhador pode receber a verba como contraprestação ao trabalho durante esse período, ou pode ser dispensado de cumpri-lo e ser indenizado pelos valores correspondentes.

No pagamento feito em razão da cláusula de não concorrência, não há a possibilidade de o pagamento decorrer de uma prestação positiva do empregado, eis que sua razão de ser reside justamente na abstenção que se requer do laborista.

De acordo com Regiane Teresinha de Mello João, vários autores defendem que a verba teria natureza salarial, visando remunerar tempo à disposição do empregador²⁵⁵.

Tampouco se vê correta a definição em questão, uma vez que, tendo sido rescindido o contrato de trabalho, o ex-empregado não está mais subordinado ao antigo empregador, sendo certo que não permanece à sua disposição aguardando ordens a serem cumpridas.

Mais uma vez há que se recordar que o pagamento tem como contrapartida uma abstenção do ex-empregado. Ele não autoriza que o antigo empregador exija qualquer coisa diferente dessa abstenção.

Se tal exigência não é possível, o trabalhador não estará aguardando algum tipo de comando do seu antigo empregador e, portanto, não estará à sua disposição.

²⁵⁴ CARMELYNK, G.H. *Contrat de Travail*. Paris: *Traité de Droit de Travail*, Dalloz, 1968, n. 11, p. 213.

²⁵⁵ Op. cit., p.60.

Sendo afastadas as tentativas de atribuir natureza salarial ao pagamento, resta-lhe a natureza de indenização.

Oliveira Vianna atribui caráter indenizatório ao referido pagamento, asseverando que a interdição importa uma lesão ao patrimônio do empregado, que impõe ser reparada²⁵⁶.

Estevão Mallet²⁵⁷ e Sérgio Pinto Martins²⁵⁸ também adotam esse entendimento. Contudo, nenhum dos autores analisa de forma mais aprofundada qual seria, exatamente, o dano indenizado, sendo certo que tal questão merece uma reflexão.

No caso, o dano experimentado pelo trabalhador é potencial, consubstanciado em não ter a possibilidade de se candidatar ou se tornar disponível ao exercício de determinada oportunidade de trabalho.

Diz-se potencial porque não é possível assegurar que, não fosse a interdição pactuada, o obreiro lograria êxito em conseguir o trabalho.

Sendo assim, o que se indeniza é uma perspectiva de deixar de trabalhar, ou, mais precisamente, uma oportunidade de conseguir determinado trabalho.

Por essa razão, a indenização devida ao empregado pela interdição decorrente da cláusula de não concorrência tem por objetivo compensar a perda de uma chance.

De acordo com Sérgio Savi²⁵⁹:

O termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, probabilidade de obter lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo chance seria, em nosso sentir, oportunidade. Contudo, por estar consagrada tanto na doutrina, como na jurisprudência, utilizaremos a expressão perda de uma chance, não obstante entendemos mais técnico e condizente com o nosso idioma a expressão perda de uma oportunidade.

Por essa razão, Sérgio Cavaliere Filho enfatiza que, para que haja a caracterização da responsabilidade civil pela perda de uma chance, é necessário que essa chance seja efetiva, e não uma mera eventualidade, suposição ou desejo²⁶⁰.

²⁵⁶ VIANNA, Oliveira. Direitos Irrenunciáveis. Sydaké. Revista dos Bancários, n. 23, 1937, p. 16 *apud* OLIVEIRA, Oris de. Op. cit., p. 146.

²⁵⁷ Op. cit., p. 134.

²⁵⁸ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2003, p. 139.

²⁵⁹ SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006. p. 3.

²⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.81.

E essa é justamente a hipótese da indenização paga em razão do pacto de não concorrência: indeniza-se a perda da possibilidade, da chance, de o trabalhador conseguir uma nova colocação do mercado de trabalho.

Registre-se que se trata de uma possibilidade efetiva, tão efetiva que faz com que o antigo empregador se disponha a pagar uma determinada quantia para não incorrer nesse risco.

É interessante observar que, ao contrário do lucro cessante, a perda de uma chance dispensa prova concreta de sua ocorrência.

Enquanto o lucro cessante corresponde à frustração de um lucro esperado, havendo necessidade de demonstração dos valores cuja percepção era aguardada, a indenização pela perda de uma chance não pretende indenizar a frustração de um resultado e sim o impedimento de uma oportunidade.

Assim, essa nos parece a categorização mais adequada do pagamento feito ao trabalhador por conta da interdição consentida.

Esclarecida a natureza jurídica da verba, cabe verificar a forma como ela pode ser paga, o momento em que deve ocorrer o pagamento e quais critérios devem ser utilizados para definir o *quantum* indenizatório.

Quanto à forma de pagamento, discute-se se é necessária a quitação em dinheiro ou se é admissível que a indenização seja feita em utilidades.

Estevão Mallet defende que não há restrição ao pagamento em utilidades, ante a inexistência de regramento quanto à matéria²⁶¹.

Contudo, essa não é a maneira mais recomendável de se equacionar a questão, uma vez que não se pode deixar de considerar a hipótese de inadimplemento da obrigação, quer por parte do trabalhador, quer por parte do antigo empregador.

Em caso de inadimplemento, os valores cujo pagamento for pactuado poderão constituir base de cálculo para eventual apuração de juros moratórios e correção monetária. Caso o pagamento seja feito em utilidades, tal apuração pode ser inviabilizada, tornando essa modalidade de pagamento desaconselhável.

Tampouco há consenso quanto ao momento em que a indenização deve ser paga, discutindo-se se é possível seu pagamento ao longo do contrato de trabalho juntamente com o salário ou nele englobado, ou se, sendo realizado após a rescisão

²⁶¹ Op. cit., p. 133.

contratual, ele deve ser feito em uma única vez ou de forma parcelada, havendo também controvérsia se o pagamento deve ocorrer ao fim do período de interdição ou mensalmente enquanto perdurar o impedimento.

O pagamento durante a vigência do contrato de emprego, como bem observado por Oris de Oliveira, tem um caráter aleatório, podendo ser extremamente prejudicial ao empregado no caso de ser dispensado em um período curto após sua contratação, razão pela qual não deve ser admitido²⁶².

A situação é digna de maior repulsa se o valor da indenização for englobado pelo próprio salário, configurando pagamento complessivo, havendo precedentes jurisprudenciais declarando a nulidade do pacto de não concorrência justamente por esse motivo:

[...] CLÁUSULA DE NAO CONCORRÊNCIA. Dos termos do contrato firmado entre as partes, constata-se a nulidade da cláusula de não concorrência, tendo em vista que o valor da compensação estava englobado no salário e, portanto, foi pago antes mesmo do término da relação de trabalho, não cumprindo sua finalidade de indenização pelo período que deveria a recorrente estar afastada de colocação no mercado de trabalho. [...] (TRT-2 - RO: 1784200604002005 SP 01784-2006-040-02-00-5, Relator: LUIZ CARLOS GOMES GODOI, Data de Julgamento: 16/09/2009, 2ª TURMA, Data de Publicação: 06/10/2009)²⁶³

Já o pagamento após o término do contrato de trabalho de uma única vez ou em algumas parcelas, desconsiderando o período total de duração do impedimento, tampouco atende o fim a que se propõe a indenização, que é o de garantir a subsistência do trabalhador ao longo da interdição.

O pagamento da indenização somente ao fim do período de quarentena configura um ônus excessivo para o trabalhador, gerando desequilíbrio nas obrigações assumidas, uma vez que o obreiro não poderá contar com o valor para subsistir durante o impedimento.

Dessa forma, mais adequada é a pactuação do pagamento mensal enquanto perdurar a interdição, que era prevista no anteprojeto de CLT de 1979 e no Projeto de Lei nº 986/2011.

²⁶² Op. cit., p. 147.

²⁶³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1784200604002005, da 2ª Turma Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Relator Desembargador Carlos Gomes Godoi. Processo Julgado no dia 16.09.2009, publicado no DEJT no dia 06.10.2009. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7523095/recurso-ordinario-record-1784200604002005-sp-01784-2006-040-02-00-5>>, acesso no dia 18 jul. 2015.

Por fim, resta analisar quais são os parâmetros que devem observados para a fixação do *quantum* indenizatório.

A celeuma basicamente se concentra em responder a seguinte indagação: o valor indenizatório deve observar, ao menos, o salário percebido pelo trabalhador enquanto vigente o contrato de emprego, multiplicado pelo número de meses em que perdurar à restrição ao trabalho?

Nenhuma discussão há quanto à possibilidade de se pagar valor igual ou superior ao que o ex-empregado receberia se estivesse trabalhando, estando tal decisão nos limites da livre negociação das partes.

Entretanto, o pagamento de valor inferior àquele que era recebido pelo trabalhador enquanto perdurou o vínculo de emprego levanta dúvida quanto à eficácia do pacto para o efeito da manutenção de sua subsistência.

Esse raciocínio pautou o critério indenizatório adotado pelo Projeto de Lei nº 986/2011, em que se determinava que o valor indenizatório não poderia ser inferior ao do salário recebido pelo trabalhador durante a vigência do vínculo de emprego.

A despeito desses argumentos, a fixação de um critério estanque para a definição da indenização não se mostra a saída mais recomendável para o imbróglio.

A questão suscita a aplicação de critérios de ponderação, de forma a verificar a proporcionalidade e o equilíbrio entre a restrição imposta e a indenização paga, uma vez que, dependendo do compromisso assumido no pacto de não concorrência, o impedimento para o trabalho poderá ser mais ou menos severo.

Quanto maior for o impedimento assumido, em razão das atividades que o trabalhador estará obstado de exercer, mais próxima a indenização deverá ser do valor do salário pago durante a vigência contratual.

Por outro lado, se a restrição estiver limitada apenas a poucas das atividades exercidas pelo empregado no curso da relação de trabalho, não se faz necessário que o valor indenizatório observe exatamente o valor salarial que era pago, pois aumenta a gama de trabalhos que podem ser assumidos pelo trabalhador sem infringir a cláusula de não concorrência.

Este foi justamente o critério adotado pelo PLS nº 16/2007, sendo o que se mostra mais adequado à hipótese.

6.7 Reflexos da modalidade de rescisão do contrato de trabalho no pacto de não concorrência

Algumas modalidades de rescisão contratual impactam diretamente na eficácia da cláusula de não concorrência, como é o caso da rescisão contratual por morte do empregado.

Obviamente, o compromisso de não concorrência deixa de existir com o falecimento do trabalhador, ante a perda de seu objeto²⁶⁴.

Tratando-se de empregador individual que venha a falecer, aplica-se o mesmo raciocínio, desde que o empreendimento não tenha prosseguimento com os sucessores do falecido²⁶⁵.

Da mesma maneira, encerrando-se o contrato em razão da extinção do estabelecimento, *a priori*, deixa de existir razão para o impedimento²⁶⁶.

No entanto, não se pode descartar a possibilidade de as informações sigilosas, cuja proteção era almejada pelo pacto de não concorrência, serem negociadas e passem a ter um novo titular.

Nessa hipótese, verifica-se a possibilidade de que se estabeleça um novo pacto de não concorrência, envolvendo o ex-empregado e o atual detentor do segredo protegido.

No entanto, o que não pode ser admitido é que o antigo empregador ceda os direitos que detém para outrem, em razão do pacto de não concorrência, sem qualquer tipo de anuência do trabalhador.

Tratando-se de restrição à liberdade de trabalho, qualquer celebração depende de anuência daquele que vai suportar o ônus da restrição.

Há também quem defenda que a rescisão contratual por iniciativa do empregador sem justo motivo e a de iniciativa do empregado por culpa do empregador têm o condão de liberar o trabalhador do compromisso de não concorrer.

Em favor dessa tese, invoca-se a legislação belga e o texto do Projeto de Lei do Senado nº 16/2007, havendo também doutrinadores estrangeiros que advogam esse pensamento, como é o caso de Philippe Pidoux²⁶⁷:

²⁶⁴ Cf. MALLET, Estevão. Op. cit., p. 140.

²⁶⁵ Cf. OLIVEIRA, Oris. Op. cit., p. 162.

²⁶⁶ Idem, ibidem.

É preciso admitir que um trabalhador, quando se engaja em nova empresa e assina uma cláusula de não-concorrência, espera encontrar emprego de alguma duração, talvez mesmo para toda a sua vida. Se o patrão o despede, sem motivo, o fundamento psicológico da convenção desaparece.

A despeito dos valorosos argumentos, não é possível com eles concordar.

A celebração do pacto de não concorrência decorre de um fato objetivo: o risco de concorrência que o antigo empregado pode oferecer a seu ex-empregador.

Tal fato não é alterado pela motivação da rescisão contratual.

Não há razoabilidade, tampouco legalidade, em obrigar o empregador a manter determinado empregado, cujos serviços não sejam mais necessários, simplesmente porque ele teve acesso a informações que possuem valor concorrencial e que o empregador teme que venham a ser utilizadas em seu desfavor.

Da mesma forma, eventual falta cometida pelo empregador em face do empregado, ainda que seja apta a ensejar a rescisão indireta do contato de emprego, não tem o condão de afastar o direito de propriedade e o direito à livre concorrência que se busca proteger com o pacto.

Não se pode esquecer que o objeto do pacto de não concorrência tem relevância social, que transcende a figura do antigo empregador, especialmente no que se relaciona à preservação da empresa, à livre concorrência e ao direito do consumidor²⁶⁸.

Por outro lado, a eventual falta cometida pelo empregador será compensada com o pagamento das verbas decorrentes da rescisão indireta e, quiçá, com o deferimento de indenização por danos morais²⁶⁹.

Assim, as regras previstas no PLS nº 16/2007, no sentido de liberar o trabalhador das obrigações assumidas quando o contrato de trabalho for rescindido por iniciativa do empregador ou por sua culpa não se mostram recomendáveis.

6.8 Denúncia unilateral e renúncia aos direitos decorrentes do pacto

²⁶⁷ PIDOUX, Philippe. Op. cit., pg. 97-98 *apud* OLIVEIRA, Oris de. Op. cit., p. 163.

²⁶⁸ Cf. NETO, Célio Pereira Oliveira. Op. cit., p. 156.

²⁶⁹ *Idem*, *ibidem*.

Celebrado o pacto de não concorrência, há que se verificar se é possível a rescisão do acordado por iniciativa de apenas uma das partes, valendo começar a análise pela ótica do trabalhador.

Admite-se a hipótese da rescisão unilateral por parte do trabalhador com fundamento na inexecução involuntária do pactuado, em casos de força maior ou onerosidade excessiva decorrente de acontecimento extraordinário e imprevisível²⁷⁰.

Seria o caso de as regras estabelecidas no pacto, por alguma razão alheia à vontade dos contratantes, não serem mais suficientes à manutenção da subsistência do trabalhador ou de sua família.

Imagine-se que algum membro da família do trabalhador venha a ser acometido de grave moléstia de saúde, e os valores percebidos a título de indenização decorrentes do pacto de não concorrência não serem mais suficientes para custear os gastos necessários à sobrevivência de seu núcleo familiar.

Por outro lado, a obtenção de uma nova colocação no mercado de trabalho, que lhe está restrito, poderia assegurar um padrão digno de vida.

No cenário aventado, a manutenção do compromisso passou a ser excessivamente onerosa para o trabalhador; o respeito ao que foi acordado pode mesmo significar o comprometimento da vida de seu familiar.

Sendo esse o caso, não é razoável obrigar o trabalhador ao cumprimento do acordo assumido, aplicando-se à hipótese o que dispõe o artigo 250 do Código Civil.

Contudo, na hipótese em análise, parece razoável que, antes que seja lícito ao ex-empregado recolocar-se no mercado de trabalho, deve ser assegurado ao antigo empregador a possibilidade de renegociar o valor indenizatório ou mesmo recontratar o trabalhador.

Da parte do empregador, também é possível conceber-se a inexecução involuntária do pactuado, em casos de força maior, dentro dos limites do artigo 501 da CLT²⁷¹, sendo imprevisível e inevitável o acontecimento do evento que obstou a manutenção das obrigações assumidas.

²⁷⁰ Cf. OLIVEIRA, Oris. Op. cit., p. 160.

²⁷¹ “Art. 501 - Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§ 1º - A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.

§ 2º - À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo.” BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

Caso a exploração da atividade empresarial em que estavam inseridos os segredos protegidos pela cláusula de não concorrência venha a ser proibida por alguma alteração legislativa, deixa de existir o risco concorrencial.

De outro vértice, tal proibição pode representar forte impacto na saúde econômica do ex-empregador, que ainda se veria obrigado a pagar indenização ao trabalhador, para proteger segredos que não são mais utilizáveis em seu desfavor.

Assim, da mesma forma que no exemplo anterior, a manutenção do compromisso por parte do empregador representa um ônus excessivo, estando autorizada a rescisão unilateral do contrato.

O mesmo raciocínio não pode ser aplicado simplesmente pelo fato de o pacto perder seu objeto, em razão de uma eventual alteração dos processos produtivos adotados pelo empregador, que não torne mais necessária a manutenção do sigilo ou faça desaparecer o risco da concorrência.

A despeito das razões expostas por quem defende esse entendimento²⁷², aqui o que se verifica não é nada mais, nada menos, do que o risco empresarial decorrente da tomada de uma determinada decisão de negócios.

O empregador decidiu celebrar o pacto e depois decidiu alterar seus processos produtivos. O ônus dessas escolhas não pode ser transferido para o empregado, sob pena de ofensa ao texto do *caput* do artigo 2º da CLT²⁷³.

Por outro lado, a renúncia, por parte do ex-empregador, aos direitos decorrentes da celebração da cláusula de não concorrência não pode significar prejuízo à indenização prometida ao trabalhador, eis que inegavelmente foi criada uma justa expectativa de recebimento dos valores.

Agir dessa maneira importaria contrariar o princípio da boa-fé objetiva, razão pela qual a jurisprudência tem se posicionado de acordo com as razões ora expostas:

CLÁUSULA DE NAO-CONCORRÊNCIA. Considerando que o pacto de não-concorrência cria para o trabalhador não só a expectativa de uma indenização, senão a necessidade de se preparar para uma futura e nova atividade, com expectativas e incertezas, não é razoável que a segurança desse negócio jurídico possa ser frustrada unilateralmente pela empresa

²⁷² NETO, Célio Pereira Oliveira. Op. cit., p. 157.

²⁷³ “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

contratante, mediante simples renúncia ao pactuado. Inteligência do artigo 122 do Código Civil, bem como dos princípios da justiça contratual e da boa-fé objetiva (artigo 422, Código Civil). Devida a indenização pactuada. (TRT-2 - RO: 1983200501902008 SP 01983-2005-019-02-00-8, Relator: BENEDITO VALENTINI, Data de Julgamento: 12/11/2007, 12ª TURMA, Data de Publicação: 30/11/2007)²⁷⁴

Por fim, em razão das restrições ao trabalho impostas, tampouco se pode validar a renúncia do trabalhador em receber os valores a que tem direito, haja vista importar em claro risco de prejuízo à sua manutenção.

Trata-se de aplicar o mesmo raciocínio que torna irrenunciável o direito ao salário ou a percepção do aviso prévio.

A verba em questão visa a garantir a subsistência do trabalhador e qualquer ato que contrarie esse propósito deve ser declarado nulo.

6.9 Descumprimento do pacto de não concorrência

Descumprido o pacto por parte do antigo empregador, caberá ao trabalhador o direito de escolher ver-se livre do impedimento ou cobrar judicialmente o pagamento da indenização pactuada, acrescida de juros, correção monetária e da pena eventualmente cominada para o caso de descumprimento.

Caso a indenização tenha sido parcialmente quitada, é razoável exigir-se do trabalhador que respeite o impedimento pelo tempo proporcional aos valores recebidos, caso deseje aproveitar o inadimplemento para ver-se livre da interdição.

Se, por outro lado, o descumprimento partir do trabalhador, ao ex-empregador é dado o direito de “postular, sem prejuízo das perdas e danos, a restituição dos valores pagos em compensação à restrição pactuada ou a execução específica da obrigação, além da pena eventualmente cominada”²⁷⁵, sendo também admitida a imposição de *astreintes* visando compelir o cumprimento do compromisso.

Com efeito, pode o antigo empregador valer-se da via judicial para compelir o obreiro a honrar o compromisso assumido, cessando as atividades que firam o que foi pactuado.

²⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1983200501902008, da 12ª Turma Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Relator Desembargador Benedito Valentini. Processo Julgado no dia 12.11.2007, publicado no DEJT no dia 30.11.2007. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7515878/recurso-ordinario-record-1983200501902008-sp-01983-2005-019-02-00-8> >, acesso no dia 18 jul. 2015.

²⁷⁵ MALLETT, Estevão. Op. cit., p. 141.

O inadimplemento por parte do trabalhador também pode ser parcial, considerada a duração temporal do compromisso. Assim, se o trabalhador se comprometeu com a interdição durante dois anos, e respeitou o acordado durante apenas um, deverá restituir proporcionalmente os valores que recebeu a maior.

Uma questão que suscita dúvidas é a natureza jurídica da pena aplicada ao trabalhador pelo descumprimento do pacto, bem como os limites em que ela pode ser fixada.

Regiane Teresinha de Mello João entende que a sanção imposta ao empregado pelo descumprimento da avença tem fundamento no art. 462, §1º, da CLT²⁷⁶, porque tem mais natureza de reparação de prejuízo do que de multa²⁷⁷.

De fato, o Direito do Trabalho no Brasil não alberga a possibilidade de aplicação de multa ao empregado no curso do contrato de trabalho, excetuado o caso do atleta profissional de futebol, ao menos até a vigência da Lei nº 12.395/2011²⁷⁸.

Ocorre que a hipótese em comento é a de penalização de alguém que não é mais empregado, por ter descumprido uma obrigação de não fazer que deveria ser observada quando o vínculo de emprego não mais existia.

Por essa razão, dissentimos da opinião acima, parecendo adequado o entendimento que defende que a natureza jurídica da verba em análise é a de cláusula penal, nos termos do artigo 408 e seguintes do Código Civil.

Orosimbo Nonato define a cláusula penal como “disposição contratual ou testamentária que faz pesar no devedor certa prestação quando for ele inadimplente ou moroso quanto à obrigação principal”²⁷⁹, sendo certo que a sanção aplicada ao trabalhador que descumpre o pacto de não concorrência preenche todos esses requisitos.

²⁷⁶ “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 de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

§ 2º - É vedado à empresa que mantiver armazém para venda de mercadorias aos empregados ou serviços estimados a proporcionar-lhes prestações " in natura " exercer qualquer coação ou induzimento no sentido de que os empregados se utilizem do armazém ou dos serviços.” BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 jun 2015.

²⁷⁷ Op. cit., p. 63.

²⁷⁸ A Lei nº 12.395/2011 revogou expressamente todos os dispositivos da Lei nº 6.354/1976, que, em seu artigo 15, §1º, autorizava a aplicação de multa salarial aos atletas profissionais de futebol.

²⁷⁹ NONATO, Orosimbo. Curso de obrigações. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 305.

Tratando-se de cláusula penal, seu valor deve ser limitado ao da obrigação principal, de acordo com a regra do artigo 412 do Código Civil²⁸⁰.

Na cláusula de não concorrência, a obrigação de não fazer assumida pelo obreiro não tem valor que possa ser estimado em pecúnia.

Todavia, tem um valor que lhe serve de espelho, que é justamente o da indenização paga ao trabalhador em troca da interdição.

Assim, é recomendável que a sanção pelo inadimplemento não ultrapasse o valor fixado para a indenização que seria devida ao trabalhador, sob pena de entender-se que as partes assumiram obrigações desproporcionais. Vale observar que há precedente do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que tal fato contribui para que se declare a nulidade do pacto de não concorrência:

[...] 10. Soma-se a isso a evidente desproporção entre a contraprestação oferecida pela empresa - pagamento de salário mensal pelo período da restrição - e a multa em caso de descumprimento da obrigação pelo ex-empregado (multa não compensatória correspondente ao valor resultante da multiplicação do último salário do réu por 25), sem prejuízo da indenização decorrente da responsabilidade civil. Além disso, conquanto a empresa, em caso de descumprimento de sua obrigação, estivesse também sujeita a multa, tal seria calculada no importe de 12 vezes o salário do reclamante, ou seja, em montante inferior àquele devido pelo réu. Soma-se a isso, que a empresa poderia, a seu critério exclusivo, dispensar o reclamante de sua obrigação e, por conseguinte, a autora ficaria desobrigada do pagamento dos salários e da própria multa. [...] (TST - RR: 19482820105020007, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 21/05/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/05/2014)²⁸¹

Por derradeiro, a reparação por perdas e danos depende não só do descumprimento da cláusula de não concorrência, mas também da efetiva demonstração de que a inobservância do pacto trouxe prejuízos ao ex-empregador, de acordo com a dicção do artigo 927, *caput*, conjugado com *caput* do artigo 944, ambos do Código Civil²⁸².

²⁸⁰ “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.” BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jun 2015.

²⁸¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 19482820105020007, da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Processo Julgado no dia 21.05.2014, publicado no DEJT no dia 30.05.2014. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121527336/recurso-de-revista-rr-19482820105020007> >, acesso no dia 18 jul. 2015.

²⁸² “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

6.10 Efeitos do pacto de não concorrência em relação a terceiros

As obrigações decorrentes do pacto de não concorrência vinculam apenas os contratantes. A despeito disso, não se exclui a possibilidade de surgimento de responsabilidade de terceiros, que terá natureza aquiliana, ou seja, extracontratual²⁸³.

Tal se dá porque “a violação da cláusula de não concorrência realiza-se muitas vezes com o auxílio do novo empregador que admite o empregado e o ajuda a violar sua obrigação de não concorrência, inexistindo, porém, nulidade do novo contrato”²⁸⁴.

Além da hipótese de um novo empregador, não se pode excluir a da pessoa que se associa ao empregado interdito em um empreendimento que envolva as atividades cuja execução é proibida.

Nesse caso, compete ao antigo empregador, prejudicado, cientificar o terceiro do compromisso assumido pelo trabalhador.

Se, a despeito da ciência inequívoca, o terceiro persistir colaborando com o trabalhador para o descumprimento da avença, poderá ser solidariamente responsabilizado pelos danos causados em razão da concorrência, com fundamento no art. 942, parte final, do Código Civil²⁸⁵.

Pelas mesmas razões, poderá o terceiro responder solidariamente pela restituição da indenização paga em favor do trabalhador, além da cláusula penal.

Oris de Oliveira, em relação ao tema, esclarece que a responsabilização do terceiro dependerá não só da ciência do compromisso assumido pelo obreiro, mas também da sua efetiva colaboração no descumprimento do pacto de não concorrência²⁸⁶.

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.” BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

²⁸³ Cf. MALLETT, Estevão. Op. cit., p. 143.

²⁸⁴ SERRA, Yves. *Concurrence (obligacion de non concurrence)*. *Encyclopédie*. Paris: Dalloz, 1994 apud OLIVEIRA, Oris. Op. cit., p. 151.

²⁸⁵ Cf. MALLETT, Estevão. Op. cit., p. 143.

²⁸⁶ Op. cit., p. 149.

Para o autor, a colaboração consiste na própria admissão do empregado, proporcionando-lhe condições para realizar os atos de concorrência²⁸⁷.

A despeito disso, não se vislumbra a possibilidade de o antigo empregador pretender a nulidade do novo contrato de trabalho celebrado pelo empregado que deveria respeitar a quarentena.

De fato, trata-se de contrato de trabalho com objeto lícito e possível, celebrado por agentes capazes.

A possibilidade de se pretender a nulidade do novo contrato dependeria de preceito legal que autorizasse tal medida, a exemplo do que fez o PLS nº 16/2007.

²⁸⁷ Idem, ibidem.

CONCLUSÃO

As sociedades empresariais investem cada mais vez em desenvolvimento de novas técnicas e recursos tecnológicos, objetivando a manutenção e crescimento de sua participação nos mercados em que estão inseridas.

A par disso, estratégias de negócio montadas com base em informações sensíveis e preciosas vão alavancando o desenvolvimento de suas atividades econômicas.

Ao longo do processo produtivo e econômico, o conhecimento de técnicas, métodos, fórmulas, listas de clientes e fornecedores etc. vão sendo conferidos aos empregados, que dependem de tais informações para o exercício de suas atividades laborativas.

Tais empregados passam a ter um valor para os concorrentes de seus empregadores, que não se relaciona apenas à sua formação e preparo técnico, advindo, também, das informações sigilosas e segredos de negócio que tiveram conhecimento em razão do vínculo de emprego mantido.

Considerando-se esse estado de coisas, a presente dissertação se propôs a estudar a viabilidade, pela ótica constitucional e legal, e a legitimidade de se impedir que os empregados que tenham acesso a segredos de negócio e informações sigilosas incorram em atos de concorrência aos seus antigos empregadores, mediante a celebração do pacto de não concorrência após o término do contrato de emprego,

Para tanto, foi necessário estudar os limites que o Direito do Trabalho impõe à autonomia da vontade dos contratantes na relação de emprego, de maneira a que se pudesse averiguar se a celebração da cláusula de não concorrência investia contra os princípios de proteção ao trabalhador.

No primeiro capítulo da dissertação, pôde-se verificar que as regras jurídicas que conferem um limite protetivo aos trabalhadores, assegurando um nível social mínimo que preserva sua saúde, integridade física e dignidade, não significam a anulação da autonomia da vontade dos contratantes.

Se, por um lado, deve ser reconhecida a situação de hipossuficiência do empregado diante do empregador, por outro, não se pode perder de vista que o ordenamento jurídico deve propiciar retorno justo àquele que investe no desenvolvimento econômico e técnico da atividade produtiva, gerando empregos.

Caso os investimentos realizados em avanço tecnológico, busca de novas soluções e outras medidas que fomentam o desenvolvimento econômico se perdessem em atos de concorrência levados a cabo por um antigo empregado, haveria um grande desestímulo para sua efetivação, o que importaria prejuízo não só para o empregador, mas para toda a sociedade.

Por outro lado, em sendo estabelecidos parâmetros que façam com que o pacto de não concorrência não signifique a impossibilidade absoluta de trabalho, e que garantam uma contrapartida financeira justa para o laborista, possibilitando, ainda, a anuência ou recusa do pacto por parte do empregado, serão atendidas, concomitantemente, a necessidade de proteção ao trabalhador e a de incentivo ao empreendedor.

Além disso, o estudo realizado nesse capítulo permitiu concluir que a assimetria de forças no momento de negociação das cláusulas do pacto de não concorrência poderia ser mitigada através da negociação coletiva.

Verificou-se que, a despeito de necessariamente ser uma decisão individual a de se submeter ou não à interdição decorrente do pacto de não concorrência, a atuação dos sindicatos em sede de acordos ou convenções coletivas de trabalho poderia estabelecer patamares mínimos a serem observados quando da pactuação das cláusulas, concluindo-se que, em razão do maior poder de barganha dos sindicatos, seriam alcançadas melhores condições do que as que são obtidas em negociações individuais.

Para possibilitar a compreensão dos limites do pacto, especialmente objetivando delimitar quais são os empregados que podem ser sujeitos de tal interdição, o capítulo segundo aprofundou o estudo da concorrência, do segredo de negócio, do dever de fidelidade do trabalhador e da obrigação de sigilo.

Estudou-se a evolução da concorrência ao longo da história, analisando as primeiras medidas tomadas visando coibir atos de concorrência desleal.

A análise permitiu constatar que os inventos e novas tecnologias passaram a ter um valor próprio, separado das possibilidades produtivas que propiciavam, justamente por serem um diferencial no processo de produção.

Isso conduziu a pesquisa às normas internacionais de proteção da propriedade industrial, em especial à Convenção União de Paris e ao TRIPS.

Em âmbito nacional, foram estudadas as normas legais que, ao longo do tempo, cuidaram de proibir atos de concorrência desleal e de concentração de mercado, dando especial atenção às que são relacionadas à relação de emprego.

Para a compreensão dos atos de concorrência realizados por empregados e ex-empregados, foi necessária a análise do dever de fidelidade do trabalhador para com seu empregador, como corolário do princípio da boa-fé objetiva, que norteia, entre outros, a redação da alínea “c”, do art. 482, da CLT.

O ato de concorrência do empregado, ainda que não se utilize de meios escusos, é ilícito por ser praticado por quem tinha o dever de preservar os segredos de negócio do seu empregador.

Como desdobramento do dever de fidelidade, chegou-se à obrigação de sigilo, tendo sido necessário estudar a essência do segredo de negócio e suas repercussões na relação de emprego.

Ao final, foi possível concluir que o dever de fidelidade e de sigilo são ínsitos à relação de emprego, havendo vedação a que o empregado, sem autorização, venha a divulgar, explorar ou utilizar de conhecimentos, informações ou dados confidenciais a que teve acesso em razão do vínculo empregatício, mesmo após o término do contrato.

O estudo também permitiu chegar à conclusão de que, quanto maior for o acesso do empregado a informações privilegiadas e sigilosas, mais justificada será a celebração do pacto de não concorrência, não havendo uma correlação necessária entre o cabimento da pactuação e o valor do salário percebido pelo trabalhador.

Outra questão que necessitou ser enfrentada foi a de apurar se a celebração do pacto de não concorrência ofendia a liberdade de trabalho, erigida ao *status* de direito fundamental pela Constituição de 1988, de maneira a verificar sua compatibilidade com o ordenamento constitucional vigente.

De fato, o argumento mais repetido pelos que se opõem à cláusula de não concorrência após a rescisão do contrato de emprego é justamente o de que ele ofende o direito garantido no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Em razão disso, dedicou-se todo o capítulo terceiro a balancear a liberdade de trabalho em contraponto à livre iniciativa, à livre concorrência e ao direito de propriedade.

Consultando todos os textos constitucionais que vigoraram no Brasil, pôde-se verificar que, a despeito de os direitos fundamentais contarem com eficácia

horizontal, eles não são absolutos e encontram limite nos demais preceitos constitucionais.

A necessidade de preservação de um ambiente concorrencial sadio e o interesse social envolvido na manutenção da ordem econômica levam a uma ponderação de interesses que permite constatar que o direito individual de liberdade de trabalho não se sobrepõe à necessidade coletiva de prestigiar uma ordem que propugne a livre iniciativa e a livre concorrência.

Superados os obstáculos inicialmente impostos para a celebração do pacto de não concorrência, atinentes aos limites à autonomia da vontade e ao conflito do objeto do pacto com a liberdade de trabalho, passou-se a buscar subsídios que servissem para pautar a validade do contrato.

Em primeiro lugar, no capítulo quatro, consultou-se a legislação de quatro países que regulamentam o pacto de não concorrência: Portugal, Espanha, Itália e Bélgica.

O estudo desses textos legislativos propiciou a constatação de que alguns traços comuns se faziam presentes em todos ou em quase todos eles.

Eram previsões no sentido de que o pacto deveria: i) ter uma limitação temporal e geográfica; ii) atender a uma necessidade efetiva do empregador; iii) prever pagamento em favor do empregado como contrapartida à restrição imposta e iv) ser celebrado por escrito.

Dando seguimento a esse propósito, no capítulo cinco foram estudadas quatro tentativas de legislar sobre o tema no Brasil.

De forma resumida, pode-se dizer que elas reproduziram muito daquilo que era previsto na legislação estrangeira, trazendo, contudo, algumas novidades.

No caso do Projeto de Lei nº 986/2011, a principal novidade foi condicionar a celebração do pacto no curso do contrato de trabalho a uma efetiva alteração das atividades do empregado.

Esse mesmo projeto introduziu uma previsão regulamentando o inadimplemento do pacto.

Por seu turno, o Projeto de Lei do Senado nº 16/2007, ainda em tramitação, previu a necessidade de o “acordo de proteção” - maneira a que a norma se refere à cláusula de não concorrência - especificar os segredos de negócio e informações sigilosas cuja proteção é almejada.

Com base em todos os elementos colhidos durante o estudo, chegou-se ao capítulo seis, que tinha por meta perquirir sobre a existência, na legislação brasileira, de algum obstáculo à celebração do pacto de não concorrência.

Após uma análise detida da legislação trabalhista e civil vigentes no Brasil, acrescidas pelo direcionamento oferecido por precedentes jurisprudenciais e por ensinamentos doutrinários, foi possível compreender que inexistia barreira expressa à pactuação da cláusula de não concorrência.

Valendo-se de alguns preceitos de direito comum, verificou-se que a ausência de proibição expressa, somada ao espírito de coibição da concorrência desleal que impera no ordenamento brasileiro, conferia legalidade à celebração da cláusula de não concorrência, desde que observados os seguintes requisitos:

- i) como regra, o pacto deve ser avençado no início ou ao final da relação de emprego;
- ii) a celebração do pacto no curso do contrato de trabalho deve ser motivada por alteração de atividades do empregado, que justifiquem a tentativa de proteção do segredo de negócio ou da informação sigilosa;
- iii) não é recomendável a celebração verbal do pacto, ainda que não haja qualquer preceito que disponha uma forma específica para sua formalização;
- iv) a cláusula de não concorrência deve delimitar as informações e segredos que serão objeto de proteção;
- v) há necessidade de delimitação geográfica da eficácia do pacto, sendo necessária uma avaliação casuística da adequação dos limites impostos, haja vista o alcance dos negócios levados a cabo pelo empregador e dos interesses cuja proteção é objetivada;
- vi) o pacto não pode impedir o exercício de todo e qualquer tipo de atividade laborativa;
- vii) deve existir um limite temporal para a interdição, que não deve ser superior a dois anos;
- viii) é necessário o pagamento de indenização ao trabalhador em contrapartida à restrição imposta, cujo valor deve ser fixado levando em consideração o quanto de restrição ao trabalho foi impingido em razão do pacto de não concorrência;

ix) devem ser previstas as penalidades por descumprimento do pacto, que não podem superar o valor da obrigação principal (indenização paga ao trabalhador).

Além disso, o estudo concluiu que a modalidade de rescisão do contrato de emprego, como regra, não gera efeitos em relação à eficácia da cláusula de não concorrência, excetuando-se os casos em que o contrato foi terminado por morte do empregador ou do empregado, ou, ainda, ante a extinção do estabelecimento.

Por fim, o estudo permitiu compreender que não obstante o pacto vincular apenas os contratantes, pode repercutir na esfera jurídica de terceiros, que venham a contribuir para o descumprimento das obrigações assumidas pelo trabalhador interdito, redundando em sua responsabilidade extracontratual perante o empregador prejudicado.

Em resumo, pode-se afirmar que a celebração do pacto de não concorrência é uma medida válida e legítima para a proteção de interesses concorrenciais do empregador e do ordenamento que propugna a livre concorrência e livre iniciativa, desde que sejam observados os requisitos de validade acima enumerados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. **Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2012. V.II.

ALONSO, Manuel. **Curso de Derecho del Trabajo**. Barcelona: Ariel, 1982.

BARASSI, Ludovico. **Contrato di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano**. Milão, Società Editrice Libreria, 1917. V.2.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS JUNIOR, Cassio Mesquita. Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, Editora RT, v. 4, n. 8, p. 22-36, mar. 2001.

BÉLGICA. **Loi 3 juillet 1978 - Loi relative aux contrats de travail**. Disponível em: <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=1978070301&table_name=loi>. Acesso em: 01 fev. 2015.

BELTRAN, Ari Possidonio. A Cláusula de Não Concorrência no Direito do Trabalho. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 54, p. 63-68, dez. 1998.

_____. Dever de fidelidade, dever de não-concorrência e cláusula de não-concorrência. **Revista LTR**, São Paulo, v. 66, n. 4, p. 419-424, abr. 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. Concorrência desleal: a imitação de marca (ou de seu componente) como forma de confusão entre produtos. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 22, n. 85, p. 343-364, jan./mar. 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181586>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. O segredo do negócio no direito brasileiro. **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual**, Rio de Janeiro, n. 101, p. 28-40, jul./ago. 2009.

BRASIL. **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio**. Disponível em: <http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro: [s.n.], 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 24 mar. 2013.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 5 jul. 2015.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**). Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 5 jul. 2015.

_____. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 5 jul. 2015.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 5 jul. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2014.

_____. Decreto nº 4.552, de 27 de dezembro de 2002. Aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 dez. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4552.htm>. Acesso em: 28 jun. 2015.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 1 (de 17 de outubro de 1969). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 5 jul. 2015.

_____. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jun. 1850. T.11, p. 57-238. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015

_____. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago.1943. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 jun 2015.

_____. Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Diário Oficial da União, **Diário**

Oficial da União, Brasília, DF, 4 jan. 1974. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L6019.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília:
Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

_____. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Brasília: Diário Oficial da União, 1 de dezembro de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

_____. **Relatório da Comissão Interministerial de Atualização da Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 2 de maio de 1979. Seção I, Parte I (Suplemento).

_____. **Projeto de Lei nº 968 de 12 de abril de 2011**. Acrescenta artigo à Consolidação das Leis do Trabalho para dispor sobre a cláusula de não concorrência. Disponível em: <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E875EB15238AFB984D49BE75C7C445E8.proposicoesWeb1?codteor=858535&filename=PL+986/2011>. Acesso em: 25 mar 2014

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 968 de 7 de fevereiro de 2007**. Cria o Acordo de Proteção de Informações Sigilosas, adjeto ao contrato de trabalho, para a proteção de segredo comercial e de informações confidenciais e regulamenta sua aplicação.. Disponível em: <
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=41341&tp=1>>. Acesso em: 19 jul 2015

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1186200735102005, da 7ª Turma Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Relator Desembargador José Carlos Fogaça. Processo Julgado no dia 19.06.2008, publicado no DEJT no dia 04.07.2008. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15811916/recurso-ordinario-ro-1186200735102005-sp-01186-2007-351-02-00-5> >, acesso no dia 17.jul 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1784200604002005, da 2ª Turma Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Relator Desembargador Carlos Gomes Godoi. Processo Julgado no dia 16.09.2009, publicado no DEJT no dia 06.10.2009. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7523095/recurso-ordinario-record-1784200604002005-sp-01784-2006-040-02-00-5> >, acesso no dia 18 jul. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 1983200501902008, da 12ª Turma Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Relator Desembargador Benedito Valentini. Processo Julgado no dia 12.11.2007, publicado no DEJT no dia 30.11.2007. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7515878/recurso-ordinario-record-1983200501902008-sp-01983-2005-019-02-00-8> >, acesso no dia 18 jul. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Recurso Ordinário nº 1460000420095070011, da 2ª Turma Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Relator Desembargador Manoel Arízio Eduardo de Castro. Processo Julgado no dia 06.09.2010, publicado no DEJT no dia 01.10.2010. Disponível em: < <http://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17644601/recurso-ordinario-ro-1460000420095070011-ce-0146000-0420095070011> >, acesso no dia 11.jul 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 1815420092908, da 1ª Turma Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Relator Desembargador EDMILSON ANTONIO DE LIMA. Processo publicado no DEJT no dia 17.08.2010. Disponível em: < <http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18894668/1815420092908-pr-18154-2009-2-9-0-8-trt-9> >, acesso no dia 12 jul 2015

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 00842-2003-085-15-00-0, Relator Desembargador Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. Recorrente: Carlos Alberto Oliva. Recorrido: Arch Química Brasil Ltda. Processo publicado no DEJT no dia 09.04.2010. Disponível em: < <http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18942572/recurso-ordinario-ro-18814-sp-018814-2010/inteiro-teor-104205378> >, acesso no dia 12 jul 2015

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 160 da SDI-I do TST. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SD1_1/n_s1_141.htm#TEMA160 >. Acesso 11 jul 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 19482820105020007, da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Processo Julgado no dia 21.05.2014, publicado no DEJT no dia 30.05.2014. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121527336/recurso-de-revista-rr-19482820105020007> >, acesso no dia 18 jul. 2015.

CALMON, Pedro. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937.

CALVO, Adriana Carrera. Os aspectos legais e a validade da cláusula de não-concorrência no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 616, mar 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6450>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

CAMELIER DA SILVA, Alberto Luís. **Concorrência desleal**: atos de confusão. São Paulo: Saraiva, 2009

CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CARMELYNK, G.H. **Contrat de Travail**. Paris: *Traité de Droit de Travail*, Dalloz, 1968, n. 11.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: < <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/55/Comparato.pdf>>. Acesso em: 6 jun 2015

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho Mexicano del Trabajo**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1949

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2011

DENIS, Pierre. **Droit du travail**. Bruxelles:Maison Larcier, 1992, *apud* JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**: elementos para uma teoria marxista do direito. Coimbra, Ed. Centelha, 1976.

ENGELS, Friedrich. **L'Origine de la famille, de la propriété privée et de L'État**. Éditions Sociales, Paris, 1972 *apud* MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**, Lisboa, Editorial Estampa, 2005, p. 128-130

ESPANHA. Real Decreto nº 1382/1985, de 1 de agosto de 1985. **Regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección**. Disponível em: < http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rd1382-1985.html>. Acesso em:25 jan 2015.

_____. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo 1995, **por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Vigente hasta el 17 de Octubre de 2014)**.Disponível em: < noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r44-rdleg1-1995.t1.html#a211>. Acesso em:25 jan 2015

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Caso Marsh v. Alabama**, nº 114. Decisão proferida em 1946, reprodução do julgamento disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/326/501>, consultado no dia 22.02.2015

FERNANDES, Antônio Monteiro de Lemos. **Direito do Trabalho**. I – Introdução. Relações individuais de trabalho. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FREITAS, Riva Sobrado de; CLEMENTE, Alexandre Shimizu. Direitos Fundamentais e Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e D. Porto Alegre, Porto Alegre, v.5, n.15 , p.159-185, jun 2011.

FRANÇA. **Convenção da União de Paris**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf>. Acesso em: 21 jun 2015

_____. **Loi Le Chapelier du 14 juin 1791**. Disponível em: < <http://www.vie-publique.fr/documents-vp/loiChapelier.pdf>>. Acesso em: 21 jun 2015

GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da propriedade industrial**. Rio de Janeiro, Forense, 1946, v. I e 1952, v. II

GIGLIO, Wagner D. **Justa causa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O Direito Fundamental ao Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

_____, GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. II.

GOTTSCHALK, Egon Felix. **A cláusula de não concorrência nos contratos individuais de trabalho**. LTr, São Paulo, ano 34, p. 782-786, nov. 1970.

_____. **Norma pública e privada no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

ITÁLIA. **La Costituzione Italiana. Deliberazione dell'Assemblea Costituente del 22 dicembre 1947; promulgazione del Capo Provvisorio dello Stato del 27 dicembre 1947; pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale edizione straordinaria n. 298 del 27 dicembre 1947; entrata in vigore il 1° gennaio 1948**. Disponível em: < http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/home.html>. Acesso em: 25 jan 2015.

_____. **R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile**. Disponível em: < http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/home.html>. Acesso em: 25 jan 2015.

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

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação de Emprego. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, São Paulo, n. 17, p. 33-45, jan/jun 2011.

MAGANO, Octavio Bueno. **Os grupos de empresas no Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979

MALLET, Estevão. **Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, p. 121-146, jan/dez 2005. Disponível em: Disponível em: <
<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/File6766770275>>. Acesso em: 28 jun 2015

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2003.

MARX, Karl. **O capital**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003.

MAZEAUD, Jean. **Leçons de droit civil**, t. 1, Montchrestien, Paris, 1972 *apud* MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Tecnos, 1978.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas S/A, 1999.

MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Cláusula de Não-Concorrência no Contrato de Trabalho**. Disponível em:
<http://floresdemoraes.com.br/sites/default/files/artigos/EVARISTO-E-O-DIREITO-DO-TRABALHO.pdf>. Acesso em: 24 mar 2014.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução do Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ltr, 1986.

_____. **Anteprojeto de código do trabalho**: apresentado, em 31 de março de 1963 pelo Prof. Evaristo de Moraes Filho. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1963.

_____. Negociação habitual por conta própria ou alheia na rescisão do contrato de trabalho. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 149, p. 7-13, jul 1943.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria Jurídica do Salário**. São Paulo: LTr, 2005.

NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego**: efeitos do princípio da proporcionalidade [dissertação]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. Disponível em:
http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2013-07-04T10:38:24Z-13761/Publico/celio%20Pereira%20Oliveira%20Neto.pdf. Acesso em 5 jul 2015.

_____. **Liberdade de Trabalho e a cláusula de não concorrência**. 2012.

Disponível em

<http://www.celioneto.adv.br/news/08.2012/liberdade_de_trabalho_e_a_clausula_de_ao_concorrncia.pdf>. Acesso em: 6 jul 2015

NONATO, Orosimbo. **Curso de obrigações**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

NOVO, Catia Guimarães Raposo. **Da Cláusula de Não-Concorrência no Contrato Individual de Trabalho [dissertação]**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica

de São Paulo, 2007. Disponível em:
http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5131. Acesso em 09 nov 2013.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLEA, Manoel Alonso. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Universidad de Madrid, 1974.

OLIVEIRA, Oris de. **Exclusão de Concorrência no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Recomendação nº 163 de 6 de junho de 1981**. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/content/sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-negocia%C3%A7%C3%A3o-coletiva>>. Acesso em: 20 jun 2015.

PAZZIANOTTO, Almir. **Seminário promovido pelos Diários Associados**. Brasília, 7 nov. 2012. Disponível em:
 <http://sinduscongoias.com.br/arquivos/download/Palestra_Almir_Pazzianotto_07.11.2012.pdf>. Acesso em 24 mar 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. vol. II. 2º. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

PIDOUX, Philippe. **La prohibition de concurrence dans le contract de travail**. Lausanne: Impremiere Vandoise, 1969, *apud* OLIVEIRA, Oris de. **Exclusão de Concorrência no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

RODRÍGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. S.P.: LTr., 3ª ed. Atual., 2000

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> >. Acesso em: 20 jan 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 49.408, de 24 de novembro de 1969**. Aprova o novo regime jurídico do contrato individual de trabalho. Disponível em: < <http://dre.tretas.org/dre/19291/>>. Acesso em: 20 jan 2015.

_____. **Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009**. Aprova o Código de Trabalho. Disponível em: < http://www.cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_L1_004.html#L004S9>. Acesso em: 01 fev 2015

PRADO Elaine Ribeiro do. **Aplicação do pacto de não concorrência ao trabalho inovador**. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, n. 101, p. 19-27, jul/ago 2009

RÜCKERT, Joachim. "Nipperdey, Hans Carl" em: **Nova biografia Germânica**, p. 280 a 282 [versão online]. Disponível em: <http://www.deutsche-biographie.de/ppn118735519.html>, consultado no dia 25.02.2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998

SANTOS, João Batista dos; SILVA, Juary C. Cláusulas restritivas à liberdade de trabalho. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 41, p.593-600, jan 1977.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, 2011.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SERRA, Yves. **Concurrence (obligacion de non concurrence). Encyclopédie**. Paris: Dalloz, 1994 *apud* OLIVEIRA, Oris. **Exclusão de Concorrência no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**. São Paulo, Saraiva: 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**, vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro. Renovar. 2009

ULHÔA, Fábio. **Curso de Direito Comercial**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1 v.

VIANNA, Oliveira. **Direitos Irrenunciáveis**. Sydaké. Revista dos Bancários, n. 23, 1937, p. 16 *apud* OLIVEIRA, Oris de. **Exclusão de Concorrência no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Vol. II - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo, Ed. Atlas, 2005.

WEILL, Alex. ***Droit Civil, t. 1, Introduction, les personnes.*** Coll. Thémis, P.U.F., Paris, 1974 *apud* MIALLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**, Lisboa, Editorial Estampa, 2005.

ANEXO A
PROJETO DE LEI Nº 16/2007
DE AUTORIA DO SENADOR MARCELO CRIVELA

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. Esta Lei cria o Acordo de Proteção de Informações Sigilosas, adjeto ao contrato de trabalho e destinado à proteção de segredo comercial e informações confidenciais.

Parágrafo único. Empregado e empregador poderão estipular, a qualquer momento, o acordo a que se refere o caput deste artigo, para proteger segredo comercial ou informações confidenciais pertencentes ao empregador.

Art. 2º. Para efeitos desta Lei consideram-se:

I - segredo comercial é todo processo, método, fórmula, dispositivo ou técnica que não seja de conhecimento público, possua valor econômico para o empregador, ainda que potencial, e cujo conhecimento, pelo empregado, decorra do desempenho de suas atividades laborais;

II - informação confidencial é toda informação conhecida pelo empregado, em função de suas atividades laborais, que não configure segredo comercial, mas possua valor econômico ou estratégico para o empregador e cuja divulgação seja capaz de causar-lhe dano.

Art. 3º. O Acordo de Proteção de Informações Sigilosas deve delimitar, de forma precisa, quais segredos e informações serão objeto de proteção, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Caso ocorram alterações nas condições do acordo, é admitida sua alteração por meio de aditamento.

Art. 4º. O Acordo de Proteção de Informações Sigilosas deve ser firmado individualmente, vedada sua adoção por Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho.

Parágrafo único. O empregador não pode obstar, quando requerida pelo empregado, a interveniência de entidade sindical ou de advogado na formação do Acordo de Proteção de Informações Sigilosas.

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

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

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

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

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

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

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

Art. 6º. Rescindido o contrato de trabalho por iniciativa ou culpa do empregador, torna-se sem efeito o Acordo de Proteção de Informações Sigilosas.

Art. 7º. O empregador pode pleitear, judicialmente, a dissolução do contrato de trabalho formado contrariamente aos termos do Acordo de Proteção de Informações Sigilosas, sem prejuízo da responsabilidade civil do novo empregador pelos danos ocorridos.

Art. 8º. Nas ações referentes ao cumprimento ou à dissolução do Acordo de Proteção de Informações Sigilosas, o Juiz levará em conta:

I - a existência de dano econômico e moral ao empregador;

II - a liberdade de exercício do trabalho;

III - o interesse econômico e social da coletividade.

Art. 9º. A ação referente ao cumprimento e à dissolução do Acordo de Proteção de Informações Sigilosas correrá, a requerimento da parte, em segredo de justiça.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.