

JOSÉ MARCOS MORENO MORELO FILHO

**CLÁUSULAS ESPECIAIS NO CONTRATO DE TRABALHO:
Cláusula de Não Concorrência**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

PUC/SÃO PAULO

2015

JOSÉ MARCOS MORENO MORELO FILHO

**CLAUSULAS ESPECIAIS NO CONTRATO DE TRABALHO:
Cláusula De Não Concorrência**

Monografia apresentada à banca examinadora da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC-SP (COGEAE), como exigência parcial para obtenção do título de Especialização em Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor e Doutor Leonel Maschietto.

PUC/SÃO PAULO

2015

JOSÉ MARCOS MORENO MORELO FILHO

CLAUSULAS ESPECIAIS NO CONTRATO DE TRABALHO:
Cláusula De Não Concorrência

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

Data: __ / __ / __

Banca Examinadora:

Nome:

IES:

Nome:

IES:

Nome:

IES:

PUC/SÃO PAULO

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta trajetória.

Ao professor e Orientador Leonel Maschietto pelo aprendizado, apoio e encorajamento contínuos na pesquisa; aos Demais Mestres da casa pelos conhecimentos transmitidos; e à Coordenação e Diretoria do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelo apoio institucional e felicidades oferecidas.

Em especial aos meus pais, Nubia Neia Alferes Morelo e José Marcos Moreno Morelo, pela dedicação e luta na minha formação pessoal e acadêmica. Ambos são responsáveis por cada sucesso obtido e cada degrau alcançado durante esses anos; são, para mim, grandes exemplos de força e coragem.

In memoriam à minha avó materna Sidonia Roberto - ou carinhosamente "Dona Sônia" -, por ter presenteado 19 anos da minha vida com sua existência.

RESUMO

O presente trabalho discute a autonomia da vontade privada, debatendo sobre os princípios que regem o contrato de trabalho, realizando um grande panorama histórico sobre as cláusulas especiais no contrato de trabalho. Muito se discute sobre a possibilidade de limitar a atuação do empregado no mercado de trabalho, após a sua saída da empresa, principalmente quando se trata de alto executivo, ocupante de posição estratégica na Empresa. Embora não haja previsão legal para essas cláusulas ditas especiais, principalmente a de não concorrência - cerne da presente discussão - correntes pós-positivistas exploram a possibilidade de criação de cláusulas e objetivos do contrato de trabalho que não estejam previstas na Consolidação das Leis do Trabalho ou em legislação Ordinária, mas que satisfaça a vontade dos contratantes. Este trabalho tem como objetivo principal a análise da cláusula de não concorrência nos contratos de trabalho. Verificar a sua licitude e os limites que devem ser observados para a sua implementação, demonstrando a discussão existente e a posição adotada sobre o tema.

Palavras Chave: Autonomia da vontade privada; pós-positivismo; Cláusula de não concorrência; Contrato de Trabalho; liberdade de trabalho; Contrato Lícito; Empregador; Empregado; princípios contratuais; concorrência; livre concorrência.

ABSTRACT

This paper discusses the autonomy of private enterprise, debating the principles governing the employment agreement, performing a great historical overview of the special clauses in the employment agreement. There is debate about whether to limit the employee's performance in the labor market, after leaving the company, especially when it comes to senior executive, occupying a strategic position in the Company. Although there is no legal provision for this so-called special clauses, especially the non-competition - the heart of this discussion - post-positivist currents explore the possibility of creating clauses and objectives of employment other than those provided for in the Consolidation of Labor Laws or in ordinary legislation, but which satisfies the choice of the parties. This work aims to analyze the non-competition clause in employment agreement. Check its legality and the limits to be observed for its implementation, demonstrating the existing discussion and the position adopted on the subject.

Keywords: autonomy of private enterprise; post-positivism; Non-compete clause; Employment contract; freedom to work; Lawful contract; Employer; Employee; contractual principles; competition; free competition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. LIBERDADE DE TRABALHO: CONCEITO E PRINCÍPIOS	11
1.1. Panorama histórico.....	11
1.2. Contrato de trabalho	13
1.3. Concorrência	17
1.4. livre concorrência	20
1.5. Concorrência desleal	20
2. PRINCIPIOS E OBRIGAÇÕES QUE REGEM O CONTRATO DE TRABALHO	23
2.1. Princípio da boa-fé.....	23
2.2. Dever de obediência	24
2.3. Dever de sigilo	25
2.4. Dever de lealdade	26
3. CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO DE TRABALHO	28
3.1. Cláusula de não concorrência - Conceito	28
3.2. Cláusula de não concorrência no direito empresarial.....	31
3.3. do cabimento da cláusula de não concorrência	34
3.4. Sujeitos pactuantes da cláusula	36
3.5. Objeto da cláusula de não concorrência	37
3.6. Limitação temporal	37
3.7. Limitação territorial	40
3.8. Da obrigação de fazer e a estipulação de multa.....	40
4. CONCLUSÃO	44
5. BIBLIOGRAFIA	46

INTRODUÇÃO

Todo sistema jurídico está, obrigatoriamente, determinado pelo tempo histórico onde ele se situa e pelo tempo social em que ele se guia, de forma que, o direito e seus institutos são sujeitos de um determinado discurso que é resultado do campo social em que é observado.

O direito não consegue acompanhar, na mesma velocidade, as mudanças que impulsionam o espaço social. A vida em sociedade é muito dinâmica, novos conflitos surgem à medida que evolui o pensamento coletivo.

Nesse contexto fático, surgem novas formas de contratação e cláusulas específicas às necessidades atuais dos trabalhos modernos, inclusive, como meio de regular a livre concorrência e atuação de altos executivos em posições estratégicas.

Em meio a este atual cenário assistido no Direito do Trabalho, surgem as cláusulas especiais do contrato de trabalho, que ainda que não positivadas no ordenamento trabalhista pátrio, podem ser incluídas em contratos de trabalho, desde que ponderadas aos princípios basilares da proteção ao empregado.

A cláusula ou pacto de não concorrência (*no compete*) ganha destaque especial neste trabalho, já que grandes são as discussões a seu respeito na Justiça do Trabalho no que tange sua limitação e aplicabilidade.

No Direito do Trabalho, a cláusula ou pacto de não concorrência estabelece ao empregado a proibição de praticar atos que prejudiquem a atividade econômica do empregador.

Por meio da cláusula de não concorrência, certos empregados comprometem-se a não prestarem serviços a empresas concorrentes do mesmo ramo, desde que essa abstenção seja indenizada de forma proporcional e desde que o tempo não seja tão extenso.

A priori, o pacto de não- concorrência é compatível com o ordenamento jurídico nacional. Com efeito, a teor do artigo 444 da CLT, as relações de trabalho podem ser objeto de livre estipulação entre as partes, resguardadas as normas mínimas de proteção ao trabalho, diante do que, sem dúvida, alguns parâmetros devem ser observados.

Durante a vigência do contrato de trabalho, a concorrência é inadmissível por ser um dever elementar, ou seja, o trabalhador não pode servir a dois empregadores com interesses opostos. Trata-se de uma questão de probidade. Em função do dever de não concorrência, o trabalhador não poderá desempenhar atividades da mesma natureza ou ramo de produção que exerce em função de seu contrato de trabalho, sempre que tais atividades, ao gerar interesses conflitantes, estejam sendo prejudiciais ao empregador.

O estudo tem o objetivo geral de verificar a admissibilidade da cláusula contratual de não concorrência face ao ordenamento jurídico brasileiro. A maior parte da doutrina e jurisprudência admite essa cláusula, desde que atendidos alguns requisitos essenciais, a saber: delimitação temporal para a restrição; uma delimitação geográfica; que a limitação de trabalho não prive o trabalhador de exercer qualquer trabalho; que seja garantida ao ex-empregado uma indenização compensatória durante o período de abstenção.

É neste contexto que se verifica a importância de ampliar a discussão a respeito das cláusulas especiais do contrato de trabalho, para traçar diretrizes referentes a aplicabilidade da Cláusula de Não Concorrência, desde que haja coerência e proporcionalidade nas exigências contidas na referida cláusula.

Será feito no trabalho uma análise histórica da liberdade de trabalho e contratação, passando pelos princípios que regem os contratos de trabalho e emprego. Juntamente, o conceito de concorrência será debatido, para que posteriormente possa-se limitar e aplicá-lo ao contrato de trabalho.

Uma breve análise referente ao contrato de trabalho em geral e seus sujeitos, inserção e requisitos da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho e seus fundamentos jurídicos.

Algumas ementas foram colacionadas ao trabalho, demonstrando o atual posicionamento da Jurisprudência Pátria, ainda não uníssono.

1. LIBERDADE DE TRABALHO: CONCEITO E PRINCÍPIOS

1.1 . Panorama Histórico

O primeiro marco para o surgimento da concorrência foi a Revolução Francesa em 1789, e a supressão da Corporações de Ofício na Europa. Até 1789 a competição industrial era praticamente inexistente, conforme leciona Newton Silveira *“O regime de corporações de ofícios e de monopólios garantidos por decretos reais vigente na Europa cerceava quase completamente a possibilidade de concorrência”*.¹

A miséria cresceu em conjunto com o desenvolvimento industrial. Nesse sentido Cesarino Júnior explica que *“como a matéria-prima tem limite mínimo de custo, abaixo do qual não podiam ir, procuraram estes obter o barateamento de sua produção, pelo abaixamento ilimitado dos salários, o aumento excessivo das horas de serviço, o emprego de mulheres e crianças pagas como (‘meias forças’), embora em serviços inadequados para elas, à despreocupação pelas condições de higiene e segurança das fábricas, etc.”*²

Neste período da história, a preocupação era apenas com o lucro e a interferência do Estado em um primeiro momento não ocorreu. No Brasil, o século XIX foi o palco de uma mudança no modelo de produção conhecido.

Com a vinda da família real e a abertura dos portos aos estrangeiros, o comércio e as pequenas indústrias passaram a se desenvolver, o que levaria também ao surgimento de relações diferentes de trabalho.

O primeiro regulamento das novas relações de trabalho foi o Código Comercial, de 1850, que regulamentou *“relações de prestação de serviços entre os auxiliares do comércio, então denominados prepostos, e os comerciantes estabelecidos, que eram os preponentes”*.

¹ SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual e as novas leis autorais. 2. Ed. São Paulo: Saraiva,1998. P.15.

² CESARINO JÚNIOR, A. F. Direito social brasileiro. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1970. V.1, p.51

Com a abolição da escravidão e a chegada de mais imigrantes no país para trabalhar nas lavouras e indústrias, veio também uma mentalidade diferente da qual estava acostumado o trabalhador brasileiro. Uma mentalidade reivindicatória, inspirada por movimentos operários que já tomavam forma e força na Europa.

O Código Civil de 1916 pouco mudou a maneira de regular as relações de trabalho dentro do país, que só foram receber verdadeiro aporte legal com a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943.

O período atual também é testemunha de uma mudança no modo de se relacionar entre empregadores e empregados. O avanço da tecnologia e das sociedades faz com que novas maneiras de trabalhar surjam. Alvin Toffler chama esse movimento de “a terceira onda”, caracterizando-o da seguinte maneira:

“A Terceira Onda traz consigo um modo de vida genuinamente novo, baseado em fontes de energia diversificadas e renováveis; em métodos de produção que tornam obsoletas as linhas de montagem das fábricas; em novas famílias não nucleares; numa novel instituição que poderia ser chamada a ‘cabana eletrônica’”.

O novo modelo de sociedade, também chamado de pós-industrial, nos coloca frente a desafios novos no que diz respeito às relações trabalhistas e as maneiras com as quais os empregadores podem se proteger em relação à concorrência.

As mudanças ocorridas na sociedade, em virtude do notável avanço da ciência e tecnologia, constituíram um desafio ao direito, principalmente relacionado ao campo social do direito laboral, que se renova constantemente diante deste câmbio de perspectiva da sociedade pós-moderna.

Desta forma, faz necessário se definir e situar este “home pós-moderno” responsável por tantas mudanças e avanços no campo laboral. A pós-modernidade, pelo que

explicita José Luis Sanfelice³, está ligada ao surgimento de uma sociedade pós-industrial, na qual o conhecimento é a principal força econômica de produção. Ela é, portanto, um fenômeno, dentre outras coisas, que expressa uma cultura de globalização e de ideologia neoliberal.

O modelo pós-moderno de produção e consumo gerou a sociedade de massa, na qual está concentrado o próprio trabalhador, alienado não só em razão de fomentar o produto com a venda da energia de trabalho, como, ainda, por adquiri-lo com o *plus* da mais valia sem consciência de ser o autor da obra elaborada.⁴

É a alienação da cadeia de trabalho, cujo empregado sequer tem noção, na escala industrial, do produto final que advém de sua labuta.

Em decorrência disso, temos a sociedade da informação, também ínsita da pós-modernidade. Sua principal característica é o fim da limitação geográfica, outrora imposta pela distância, tempo ou volume para transmissão da informação. É a ausência de barreiras alcançada pela internet e mobilidade telefônica.

O homem pós-moderno está exatamente inter-relacionado neste contexto social e cultural, cuja principal característica é a globalização e avanços tecnológicos responsáveis pela criação e surgimento de diversos fenômenos do âmbito trabalhista e, também, novas formas de contratação, negociando-se cláusulas não previstas na legislação trabalhista.

1.2 - Contrato de Trabalho

A cláusula de não concorrência é imprescindível para contratos de trabalho de determinados segmentos empresariais, devido à forte concorrência no mercado, porém o seu uso ainda gera incertezas quanto à sua eficácia e extensão, e, não raro, a discussão acaba por ser apreciada pela máquina do Poder Judiciário.

³ SANFELICE, José Luis – Pós-Modernidade, Globalização e educação, capítulo um – Conferência proferida no VII Congresso de Educação, promovido pela Universidade do Contestado (UnC) – SC, 18/10/2000

⁴ BAUDRILLARD, J.- A sociedade de Consumo. Rio de Janeiro, Elfos Editora; Lisboa, Ed. 70

Quanto à discussão retro mencionada, o doutrinador Luiz Carlos Amorim Robortella⁵ sustenta que:

"O dever de lealdade é inerente ao vínculo entre empregado e empregador, configurando justa causa o seu descumprimento. Após a rescisão contratual, todavia, essa restrição ao empregado encontra forte oposição não concorrência, sob o argumento de que vulnera o princípio constitucional da liberdade de trabalhar."

A cláusula de não concorrência deve ser analisada enquanto obrigação fixada pelo contato de Trabalho. A relação individual de trabalho existe por conta da duração do Trabalho, mas será verificado que mesmo após a extinção do contrato, suas cláusulas ainda produzirão efeitos.

Contrato de trabalho é um negócio jurídico celebrado entre uma pessoa física (empregado) e uma pessoa jurídica ou física (empregador), sobre as condições, direito e deveres do trabalho e das partes. Sendo este, em razão da continuidade da prestação dos serviços, um pacto de atividade.

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 442 dispõe:

"442 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§ 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

⁵ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Direito de Empresa no Código Civil de 2002 e seus Impactos no Direito do Trabalho. In Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª Quinzena de Outubro de 2003, n. 19, v. II. , p. 521

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;

b) de atividades empresariais de caráter transitório;

c) de contrato de experiência.

”

O contrato firmado poderá ser tácito ou expresso, firmado por tempo determinado ou indeterminado. Seu objeto é a prestação de serviço subordinado e não eventual do empregado ao empregador, com o pagamento de salário. Serviços que podem ser contratados por meio de contrato por prazo determinado: (a) serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; (b) atividades empresariais de caráter transitório; (c) contrato de experiência (§ 2º do artigo 443 da CLT).

São requisitos do contrato de trabalho: pessoalidade, subordinação, onerosidade, continuidade e alteridade.

O contrato de trabalho é firmado com uma pessoa determinada, sendo, portanto “intuito personae”. A pessoa física contratada é subordinada ao seu empregador, existindo uma relação de dependência do empregado para com o empregador, essa dependência pode ser econômica, técnica, hierárquica, jurídica ou até mesmo social.

Em contrapartida a prestação de serviços, ocorre o pagamento de salário, por isso o contrato é oneroso. O trabalho deve ser prestado com continuidade, pois os prestadores de serviços eventuais não são empregados. O empregado não pode ser responsável pelos prejuízos ou encargos do trabalho, por isso um dos requisitos é alteridade.

Para que o contrato seja válido, é necessário que o artigo 104 do Código Civil seja respeitado. Ou seja, o agente deverá ser capaz e o objeto deverá ser lícito.

A Consolidação das Leis do Trabalho estabelece a definição de empregado e empregador, em seus artigos 2º e 3º da CLT.

“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.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.”

O inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, proíbe o trabalho do menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz de 14 a 18 anos (art. 428 da CLT). O menor poderá assinar seus recibos de salários, entretanto, na rescisão de seu contrato de trabalho, se faz necessária à assistência dos responsáveis legais, para dar quitação ao empregador pelo recebimento das verbas que lhe são devidas (art. 439 da CLT).

Além disso, para que seja considerado empregado, será preciso verificar os requisitos existentes no art. 3º do CLT. Conforme a súmula 386 do TST, preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, o vínculo e atividade lícita.

Ao firmar um contrato de trabalho, as partes adquirem obrigações de lealdade, não concorrência e sigilo, e os efeitos dessa obrigação perduram à extinção do mesmo. Devendo ainda ser respeitados os deveres de boa-fé e obediência.

O dever de não concorrer permite que o empregado fique impossibilitado de desempenhar suas habituais funções profissionais, conquanto que seja observado e atendido o princípio da razoabilidade, impondo tais restrições na vigência de um tempo delimitado, de determinada extensão geográfica, além de perceber remuneração para tanto.

Desta sorte, a fim de que se torne válida a cláusula de não concorrência, necessitam-se imprescindivelmente do preenchimento dos requisitos supra, os quais serão vistos com maior profundidade adiante.

1.3. Concorrência

Adam Smith⁶ (apud PANTONI) define a concorrência no âmbito econômico da seguinte maneira; divide a produção econômica de um país em dois principais aspectos, o qualitativo e o quantitativo. O aspecto qualitativo diz respeito à capacidade de realizar uma produção de qualidade seja com aprimoramentos tecnológicos ou conhecimento na produção de um determinado bem.

Já o aspecto quantitativo diz respeito à quantidade de trabalho aplicado para produzir o mesmo bem. É uma relação entre os dois que rege a produção e seu custo, sendo que a eficiência diminui a necessidade de trabalho produtivo aplicado.

A concorrência entraria então nesse aspecto de eficiência, forçando o desenvolvimento do aspecto qualitativo para que o produtor tenha um produto de melhor qualidade e produzido com menos tempo de trabalho produtivo.

⁶ SMITH, Adam. A Riqueza Das Nações - Investigação Sobre Sua Natureza e Suas Causas, 1996 (Coleção Os Economistas) in: PANTONI, Roberta Alessandra. Livre iniciativa e livre concorrência na obra "A riqueza das nações" de Adam Smith. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8807. Acesso em 04/09/2015.

Para o campo Jurídico, nos utilizaremos das definições de Maria Helena Diniz⁷, que afirma que no Direito Comercial a concorrência é:

“a) Ação desenvolvida entre comerciantes ou produtores para disputar clientela, um mercado ou a venda de certa mercadoria ao público consumidor. b) ato pelo qual se procura estabelecer uma competição de preços, apurando-se quem oferece melhores condições ou ofertas para aqueles que pretendem adquirir ou comprar algo.”

Ou seja, a concorrência para o Direito Comercial é definida na ação dos participantes de determinado mercado, visando criar as melhores condições para a produção de um produto ou o oferecimento de um serviço para o consumidor de maneira que se conquiste o maior número de clientes possível.

Maria Helena Diniz define a concorrência no Direito Econômico como:

“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”.

Nesse caso, a definição é ampliada da ação para uma situação de mercado, no qual ocorreria uma concorrência contínua pelo domínio econômico de determinado setor do mercado, seja pela oferta de produtos iguais ou similares ou por uma disputa de preços.

Em sentido lato, segundo Ari Possidonio Beltran⁸, concorrência é a disputa entre aqueles que exercem a mesma atividade. Como consequência, busca-se a proteção

⁷ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998: v.I p.734

de dados comerciais, técnicos, 'know-how', até a preservação de empregados com elevada formação técnica, por vezes com bolsas de estudos no exterior financiadas pela própria empresa, bem como a relação de clientes, ou ainda, almeja-se, em certas condições, evitar a própria concorrência direta, ainda que por disposição limitada no tempo.

Em tais modalidades de negociação, fala-se, sobretudo, em 'cláusula de cláusula de não concorrência em contrato social e da cláusula de não concorrência em contrato de trabalho.

Em análise singela, pode-se dizer que o pacto de não concorrência implica a obrigação pela qual uma das partes contratantes se compromete a não praticar venda que induza desvio de clientela da outra. Se a relação jurídica vinculante é a venda de um estabelecimento comercial, haverá cláusula expressa assegurando que o alienante deixará de organizar um novo fundo de comércio.”

No campo do Direito do Trabalho, a cláusula de não concorrência “*envolve a obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o empregador*”⁸.

Em outras palavras, no Direito do Trabalho, a cláusula ou pacto de não concorrência estabelece para o empregado a proibição de prática de atos que prejudique, ou que possa prejudicar, a atividade econômica do empregador.

No primeiro momento, o dever da não concorrência representa uma obrigação de natureza moral, contemplando a lealdade do empregado para com o empregador.

De maneira geral, podemos entender que a concorrência é uma disputa para criar as melhores condições para um determinado produto atuar dentro de um mercado, conquistando a maior parte possível da clientela.

⁸ BELTRAN, Ari Possidonio. A Cláusula de Não Concorrência no Direito do Trabalho. In Revista do Advogado, v. 54, dezembro de 1998, p. 63.

⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Cláusula de Não concorrência inserida no Contrato de Trabalho. In Repertório IOB de Jurisprudência – 1ª Quinzena de abril de 2001, n. 7/01, Caderno 2, p. 128.

1.4. Livre concorrência

Livre concorrência é um ideal de mercado no qual nenhuma das empresas possuiria privilégios, de diversas origens, sobre as outras, como privilégios jurídicos, ajuda estatal e outros¹⁰.

Segundo Adam Smith¹¹ (apud PANTONI), um mercado gerido segundo os ideais de livre concorrência deve contar com pouca intervenção estatal, apenas para regular possíveis atitudes monopolizadoras dos participantes, e esse modelo seria fundamental para a eficácia da produção, já que com a livre concorrência as empresas seriam estimuladas a desenvolver sua produção para conquistar espaço de mercado.

Para o aspecto jurídico, a livre concorrência se representa na regulamentação do mercado, visando impedir as já citadas atitudes monopolizadoras, garantindo o direito igual a concorrência à todos os participantes de determinado mercado.

1.5. Concorrência Desleal

Maria Helena Diniz define concorrência desleal como:

“Uso doloso de meios desonestos, ilícitos, contrários aos usos mercantis e aos bons costumes com o escopo de lesar pessoas que exploram o mesmo ramo, visando promover a ampliação de seus negócios, auferindo vantagens além dos limites legais.”

Ou seja, a utilização de métodos que contrariem as regras as ideias de concorrência e livre concorrência para obter vantagens e crescimento dentro do mercado desejado.

¹⁰ SANDRONI, Paulo. Novíssimo dicionário de economia. São Paulo: Ed. Best Seller, 1999. P. 118-119.

¹¹ SMITH, Adam. A Riqueza Das Nações - Investigação Sobre Sua Natureza e Suas Causas, 1996 (Coleção Os Economistas) in: PANTONI, Roberta Alessandra. Livre iniciativa e livre concorrência na obra “A riqueza das nações” de Adam Smith. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8807>.

Acesso em 04/09/2015.

Na própria definição de Maria Helena, cabe extrair os termos “desonestos” e “contrário aos usos mercantis e aos bons costumes”, já que esse tipo de critério pode ser ambíguo e levar a definições diversas.

Determinados atos desonestos em uma concorrência podem não ser considerados como delitos de concorrência desleal, como é o caso, explicitado por Celso Delmanto¹², de uma concorrência anticontratual, na qual um participante do mercado assumiria a obrigação de não competir via acordo jurídico.

A legislação brasileira reprime a concorrência leal considerando-a crime de acordo com o artigo 195 da lei 9.279/96. Os incisos IX, X e XI de tal artigo abordam os crimes relativos aos contratos de trabalho:

“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;”

¹² DELMANTO, Celso. Crimes de Concorrência desleal. São Paulo: Buthaski/Ed. USP, 1975. P. 259-260.

Fica descaracterizada a concorrência desleal quando restar claro que o empregador possuía conhecimento da atividade realizada pelo empregado, conforme entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região¹³:

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

No mesmo campo, temos a Lei n. 8.884/94, a chamada Lei antitruste, que pretende evitar o abuso do poder econômico pela delegação à Secretaria de Direito Econômico da responsabilidade de instaurar os processos necessários que são julgados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE.

De qualquer maneira, enquadrada em um delito ou apenas numa prática contrária aos modos do mercado, a concorrência desleal não é bem-vista, o que é representado pelos métodos legais que visam cerca-la e puni-la quando possível.

¹³ TRT 2ª, RO 2.930.362.612, Juíza Anélia Li Chum, Ac. 7ª T. 7.699/95.

2. PRINCÍPIOS E OBRIGAÇÕES QUE REGEM O CONTRATO DE TRABALHO

2.1. Princípio da boa-fé

Desde o momento de celebração do contrato de trabalho, as partes deverão agir com lealdade e sinceridades, com o intuito de garantir e preservar a relação jurídica estabelecida. Deve-se sempre agir com probidade e honestidade, para que não ocorra o desequilíbrio contratual.

Ainda, conforme o artigo 113 do Código Civil:

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

Sendo assim, não pode uma das partes agindo de má-fé gerar um desequilíbrio contratual, devendo sempre agir de maneira mais transparente possível, evitando-se o enriquecimento ilícito, ou seja não havendo a intenção de violar o direito de terceiro.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo¹⁴, o princípio da boa-fé objetiva deve:

“(…) existir ante a lealdade, a honestidade e segurança, que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na formação, na celebração, na execução (cumprimento) e na extinção do contrato, bem como após esta.”

O dever de boa-fé decorre da necessidade de os contratantes agirem com lealdade, com correção, de acordo com os usos, costumes e sem desobedecer às normas em vigor.

¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: Função Social dos Contratos, boa-fé objetiva, teoria da imprevisão e em especial, onerosidade excessiva. Revista Ltr, 67-04/393, v.67, n. 4, abril de 2003, p. 393.

O art. 422 do Código Civil dispõe que “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”, sendo um exemplo de positivação da boa-fé que deve nortear as partes de um contrato.

Considera-se que a boa-fé deve estar presente nos contratos de trabalho, desde as negociações pré-contratuais, já que antes mesmo da conclusão do contrato as partes já devem agir com o ânimo de não violar interesses alheios. Durante a execução do contrato também é imprescindível a boa-fé entre as partes.

A boa-fé não deve existir somente durante a vigência do contrato, ou no instante de sua celebração, ela deve estar presente, mesmo após a extinção do contrato.

Após a extinção do contrato, os segredos e informações adquiridas após a prestação do serviço, devem ser preservados.

2.2. Dever de obediência

O dever de obediência decorre de uma das características essenciais do contrato, qual seja a subordinação. Caso o empregado não cumpra com o dever de obediência, o contrato de prestação de serviços poderá ser rescindido, em razão de indisciplina e insubordinação.

Nos casos em que certas determinações do empregador caracterizarem ilicitudes, pode o empregado apresentar resistência e se opor a ordem dada pelo empregador. O dever de obediência decorre na necessidade de organização do trabalho, e não da superioridade do empregador.

Numa aparente contradição, o direito que se apresenta como decorrência de uma necessidade de proteção, para minimizar a disparidade econômica entre empregado e empregador, erigindo-o como idéia unificadora do sistema jurídico, aponta

exatamente para o dever de obediência às ordens do empregador como o primeiro dever do trabalhador.¹⁵

XX assevera que, “*o dever de obediência, de qualquer sorte, é sempre apresentado inicialmente como pressuposto lógico necessário da existência de uma relação de emprego, e, ainda, como dever jurídico específico decorrente do negócio jurídico realizado*”¹⁶.

O poder empregatício representa um direito que é atribuído exclusivamente ao empregador em decorrência do vínculo contratual da atividade do empregado existente na organização da empresa. Dessa maneira, ao aceitar o contrato de trabalho, o empregado obriga-se a seguir as instruções emanadas pelo empregador que, como detentor dos meios de produção e titular da empresa, passa a deter o poder empregatício.

2.3. Dever de sigilo

O dever de sigilo deriva do dever de lealdade, cuja origem também é o contrato de trabalho. Tal dever consiste em apenas obter as informações necessárias para o cumprimento do trabalho que será desenvolvido, bem como não revelar as informações privilegiadas ou particulares.

Em muitas empresas, os funcionários possuem contato com informações bancárias tanto da empresa como dos clientes, informações pessoais dos funcionários e dos clientes, entre outros tipos de informações fundamentais para a realização do trabalho. A publicação dessas informações pode trazer prejuízos e danos muitas vezes incalculáveis.

A obrigação de sigilo é o dever de não expor:

“... às informações que recebe do empregador ou pelo desenvolvimento do seu trabalho, não podendo divulgá-las,

¹⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder Punitivo Trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999. P. 26.

¹⁶ Idem.

principalmente a terceiros, notadamente quando sejam concorrentes do empregador, afirma Sergio Pinto Martins. Deve guardar o dever de fidelidade para com o empregador. A confidencialidade é, portanto essencial nessa relação”¹⁷

O dever jurídico de não expor tais informações privilegiadas pode ocorrer por imposição de lei, como no caso dos funcionários da administração direta e indireta e dos profissionais liberais. Como pode também ter origem em um vínculo contratual.

Conforme já citado anteriormente, durante a vigência do contrato de trabalho o dever de sigilo é previsto pelo artigo 482, alínea “g” da Consolidação das Leis do Trabalho, após o término do mesmo, a Lei nº 9.279/96, tipifica a quebra do sigilo como crime. Os limites do exercício da atividade profissional, devem ser sempre observados para que o empregado não pratique atos antijurídicos.

2.4. Dever de lealdade

A relação de trabalho existente entre as partes, confere ao trabalhador o conhecimento de toda a produção e organização da empresa, de forma que a boa-fé sempre dever estar presente. Sendo assim, o dever de lealdade não advém especificamente do contrato de trabalho, mas sim do acesso ao estabelecimento comercial que o empregado possui.

O dever de lealdade consiste portanto, na abstenção do empregado de praticar atos que venham a causar danos para a empresa. Não sendo permitido que este receba valores em troca de favores para terceiros, com o intuito de revelar as informações que tenha tomado conhecimento durante o seu trabalho.

A relação de emprego é marcada pela formalização do contrato de trabalho, do qual decorrem deveres e obrigações entre empregado e empregador. De um lado está o empregador que se obriga a remunerar o empregado, enquanto o empregado obriga-se a prestar os serviços ali contratados, com diligência, fidelidade, obediência

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª Quinzena de abril de 2001, nº 7/2001, caderno 2, p. 127.

e disciplina. Como bem lembra Maurício Godinho Delgado, “o poder intra-empresarial não é um poder do empregador (e, obviamente, nem do empregado). É uma relação de poder própria a uma realidade sócio-econômica e jurídica específica, a relação de emprego [...]”¹⁸.

Conforme o Professor Amauri Mascaro Nascimento, dentre as obrigações atribuídas às partes na relação de emprego, existem as destinadas ao empregado: prestação do serviço, obediência às ordens do empregador ou dos superiores hierárquicos, diligência, assiduidade, fidelidade aos fins lícitos perseguidos pelo dirigente empresarial. Essa fidelidade também se caracteriza pelo dever de não fazer concorrência desleal ao empregador e, muito menos, revelar segredo de que tenha conhecimento por conta do contrato de trabalho. O empregado se disponibiliza, ainda, à colaboração com os meios de produção utilizados pelo empregador. Dentre as obrigações atribuídas ao empregador, existem aquelas que visam proporcionar trabalho, pagar salário ao empregado e respeitar as normas de proteção e a dignidade pessoal do trabalhador¹⁹.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008

¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: Ed. Ltr, 2003

3. CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO DE TRABALHO

3.1. Cláusula de não concorrência - Conceito

Por meio da cláusula de não concorrência, determinados empregados se comprometem a não prestarem serviços para empresas concorrentes do mesmo ramo, desde que essa não prestação seja indenizada de forma proporcional e desde que o tempo não seja extenso. O pacto de não concorrência não possui qualquer impedimento legal.

A limitação objetiva que impede o ex-empregado de concorrer contra seu antigo empregador, ocorre também em uma determinada área territorial e por um determinado tempo, conforme descrito por Cesarino Júnior²⁰:

"(...) é a condição do contrato individual de trabalho de não poder o empregado após sua rescisão, durante certo tempo e em certa região, exercer, para outra empresa, as mesmas funções nele contratadas"

Conforme artigo 482, c, da CLT, constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho a *"negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço"*.

Tal prática ocasiona um fato ilícito, pois viola os deveres e princípios atrelados aos contratos de trabalho, quais sejam lealdade, fidelidade e boa-fé. Por isso, a prática da negociação sem a permissão do empregador, ocasiona a rescisão do contrato de trabalho por justa causa praticada pelo empregado.

²⁰ CESARINO JR., Antônio Ferreira e CARDONE, Marly. Direito Social. 2 ed. São Paulo: Ed. Ltr, v. 1, p. 163.

Tem sua origem também no contrato de trabalho, a cláusula de não concorrência após a rescisão contratual. A justificativa está nos conhecimentos e segredos que o empregado tomou conhecimentos, por causa do vínculo empregatício que possuiu com determinado empregador.

Por mais que não conste em um contrato de trabalho, a cláusula de não concorrência, o ex-empregado não pode valer-se das informações privilegiadas que auferiu durante a validade do contrato de trabalho, para exercer ou praticar quaisquer atos que prejudiquem seu ex-empregador. A prática de tais atos podem ferir os limites previstos na legislação sobre proteção industrial e no Código Penal brasileiro.

Assim, nos casos em que não há o pacto de não concorrência:

“O empregado não pode ser impedido de trabalhar, contudo, poderá ser responsabilizado civilmente pela violação de segredo do empregador. Da mesma forma, pensa Sérgio Pinto Martins, ao afirmar que o empregado pode ser processado por responsabilidade civil de divulgação de segredo do empregador, mas não pode ser impedido de trabalhar. Exceção ocorreria se o empregador pagasse, como compensação financeira, um valor ao empregado pelo não exercício de atividade concorrente.”²¹

Logo é possível concluir que a cláusula de não concorrência pode ser firmada durante a vigência de um contrato ou após a extinção da relação de emprego. Ao firmar o acordo, o empregado pactua que não irá praticar atos que gerem a perda da clientela ou de concorrência, durante determinado período de tempo, mediante o recebimento de pagamento.

Com o fenômeno da globalização da economia, torna-se imprescindível o conhecimento de novas tecnologias para viabilizar a concorrência da empresa em

²¹JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. in Cláusula de não-concorrência no Contrato de Trabalho.

âmbito mundial. Assim, além do capital e do trabalho, o conhecimento passou a ser essencial para o processo de produção e geração de riquezas, havendo reflexos no contrato de trabalho, visto que empregados especializados situados em áreas estratégicas da empresa detêm informações privilegiadas, sendo necessário novas regulamentações na relação de trabalho. Nesse contexto, surge a cláusula de não concorrência.

A doutrina aponta que a cláusula de não concorrência teve sua origem no direito norte americano, depois tendo se expandido pelo mundo. Adriana Carrera Calvo²², em artigo publicado na internet aponta alguns casos emblemáticos de existência da cláusula de não concorrência:

"William Redmond Jr., Diretor Geral das Operações Californianas da Pepsi, aceitou, em 1994, o cargo de Diretor Executivo Operacional da divisão mundial Gatorade da Quaker Oats. Logo após o seu desligamento, a Pepsi Co. ajuizou um processo contra o exempregado, alegando que ele assinara contrato de confidencialidade e não-concorrência. Redmond era co-responsável pelo plano de marketing de refrigerantes da empresa. A sentença judicial não só obrigou Redmond a não trabalhar para referida empresa durante 6 (seis) meses, como também o proibiu de revelar o plano da PepsiCo. aos seus novos patrões. [...] Em muitos casos americanos, os tribunais se colocam a favor dos empregadores: "estão dispostos a colocar o trabalhador de lado durante determinado período de tempo, até que a informação que ele possui envelheça", afirma Theodore Rogers Jr., sócio de uma grande firma de advogados nos EUA."

Portanto, pode-se constatar pelo exemplo citado que os Tribunais norte americanos tem se posicionado favoráveis a estipulação da cláusula de nãoconcorrência nos contratos de trabalho, desde que obedecidos alguns pressupostos, como a limitação

²² CALVO, Adriana Carrera. Os aspectos legais e a validade da cláusula de não-concorrência no Brasil . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 616, 16 mar. 2005. Disponível em: . Acesso em: 12/06/2015

temporal, já que proibiu o executivo de trabalhar por 6 meses, além de não poder revelar ao novo empregador os planos estratégicos da empresa em que prestara serviços.²³

3.2. Cláusula de não concorrência no direito empresarial

A concorrência atualmente é propulsora da economia capitalista, sendo considerada lícita quando não ferir lei ou ato normativo, e quando utilizada de maneira moderada e sempre com boa-fé. O exercício do comércio gera naturalmente a concorrência.

Ocorre que muitas vezes verifica-se a concorrência por atos de má-fé, a chamada concorrência desleal. Isto ocorre, por conta da busca infinita de muitos comerciantes pelo lucro e busca de vantagens. A concorrência desleal é proibida, aquele que for vítima da concorrência desleal, poderá receber indenização por perdas e danos.

Na esteira do Direito do Trabalho, vale destacar o artigo 195 da Lei nº 9.279/96 (Lei de Patentes), que trata do crime de concorrência desleal pelo empregado, mesmo após a extinção do contrato de trabalho.

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

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

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

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

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

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou

²³ GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. Cláusula de não concorrência. Artigo publicado pelo Procurador Federal, em www.agu.gov.br/page/download/index/id/21677987, acessado em 14/06/2015.

oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

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

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

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

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

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

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

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

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

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

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.”

Foram criados três órgãos, com competências específicas, para a apuração da concorrência desleal: i) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, responsável por apurar os atos que possam ferir a livre concorrência entre os agentes econômicos, assim como decidir sobre a ocorrência de violação da legislação concorrencial; ii) Secretaria de Defesa do Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE, a quem compete deflagrar o processo administrativo mediante a provocação de qualquer interessado; iii) Secretaria Executiva de Acompanhamento Econômico – SEAE, é responsável por emitir parecer sobre a matéria que deverá ser julgada, antes do fim da instrução processual.

Como bem leciona Sérgio Pinto Martins²⁴:

“No Direito Comercial são estabelecidas limitações para efeito do exercício da cláusula de não-concorrência. A primeira limitação diz respeito ao prazo. Não se pode estabelecer essa cláusula por prazo indeterminado, pois impediria o direito de livre concorrência, de livre iniciativa. Quanto à limitação territorial, esta deve ser feita num determinado espaço

²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não concorrência inserida no contrato de trabalho. IOB 07/2001 – Caderno 2, p. 128.

territorial, não sendo justificável que mesmo distante do local anterior, haja a observância da cláusula de não-concorrência. Quanto ao objeto, a limitação deve ser feita em relação à atividade igual ou semelhante a anterior e não a qualquer atividade.”

Conforme se verifica, há a possibilidade de inserção da cláusula de nãoconcorrência para os sócios de uma sociedade, de modo que estes não poderão de associar a companhias que possuem o mesmo ramo comercial. Restando claro a diferença entre os interesses dos sócios e da companhia.

3.3. Do cabimento da cláusula de não concorrência

É garantido constitucionalmente nos artigos 5º, inciso XIII e 170, inciso VIII, o exercício de qualquer profissão e a busca pelo pleno emprego, por essa razão, alguns doutrinadores defendem a inconstitucionalidade da cláusula de não concorrência.

Com a globalização, as empresas tornaram-se vulneráveis por conta dos avanços da tecnologia e do aumento da competitividade. Com isso, os métodos e técnicas de cada companhia tornaram-se fundamentais para a garantia de vendas e de uma boa posição no mercado.

Na cadeia estrutural de uma empresa, há empregados especializados em diversos setores formando a cadeia corporativa de uma companhia. De acordo com a posição ocupada por um empregado, mais informações e conhecimentos privilegiados da companhia ele possui, de maneira que a exposição dessas informações pode trazer prejuízos incalculáveis.

O dever de lealdade e fidelidade devem ser respeitados, mesmo que isso signifique a limitação à liberdade de trabalho. Havendo com isso, uma contraposição entre a proteção dos segredos das empresas, modo de fabricação e etc., e o direito dos empregados de liberdade de emprego.

Diante disso, a análise dos princípios deve se realizada de forma conciliatória, através da cláusula de não concorrência, se busca a proteção não apenas da empresa, mas sim de todos que dela dependem para garantir as necessidades básicas. Ainda, o estabelecimento da cláusula após a extinção do contrato, não proíbe o exercício de qualquer trabalho e para sempre.

Além disso, aceitar a ideia de conflitos constitucionais traria o entendimento de existência de princípios constitucionais incompatíveis entre si, o que geraria um afastamento da Constituição Federal, por possuir normas incompatíveis. Logo, a cláusula é válida, pois ela possui limites e requisitos para ser firmada de modo que ambas as partes terão seus direitos resguardados, o empregado de compromete a se abster de certas atividades mas recebe em função disso, uma remuneração, enquanto a empresa garante o seu funcionamento.

Dado a natureza contratual, empregado e empregador estipulam livremente as condições para a realização do pacto laboral, desde que obedecidos certos parâmetros previstos por normas de ordem pública, já que o direito do trabalho é marcadamente social, com várias normas dispositivas de observância obrigatória por todos, dado o caráter intervencionista do Estado no âmbito laboral, para coibir abusos que já foram cometidos no passado.

É perfeitamente aplicável ao pacto laboral o disposto no art. 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."

Assim, obedecendo-se os direitos consagrados pelas normas trabalhistas como essenciais para a validade do pacto laboral, é lícito às partes estabelecerem condições para a realização do trabalho, tanto para vigerem durante o vínculo como

para terem eficácia após a sua extinção, como a cláusula de não concorrência após o fim da relação empregatícia. Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento²⁵:

"Com as restrições à autonomia da vontade no direito do trabalho, são essas negociações de âmbito reduzido, mas existem, quer na oportunidade da formação do vínculo de emprego, quer durante o seu desenvolvimento, quer, ainda, em sua extinção."

Portanto, dado a liberdade contratual que rege as relações trabalhistas, ainda se levando em conta a existência de normas de ordem pública que devem ser obrigatoriamente observadas, verifica a validade da cláusula de não concorrência nos contratos individuais de trabalho.

3.4. Sujeitos pactuantes da cláusula

Para que empregado e empregador firmem a cláusula de não concorrência, deve se levar em conta a atividade exercida pelo empregado, os conhecimentos e informações adquiridas e possíveis prejuízos que a má utilização dessas informações podem causar, de maneira que fundamente a necessidade de se firmar a cláusula.

Dessa maneira, a cláusula de não concorrência não pode ser firmada com todos os funcionários da empresa, mas sim com aqueles que de fato possuem informações privilegiadas e que podem trazer algum prejuízo para a empresa. O princípio da razoabilidade deve estar presente, para o exercício da análise de risco, pois o que se busca não é o extermínio da concorrência, mas sim da concorrência desleal.

Pelo exposto, conclui-se que a celebração da cláusula não pode ser realizada com todos os funcionários da Companhia sem distinção alguma, sob pena de invalidade da cláusula. Sendo assim, deve ser firmada com aqueles funcionários, cujas

²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 17. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 206.

informações em razão do cargo, possam de fato trazer algum prejuízo, através do uso indevido dessas informações.

3.5. Objeto da cláusula de não concorrência

Ao firmar a cláusula de não concorrência, o empregado será impedido de exercer algumas atividades no mesmo ramo comercial. Ocorre que tal limitação será indenizada proporcionalmente, de forma que quanto menor a restrição, menor a indenização.

Um empregado que tenha trabalhado do setor de desenvolvimento de sabores em uma empresa se laticínios, em princípios não esta proibido de exercer a mesma função em uma fábrica de bolachas. Logo conforme já dito, dever ser realizada uma análise de todas as atividades exercidas pelo empregado, apara que a cláusula seja válida.

Resta evidente a necessidade de clareza na especificação das atividades restritas, não podendo esta restrição ser genérica, para evitar também o risco de questionamento da validade do pacto. Trata-se de um requisito fundamental para a validade do acordo.

3.6. Limitação do temporal

A validade da cláusula de não concorrência deve ser por tempo determinado, pois a não estipulação de prazo gera ilegalidade. A jurisprudência è clara quanto ao tema:

“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 autonomia de vontade do trabalhador, em total afronta ao

disposto no artigo 5º, inciso XIII, da CF, que diz ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” (TRT-15 - RO: 27957 SP 027957/2003, Relator: ELENCY PEREIRA NEVES, Data de Publicação: 19/09/2003).

A função exercida pelo empregado em uma empresa, esta diretamente ligada a sua formação profissional, em razão disso a cláusula não pode proibir o exercício de determinadas atividades eternamente.

Dessa forma, quando o empregado que possui um cargo mais elevado e por conta disso informações privilegiadas, ter seu contrato de trabalho extinto, poderá ser firmada a cláusula de não concorrência. A cláusula deverá limitar o exercício das atividades anteriormente desempenhadas, por um certo período de tempo.

Para estabelecer o tempo de validade do acordo, deverá ser analisado o período de tempo necessário para minimizar ou até mesmo anular os possíveis riscos trazidos pelas informações secretas que o empregado possui. Isso é possível também em face da globalização e das rápidas mudanças tecnológicas, de maneira que a “receita” utilizada hoje pode não ser mais a mesma utilizada na semana seguinte.

Para a estipulação da cláusula, deve ser verificado não apenas um prazo razoável para a garantia de anulação dos riscos, mas também um período razoável, para que o próprio empregado não seja prejudicado, ao ponto de não conseguir outro emprego.

Segundo o Ministro Eloy da Rocha²⁶:

“(…) O que não se pode admitir em absoluto, é a restrição perpétua que evitaria o livre progresso e melhoramento individual e privaria o direito à existência. O direito ao trabalhador não é outra coisa que o direito a vida. O pacto pode

²⁶ in Revista Trimestral de Jurisprudência 55/44, apud CALVO, Adriana Carrera. Aspectos legais e a validade da cláusula de não concorrência no Brasil.

ser tolerado, uma vez que não inutilize o futuro do preposto. Para a validade, são essenciais as limitações de lugar e tempo, sendo quando a este, bom critério não exercer o período de duração efetiva do contrato. Em atenção ao princípio constitucional de liberdade de trabalho ou direito a trabalho, não será admissível cláusula de não-concorrência sem tais limitações”.

Ainda, conforme Alexandre de Almeida Cardoso²⁷, o término do prazo de não concorrência:

“(...) não desobriga o trabalhador de respeitar os segredos empresariais de seu ex-empregador. Mesmo após a extinção do pacto de não concorrência, ao trabalhador não é permitido a divulgação, exploração ou utilização dos segredos de negócio conhecidos em função do antigo contrato de trabalho.

O decurso do prazo fixado para o compromisso de não-concorrência faz cessar apenas a obrigação objetiva a que o trabalhador se comprometeu de não trabalhar para certas empresas, ou de não se engajar em certas atividades, que resultem em prejuízo para o antigo empregador. O respeito aos segredos do negócio alheios, todavia, independe do ajuste e deve persistir , sob pena de o trabalhador responder por cometimento de ilícito penal e/ou civil, conforme o caso. ”

Diante da inexistência de legislação que disponha sobre o assunto, a delimitação do tempo ficará a critério das partes, desde que sempre respeitado o limite da razoabilidade.

²⁷ CARDOSO, Alexandre de Almeida. Dos pactos de não – concorrência nos Contratos Individuais do Trabalho, Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho, Faculdade de Direito da USP, p. 231.

3.7. Limitação territorial

A limitação temporal não é um requisito de validade da cláusula, mas quando estabelecido, deverá ser respeitado pelas partes pactuantes. O estabelecimento de tal limitação deverá observar a área de atuação da empresa.

A limitação territorial não necessita ser apenas em âmbito nacional, outras barreiras geográficas como América do Sul, América do Norte, podem ser adotadas.

Conforme entendimento do doutrinador Sérgio Pinto Martins²⁸:

“...não terá valor a cláusula em locais em que a empresa não venha a competir com outras no mesmo mercado. Assim, ela deve ser estabelecida para uma certa área profissional.”

Atualmente em razão dos avanços tecnológicos, contatos são firmados em local diverso do da matriz da empresa, dessa forma, se faz necessária a estipulação da limitação espacial, para garantir a validade do pacto de não concorrência.

3.8. Da obrigação de fazer e a estipulação de multa cominatória

Inicialmente, importante ressaltar que o caráter fiduciário do contrato resulta em diversas obrigações de fazer ou não fazer, incidindo em especial sobre o trabalhador, conforme dispõe Maurício Godinho Delgado.

No caso em comento, importante ressaltar que o pacto de não concorrência determina uma obrigação de não fazer.

A lei tem por finalidade principal que as mencionadas obrigações sejam cumpridas in natura, isto é, o principal objetivo daqueles que concordam com a sua estipulação não é o recebimento de qualquer indenização ou de reparo econômico, mas sim a própria prestação estipulada estipulando a abstenção de atos específicos.

²⁸ In Cláusula de não concorrência inserida no contrato de trabalho. IOB 07/2001 – Caderno 2.

Nessa toada, no caso do empregado descumprir a obrigação de não exercer atividades antes exercidas (por sua conta ou de outrem), poderá o antigo empregador ingressar com ação cominatória exigindo a expedição de uma ordem judicial determinando o cumprimento da obrigação de não fazer, a qual determinará uma multa cominatória (via de regra, multa diária enquanto permanecer o inadimplemento).

No entanto, cumpre ressaltar, em caso de persistir a desobediência à determinação judicial, caberá então a responsabilização do empregado por perdas e danos, além da multa diária já estipulada, indenização esta estipulada no próprio contrato de trabalho (quando da pactuação de não-concorrência).

Com efeito, o empregado poderá ser responsabilizado por indenização por danos materiais ocasionados ao ex-empregador, tais como lucros cessantes; bem como, ser responsabilizado por indenização por danos morais que eventualmente venha a sofrer, o que no caso da empresa representa dano em sua imagem e conceituação no mercado empresarial.

No direito comparado a regra é a necessidade de uma contraprestação pela cláusula de não concorrência, que deve ser proporcional à limitação imposta. Mallet diz que a obrigatoriedade de compensação constitui *“requisito de validade da cláusula de não-concorrência, no Código de Trabalho de Portugal, na legislação belga, no Estatuto de los Trabajadores da Espanha e no Codice Civile italiano”*²⁹

No Brasil, mesmo diante da omissão legislativa, considera-se como imprescindível a estipulação de uma contraprestação pelo empregador, observando-se um mínimo de equilíbrio entre a obrigação imposta ao empregado e a contrapartida que cabe ao empregador.

²⁹ MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. Revista LTR: legislação do trabalho. São Paulo: LTR, 10/2005. p. 1163/1164.

No entanto, não basta o mero pagamento. Deve haver um equilíbrio entre as prestações dos contratantes, devendo a retribuição ser proporcional à restrição imposta. Nesse sentido são os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins:

"Para a validade da cláusula, o empregado deve receber compensação financeira, que lhe permita fazer face a seus compromissos, como se estivesse trabalhando, visando a que o trabalhador não enfrente dificuldades financeiras para manter seu mesmo nível de vida, pois o pagamento terá natureza alimentar."

No que se refere ao valor da compensação, existem diversos posicionamentos a esse respeito. Sérgio Pinto Martins diz que *"a solução é o pagamento da compensação financeira no valor da última remuneração do empregado, multiplicado pelo número de meses em que deixará de exercer outra atividade"*.

Por outro lado, Estevão Mallet³⁰ não fixa parâmetros relacionados à remuneração do empregado, devendo-se avaliar caso a caso, senão vejamos:

"Quanto mais ampla a limitação – quer do ponto de vista do objeto, quer do ponto de vista temporal, quer, ainda, do ponto de vista espacial – maior deve ser a compensação e vice-versa. O valor da compensação não está vinculado, portanto, ao montante da remuneração recebida pelo empregado durante a vigência do contrato, ao contrário do que já se pretendeu. [...] O importante é que não exista desequilíbrio entre as obrigações das partes."

Portanto, não há que se fixar valores pela compensação nem forma padrão de pagamento. Quer seja mensal ou de forma única, o pagamento deve corresponder a uma compensação à limitação imposta, observando-se a proporcionalidade entre eles. Considera-se apenas que, dado a hipossuficiência do empregado, não seria

³⁰ MALLET, Estevão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. Revista LTR: legislação do trabalho. São Paulo: LTR, 10/2005. p. 1165

justo a estipulação de que o pagamento se daria apenas no final do período da nãoconcorrência, sendo por isso, vedado tal estipulação.

Quanto a natureza da indenização, a doutrina não é pacífica, existindo basicamente duas correntes, uma defendendo a sua natureza salarial ao passo que a outra diz ter o caráter indenizatório.

Parece prevalecer o entendimento na doutrina que se trata de caráter indenizatório, como se observa das palavras de Estevão Mallet³¹:

"Reveste-se o crédito conferido ao empregado, outrossim, de natureza indenizatória, como explicitado em alguns sistemas jurídicos. [...] Indeniza-se, isso sim, a limitação à liberdade de trabalho. [...] não constitui, em consequência, base de incidência de contribuições previdenciárias ou imposto de renda, à semelhança dos valores conferidos em programas de incentivo à rescisão de contrato de trabalho."

Assim, por caracterizar o ressarcimento a uma lesão causada no patrimônio do empregado, tem-se que a compensação financeira, advinda da cláusula de não concorrência, possui natureza indenizatória, sendo imprescindível a sua estipulação para que a cláusula tenha validade.

³¹ Idem. p. 1165

4. CONCLUSÃO

Apesar da ausência de previsão jurídica expressa sobre a cláusula de não concorrência, não impede que a mesma seja firmada, desde que respeitados os princípios e garantias previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

A Cláusula de não concorrência deve ser fundamentada no princípio da livre iniciativa, mesmo que a cláusula imponha uma limitação a ela. Dessa forma, a liberdade de trabalho, liberdade de concorrência e a livre iniciativa devem estar em harmonia, respeitando o princípio da razoabilidade, sem que infrinja o direito de terceiro.

Deve-se levar em conta ainda, a função social de cada empresa, de modo que a intenção não é apenas a proteção de suas informações sigilosas, mas também de todos que dela dependem economicamente. Nesta linha de raciocínio, a cláusula de não concorrência visa proteger as empresas e seus funcionários da concorrência desleal, que pode levar a uma falência.

O direito previsto na Constituição Federal, de exercício de trabalho é relativizado, para garantir a própria subsistência desse direito. A relativização é garantida pelo princípio da proporcionalidade, pois diante de um possível conflito de normas, elas são readequadas de maneira que nenhuma seja invalidada ou desconsiderada.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental e serve de base para os demais princípios, pois além de englobar os direitos fundamentais da pessoa, engloba também os direitos sociais.

Desta forma, o pacto de não concorrência garante um mercado de trabalho com concorrências permitidas por lei, garantindo assim a função social da empresa. Pois não apenas o direito de uma pessoa é garantido, mas sim o de todas.

Além disso, a cláusula de não concorrência garante ao empregado uma contraprestação, de forma que este não tem seus direitos lesados ao firmar a

cláusula. A cláusula pode ser firmada no momento da celebração do contrato de trabalho, bem como após a extinção deste, com o intuito de proteger as informações e clientela das empresas, e também os empregados que nela trabalham.

A cláusula de não concorrência é um ajuste pelo qual o empregado se obriga a não expor as informações e conhecimentos que adquiriu durante a sua prestação de serviços. O dever de lealdade e sigilo devem ser sempre respeitados, evitando-se assim uma concorrência desleal e por fim prejuízos irreparáveis.

Assim, a cláusula de não concorrência pode e deve ser fundamentada no princípio da livre iniciativa, pois, na medida em que a livre iniciativa garante a liberdade no exercício de qualquer atividade econômica, valorizando o trabalho, o pacto de não concorrência se presta a efetivá-la, mesmo que represente limitação a ela, pois consubstancia uma forma de evitar o cometimento de abusos e consequente violação a direito alheio.

Por outro lado, por tratar-se de uma colisão de princípios, tem-se que a cláusula de não concorrência não deve ser utilizada de modo irrestrito. Deve ser utilizada de modo razoável, obedecendo a certos requisitos e sofrer limitações de ordem temporal, material e espacial.

Pode-se afirmar que a cláusula de não concorrência, de um lado, garante a livre iniciativa e a livre concorrência da empresa, na medida que impede a revelação de seus segredos por empregados e ex-empregados, e, por outro lado, restringe a livre iniciativa do empregado, que tem por um certo período e sob certas condições, limitado o seu exercício de emprego.

Para a validade da cláusula de não concorrência, como dito, deve-se obedecer alguns requisitos e limitações. Faz-se necessário a limitação específica das atividades a serem limitadas ao ex-empregado, o espaço territorial em que haverá a restrição, o lapso temporal em que deverá vigor tal cláusula bem como a previsão de uma contraprestação devida ao ex-empregado como compensatória da limitação imposta.

5. BIBLIOGRAFIA

BAUDRILLARD, J.- A sociedade de Consumo. Rio de Janeiro, Elfos Editora; Lisboa, Ed. 70

BELTRAN, Ari Possidonio. A Cláusula de Não Concorrência no Direito do Trabalho. In Revista do Advogado, v. 54, dezembro de 1998, p. 63.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; MODENESI, Tatiana de Oliveira Silva. Validade das Clawback Clauses no Direito Brasileiro e Cautelas Necessárias para sua Adoção (<http://www.slideshare.net/editorasintese/revista-sintese-trabalhista-e-previdencia-259>)

CALVO, Adriana Carrera. Aspectos legais e a validade da cláusula de não concorrência no Brasil.

CARDOSO, Alexandre de Almeida, Dos pactos de não – concorrência nos Contratos Individuais do Trabalho, Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho, Faculdade de Direito da USP.

CESARINO JR., Antônio Ferreira e CARDONE, Marly. Direito Social. 2 ed. São Paulo: Ed. Ltr, v. 1.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Ed. Ltr. 2008

DELMANTO, Celso. Crimes de Concorrência desleal. São Paulo: Buthaski/Ed. USP, 1975

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. V. III, 10. Ed. São Paulo: Saraiva.

JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. in Cláusula de nãoconcorrência no Contrato de Trabalho.

MALLET, Estêvão. Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho. Revista LTR: legislação do trabalho. São Paulo: LTR, 10/2005

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de direito administrativo. 1986

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: Ed. Ltr, 2003.

PANTONI, Roberta Alessandra. Livre iniciativa e livre concorrência na obra “A riqueza das nações” de Adam Smith. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8807>. Acesso em 04/09/2015.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Direito de Empresa no Código Civil de 2002 e seus Impactos no Direito do Trabalho. In Repertório de Jurisprudência IOB, 1ª Quinzena de Outubro de 2003, n. 19, v. II

SANFELICE, José Luis – Pós-Modernidade, Globalização e educação, capítulo um – Conferência proferida no VII Congresso de Educação, promovido pela Universidade do Contestafo (UnC) – SC, 18/10/2000

SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual e as novas leis autorais. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.