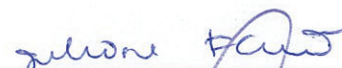


**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM  
DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

Aos 10 de dezembro de 2014 realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaborahy 989 – em Salvador/ Bahia, às 7h30, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado (a) **Juliana Bacelar S. de Araújo**, intitulada *A cláusula de não concorrência em face a Liberdade de Ofício do empregado.*, estando presente o (a) prof.(a) **Juliane Dias Facó**, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) **Valton Dória Pessoa** e Prof(a) **Josaphat Marinho Mendonça** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o (a) aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
<b>Juliane Dias Facó</b>	9,5	
<b>Valton Dória Pessoa</b>	9,5	
<b>Josaphat Marinho Mendonça</b>	9,5	

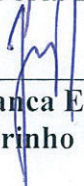
Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



\_\_\_\_\_  
Membro da Banca Examinadora  
**Juliane Dias Facó**



\_\_\_\_\_  
Membro da Banca Examinadora  
**Valton Dória Pessoa**



\_\_\_\_\_  
Membro da Banca Examinadora  
**Josaphat Marinho Mendonça**

Salvador, 10 de dezembro de 2014





**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JULIANA BACELAR SACRAMENTO DE ARAÚJO**

**A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA EM FACE A  
LIBERDADE DE OFÍCIO DO EMPREGADO**

Salvador  
2014

**JULIANA BACELAR SACRAMENTO DE ARAÚJO**

**A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA EM FACE A  
LIBERDADE DE OFÍCIO DO EMPREGADO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador  
2014

## TERMO DE APROVAÇÃO

**JULIANA BACELAR SACRAMENTO DE ARAÚJO**

### **A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA EM FACE À LIBERDADE DE OFÍCIO DO EMPREGADO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2014

A  
Meus pais e a minha irmã, por se  
fazerem sempre presente sendo o meu  
porto seguro.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço em primeiro lugar a Deus, por ter me permitido concluir mais um desafio, através da Fé tirei forças quando mais precisei.

Agradeço a minha mãe, Mônica, pelo amor, carinho, amizade e compreensão proporcionados diariamente, pelos conselhos e preocupações durante a realização deste trabalho.

A meu pai, que me encoraja a enfrentar todos os desafios de cabeça erguida, e que me faz acreditar na minha capacidade de alcançar todos os meus objetivos.

A minha irmã, por estar sempre ao meu lado, me dando tranquilidade e equilíbrio quando preciso.

Ao meu namorado Felipe, por todo o amor, carinho e paciência ao longo desses cinco anos.

Ao meu antigo chefe e amigo Dr. Fabrício Vila Henrique, que não só me inspirou com o tema desta pesquisa, mas na vida profissional como um todo.

Ao meu atual chefe, professor, orientador, Dr. Valton Pessoa, que tanto admiro e tenho muito carinho e gratidão. Obrigada por toda atenção e boa vontade de sempre.

A Dra Catarina Dantas, pela paciência e compreensão nos dias que precisei, sempre atenciosa e solícita.

A todos os meus colegas de sala e de trabalho, por todo o apoio, distrações e debates. Em especial à Cheyenne Teixeira, Maria Clara Amaral, Thais Sanjuan, Marcella Brandalize e André Freire pelo incentivo e apoio nesta etapa que passamos juntos.

A todos os funcionários da Faculdade Baiana de Direito, em especial à Adriana, Carla, Diana e Edilene por ser terem sido prestativas, educadas e principalmente pela ajuda nas pesquisas bibliográficas.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o estudo da cláusula de não concorrência em face a liberdade de ofício do empregado. Sabe-se que o empregado tem a garantia constitucional de laborar onde quiser exercendo as funções que tiver interesse. No entanto, quando no exercício da sua atividade ele obtiver conhecimento acerca de informações essenciais para a existência e permanência da empresa, como por exemplo segredos, fórmulas, inventos, pesquisa de preços, quando adquirir know how, lista de clientes, dentre outros, o empregador passa a correr riscos. Esses riscos surgem a partir do momento que o empregado deixa de trabalhar na empresa e passa a exercer suas atividades profissionais numa concorrente. Nesse contexto, visando à proteção da empresa, o empregador passa a se utilizar das cláusulas de não concorrência a fim de evitar ser vítima de concorrência desleal. A cláusula de não concorrência consiste na vedação do empregado em laborar numa concorrente após a rescisão contratual, desde que possua conhecimento acerca de informações que, se reveladas, podem gerar grave prejuízo a empresa. Surge a dúvida quanto à validade desta cláusula, vez que ela se confronta com o princípio fundamental da liberdade de ofício. Além disso, não há disposição acerca desse assunto no ordenamento pátrio. Para tanto, faz-se necessário a análise do instituto da boa fé objetiva e seus deveres anexos amparados pelo direito fundamental da solidariedade social. O objetivo da presente manifestação científica é justamente demonstrar que os valores e direitos fundamentais não são absolutos e quando confrontados devem ser analisados a partir dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

**Palavras-chave:** cláusula de não concorrência; liberdade de ofício; solidariedade; contrato; emprego; concorrência desleal; boa-fé; princípios fundamentais; limites; ponderação.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
LPI	Lei de Propriedade Industrial
TRT	Tribunal Regional do Trabalho



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2 A CONCORRÊNCIA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS</b>	13
2.1 A LIVRE INICIATIVA COMO FUNDAMENTO DA ORDEM ECONÔMICA	13
2.2 A CONCORRÊNCIA COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA	16
2.3 TIPOS DE CONCORRÊNCIA	18
<b>2.3.1 Concorrência Lícita</b>	19
<b>2.3.2 Concorrência Ilícita</b>	20
2.3.2.1 Infração à Ordem Econômica	22
2.3.2.2 Concorrência Desleal	23
2.4 A BOA FÉ OBJETIVA E O DEVER DE SIGILO	27
2.5 O DEVER DE SIGILO E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL	32
<b>3 CONTRATO E O DEVER DE NÃO CONCORRÊNCIA</b>	36
3.1. CONTRATO DE EMPREGO – CONCEITO E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	36
3.2. CONTRATO DE EMPREGO- NATUREZA JURÍDICA	38
3.3. AS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO	42
<b>3.3.1 Positivas</b>	43
3.3.1.1 O dever de fidelidade	44
<b>3.3.2 Negativas</b>	46
3.3.2.1. O dever de não concorrência na vigência do contrato	46
<b>4 CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E O CONTRATO DE TRABALHO</b>	50
4.1 CONCEITO	50
4.2 LIMITES	54
<b>4.2.1 Legítimo Interesse do Empregador</b>	55
<b>4.2.2 Matéria</b>	56
<b>4.2.3 Tempo</b>	57
<b>4.2.4 Espaço</b>	58
<b>4.2.5 Compensação Econômica</b>	58

<b>4.2.6 Modalidade de Despedida</b>	60
<b>4.3 A INTEGRAÇÃO NORMATIVA E A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA</b>	61
<b>4.3.1 Legislação Estrangeira</b>	62
<b>4.3.2 Jurisprudência</b>	64
<b>4.4 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E A LIBERDADE DE OFÍCIO DO EMPREGADO</b>	68
<b>5 CONCLUSÃO</b>	74
<b>REFERÊNCIAS</b>	77

## 1 INTRODUÇÃO

Visando iniciar as tratativas desta presente manifestação científica, é de bom alvitre destacar os elementos que ensejaram a elaboração da presente, de modo que fique claro para o leitor, logo na nota introdutória, as razões fáticas existentes e que necessitam ser discutidas e ponderadas nesta obra.

Pois bem, em razão do modelo econômico capitalista vigente no país é muito comum que exista transitoriedade nas relações de emprego. Uma nova proposta que signifique melhoria das condições de trabalho faz com que o empregado facilmente deixe de trabalhar em uma empresa e passe a trabalhar em outra, configurando assim a rotatividade comum nos tempos hodiernos. Isso faz parte das regras do mercado.

No entanto, a partir do momento que o empregado possui conhecimento de informações essenciais à existência e continuidade da empresa, como por exemplo, no caso das invenções, segredos industriais, comerciais e operacionais, pesquisas de preço e lista de clientes da empresa. Assim, surge para o empregador o risco de ser vítima de concorrência ilícita desleal.

Este presente trabalho aborda a cláusula de não concorrência no contrato de emprego, que consiste na obrigação do empregado em se abster do labor na empresa concorrente após rescisão contratual desde que possua conhecimento acerca das informações acima exemplificadas.

Diante da afinidade com a matéria trabalhista, o tema dessa pesquisa foi escolhido em razão da sua relevância no contexto atual, uma vez que a incidência de conflitos versando sobre a cláusula de não concorrência e a liberdade de ofício do empregado é temática bastante frequente. Frise-se que não existe regramento sobre o assunto no ordenamento jurídico brasileiro, e diante das decisões conflitantes surge à necessidade do estudo mais aprofundado nesse âmbito.

O objetivo desse trabalho é justamente demonstrar que nenhum direito ou valor constitucional é absoluto, e, conforme restará provado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são essenciais na resolução de conflitos.

No primeiro capítulo será desenvolvida a ideia da concorrência nas relações contratuais, bem como, será abordada a livre iniciativa e a livre concorrência como premissas essenciais para o funcionamento do capitalismo. A partir daí surge à necessidade das classificações da concorrência que podem ser lícitas ou ilícitas. A concorrência ilícita surge como prática abusiva do princípio da livre concorrência se subdividindo em infrações à ordem econômica e na concorrência desleal. Após essa classificação resta claro o entendimento de que apesar da livre iniciativa e livre concorrência serem essenciais para o modelo econômico capitalista, elas jamais irão poder ser exercidas sem que haja a imposição de limites.

Ainda no primeiro capítulo, se faz necessário verificar como os sujeitos no âmbito do contrato não podem contribuir com a prática da concorrência desleal a partir da análise da boa-fé objetiva presente na fase que antecede o contrato; na fase contratual e na fase pós-contrato, analisando em especial o dever de sigilo como dever anexo à boa fé objetiva. Para finalizar o capítulo, foi feito exame do dever de sigilo amparado constitucionalmente pelo princípio da solidariedade social.

O segundo capítulo consiste no estudo do contrato empregatício e o dever de não concorrência na vigência deste. A partir daí, foi trazido o conceito do contrato de emprego e seus requisitos, a natureza jurídica e as obrigações decorrentes dele. Imperioso ressaltar que a partir do contrato surgem obrigações positivas e negativas. As obrigações positivas “de fazer” no contrato de trabalho, representadas pelo dever de fidelidade do empregado, e as obrigações negativas de “não fazer” representadas pelo dever de sigilo e dever de não concorrência possuem maior relevância para o tema dessa pesquisa.

O terceiro capítulo aborda a cláusula de não concorrência no contrato de emprego. Nesse capítulo, traz-se o conceito da cláusula de não concorrência, e os limites exigidos para que ela seja considerada válida. Os limites são: legítimo interesse do empregador, matéria, lapso temporal, espaço, compensação econômica e por último traz-se a modalidade de despedida do empregado como limitadora da cláusula, uma vez que a rescisão indireta desobriga o empregado de cumprir o pacto.

Em razão de não haver regramento a respeito da cláusula de não concorrência no ordenamento jurídico nacional, é necessário verificar a hipótese da integração

normativa da matéria através do direito estrangeiro e da jurisprudência brasileira. Importante mencionar que a jurisprudência brasileira traz decisões conflitantes acerca da validade da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho.

Ainda no terceiro capítulo é trazida a necessidade da análise de cada caso concreto utilizando-se a técnica da ponderação para se aferir a validade da cláusula de não concorrência, uma vez que existe o conflito onde de um lado encontra-se a cláusula de não concorrência amparada pelo direito fundamental da solidariedade social e do outro o direito fundamental da liberdade de ofício do empregado.

Na conclusão serão feitos comentário a respeito de toda a matéria.

## 2 A CONCORRÊNCIA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A Ordem Econômica e a República Federativa do Brasil se fundamentam na Livre Iniciativa e na Valorização do Trabalho Humano, objetivando assegurar a dignidade da pessoa humana. No que tange a formação de preços, determinação da renda nacional, nível de emprego, distribuição e produção de riqueza, a Ordem Econômica possui diversos princípios norteadores dentre eles a livre concorrência, disposta nos arts. 1º, IV<sup>1</sup>, 170, caput<sup>2</sup> e inciso IV<sup>3</sup> da Constituição Federal, que será um dos temas aprofundados nessa pesquisa.

Além disso, o presente capítulo tratará das classificações do princípio acima mencionado e sua aplicação nas relações contratuais contemporâneas atreladas ao princípio da livre iniciativa, autonomia privada, e a boa fé objetiva como criadora de deveres anexos, sendo o dever de sigilo, correlacionado ao princípio da solidariedade social, como um dos principais para o desenvolvimento do tema desse trabalho.

### 2.1 A LIVRE INICIATIVA COMO FUNDAMENTO DA ORDEM ECONÔMICA

O princípio da livre iniciativa tem como principal papel garantir o ingresso e a permanência dos agentes econômicos no mercado. Por sua tamanha importância para a Ordem Econômica, se faz necessário inicialmente um breve histórico a respeito do surgimento da livre iniciativa no cenário mundial.

Com base na obra de Paula Andrea Forgioni<sup>4</sup>, durante a Idade Média era através das corporações de ofício que se obtinha o acesso ao mercado. No sistema das corporações de ofício havia o monopólio da comercialização e fabricação, entretanto

---

<sup>1</sup> Art 1º, inciso IV, CF- “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

<sup>2</sup> Art. 170, caput, *ibidem*, - “ A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”

<sup>3</sup> Art. 170, inciso IV, *ibidem*, *op.cit.*, - “livre concorrência.”

<sup>4</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**: Da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 206.

a concorrência era neutralizada através de regras de conduta e de polícia, que assim impossibilitavam a captação de clientes alheios.

Conforme Marcelo Martins Proença, após a ascensão da burguesia, o cenário se modifica tornando-se necessário ampliar as oportunidades de negócio. Dessa maneira, através do édito de Turgot em 1776 foi posto o princípio da livre iniciativa econômica, e tal princípio fora apresentado em sua plenitude pelo Decreto d' Allarde de 1791, conforme determinava o art. 7º:

(...) seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente a uma 'patente' (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis.<sup>5</sup>

Diante disso, demonstra-se através do pensamento de Eros Roberto Grau<sup>6</sup>, que no que diz respeito à iniciativa econômica privada, mesmo na sua origem, não existia liberdade absoluta, uma vez que o Estado não era completamente omissos e medidas de polícia já eram impostas. Ademais, como consequência da Revolução Francesa as corporações de ofício foram proibidas através da Lei Le Chapelier, reiterando-se o princípio da livre iniciativa.

Importante observar que, nas palavras de Paula Andrea Forgioni, a busca pela liberdade de iniciativa significa também “a revolta contra os privilégios tradicionalmente concedidos pelo monarca. Liberdade de iniciativa evoca, portanto, o aumento do espaço de atuação privada em face dos favorecimentos concedidos a apenas alguns agentes econômicos”.<sup>7</sup>

Assim observa-se que a ideia de livre iniciativa desde o início direciona-se a liberdade de atuação e a garantia de ação sem que haja entraves que diminuam o espaço do agente econômico, entretanto, como já mencionado, o Estado nunca foi absolutamente omissos, apesar do conceito ideal de livre iniciativa prever o contrário.

---

<sup>5</sup> PROENÇA, Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3.

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1988, p. 224.

<sup>7</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 207.

Atualmente o modelo de produção vigente na grande parte dos países é o capitalismo. E, a liberdade de iniciativa é elemento essencial para que este modelo funcione. Inocêncio Mártires Coelho define a livre concorrência com base no trecho abaixo transcrito:

(...) é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial (...) <sup>8</sup>

Assim, apesar de essencial, a livre iniciativa pode eventualmente causar injustiças, como por exemplo: bens essenciais serem produzidos em quantidade insuficientes para necessidade da coletividade. Para que essas injustiças sejam minimizadas o Estado interveio de alguma forma na Economia. Nesse sentido, a CF/88 conseguiu com êxito, equilibrar a livre iniciativa a através da função social da propriedade.

Em consonância com Fabio Ulhoa, diante de crises periódicas e injustiças permanentes na economia, o Estado poderá ser maior ou menor em relação a sua presença intervencionista. Isso se justifica no sentido de que o Estado resolva ou previna crises para impedir que alguma injustiça comprometa a Ordem Econômica.<sup>9</sup>

Nota-se que, em razão da complexidade humana não há que se falar em liberdade de iniciativa absoluta sendo possível que o Estado intervenha através de normas e organismos que defendam o interesse da coletividade.

Ainda de acordo com Fabio Ulhoa:

Quatro desdobramentos podem ser extraídos do princípio da liberdade de iniciativa: (a) imprescindibilidade, no capitalismo, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos; (b) reconhecimento do lucro como principal fator de motivação da iniciativa privada; (c) importância, para toda sociedade, da proteção jurídica do investimento; (d) importância da empresa na geração de postos de trabalho e tributos, bem como no fomento da riqueza local, regional, nacional e global.<sup>10</sup>

Conclui-se que, tais desdobramentos são feitos para que o modo de produção funcione de maneira mais eficiente. Insta esclarecer que, o princípio da livre iniciativa

---

<sup>8</sup> COELHO, Inocêncio Mártires, A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988, **Revista da Procuradoria-Geral da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 1992-1993. p. 61

<sup>9</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.68.

<sup>10</sup> *Ibid, loc. cit.*



está diretamente ligado ao princípio da livre concorrência, sendo diferentes aspectos das mesmas e essenciais premissas fundamentais do capitalismo.

## 2.2 A CONCORRÊNCIA COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA

A Constituição Econômica do Brasil incorpora características neoliberais o que significa que baseia-se em princípios liberais, tais como, a livre iniciativa, o direito de propriedade, e a livre concorrência, porém, também apresenta traços de conquistas sociais como a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego e a função social da propriedade.

Importante verificar que, o mercado representa uma das maneiras de se alocar recursos na sociedade, ou seja, os bens serão distribuídos entre as pessoas a partir do seu funcionamento. Assim, de acordo com Paula Andrea Forgioni, quando se fala em alocação de recursos pelo mercado, se pensa nesse sistema presidido pela força concorrencial, sendo esta o norte das relações econômicas.<sup>11</sup>

Inocência Mártires Coelho conceitua a livre concorrência como:

O “princípio econômico” segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado.<sup>12</sup>

Diante disso, Fábio Ulhoa Coelho afirma que, é através da liberdade de concorrência que se garante ao mercado o fornecimento de melhor qualidade do produto com preços inferiores, já que as empresas estariam “disputando” entre si a preferência do consumidor, de modo que, aparelhariam suas empresas no intuito de aperfeiçoar seus produtos e serviços economizando nos custos da produção, para que assim pudessem diminuir os preços.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009. p. 196.

<sup>12</sup> COELHO, Inocência Mártires. A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria-Geral da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, p. 62, 1992-1993.

<sup>13</sup> COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 74.

Para Donald Stewart “a essência da atividade empresarial é descobrir o que as pessoas querem e, desta maneira, procurar atender da melhor maneira possível.”<sup>14</sup> E, é assim que determinada atividade empresarial irá lucrar - juntando fatores de produção como capital, mão-de-obra, *know how*, assumindo riscos, gerenciamento, e combinando todos esses fatores com o interesse da sociedade. O resultado dessa combinação será o empresário surgir com a descoberta de um produto que as pessoas procuram e valorizam.

Após a descoberta, o empresário que surgiu com a ideia do produto a princípio original atraindo clientela e apresentando bons resultados logo teria sua ideia copiada por competidores que por sua vez iriam diminuir o preço da mercadoria para atrair clientela alheia. A empresa que criou tal produto por sua vez para não perder seu lugar no mercado se aperfeiçoaria e diminuiria o valor ainda mais do produto, fazendo com que a economia do país se desenvolvesse.

Assim, quando os empresários agem da maneira descrita acima, visualizam aumentar o volume de venda e obter mais lucros, e este interesse individual acaba sendo compatível aos interesses da coletividade, que sairá beneficiada. Em verdade, os empresários não almejam a concorrência, eles a suportam já que é através dela que poderão lucrar mais e conquistar mercado.

De acordo com pensamento de Fabio Ulhoa Coelho:

A regra básica da competição empresarial, que decorre do princípio constitucional da livre concorrência, implica a premiação das decisões empresarialmente “acertadas” (com o lucro) e a penalização das “equivocadas” (com o prejuízo, ou, se for o caso, a falência). Esta regra básica não pode ser neutralizada por nenhuma norma jurídica, para que todos possam se beneficiar dos resultados esperados da livre concorrência: melhoria da qualidade e redução dos preços de produtos e serviços.<sup>15</sup>

Diante do exposto, resta claro que não se pode inverter essa regra básica de competição (entregar o prêmio do empresário que acertou para o que errou), já que fazendo isso, novos investimentos não seriam estimulados, alimentando-se, ainda, o risco moral. Assim, inviabilizar-se-iam os benefícios do princípio da livre concorrência para toda a coletividade.

---

<sup>14</sup> STUART JUNIOR. Donald. **A concorrência e a livre iniciativa**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal.1987. p. 15.

<sup>15</sup> COELHO, *op. cit.*, p. 74.

A livre concorrência aumenta o acesso aos bens de consumo, melhora a qualidade dos produtos e garante uma série de direitos ao consumidor, por isso este princípio constitucional deve ser sempre preservado, já que é a disputa que faz com que as atividades empresariais se desenvolvam. Inclusive é o que pode ser visto no art. 173 da Constituição Federal de 1988 §4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.<sup>16</sup> Assim, diante das razões expostas é com base nesse princípio que é assegurada a ordem capitalista.

Por fim, saliente-se o princípio constitucional da liberdade de concorrência, nenhum outro valor constitucional é absoluto, inclusive reprime práticas incompatíveis à sua consolidação, como por exemplo, as práticas empresariais da concorrência ilícita, que se subdivide em infrações da ordem econômica e na concorrência desleal, o que será visto a seguir.

### 2.3 TIPOS DE CONCORRÊNCIA

Como já mencionado, a livre concorrência é pautada na livre iniciativa, e a Constituição da República garante tais premissas para quem queira empreender, exercer ofício/profissão, entretanto, os limites estabelecidos por lei devem ser respeitados, através dos primados da boa-fé e lealdade, que são a base para as normas de concorrência leal.

Diante disso, a concorrência quando respeitados os limites impostos por lei, é “ato lícito, constituindo a rivalidade comercial ou industrial que faz com que os empresários disputem clientes e fregueses”.<sup>17</sup>

Assim, no campo das atividades econômicas a livre concorrência é essencial para o avanço, bem-estar e desenvolvimento da sociedade, entretanto ela deve se manter dentro dos limites estabelecidos por lei, caso contrário leva-se a configuração do abuso de direito. Por isso, diz Alberto Luis Camelier da Silva que o Estado precisa

---

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília/DF: Senado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 17 jul. 2014

<sup>17</sup> SARAIVA. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 209.

estar em atenção constante, já que quanto mais forte o competidor, maior a sua relação ao mercado e aos outros competidores.<sup>18</sup>

Assim, no cotidiano muitas vezes o concorrente para angariar clientela faz manobras fraudulentas, ou para conquistar mercado através de abuso de poder utiliza meios desonestos. É por esses, dentre outros motivos, que a intervenção do Estado é prevista legalmente, bem como são previstas sanções criminais e outras sanções quando configurado ilícito civil por práticas desleais, sendo permitido que a pessoa prejudicada possa através da justiça tomar as medidas cabíveis.

Ademais, doutrina e jurisprudência são unânimes no sentido de que é possível conquistar clientes alheios e produzir riqueza, desde que resultante de condutas leais de concorrência.

### **2.3.1 Concorrência Lícita**

Ao laborar em um livre mercado, o empreendedor utilizando seus próprios recursos cria um estabelecimento com bens materiais (máquinas, mercadorias, imóveis...) e imateriais (segredos do negócio, marcas, título do estabelecimento, nome empresarial...), sendo que aos poucos forma um grupo de fatores que contribuem para o sucesso da empresa ou empreendimento.

Nas atividades exercidas pela empresa poderão ser utilizados todos os meios para desenvolver o negócio, sem que se afastem os princípios da lealdade e boa-fé que são parâmetros para o exercício da livre concorrência. Inclusive esse patrimônio acima descrito, decorrente de bens corpóreos e incorpóreos, é protegido pela legislação de direitos autorais, pela legislação de propriedade industrial e principalmente, pelas normas de repressão a concorrência desleal.<sup>19</sup>

O grupo de fatores mencionado alhures é também chamado de aviamento, e conforme Alberto Luís Camelier da Silva, aviamento é o conjunto de competências formado por

---

<sup>18</sup> SILVA, Alberto Luís Camelier da Silva. **Concorrência Desleal atos de confusão**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

<sup>19</sup> *Ibid*, . p. 44.

métodos e tecnologias adequados, capacidade de inovação, conhecimento do mercado, eficiência do modelo de gestão, capacidade de geração de lucros, nível de desempenho dos profissionais encarregados pelos setores da empresa, escolha da localização, estratégias para captar e manter clientes; entre outros. Dessa forma a clientela se insere nesse contexto como resultado direto da competência da empresa ou do aviamento.<sup>20</sup>

O aviamento ou competência é tão importante que o legislador no art. 1.147 do Código Civil dispõe que “não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subseqüentes a transferência”.<sup>21</sup> A famosa “quarentena” proíbe quem alienou estabelecimento de iniciar negócio igual por um prazo de 5 (cinco) anos. O objetivo desse artigo é proteger o investidor que adquiriu o negócio, da concorrência imediata de quem o vendeu, uma vez que houve investimento na empresa adquirida.

É importante salientar que existe a diferença entre a concorrência incômoda e a concorrência desleal e a ilícita, de modo que, nem sempre a concorrência que incomoda o empresário será desleal ou ilícita. Desde que seja apenas incômoda, este tipo de concorrência será sempre permitido com base no princípio da livre concorrência.<sup>22</sup>

A concorrência lícita deverá fornecer aos competidores a paridade de armas, beneficiando toda a coletividade, desde que obedecidos os princípios da lealdade e boa fé. Entretanto não é isso que sempre acontece, sendo bastante comum, abusos de diversas espécies, por esta razão se fez necessária adoção de algumas medidas de reação, como por exemplo, legislações de repressão à concorrência ilícita e a desleal.

### **2.3.2 Concorrência Ilícita**

Inicialmente percebe-se que, entre doutrinadores, os limites da livre concorrência é

---

<sup>20</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 46.

<sup>21</sup> SARAIVA. **Vade Mecum**: Código Civil de 2002. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

<sup>22</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 48.

um tema bastante controverso, e procura-se perceber até onde um empresário pode ir sem violar os direitos do seu adversário, já que como explicado anteriormente a permissividade da livre iniciativa como um princípio constitucional não tolera, nem mesmo justifica, abusos de direito.

Para Luís Camelier da Silva, o conceito de concorrência ilícita se forma pela infração à lei ou ao contrato (v.g. patente e pacto de não concorrência), exercício irregular de direito e abuso de direito, já o conceito de concorrência desleal se faz através de qualquer atitude de utilização desonesta das matérias comerciais e industriais. O que pelo menos ambas possuem em comum é que trazem prejuízos ao competidor em relação ao mercado e ambas podem gerar indenizações, porém o legislador optou por tipificar e especificar os atos mais graves como crimes e os com a gravidade menor como mero ilícito civil.<sup>23</sup>

Fábio Ulhoa Coelho, entretanto, traz a classificação da concorrência ilícita como um gênero, e a conceitua como “todas as formas de concorrência sancionadas pela lei, independentemente de natureza civil, penal ou administrativa da sanção”<sup>24</sup>, trazendo como uma das hipóteses de concorrência ilícita, a concorrência desleal. Assim, existiriam duas espécies que o Direito Brasileiro reprime como práticas concorrenciais ilícitas: a infração de ordem econômica e a concorrência desleal. Esta será a definição utilizada durante essa pesquisa.

A grande questão é que alguns autores partem da classificação de que a ilicitude seria o descumprimento do Direito, quando que o comportamento desleal seria o descumprimento da Moral, ou seja, da boa fé e dos bons costumes. Fábio Ulhoa em sentido diferente apresenta perspectiva baseada no art. 187 do Código Civil que dispõe: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”<sup>25</sup>. Assim, a ilicitude seria gênero, vez que ao praticar um ato desleal também estaria se cometendo um ato ilícito.

---

<sup>23</sup> SILVA, Alberto Luís Camelier da Silva. **Concorrência Desleal atos de confusão**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 52-53.

<sup>24</sup> COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 253.

<sup>25</sup> SARAIVA. **Vade Mecum**: Código Civil de 2002. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

### 2.3.2.1 Infração à Ordem Econômica

Como já explicado anteriormente, a Constituição Brasileira tem características neoliberais, o que significa dizer que tem princípios baseados no liberalismo econômico (liberdade de iniciativa e competição, propriedade privada) conjuntamente a certas conquistas sociais.

Assim, a Constituição Econômica (conjunto de normas constitucionais referentes à ordem econômica), prevê com fulcro no art. 173 §4º da Constituição Federal de 1988 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.”<sup>26</sup> Esse artigo traz a livre concorrência como um princípio essencial à ordem econômica, e a repressão ao abuso de poder terá como objetivo garanti-lo.

Resta claro que não são todas as manifestações do poder econômico que serão consideradas como ilícito administrativo, apenas certas modalidades que apresentem efeito de aumento arbitrário dos lucros, domínio de mercados ou eliminação da concorrência. Assim mesmas práticas podem ser consideradas ou não ilícitas dependendo do efeito gerado, esse entendimento é construído mediante conjugação do art. 36 com §3º desse mesmo art. da Lei Antitruste, n. 12.529/2011.<sup>27</sup>

Dessa maneira, o “Direito Antitruste” é a disciplina jurídica que reprime infrações da ordem econômica, e a repressão administrativa das infrações da ordem econômica é conferida pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Este órgão de acordo com Fábio Ulhoa, ao tipificar alguma prática empresarial como infração da ordem econômica, tem competência para aplicar sanções de forma discricionária.<sup>28</sup>

Não é relevante para caracterização da infração da ordem econômica que seja apurada a culpa do agente. Assim, segundo previsto em lei, a responsabilização administrativa dependerá da avaliação objetiva dos efeitos que o comportamento

---

<sup>26</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília/DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 jul. 2014

<sup>27</sup> BRASIL. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 21 jul. 2014

<sup>28</sup> COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 270.

empresarial causar, ou seja, essa prática caso implique os resultados elencados pelos art. 173 §4, pouco importará se o agente a praticou com imperícia, negligência ou imprudência.

De acordo com o entendimento de Fábio Ulhoa, a lei prevê duas formas de sanções administrativas, seriam elas as de natureza pecuniária com base no art. 37 da Lei Antitruste, e as de natureza não pecuniária com base no art.38 dessa mesma lei. Na primeira situação poderão ser impostas sanções de multa, já na segunda situação, as sanções não pecuniárias se apresentem por meio de medidas como por exemplo, a inscrição do agente no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, publicação de notícias sobre conduta de prática anticoncorrencial e a vedação de participar de licitações.<sup>29</sup>

Por fim, para que haja a caracterização da infração da ordem econômica segundo Fábio Ulhoa:

A demonstração da infração da ordem econômica se faz pela análise dos objetivos do empresário titular de poder econômico, e dos efeitos que a prática concorrencial poderia produzir, ou, de fato produziu. É irrelevante o meio empregado.<sup>30</sup>

Conclui-se que, é muito incomum que os problemas advindos da infração a ordem econômica sejam de efeito restrito aos envolvidos. Tal infração se caracteriza pelos seus amplos efeitos e por isso demonstra maior relevância para economia que a concorrência desleal, esta que por sua vez será estudada no próximo tópico.

### 2.3.2.2 Concorrência Desleal

Inicialmente, é imperativo verificar que, diferentemente das infrações de ordem econômica, para que se ocorra à concorrência desleal é imprescindível a culpa do agente, fundada no art. 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão

---

<sup>29</sup> COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 301.

<sup>30</sup> *Ibid*, 2012, p. 307.



voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.<sup>31</sup>

A prática da concorrência desleal, também possui outras diferenças: alcança os interesses diretos do empresário vítima da prática desleal, e, além disso, não existem nesse âmbito sanções administrativas, mas sim, civis e penais.

O objetivo da concorrência em essência é mesmo conquistar o mercado, angariar clientela para obter lucros prejudicando os concorrentes que trabalham no mesmo ramo do negócio, seja através de publicidade, redução de preços, melhoria na qualidade dos produtos, entre outras, esta é a verdadeira razão da competição empresarial. Dessa maneira, resta claro a existência da intenção de prejudicar o concorrente tanto na concorrência lícita como na ilícita.

O que as diferenciam são os meios utilizados para prejudicar o concorrente, ou seja, existem os idôneos e os inidôneos, e será através da análise desses meios utilizados pelo competidor que será auferida a concorrência desleal, ou seja, se o meio empregado pelo agente ativo não for condenável na conquista do mercado, não haverá concorrência desleal.

De acordo com João da Gama Cerqueira, a concorrência desleal se classifica por genérica que se traduz pela responsabilidade extracontratual e a específica, traduzindo-se pela tipificação penal de condutas que lesam os direitos de propriedade intelectual de titularidade de empresários (direitos sobre patentes, nome empresarial, marcas, título de estabelecimento).<sup>32</sup> Nas genéricas a conduta é sancionada civilmente e nas específicas a sanção é feita em âmbito penal e civil.

Conforme Fabio Ulhoa, a concorrência desleal genérica é mais difícil de precisar os meios ilícitos utilizados, são exemplos: a sonegação de impostos e o desrespeito aos direitos do consumidor, ambos dos casos, os empresários praticam menor preço que os outros competidores cumpridores da lei, e conseqüentemente estes tem seus clientes subtraídos. Já a concorrência desleal específica é viabilizada basicamente por meio de fraude na obtenção de informações da empresa concorrente, esta se

---

<sup>31</sup> SARAIVA. **Vade Mecum**: Código Civil de 2002, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>32</sup> CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. v.2, p. t. II, parte III, Rio de Janeiro: Forense, 1946. v.1; 1952, 1956. p. 371.

opera por meio de violação de segredo da empresa ou mediante indução dos consumidores ao erro.<sup>33</sup>

Na primeira modalidade de concorrência desleal específica (violação de segredo da empresa), o sujeito que pratica o ato desleal tem acesso a informações restritas, que não era desejo do empresário que seus concorrentes obtivessem conhecimento, tal acesso se dá por infiltração de empregados ou colaboradores do infrator no corpo funcional da concorrente, invasão a banco de dados, aliciamento dos membros da empresa.

Já na segunda modalidade de concorrência desleal específica (indução do consumidor em erro), o infrator faz chegar uma informação aos ouvidos do consumidor, esta informação por sua vez poderá enganá-los por ser inverídica na forma ou no conteúdo, por exemplo, ludibriar o consumidor quanto à origem do serviço ou produto, induzindo o consumidor a crer que o produto é de determinada empresa quando na realidade não é. Neste caso exemplificado está presente a tutela do consumidor enganado, e ainda do empresário, este que por sua vez teve sua imagem utilizada de maneira indevida.

Resta identificado com base no exemplo descrito acima, que esse meio de concorrência desleal, qual seja, o de indução de consumidor em erro se equipara a mesma figura jurídica que o CDC em seu art. 36, §1º<sup>34</sup> tipificou como publicidade enganosa.

A Lei da Propriedade Industrial de n. 9.279/96<sup>35</sup> define a repressão civil e penal. No que tange a repressão civil, ela assegura ao empresário o ressarcimento dos danos sofridos por ele quando houve a prática de concorrência desleal. Não resta dúvidas que a indenização civil se faz presente quando a prática desleal específica é tipificada como crime pelo art. 195 da LPI<sup>36</sup>, entretanto a existência de fato e autoria quando já

---

<sup>33</sup> COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 255.

<sup>34</sup> SARAIVA. **Vade Mecum**: Código do Consumidor de 1990. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>35</sup> BRASIL, **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm). Acesso em: 21 jul. 2014.

<sup>36</sup> Art. 195, *ibidem*, - "Comete crime de concorrência desleal quem (...)"

julgadas no foro penal, não poderão ser rediscutidas no foro cível, art. 935 do CC<sup>37</sup>. Nesse sentido, se o sujeito acusado de crime por concorrência desleal for declarado inocente em processo criminal, não será deferida pretensão à indenização em âmbito civil contra essa pessoa.

Para que haja a caracterização da concorrência desleal genérica é necessário que se analise o meio utilizado na realização de tal prática, este deverá ser desonesto, imoral ou condenado quando comparado as práticas habituais de empresários, isto posto que o resultado e a finalidade da concorrência desleal para a concorrência leal é o mesmo, a diferença será o meio utilizado.

Para Fábio Ulhoa: “qualquer meio inidôneo gera a responsabilidade civil por concorrência desleal”.

Inclusive, ele entende que deve ser assegurada indenização aos empresários que tiverem seus segredos violados, mesmo quando inexistir tipo penal correspondente.<sup>38</sup>

A lei irá estabelecer critérios para definição do valor da indenização a ser recebida pelo empresário que sofreu a concorrência desleal. Dispõe o art. 208 da LPI que a “indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido”<sup>39</sup>.

A LPI no art. 195 tipifica como crime algumas condutas desleais, dentre elas a violação dos segredos de empresa, observe-se o que dispõe o artigo:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

XI- divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso **mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato.** (grifos no original)<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Art. 935, C.C.- “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

<sup>38</sup> COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 260.

<sup>39</sup> BRASIL. **Lei nº 9.219 de 14 de maio de 1996**, Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm). Acesso em 29 out. 2014.

<sup>40</sup> *Ibid, op. cit.:*

De acordo com Fábio Ulhoa:

“A violação de segredo de empresa é conduta típica tanto na hipótese em que o autor do crime é ou foi colaborador do empresário-vítima, na qualidade de empregado, prestador de serviços profissionais, administrador, sócio e outros (LPI, art. 195, inciso XI e §1º), como naquela em que o autor não manteve qualquer vínculo jurídico com a vítima (idem, inciso XII).<sup>41</sup>

Imperioso ressaltar que o crime descrito acima apenas se configura caso o indivíduo se utilize do segredo, o divulgue ou o explore.

Agora é necessário analisar porque os sujeitos do contrato de trabalho no exercício e no cumprimento de suas obrigações, não podem contribuir para a prática da concorrência desleal e para enfrentar essa importante questão é primordial analisar o tópico seguinte, referente a boa fé objetiva e o dever de sigilo.

#### 2.4 A BOA FÉ OBJETIVA E O DEVER DE SIGILO

O sistema civil atualmente implantado no Brasil difere do revogado que privilegiava princípios conduzidos por uma diretriz mais individualista, tais como obrigatoriedade dos contratos e autonomia da vontade no sentido de que a reformulação do Código trouxe uma nova feição aos princípios essenciais do contrato com base na eticidade, socialidade, operabilidade e através destes extraiu-se novos institutos, como o da boa-fé.

Em virtude de sua magnitude e importância, a boa-fé não é vista apenas como princípio norteador do Direito, ela corresponde à essência das relações em sociedade e passa a ser vista como norma de conduta dos contratantes. O conceito de boa-fé comporta vários significados, e por isso é difícil definir. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “a regra da boa fé (...) é uma cláusula geral para o direito obrigacional, que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais.”<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 262 - 263.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 54.

De acordo com pensamento de Valton Pessoa, o Código Civil quando utiliza cláusulas gerais estabelecendo a boa-fé como regra de conduta, permite diante da sua vasta possibilidade de interpretação através de conceitos indeterminados, uma liberdade maior na aplicação e interpretação desse princípio no caso concreto.<sup>43</sup>

De acordo com André Luís Torres Pessoa, age de boa fé quem pratica ato em conformidade com os padrões sociais e éticos de determinado lugar, conseqüentemente estimulando a paz social.<sup>44</sup>

Em 2002, o Código Civil trouxe a previsão do princípio da boa-fé objetiva em alguns artigos, tais como o art. 113 que diz que “os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”<sup>45</sup>, o art. 187 “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”<sup>46</sup> e o art. 422 do Código Civil, diz que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé,”<sup>47</sup> Extrai-se desse último artigo o entendimento que as partes deverão em decorrência desse princípio se portar de forma correta não só durante o cumprimento do contrato, mas também durante a sua conclusão.

Este dispositivo sofre críticas no sentido de que nada menciona acerca da fase que vem antes e após o contrato, entretanto, se entende que mesmo assim, a doutrina e jurisprudência incluem essas duas circunstâncias no art. 422 do Código Civil. Segundo Nelson Nery, mesmo com redação insuficiente as tratativas preliminares ao contrato bem como as obrigações decorrentes do contrato mesmo que já concretizado, estarão compreendidas no artigo acima mencionado.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup>PESSOA, Valton Dórea. **A Incidência Do Venire Contra Factum Proprium nas Relações de Trabalho**. 2013. 196 fls. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013. p. 39.

<sup>44</sup>PESSOA, André Luís Torres. **Os Deveres Anexos da Boa-fé Objetiva e o Contrato Individual de Trabalho**. 2013. 89 fls. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p.15

<sup>45</sup>SARAIVA. **Vade Mecum**: Código Civil de 2002. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>46</sup>*Ibid, loc. cit.*

<sup>47</sup>*Ibid, loc. cit.*

<sup>48</sup>NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil Apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Yves Gandra da Silva (Coords). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 433

O princípio da boa-fé se divide em boa fé subjetiva e a boa fé objetiva. De acordo com conceito de Judith Martins Costa:

A boa fé subjetiva traduz a ideia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia conotada à má fé. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, tendo forte atuação nos direitos reais, notadamente no direito possessório (...)(...) Diferentemente, a expressão boa fé objetiva designa seja um critério de interpretação dos negócios jurídicos, seja uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial, pela consideração dos legítimos interesses da contraparte. Nas relações contratuais, o que se exige é uma atitude positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa impositiva de comportamentos que se devem pautar por um específico standard ou arquétipo, qual seja a conduta segundo a boa-fé.<sup>49</sup>

Assim, a boa fé subjetiva estaria ligada ao aspecto psicológico do agente, a sua intenção em praticar o ato. Por outro lado, a boa fé objetiva que será tratada com maior relevância nessa pesquisa, se traduz pela conduta leal das partes em um contrato, buscando o equilíbrio e objetivando evitar a lesão dos contratantes.

Neste sentir, Eugênio Kruschewsky discorre que:

A boa-fé objetiva se traduz na idéia de que o contrato, sobretudo o bilateral, não pode criar vantagens gratuitas, não é feito para enriquecer um dos contratantes e submeter o outro à penúria. Exige um comportamento de colaboração mútua, porque contrato somente será contrato quando atenda aos interesses das partes, que confluem para o alcance de um objetivo comum.<sup>50</sup>

Mediante raciocínio de Carlos Roberto Gonçalves a boa fé objetiva “impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.”<sup>51</sup>

Feita devida explicação acerca da boa fé objetiva, Judith Martins Costa, estabelece as suas três funções: a função interpretativa e integrativa, a função limitadora ao exercício de direitos subjetivos e a função criadora de deveres anexos.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> MARTINS, Judith Costa. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 2000. p. 612.

<sup>50</sup> KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Cíveis**. 2. ed. Bahia: 2009. p. 41.

<sup>51</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

<sup>52</sup> MARTINS, Judith Costa. **A Reconstrução do Direito Privado Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 612.

Extrai-se da primeira delas que o juiz deverá interpretar as normas jurídicas, de acordo com a boa-fé, ou seja, através dos valores éticos e sociais de determinado lugar e momento da história. Essa forma de interpretar traz como consequência o preenchimento das lacunas da lei de maneira mais fácil, avaliando-se qual comportamento em determinada situação concreta deveria ter sido utilizado. Essa função inclusive está positivada pelo art. 113 do CC conforme transcrito alhures.

A segunda função da boa-fé objetiva é a de limitar direitos subjetivos entre as partes contratantes de acordo com a razoabilidade. Esta função controla a relação contratual para que se atenda à boa-fé objetiva, tendo por finalidade evitar o abuso de direito, evitar que as partes atuem de forma desregulada. Assim, conforme art. 187 do CC também transcrito acima, o sujeito que afrontar os limites convencionados terá praticado conduta ilícita contrária à boa-fé.

A terceira função da boa fé objetiva é a mais importante delas para essa pesquisa, a de criar deveres decorrentes da obrigação principal do contrato. Assim, agregado a obrigação principal do contrato surgem outras obrigações anexas que deverão ser cumpridas pelas partes contratuais, tais como o dever de informação, respeito, fidelidade, sigilo agir conforme razoabilidade e confiança depositada, entre outros. De acordo com Silvia Bellandi Paes de Figueiredo, a quebra dos deveres anexas, gera uma violação positiva do contrato, e aquele que desrespeitar a boa-fé objetiva será responsabilizado civilmente, independentemente de culpa.<sup>53</sup> Este é o mesmo entendimento que traz o enunciado de nº 24 do Conselho da Justiça Federal.

Os deveres anexas decorrem do art. 422 do CC, transcrito alhures. Apesar de não ser possível extrair todos eles literalmente do texto de lei, conforme André Pessoa, eles decorrem da interpretação do Código Civil atrelado à Constituição Federal, objetivando efetivar os direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Boa-Fé Objetiva e Constitucionalização do Direito Privado. Os Deveres Anexos e a Violação Positiva do Contrato. Conceitos Parcelares da Boa-Fé Objetiva, **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, v.12, n. 87, jan./fev. 2014.

<sup>54</sup> PESSOA, André Luís Torres. **Os Deveres Anexos da Boa-fé Objetiva e o Contrato Individual de Trabalho**. 2013. 89 fls. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013. p.

De acordo com Eduardo Milléo Baracat toda relação contratual decorre de obrigações principais, estas farão parte do núcleo da relação; de obrigações secundárias que são acessórias da obrigação principal, se destinam a preparar o cumprimento desta; e os deveres instrumentais ou anexos, também conhecidos por laterais decorrem da cláusula geral da boa-fé, não estando necessariamente vinculados a obrigação principal.<sup>55</sup> Imperioso ressaltar, que tais deveres laterais são exemplificativos.

Para esse trabalho em desenvolvimento, o dever de sigilo como dever anexo terá especial enfoque. O contratante que obteve uma informação relativa à outra parte durante as negociações ou quando já firmado o contrato, não deve divulgá-las a terceiros já que ao serem divulgadas tais informações poderiam ocasionar graves prejuízos. O sujeito que quebrou o sigilo e divulgou informações que obteve da outra parte contratante, deverá ser responsável pelo dano causado por este ato.

Eduardo Milléo Baracat pensa que, o dever de sigilo (assim como o dever de informação), decorre do princípio da boa fé, que agrega idéias de confiança, cooperação, colaboração e lealdades, já que as informações quando compartilhadas durante as negociações ou no próprio contrato tinham como base essas idéias.<sup>56</sup>

Certos autores, a exemplo de Karina Nunes Fritz, acreditam que o dever de sigilo também se relaciona com a lealdade:

Intimamente relacionada ao dever de lealdade é o dever de sigilo, o qual impõe às partes o dever de não divulgar informações recebidas durante as negociações, quando isso puder contrariar os interesses do parceiro, o que leva alguns autores a considerá-lo como um dos aspectos do dever de lealdade.<sup>57</sup>

A doutrina tem se manifestado no sentido de que mesmo o dever de sigilo não estando expressamente manifestado no contrato de trabalho através da cláusula de confidencialidade, ele deverá ser mantido e respeitado.

Ressalte-se que conforme estudado no tópico anterior a violação do dever de sigilo é uma hipótese de concorrência desleal, tipificada como crime, uma vez que lesa o

---

<sup>55</sup> BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo, LTr: 2003, p. 218.

<sup>56</sup> *Ibid*, loc. cit.

<sup>57</sup> FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. **Revista dos Tribunais**, ano 6, v. 29, p. 232, jan.-mar./ 2007.



direito de propriedade intelectual de titularidade dos empresários.

Exemplifica-se, é possível que alguns empregados tenham acesso a informações essenciais para o desenvolvimento e manutenção da empresa, informações essas que não são do interesse do empregador que caiam no ouvido de uma concorrente. Caso o empregado revele a terceiro ou concorrente, explore, ou se utilize da informação sigilosa, estará praticando crime de concorrência desleal, sujeito a reparação civil e repressão criminal. Dessa maneira o empregado tem o dever ético e moral de agir com probidade e boa-fé mantendo o dever de sigilo, durante e após o término do contrato de trabalho (art.422 do CC).

A partir desse momento resta saber como o dever de sigilo decorrente da boa-fé objetiva se relaciona com o princípio constitucional da solidariedade social, conforme será demonstrado no próximo tópico.

## 2.5 O DEVER DE SIGILO E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

Importante salientar que quando se trata do dever de sigilo, existe um embate com relação a este dever resultante da boa fé objetiva, e o princípio da liberdade de expressão. A boa fé objetiva tem como base a preservação da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional, quando que a liberdade de expressão é também um princípio previsto constitucionalmente, no art. 5º da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.<sup>58</sup>

No que tange o assunto de direitos fundamentais, Dirley da Cunha Júnior, entende que:

---

<sup>58</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília/DF: Senado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 jul.2014

É necessário, portanto, haver uma relação de conciliação ou de ponderação ou concordância prática entre os direitos fundamentais concretamente em conflito, balanceando-se, através de um juízo de proporcionalidade, os valores em disputa, num esforço de harmonização, de modo que não acarrete o sacrifício definitivo de algum deles. Isso significa que a restrição de um direito fundamental só é possível *in concreto*, atendendo-se a regra da *máxima observância* e *mínima restrição* dos direitos fundamentais. Não há a mínima possibilidade de se limitar um direito fundamental em abstrato. Vale dizer, os limites aos direitos fundamentais não podem ocorrer em nível abstrato, mas unicamente em nível concreto.<sup>59</sup>

Diante disso, somente poderá ser realizada a técnica da ponderação por um juízo de proporcionalidade perante a análise do caso concreto, na situação exemplificada seria ponderada a dignidade da pessoa humana versus a liberdade de expressão, ambos direitos fundamentais.

Assim, o sigilo (princípio decorrente da boa fé que objetiva preservar a dignidade da pessoa humana) deverá ser levado em consideração pelos contratantes, de modo que seja analisada a circunstância conflitante, como defende Eduardo Milléo Baracat: “Tratando-se o dever de sigilo de uma exceção ou limitação à liberdade de expressão ou do eventual direito de informação de terceiros, impõe-se que também seja avaliado conforme o caso concreto, à luz do princípio da boa-fé.”<sup>60</sup>

Conforme já mencionado, as informações decorrentes das negociações iniciais ou do firmamento do contrato deverão manter-se sigilosas, pois quando reveladas as partes idealizavam confiança entre si, e por isso não devem ser divulgadas, e caso o dever de sigilo seja desrespeitado, o dano causado a uma das partes em razão desse ato deverá ser reparado.

O dever de sigilo se relaciona com o princípio da solidariedade social, entretanto, antes de se fazer tal ligação é necessária a conceituação do princípio em comento, disposto no art. 3º da Constituição Federal que traz como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária.<sup>61</sup> Ademais, em consonância com pensamento de Maria Celina Bodin<sup>62</sup>:

---

<sup>59</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2009. p. 604.

<sup>60</sup> BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2003. p. 237

<sup>61</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília/DF: Senado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 jul.2014

<sup>62</sup> BODIN, Maria Celina *APUD* Farias, 2012, p. 198.

A solidariedade é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós.

Por ser um direito fundamental de terceira dimensão, a solidariedade social encontra-se disposta no capítulo da Constituição Federal que trata dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais de terceira dimensão caracterizam-se por se destinarem à proteção, não do homem como indivíduo, mas do homem em sua coletividade. Este direito portanto, tem titularidade coletiva e difusa.

No entanto, para se obter uma sociedade nos moldes da solidariedade social é imperioso o cumprimento de alguns deveres que irão estar presentes nas relações de mercado; esses são os deveres provenientes da boa-fé objetiva.

Então, a ligação que se faz é no sentido de que a boa-fé objetiva, inclusive o dever de sigilo como um dever anexo, encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade social, uma vez que o comportamento das pessoas em suas relações inclusive as privadas se baseiam na boa-fé objetiva como regra de conduta e este comportamento será instrumento para a realização da solidariedade social.

De fato, o dever de sigilo indica um interesse público atrelado à tutela da confiança, à concretização dos valores da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, e à proteção da boa-fé objetiva.

Dessa forma, o dever de sigilo tem fundamento constitucional, em um dos princípios mais importantes: o da solidariedade social, ressaltando a sua relevância para o ordenamento jurídico nacional. E diante da colisão entre ele e algum direito fundamental, poderá haver a sua prevalência quando utilizando a técnica da ponderação de interesses.

Se de um lado existe amparo constitucional a justificar a livre concorrência e a liberdade de trabalho, por outro lado também goza de status constitucional o dever de sigilo amparado pelo princípio da solidariedade social.

Resta agora, transportar esses conceitos e estudo para o campo obrigacional trabalhista e verificar especialmente a viabilidade e licitude das cláusulas de não

concorrência que impeçam ou limitem a liberdade de trabalho e a livre concorrência, sabendo-se desde já, que nenhum direito ou valor constitucional é absoluto.

### 3 CONTRATO E O DEVER DE NÃO CONCORRÊNCIA

Neste capítulo trata-se do contrato de emprego, sobretudo no que diz respeito ao conceito e elementos constitutivos, a natureza jurídica e as obrigações dos contratantes, em especial do empregado. No que diz respeito às obrigações positivas o foco é no dever de sigilo (já estudado) e no dever de fidelidade. De outro lado, no que tange as obrigações negativas o foco é no dever de não concorrência.

Este capítulo é essencial para o desenvolvimento do tema uma vez que a cláusula de não concorrência é uma obrigação decorrente do contrato de emprego, e por essa razão deve ser estudado para o melhor entendimento.

#### 3.1. CONTRATO DE EMPREGO – CONCEITO E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

A formalização do contrato é muito importante para o início de uma relação empregatícia, já que é a partir dele que as partes convencionam quais serão as prestações exigíveis e estabelecem os termos e limites da relação.

De acordo com Luciano Martinez:

Contrato de emprego é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (o empregado) obriga-se de modo pessoal e intransferível, mediante o pagamento de uma contraprestação (remuneração), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), que assume os riscos da atividade desenvolvida e que subordina juridicamente o prestador.<sup>63</sup>

Esse conceito tem como finalidade garantir uma conceituação singular. Ele envolve todos os elementos fático jurídicos da relação de emprego que serão estudados de forma mais detalhada no próximo tópico.

Maurício Godinho traz conceituação similar, apresentando o contrato como: “(...) acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus

---

<sup>63</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.152.

serviços à disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador.”<sup>64</sup>

Percebe-se que para o contrato de emprego existir não é necessário que seja expresso, ele vai depender unicamente da expressão de vontade firmada entre as partes. Assim, quando as atividades do empregado se enquadram dentro dos elementos da relação de emprego, este empregado terá direito às mesmas verbas que qualquer outro que tenha sido contratado por escrito ou verbalmente, configurando-se então uma relação empregatícia por meio de um contrato tácito.

Este tópico também irá estudar os elementos componentes do contrato empregatício. Luciano Martinez traz a classificação dos elementos essenciais, naturais e acidentais.

Os elementos essenciais são indispensáveis à formação do contrato, pois necessariamente fazem parte da estrutura dos negócios jurídicos; ou seja a ausência de um desses elementos pode comprometer a própria existência e validade do negócio jurídico. Eles se dividem em gerais ou particulares.

Os elementos essenciais gerais estarão presentes em todo e qualquer negócio jurídico, já elementos essenciais particulares são próprios a certas espécies negociais no que diz respeito a sua forma.<sup>65</sup>

Os elementos essenciais se dividem em: capacidade das partes, forma prescrita ou não defesa por lei (para alguns contratos específicos), licitude do objeto e manifestação da vontade.

Os elementos naturais são os que decorrem da natureza do negócio, sem que seja necessário constar expressamente no contrato.<sup>66</sup> Apesar de não serem imprescindíveis, são frequentes e quase que inevitáveis na estrutura do contrato e no cotidiano. Exemplo: jornada de trabalho.

Por fim os elementos acidentais consistem em estipulações de cláusulas acessórias,

---

<sup>64</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 521.

<sup>65</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.154.

<sup>66</sup> *Ibid*, p.154.

em que os contratantes podem ou não convencionar, são autolimitações da vontade.<sup>67</sup> Os elementos acidentais acabam sendo circunstanciais, porém quando inseridos no contrato modificam sensivelmente sua estrutura e efeitos. Exemplo: termo e condição. Cesarino Junior acrescenta as cláusulas de não concorrência (objeto desse trabalho) como condição do contrato, fazendo parte dos elementos acidentais.<sup>68</sup>

Nas palavras de Maurício Godinho:

(...)a análise dos elementos componentes do contrato empregatício (em especial os elementos essenciais – também chamados elementos jurídico-formais do contrato) deve se fazer apenas em seqüência à análise dos elementos denunciadores da existência da própria relação de emprego.<sup>69</sup>

Dessa maneira, de nada adianta se discutir sobre a validade do contrato (assunto tratado a partir dos elementos essenciais) enquanto não houver efetiva relação de emprego entre as partes. Conforme demonstrado, os elementos fáticos jurídicos da relação empregatícia são utilizados para conceituar o contrato de emprego. Agora resta identificá-los a partir do próximo tópico.

### 3.2. CONTRATO DE EMPREGO-NATUREZA JURÍDICA

Existe uma diferenciação muito importante entre relação de trabalho e relação de emprego. Esta pesquisa, entretanto trata da cláusula de não concorrência em face a liberdade de ofício do empregado. Apesar do foco da presente manifestação científica ser na relação de emprego, se faz imprescindível a diferenciação neste tópico.

De acordo com Sérgio Pinto Martins, o contrato de trabalho tem caráter genérico, que englobará o trabalhador eventual, avulso, voluntário, temporário, autônomo, estagiário e até mesmo o empregado. Enquanto, a relação empregatícia trata da subordinação do empregado para com o empregador, sendo uma espécie de relação do trabalho. A CLT regulamenta as relações de emprego, competindo à Justiça do Trabalho, via de regra, julgar tais questões.<sup>70</sup> Complementando esta afirmativa explica Roseli

---

<sup>67</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.154.

<sup>68</sup> CESARINO JÚNIOR, A.F. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1970. p. 186.

<sup>69</sup> MARTINEZ, *Ibid*, p. 528.

<sup>70</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 78

Quaresma Bastos<sup>71</sup> que as normas legais aplicadas na relação empregatícia estarão presentes em sede de legislação complementar e na Consolidação das Leis de Trabalho, enquanto que a maioria das relações de trabalho serão regidas por leis especiais e pelo Código Civil, conforme se verifica no art. 593: “A prestação de serviços que não estiver sujeita a leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste capítulo.”<sup>72</sup>

Assim, a relação de trabalho seria um gênero, enquanto que a relação de emprego seria uma espécie, e estaria tipificada como uma das modalidades da relação de trabalho, distinguindo-se das outras por possuir características únicas, e dessa maneira sendo mais relevante no campo das relações sociais, econômicas e jurídicas.

De acordo com Luciano Martinez, os caracteres do contrato de emprego são exatamente os mesmos da relação de emprego: pessoalidade (contrato *intuitu personae*), onerosidade, alteridade, não eventualidade/continuidade da prestação e subordinação.<sup>73</sup>

No entanto, Maurício Godinho Delgado acrescenta mais um elemento fático jurídico para a formação da relação de emprego: o empregado deve ser pessoa física.

Os elementos fáticos jurídicos componentes na relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com a pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.<sup>74</sup>

Em decorrência disso, para que se forme a relação empregatícia tais elementos deverão estar reunidos cumulativamente.

O primeiro requisito a ser tratado é o da pessoalidade. Conforme entende Luciano Martinez, neste requisito existe a ideia de intransferibilidade, ou seja, somente aquela determinada pessoa poderá prestar o serviço contratado, e nenhuma outra poderá

---

<sup>71</sup> BASTOS, Roseli Quaresma. Diferenças entre a relação de trabalho e a relação de emprego a partir da análise da legislação. **Jus navigandi**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10829&revista\\_caderno=25](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10829&revista_caderno=25)>. Acesso em: 11 nov. 2013.

<sup>72</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2013

<sup>73</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.153.

<sup>74</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Ltr, 2012. p.283.



exercer em seu lugar. Assim, o contrato de trabalho considera as características e aptidões pessoais de cada empregado, de modo que, se houver verificação de que o obreiro foi substituído por outro no exercício de seu mister, não existirá relação de emprego.<sup>75</sup>

No entanto, é necessário observar que existem situações em que o empregado poderá ser substituído, sem que haja a descaracterização da relação de emprego pela supressão da pessoalidade como por exemplo, a consentimento do empregador ou através de substituições autorizadas por norma autônoma ou legislação vigente, (férias, licença- gestante).

Assim, a prestação do serviço nada mais é do que “*intuitu personae*”, de modo que até na causa de morte do empregado (modo de extinguir o contrato), não há transmissão da obrigação contratual para sucessores e herdeiros.

O segundo requisito é a onerosidade. Para todo labor em função do contrato de emprego firmado haverá uma contraprestação pecuniária paga pelo empregador ao empregado: o salário. Essa contraprestação é importante como próprio incentivo e motivação para o dispêndio de energia, cansaço e esforço atribuído no exercício de suas atividades, ou seja, para que haja produção e impulse o mercado econômico. Além disso, é através do salário que muitos empregados sustentam a si e à própria família, bem como satisfazem suas próprias realizações pessoais.

O terceiro requisito é a não eventualidade, ou seja, os serviços prestados devem ter caráter de permanência e habitualidade. Alguns doutrinadores usam “continuidade” e “não-eventualidade como sinônimos, entretanto, Alice Monteiro de Barros diz que o legislador não traz a expressão “continuidade”. Logo se conclui que mesmo descontínuo, o labor pode sim ter caráter não eventual, desde que seja necessário à atividade normal do tomador de serviços. Para Alice, o elemento da não eventualidade também nada tem haver com exclusividade, até porque a exclusividade é dispensável no Direito do Trabalho.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.144.

<sup>76</sup> BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: Ltr, 2012. p. 209.

Desse modo, o labor durante alguns dias determinados, como por exemplo, o professor que dá aulas durante dois ou três dias na semana, não indica que o sujeito trabalha com eventualidade, em razão dessa rotina se repetir semana após semana, caracterizando-se o labor não eventual.

O quarto elemento jurídico é a subordinação. Este elemento é o de maior relevância para caracterizar a figura do empregado. A subordinação traz a noção de obediência a um superior hierárquico. Conforme entende Amauri Mascaro Nascimento, a idéia desse elemento é de “submetimento, sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, uma posição de dependência”.<sup>77</sup>

O empregado acolhe a condução do empregador na maneira de como prestar seus serviços. Ou seja, é onde se encontra o prestador de serviço, decorrente de limites contratuais pactuados a partir da sua vontade, para entregar ao tomador de serviços a condução e direcionamento sobre as atividades que irá exercer.<sup>78</sup>

Conclui-se ser típico o fato do empregado disponibilizar sua energia pessoal ao empregador, não existindo relação empregatícia sem o elemento da subordinação.

O quinto elemento é o de pessoa física. De acordo com Sérgio Pinto Martins: “não é possível o empregado ser pessoa jurídica ou animal”<sup>79</sup>, de maneira que é o Direito Civil quem regulamenta a prestação de serviços pela pessoa jurídica. O Direito do Trabalho legisla apenas o trabalhador como pessoa física ou natural.

Luciano Martinez, como foi visto no início deste tópico traz ainda o elemento alteridade, no sentido de que apenas o empregador assume os riscos com qualquer dificuldade econômica do empreendimento.<sup>80</sup> Todos sabem que arriscar pode gerar desvantagens ou benefícios. Entretanto, cabe ao empregador assumir os resultados sejam eles negativos ou positivos inerentes da atividade por ele administrada.

Por fim, conclui-se que o a relação empregatícia é firmada através de um negócio jurídico bilateral, e que de acordo com a vontade das partes (empregado e

---

<sup>77</sup>NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989. p. 103.

<sup>78</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr., 2012, p. 295.

<sup>79</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 129.

<sup>80</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.145.

empregador) e amparado pelo Direito do Trabalho contratam obrigações, direitos e deveres típicos à esta relação. A partir de agora, o foco será nas obrigações decorrentes do contrato que é primordial para o desenvolvimento deste trabalho.

### 3.3. AS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO

O contrato de emprego se enquadra no âmbito do Direito Privado, e, nesse contexto, são as partes que vão pactuar os termos do contrato. Por meio deste, empregado e empregador se obrigam de maneira recíproca, contrapostas, demonstrando o caráter sinalagmático do contrato empregatício.

Assim, o contrato de trabalho provoca uma série de direitos e obrigações para as partes que o firmaram, seja empregado ou o empregador.

Parte da doutrina diz que a partir do contrato surgem deveres e obrigações, e assim resta a dúvida se a nomenclatura de um se distingue da outra ou se seriam sinônimos.

De acordo com José Augusto Rodrigues Pinto, existe uma tênue diferença entre as expressões “deveres” e “obrigações”, é o que se observa através do seguinte trecho:

“(…)os deveres serão obrigações qualificadas por um substrato moral mais forte. E isso acontece no contrato individual de emprego, em relação, por exemplo, à obrigação do empregador de proporcionar os meios indispensáveis à realização do trabalho do empregado, ou à obrigação de fidelidade deste último para com o empregador e sua empresa. Tais obrigações se qualificam por um componente moral de maior intensidade do que, por exemplo, as de prestar e contra-prestar o trabalho”<sup>81</sup>

Em verdade, a maioria dos doutrinadores tratam às duas expressões como sinônimos e dessa forma também tratará a presente manifestação científica.

Pois bem, do contrato advêm obrigações, e várias são as modalidades ou espécies de obrigações. Tradicionalmente, as obrigações são distinguidas quanto ao objeto: são obrigações de dar, fazer e não fazer. As obrigações “de dar” e “fazer” são positivas, enquanto que as obrigações “de não fazer” são negativas.

---

<sup>81</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2007. p. 315.

### 3.3.1 Positivas

A princípio verifica-se que de qualquer contrato decorrem obrigações positivas e negativas. Orlando Gomes define que: “São positivas as prestações consistentes em um ou vários atos do devedor. Subdividem-se em prestações de coisas e prestações de fato.”<sup>82</sup>

As prestações de coisas seriam as obrigações positivas de dar e as fato seriam as prestações de fazer. Cuida-se primeiramente nas obrigações de dar, apesar do foco deste tópico ser nas obrigações de fazer.

Para Caio Mário da Silva Pereira as obrigações de dar: “Consistem na entrega de uma coisa, seja a tradição realizada pelo devedor ao credor em fase de execução, seja a tradição constitutiva de direito, seja a restituição de coisa alheia a seu dono.”<sup>83</sup>

A obrigação de dar é obrigação de transmissão de coisa que pode ser determinada ou indeterminada (dar coisa certa ou incerta). A coisa certa é individualizada e se distingue das demais pelas suas características singulares. Já na obrigação de dar coisa incerta, o objeto não é considerado em sua individualidade, mas sim pelo gênero e quantidade.

No entanto, como mencionado o foco deste tópico é nas obrigações positivas “de fazer”. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves a doutrina aponta a seguinte diferença: “Nas obrigações de dar a prestação consiste na entrega de uma coisa, certa ou incerta; nas de fazer o objeto consiste em ato ou serviço do devedor.”<sup>84</sup>

Assim, a obrigação de fazer consiste em serviços ou atos a serem executados pelo devedor da obrigação. Ou seja, nas obrigações de dar o que interessa ao credor é receber a coisa que lhe deve ser entregue, não importando a atividade do devedor para que a entrega seja feita, já nas obrigações de fazer a finalidade é o aproveitamento do serviço contratado.

---

<sup>82</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 47.

<sup>83</sup> PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Teoria das Obrigações**. 25. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 49.

<sup>84</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 85.

Quando for pactuado que o devedor cumpra pessoalmente a obrigação, ou que o ato ou serviço seja característica própria de quem vai prestá-lo, tem-se uma obrigação de fazer infungível, sendo impossível que um terceiro a cumpra em seu lugar. Se essa exigência não for feita, ou que não se trate de ato ou serviço que dependa das qualidades pessoais do autor a obrigação de fazer será fungível.

De logo vale lembrar que o contrato empregatício tem caráter personalíssimo, ou seja, o próprio empregado deve adimplir suas obrigações, logo, percebe-se que diversas obrigações inerentes ao contrato de emprego são obrigações de fazer infungíveis como por exemplo: ser diligente, prestar os serviços, cumprir com a boa fé objetiva do contrato, com o dever de fidelidade, dentre outros. Este último será tratado no próximo tópico, pois é um dos mais importantes a ser abordado neste trabalho.

#### 3.3.1.1 O dever de fidelidade

O dever de fidelidade para uns seria uma obrigação complementar que reforça as obrigações fundamentais do contrato. Como já fora dito, a obrigação principal do contrato para o empregado é a prestação de serviços, dessa maneira, o dever de fidelidade é um dos mais importantes deveres complementares à esta obrigação principal.

Para outros, entretanto, o dever de fidelidade não se trata de mero dever acessório, mas um dever essencial para a celebração do contrato baseado na colaboração entre as partes e confiança recíproca.

Ari Possidonio Beltran destaca que “partindo-se do pressuposto de que no contrato de trabalho deve sempre ser destacada a boa-fé no relacionamento entre as partes, o corolário lógico seria o chamado “dever de fidelidade.”<sup>85</sup>

O empregado tem o dever de ser fiel aos fins e a vida da empresa, uma vez que a

---

<sup>85</sup> BELTRAN, Ari Possidonio. Dever de Fidelidade, Dever de Não Concorrência e Cláusula de Não Concorrência. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista Jurídica LTR. v. 66, n. 4, abril 2002. p. 419.

integra, bem como, a seu dirigente por extensão. Conforme José Augusto Rodrigues Pinto:

A fidelidade se evidencia nos momentos que lhe forem dados para a defesa do empregador contra investidas de terceiros, que diminuam ou denigram a empresa, e, de modo ainda mais concreto, pelo dever de não fazer concorrência desleal ao empregador nem lhe trair segredos de que tenha conhecimento por força do contrato.<sup>86</sup>

Neste sentir, resta claro que o dever de não concorrência presente na alínea “c” do art. 282 da CLT relaciona-se diretamente com o dever de fidelidade do empregado no contrato de trabalho. E esta obrigação deverá ser respeitada sob pena da mais grave das punições: a dispensa por justa causa.

De acordo com Sérgio Pinto Martins, o empregado não pode divulgar as informações que recebe do seu empregador ou pelo desenvolvimento do seu trabalho, devendo guardar sigilo, especialmente se for a terceiros concorrentes do empregador, a confidencialidade é fundamental para a relação e nisso consiste o dever de fidelidade.<sup>87</sup>

Luciano Martinez traz alguns exemplos de condutas que ferem o dever de fidelidade:

Ferem, portanto, o dever de fidelidade comportamentos de operários que negociam, **dentro do horário de trabalho**, habitualmente, por conta própria ou de terceiros, **sem permissão do empregador**, bens ou serviços. Igualmente, ferem o mencionado “dever de fidelidade” os empregados que, **sem o conhecimento patronal**, negociam bens e serviços **dentro ou fora do horário de trabalho**, em ato de concorrência à empresa para qual trabalham, ou, ainda, empregados que, empregados que, **dentro do horário de trabalho, ainda que com a autorização do empregador**, negociam bens ou serviços com prejuízo da atividade laboral (art. 482, c, da CLT). Há, nesses casos, sem dúvida, a prática de abuso da condição de empregado. Acrescente-se que a violação de segredo da empresa (art. 482,g, da CLT) é também, comportamento lesivo ao ora analisado dever de fidelidade.<sup>88</sup>

Conclui-se que a fidelidade é um dever atribuído ao contrato que simboliza a probidade moral, a sinceridade, a qualidade profissional do emprego, não incluindo nesse conceito traições e deslizes. Dessa maneira os deveres contratuais violados são pressupostos fundamentais para a resolução contratual.

---

<sup>86</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2007. p. 318

<sup>87</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 123.

<sup>88</sup> MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.593.

### 3.3.2 Negativas

As obrigações negativas do contrato são obrigações de não fazer. De acordo com Washington de Barros Monteiro: “A obrigação de não fazer, ou negativa, impõe ao devedor um dever de abstenção: o de não praticar o ato que poderia livremente fazer, se não houvesse obrigado.”<sup>89</sup>

Assim como a obrigação de fazer, a de não fazer decorre da prestação de fato, só que na primeira há uma conduta positiva e na segunda existe uma omissão, ou seja, uma conduta negativa.

Obviamente não serão lícitas as pactuações que exijam restrição excessiva da liberdade de quem irá cumprir a obrigação ou de seus direitos fundamentais.

Observe-se que, embora seja amplo o campo de aplicação desse tipo de obrigação, certos limites devem ser respeitados, não sendo lícitas pactuações em que se exija excessivo sacrifício da liberdade do devedor ou que afrontem os direitos fundamentais da pessoa humana (como, por exemplo, suportar indefinidamente o ônus de não trabalhar).

Apesar de nenhum direito fundamental ser absoluto como já mencionado e conforme será demonstrado adiante, nenhuma restrição a eles poderá também ser absoluta. Em qualquer contrato a análise da proporcionalidade e razoabilidade será essencial. Resta agora falar a respeito das obrigações de não fazer decorrentes do contrato de emprego mais importantes para o tema desse trabalho: o dever de não concorrência e a cláusula de não concorrência.

#### 3.3.2.1. O dever de não concorrência na vigência do contrato

O dever de não concorrência, consiste em uma obrigação do empregado durante o contrato de trabalho consubstanciada em uma obrigação de não fazer, e conforme dispõe o art. 482 da CLT na alínea “c” inclui como hipótese que constitui rescisão

---

<sup>89</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 29. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 102.

contratual por justo motivo a: “negociação habitual por conta própria ou alheia sem a autorização do empregador e quando este der ensejo a ato de concorrência à empresa para qual trabalha ou for prejudicial ao serviço”.<sup>90</sup> Na alínea “g” o mesmo artigo fala sobre a hipótese de: “violação de segredo de empresa.”<sup>91</sup> O dever de não concorrência se relaciona diretamente com o dever de fidelidade, conforme será aprofundado ainda neste capítulo.

O que o art. 482 da CLT dispõe é que ao empregador são vedados atos de concorrência por parte do empregado, infração essa que se acometida ensejará a despedida por justa causa.<sup>92</sup>

Consoante Maurício Godinho Delgado, justa causa é o motivo relevante, tipificado em lei, que gera a extinção contratual por culpa do empregado que praticou conduta infracionária.<sup>93</sup>

Dessa forma, o empregado que cometer infração dando ensejo a ato de concorrência à empresa para qual trabalha, ou violar segredos da empresa, não só estará violando a boa fé objetiva no contrato de trabalho como também estará afrontando o princípio constitucional da solidariedade social. Assim, por não mais manter a confiança inerente ao contrato de emprego, o empregador terá todo o respaldo legal para despedir o empregado pela mais grave modalidade de dispensa: a justa causa.

É importante mencionar que nesta modalidade de dispensa o empregado apenas recebe saldo de salário e férias vencidas, sem direito a 13º salário proporcional, férias proporcionais, aviso prévio, FGTS+40% e guias para percepção do seguro desemprego como forma de penalizar mesmo o empregado faltoso.

O dever de não concorrência decorre da essência do próprio contrato. Como mencionado no início deste próprio capítulo o art. 482 da Consolidação das Leis de Trabalho traz hipóteses que constituem causas de despedida por culpa do empregado, a famosa: justa causa. A justa causa é a maior de todas as penalidades,

---

<sup>90</sup> BRASIL. **Lei 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, 1 de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2013.

<sup>91</sup> *Ibid*, *loc. cit*.

<sup>92</sup> *Ibid*, *loc. cit*.

<sup>93</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Ltr, 2012. p. 1207.



e a alínea “c” desse artigo dispõe que será hipótese de justa causa: “a negociação habitual por conta alheia sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço”.

O próprio artigo 482 da CLT, também traz como hipótese de justa causa a alínea “g” que versa sobre violação de segredos da empresa. Essas são hipóteses de violação ao dever de não concorrência devidamente regulamentado por lei.

Importante notar que, quando o empregado pratica concorrência à empresa empregadora na vigência do contrato, além de violar o dever de fidelidade e o dever de sigilo, obrigações do empregado inerentes ao contrato de trabalho, também viola conseqüentemente, a boa fé objetiva.

No que tange às leis de números 9.279/96 e 12.529/2011 que regulam os direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual e a defesa da concorrência, respectivamente, bem como o art. 482 da CLT alíneas “c” e “g” já discutido, verifica-se que tais regulamentações existem justamente para que haja a proteção do patrimônio imaterial da empresa em razão da competição acirrada advinda do sistema econômico capitalista vigente.

Assim interpreta Regiane de Mello João, “a era da informação implicou transformações na organização da empresa, tornando o empregado, pelo acesso que goza junto ao conjunto de bens imateriais da empresa, objeto de desejo de concorrentes do empregador.”<sup>94</sup>

Então, no âmbito contratual é vedado ao empregado laborar para dois empregadores com interesses contrários. Dessa maneira e como demonstrado, existe legislação no ordenamento pátrio regulamentando o dever de não concorrência durante o contrato de trabalho.

Caso isso aconteça através de ato cometido pelo empregado com ausência de autorização do empregador para concorrência da empresa, ou com prejuízos que

---

<sup>94</sup> JOÃO, Regiane de Melo. Cláusula de Não Concorrência inserida no Contrato de Trabalho a visão do Judiciário- Uma análise crítica de duas ementas de acórdãos dos Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 71, n. 06, . p. 720, jun. 2007.

estes atos acarretam praticados com habitualidade, ensejar-se-á a despedida do obreiro por justa causa.

O ponto chave deste tópico se encontra em distinguir o dever de não concorrência da cláusula de não concorrência, conforme explica claramente Ari Possidonio Beltran:

O dever de não-concorrência, já examinado, pode levar ao entendimento de versar questão idêntica à chamada cláusula de não concorrência. Tais hipóteses, todavia, não se confundem, absolutamente. Deve ser ressaltado que, de certa forma, apresentam linhas divisórias muito próximas, mas, na realidade ostentam grande diferença, já que a primeira delas se refere, desenganadamente **a dever insito ao contrato de trabalho e que opera na vigência deste**, enquanto a segunda hipótese implica perquirir sobre a **aplicação de cláusula contratual prevista para vigor após findo o contrato de trabalho**. (grifos no original)<sup>95</sup>

Assim, enquanto o dever de não concorrência encontra-se regulamentado durante a vigência do contrato de trabalho, a Cláusula de Não Concorrência, seria a aplicação de uma cláusula contratual com o intuito de preservar os mesmos interesses do dever de não concorrência, só que após a extinção da relação empregatícia, e para esta ainda não há regulamentação.

Este assunto será aprofundado no próximo capítulo.

---

<sup>95</sup> BELTRAN, Ari Possidonio. Dever de Fidelidade, Dever de Não Concorrência e Cláusula de Não Concorrência. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: v. 66, n. 04, . p. 420 -421, abril 2002.

## 4 CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E O CONTRATO DE TRABALHO

No sistema de produção capitalista o caráter transitório entre empregos é considerado um fato social comum e corriqueiro. Uma nova oferta de trabalho oferecida por outra empresa, sendo essa proposta considerada melhor é tida como uma projeção profissional e pelo princípio da livre concorrência e da livre iniciativa, o desligamento da empresa anterior para a ativação na nova empresa é sim permitido.

No entanto, essa liberdade sofre restrições quando as empresas percebem que podem sofrer consequências através de revelações essenciais à mesma para uma concorrente, ou seja, vítimas da famosa concorrência desleal. Sabe-se que, via de regra, o empregado para não perder o emprego assina qualquer contrato ou aditivo. E aqui surge o foco principal dessa pesquisa, a cláusula de não concorrência em face a liberdade de ofício do empregado.

Importante mencionar que competência para a resolução dos conflitos que envolvem a cláusula de não concorrência é a Justiça do Trabalho justamente por ser decorrente da relação empregatícia. Pela regra geral da CLT o juízo competente é o do local da prestação de serviços ao tempo da extinção do contrato empregatício no qual se pactuou a cláusula de não concorrência.

Neste capítulo será conceituada a cláusula de não concorrência, a sua validade e seus limites, como ela é prevista em outros países estrangeiros e como é tratada no Brasil uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não regulamenta o assunto. No final será analisado através da proporcionalidade e razoabilidade o confronto entre os princípios constitucionais liberdade de ofício versus a solidariedade social no âmbito da cláusula de não concorrência.

### 4.1 CONCEITO

Demonstrou-se que a “mobilidade” entre as relações de trabalho atualmente em face da autonomia privada e o modelo econômico vigente do capitalismo é frequente e permitida. Então os empresários visando à proteção da sua própria empresa dos

danos que empregados pudessem causar ao deixarem de trabalhar na mesma para eventualmente passar a trabalhar numa concorrente dando ensejo a concorrência desleal, se utilizam muito da cláusula de não concorrência nos contratos de trabalho.

Isso acontece porque existem segredos que são tidos como verdadeiras riquezas para seus detentores, como por exemplo, uma nova receita que tem tudo para ser um sucesso no restaurante, ou uma fórmula de produtos químicos.

Os empregadores sabem do risco que correm caso um empregado que saiba dos segredos da sua empresa, os revele a um terceiro ou o que é pior a uma concorrente. O empregado que findo o contrato vai trabalhar numa concorrente pode estar levando com ele o fundo de comércio da empresa, bem como, violando o dever de fidelidade e o dever de sigilo. Estes deveres traduzem a boa fé objetiva que deveriam permanecer após o fim do contrato.

Reconhecida a necessidade da cláusula para fins de preservação do negócio, a grande questão envolvida sobre o assunto é se seria válida ou não a cláusula contratual que estipula a obrigação de se abster do trabalho na empresa do mesmo ramo de negócios da empregadora<sup>96</sup>, uma vez que não existe legislação pátria acerca do assunto. E se válida, quais seriam esses limites em face à liberdade de trabalhar do empregado.

De acordo com Sérgio Pinto Martins, “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.”<sup>97</sup> Esta obrigação entretanto tem eficácia após findo o contrato de trabalho, abstendo o empregado que possua informações primordiais a respeito da empresa de trabalhar para uma concorrente.

A cláusula de não concorrência possui natureza moral, de lealdade. Ela se sujeita não apenas na condição de empregado trabalhar para outra empresa do mesmo ramo,

---

<sup>96</sup> NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. **RTDC Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA. ano 3, v.12, p. 207,out./dez. 2002.

<sup>97</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não-concorrência inserida no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, Ano 28, p. 259, jul./set. 2002.

mas, também, na criação de uma empresa concorrente.

José Roberto de Castro Neves, conceitua a cláusula de não concorrência como uma estipulação que “via de regra, tem lugar entre uma pessoa jurídica e seu ex-funcionário, para vigorar após o encerramento do vínculo trabalhista. Deseja-se, com ela, impedir que o antigo funcionário vá atuar para concorrentes, o que traria repercussão ruim para o negócio.”<sup>98</sup>

De forma geral, entende-se como concorrência a disputa entre os que praticam as mesmas atividades. Nas palavras de Ari Possidonio as empresas vão buscar através da cláusula de não concorrência:

(...) a proteção da sua relação de clientes, dados comerciais, técnicos, fórmulas, know how, bem como ganha realce no contexto a preservação de empregados com elevada formação técnica, por vezes com bolsas de estudo no exterior financiadas pela própria empresa, ou ainda almeja-se, em certas condições, evitar ou mitigar a própria concorrência direta, ainda que por disposição limitada no tempo.<sup>99</sup>

As cláusulas de não concorrência geralmente são fixadas no momento em que o empregado está sendo contratado, mas podem ser fixadas no curso da contratação ou quando da sua rescisão. Elas devem ser feitas por escrito; sendo inaceitável a admissão de cláusula implícita ou tácita.

Analogicamente, uma vez que este não é o tema desta pesquisa, a cláusula de não concorrência em contrato social veda que um dos sócios da empresa que participe da administração desta venha a se tornar sócio de uma concorrente. Esta questão inclusive é afastada por se tratar de segredo do negócio e segurança. Além disso, a boa fé deverá ser preservada em qualquer ramo do Direito. Dessa forma, José Machado de Campos Filho diz que “o contrato social poderá consignar cláusula que vede aos sócios, gerentes ou não, o direito de associar-se a uma empresa concorrente.”<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. **RTDC Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA. ano 3, v.12, p. 207, out./dez. 2002.

<sup>99</sup> BELTRAN, Ari Possidonio Beltran. Dever de Fidelidade, Dever de Não Concorrência e Cláusula de Não Concorrência. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. v. 66. n. 4, p. 421, abril 2002.

<sup>100</sup> CAMPOS FILHO, José Machado de, “Cláusula de não-restabelecimento”, in SARAIVA. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 253.

O tema desta pesquisa é a cláusula de não concorrência, também conhecida por pacto de não concorrência no contrato empregatício.

Essa cláusula não se confunde com o dever de não concorrência. Podem até versar sobre a mesma questão, porém, a primeira hipótese diferentemente da segunda já analisada, diz respeito à aplicação de cláusula contratual após o término do contrato de trabalho, que em verdade é quando na maioria das vezes ocorre o uso de informação e de concorrência desleal.

Assim, se a abstenção de concorrência, após findo o contrato de trabalho for a intenção dos contratantes, o término do contrato trará como obrigação do empregado a vedação de praticar qualquer ato que resulte em concorrência prejudicial ao empregador.

De acordo com Regiane de Mello João, ao empregador é necessária a proteção contra potenciais prejuízos que o empregado possa oferecer quando aliado a serviços da concorrência após término do contrato de trabalho. A partir daí, é que se persegue a pactuação da cláusula que objetiva limitar a possibilidade de concorrência por parte do empregado por vontade própria ou de terceiros após término do vínculo laboral.<sup>101</sup>

Com base em tudo o que fora exposto, surge a dúvida, será que tendo em vista o preceito constitucional que garante a liberdade de ofício do empregado ele poderia ser limitado a não laborar em uma empresa concorrente findo o seu contrato? Ou será que ele podia laborar para a concorrente justamente em face à garantia fundamental do trabalho levando consigo todo *know how*, (muitas vezes proporcionados pela empresa através de cursos), conhecendo segredos, fórmulas, lista de clientes, sendo a imagem da empresa? Até que ponto vai a proteção ao trabalhador e a proteção a empresa? Será que existem direitos absolutos? Essas são questões pertinentes ao tema que serão respondidas nos próximos tópicos.

---

<sup>101</sup> JOÃO, Regiane de Melo. Cláusula de Não Concorrência inserida no Contrato de Trabalho a visão do Judiciário- Uma análise crítica de duas ementas de acórdãos dos Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 71. n. 6, p. 720, jun. 2007.

## 4.2 LIMITES

A Cláusula de Não Concorrência, suscita uma grande polêmica em relação a sua validade, em razão de não haver tipificação legal que autorize a sua aplicação expressamente. Surgem então divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do assunto, de modo que uma corrente entende pela invalidade da cláusula e outra parte entende pela validade da mesma. Estes últimos definem limites para sua aplicação partindo do pressuposto de que nenhum direito ou valor constitucional é absoluto. Entende-se que prevalece essa última teoria.

O renomado autor Ari Possidonio Beltran também entende dessa forma: “as cláusulas impeditivas da concorrência não são irrestritas, mas, ao contrário, devem sofrer limitações ditadas pela razoabilidade, para que sejam consideradas válidas.”<sup>102</sup>

Os critérios de razoabilidade previstos pela doutrina e jurisprudência como critérios de validade são limites temporais (delimitação temporal para restrição de modo que o empregado não possa ficar privado pelo resto da vida de trabalhar onde quiser), espaciais (uma delimitação geográfica) e relativos ao exercício da atividade (de modo que a limitação não prive de forma absoluta o trabalhador de exercer seu trabalho) nem que implique à ele ônus excessivo e injustificado. Também deverá estar presente o interesse legítimo das partes e a compensação financeira referente ao tempo de abstenção do labor. Além desses, acrescenta-se como limite a modalidade da despedida do empregado, uma vez que, se o empregado for dispensado por despedida indireta, ele não estará obrigado a cumprir o pacto.

Regiane de Mello João, diz que a abstenção que se acorda nas cláusulas de não concorrência tem caráter passageiro, durando apenas o necessário para que informações consideradas sigilosas percam o status de novidade, que se tornem obsoletas ou ainda que determinado projeto seja realizado.<sup>103</sup>

Dessa maneira, entende-se que somente haveria ofensa à liberdade de ofício se

---

<sup>102</sup> BELTRAN, Ari Possidonio. Dever de Fidelidade, Dever de Não Concorrência e Cláusula de Não Concorrência. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. v. 66, n. 4, p. 422, abril 2002.

<sup>103</sup> JOÃO, Regiane de Melo. Cláusula de Não Concorrência inserida no Contrato de Trabalho a visão do Judiciário- Uma análise crítica de duas ementas de acórdãos dos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª Região. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. v. 71. n. 6, p. 722, jun. 2007.

houvessem restrições perpétuas a serem cumpridas, ou seja, caso o trabalhador ficasse impedido de trabalhar de forma absoluta e geral. Agora, resta o estudo dos limites que deverão ser atribuídos à aplicação da cláusula de não concorrência, após a análise de cada caso concreto.

#### 4.2.1 Legítimo Interesse do Empregador

O empregador só pode se valer da cláusula de não concorrência, quando em razão das atividades desenvolvidas pelo empregado, for realmente indispensável para a preservação dos interesses legítimos da empresa.

Por exemplo, se o empregado for operário e seu empregador exigir que conte cláusula de não concorrência no contrato, fica evidente o abuso de direito e a tentativa de ferir o princípio da liberdade de emprego, haja vista que essa atividade não faz com que o empregado tenha conhecimento de assuntos essenciais à existência e continuidade da empresa.

Durante essa pesquisa, firmou-se o entendimento de que o pacto de não concorrência é de extrema relevância ao empregador quando este apresenta interesse legítimo. Percebeu-se que este requisito encontra-se presente especialmente quando se trata de empregado especializado e qualificado, ou ainda que seja diretor, administrador, ocupando local de destaque na empresa, conhecendo e tendo acesso às características primordiais para o seu desenvolvimento.

José Roberto de Castro Neves menciona também o profissional que personifica a empresa perante as pessoas, ou seja, que tem a sua imagem vinculada à dela.<sup>104</sup> Por exemplo, o ator Tony Ramos vincla a sua imagem à empresa Friboi, fazendo propagandas. Se por um acaso o mesmo ator, deixa de prestar serviços à Friboi e passa a trabalhar e fazer propaganda à uma concorrente, esta conduta trará graves prejuízos para a ex empregadora, uma vez que para os clientes e telespectadores ou

---

<sup>104</sup> NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. **RTDC Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA. ano 3, v.12, p. 205, out./dez, 2002.



até mesmo fãs, Tony Ramos compra carne na empresa que ele diz ser a melhor do ramo.

José Roberto inclusive no seu artigo traz um exemplo famoso:

É conhecido o caso de Lee Lacocca, o mega empresário do setor automobilístico, que, depois de deixar a presidência da Ford, foi trabalhar para a rival Chrysler. O empresário, nesse episódio, usou toda a sua expertise, sua imagem com o público como grande homem do ramo, contra a sua antiga empregadora. Naturalmente, o homem de negócios carregou consigo parcela razoável do fundo de comércio da sua ex-empresa.<sup>105</sup>

Diante do exposto, conclui-se que a restrição que é atribuída a um empregado manual, responsável por atividades rotineiras, que não tenha conhecimento acerca de informações estratégicas e sigilosas, e que não seja encarregado de desenvolvimento de novos produtos, por exemplo, será abusiva e inválida.

#### 4.2.2 Matéria

Este objeto de restrição tem haver com o tipo de atividade/funções e o tipo de empresa que serão vedadas ao empregado laborar. A cautela nesse requisito é fundamental, uma vez que não pode o empregador proibir que o empregado trabalhe em todos os empreendimentos, sob pena de ofensa ao direito fundamental da liberdade de ofício.

A visão dos doutrinadores é de que para ser válida a cláusula de não concorrência ela deverá especificar as atividades que colocarão em risco o empregador em face à empresa concorrente. No entanto, o empregado poderá exercer outras atividades que não consta limitada na cláusula.

Como pensa Sergio Pinto Martins, o empregado poderá exercer qualquer outra atividade, exceto a que foi determinada pela cláusula de não concorrência. Assim não estará proibido de exercer outras funções, nem mesmo de trabalhar.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. **RTDC Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA. ano 3, v.12, p. 205, out./dez, 2002.

<sup>106</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não-concorrência inserida no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. ano 28, p. 266, jul./set. 2002.

Mallet traz a seguinte passagem:

A cláusula de não concorrência tem de especificar as atividades restringidas, indicando limites objetivos da obrigação imposta ao empregado. Trata-se de requisito substancial de validade do ajuste, cuja falta tona-o nulo, até porque não se admite restrição genérica, indeterminada, abrangendo todo e qualquer trabalho. Apenas a restrição necessária pode ser mantida.<sup>107</sup>

Importante ressaltar que o contrato celebrado com cláusulas genéricas, tende a ser considerada nula pelo Judiciário, dessa forma, deve-se especificá-las a respeito das atividades restringidas.

#### 4.2.3 Tempo

A proibição do labor numa empresa concorrente deverá ser limitada razoavelmente dentro do aspecto temporal. De acordo com Ari Possidonio, este tempo deve ser suficiente para que, por exemplo, o empresário adquirente possa fixar sua própria clientela.<sup>108</sup>

Não se justifica a vedação por tempo indeterminado, caso assim fosse, restaria caracterizado abuso de direito à autonomia privada, violando-se os princípios constitucionais da liberdade de trabalho, dignidade da pessoa humana, especialmente quando o trabalhador exerce função específica.

Para Sérgio Pinto Martins, o ideal é que a cláusula fosse estipulada pelo prazo de dois anos, que é o período máximo de um contrato de trabalho por prazo determinado.<sup>109</sup> Importante mencionar que certas atividades não necessitam de um prazo muito longo de restrição, a exemplo da área de informática, pois em algumas semanas ou poucos meses os concorrentes provavelmente já adquiriram o conhecimento da nova tecnologia ou novo produto.

---

<sup>107</sup> MALLETT, Estêvão. **Cláusula de Não Concorrência em contrato individual de trabalho**. LTr Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: ano 69, n.10, p. 1162, out. 2005.

<sup>108</sup> BELTRAN, Ari Possidonio. Dever de Fidelidade, Dever de Não Concorrência e Cláusula de Não Concorrência. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. v. 66, n. 4, p. 422, abril 2002.

<sup>109</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não-concorrência inserida no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. ano 28, p. 266, jul./set. 2002.

Assim, conclui-se que a abstenção pactuada no contrato mediante cláusula de não concorrência possui caráter transitório, durando o tempo necessário para que as informações protegidas pelo pacto percam a característica de novidade, se tornem obsoletas, que seja implementado algum determinado projeto, dentre outros.

#### 4.2.4 Espaço

Com relação ao espaço não há justificativa para haver qualquer tipo de limitação quando o empregado se estabelecer em território diferente ao território da empresa anterior, exceto quando se tratar de empresas de âmbito nacional. De acordo com Sérgio Pinto Martins: “quanto à limitação territorial, esta deve ser feita num determinado espaço territorial, não sendo justificável que mesmo distante do local anterior, haja a observância da cláusula de não concorrência.”<sup>110</sup>

Assim, a cláusula deve ser delimitada em certa área geográfica, e não terá valor quando o conflito se der em locais em que não haja competição entre a empresa e outras do mesmo ramo.

#### 4.2.5 Compensação Econômica

Para que a cláusula seja válida, é necessário que o empregado receba uma compensação financeira como se trabalhando estivesse. Esse pagamento tem por finalidade que o empregado não passe dificuldades financeiras na manutenção do seu padrão de vida.

Segundo Sérgio Pinto Martins o valor da compensação financeira deve ser a última remuneração do empregado, multiplicado pelos meses em que deixará de trabalhar na mesma atividade.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não-concorrência inserida no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 28, p. 266, jul./set. 2002, p. 266

<sup>111</sup> *Ibid*, 2002, p. 267

O pagamento seria feito quando findo o contrato de trabalho ou então mensalmente, durante o período que o empregado não puder exercer a atividade. Caso a empresa não adimplisse a obrigação que tem em pagar a remuneração do empregado, este poderá praticar concorrência contra seu empregador. De acordo com Sérgio Pinto, esta seria a aplicação da *exception non adimpleti contractus* presente no art. 1092 do CC.<sup>112</sup>

Nas palavras de Oris de Oliveira considera-se de não concorrência:

(..)a obrigação em virtude da qual o empregado se compromete, mediante remuneração, a não praticar, por conta própria ou alheia, após a vigência do contrato de trabalho, dentro de limites de objeto, tempo e espaço, ação que implique desvio de clientela de seu empregador sob pena de responder por perdas e danos.<sup>113</sup> (grifos no original)

Estevão Mallet menciona que poderá ser feito pagamento desta compensação em utilidades, desde que avaliado o equilíbrio do que se dá quando comparado a obrigação de se abster imposta.<sup>114</sup>

O crédito conferido ao empregado será de natureza indenizatória, ou seja se indeniza a limitação à liberdade de ofício.

Através da obra de Sérgio Pinto Martins, resta claro que o pagamento da compensação poderá ser feito tanto para o empregado como para os seus herdeiros. No entanto, será mais comum o pagamento mensal apenas enquanto o empregado estiver vivo, já que por ser uma obrigação personalíssima, a obrigação se extinguirá com a sua morte. A única exceção que ele traz é no caso do de cujus deixar fórmulas, segredos, plantas, etc, nesse caso a cláusula do contrato pode obrigar os herdeiros a não praticarem concorrência, e por isso devem continuar recebendo a indenização durante o período convencionado.<sup>115</sup>

Durante o período que o empregado fica restrito, ele não estará a disposição do empregador então este período não é considerado tempo de serviço, até porque o

---

<sup>112</sup> SARAIVA. **Vade Mecum**: Código Civil de 2002. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>113</sup> OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de trabalho**, tese de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982, p. 237.

<sup>114</sup> MALLETT, Estêvão. **Cláusula de Não Concorrência em contrato individual de trabalho**. LTr Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. São Paulo, ano 69, n 10, p.1165. out. 2005.

<sup>115</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não-concorrência inserida no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 28, p.266. jul./set. 2002.

contrato já terminou. O pagamento será uma indenização pelo cumprimento da obrigação de não fazer.

De outro lado, em caso de descumprimento do pacto de não concorrência pelo empregado, este deverá pagar as perdas e danos ao empregador pelo que seu ato der causa.

Por fim, outro assunto interessante é a responsabilidade de terceiros. De acordo com José Roberto de Castro Neves, a partir do momento que um terceiro sabe da existência de uma cláusula que abstenha o empregado de trabalhar para uma concorrente, e mesmo assim colabora com o descumprimento do acordo, ele contribui para um ilícito no qual saíria beneficiário.<sup>116</sup>

Dessa maneira, ao saber da existência de uma relação obrigacional entre empregado e antigo empregador que impedisse o novo contrato, o terceiro não pode ir em frente firmá-lo, pois assim estaria ferindo o dever de boa-fé geral inerente a qualquer contratante além de estar contribuindo com o inadimplemento da obrigação de não fazer do empregado para se beneficiar, devendo responder pelas perdas e danos que seu ato der causa.

#### **4.2.6 Modalidade de Despedida**

Esse tópico traz como limite modalidade de resolução contratual da rescisão indireta como limite para a validade da cláusula de não concorrência. Este limite apresentado não comumente encontrado em doutrina e jurisprudência.

Para Sérgio Pinto Martins, mesmo que o empregado seja dispensado com justa causa, sem justa causa, peça demissão, haja rescisão indireta ou venha a se aposentar, o pagamento da indenização será devido, assim como a obrigação de não concorrência, pois a cláusula diz respeito à não concorrência após o término do contrato do trabalho.

---

<sup>116</sup> NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. **RTDC Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA. ano 3, v.12, p. 215, out./dez. 2002.

Assim, pelo seu entendimento, não importa a forma de rescisão do contrato de trabalho, mas sim a obrigação de cumprir a cláusula quando findo o contrato. Somente haveria exceção se alguma outra hipótese fosse convencionada. Havendo a extinção da empresa obviamente não haverá restrição ao labor, uma vez que deixa de haver interesse legítimo.

Contudo esse trabalho entende que a rescisão indireta é uma modalidade de despedida que restringe à validade da cláusula de não concorrência.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins “a rescisão indireta ou dispensa indireta é a forma de cessação do contrato de trabalho por decisão do empregado em virtude da justa causa praticada pelo empregador.”<sup>117</sup>

Para que haja a rescisão indireta a irregularidade cometida pelo empregador deve ser tamanha a ponto de que seja impossível se dar continuidade à relação de emprego. Assim, se o próprio empregador não cumpriu com as suas obrigações contratuais no curso do contrato, porque o empregado deveria cumpri-las após extinção contratual? Não parece justo que o empregado tenha a sua liberdade de ofício limitada em razão da ex-empregadora inadimplente.

Por este motivo, defende-se que deve haver incidência da cláusula de não concorrência quando a causa da despedida do empregado se der por rescisão indireta.

Resta agora verificar, em razão da omissão acerca do tema em desenvolvimento, como é feita a integração normativa e a cláusula de não concorrência.

#### 4.3 A INTEGRAÇÃO NORMATIVA E A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

O ordenamento pátrio não estabelece qualquer previsão a respeito da cláusula de não concorrência, isso não quer dizer que a sua aplicação seja vedada. Inclusive, alguns países mantêm regramento a respeito da matéria.

---

<sup>117</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 416.

A Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil se omite no que diz respeito à Cláusula de Não Concorrência, e conseqüentemente quanto à exigibilidade das obrigações que dela resultam após rescisão contratual, entretanto traz no artigo 8º o seguinte:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.<sup>118</sup>

Assim, tem-se entendido que ante a omissão do legislador seria possível a aplicação da cláusula nos casos de lacuna através da interpretação do direito comparado, analogia e jurisprudência.

#### 4.3.1 Legislação Estrangeira

Em diversos ordenamentos estrangeiros a Cláusula de Não Concorrência já foi devidamente institucionalizada, Ari Possidonio Beltran, aborda em sua obra alguns exemplos de países que trazem tal regulamentação.

Na França, por exemplo, essa Cláusula é frequentemente incluída nos Contratos de Trabalho, principalmente nos contratos de executivos. O empregado tem sua liberdade de trabalhar limitada ao fim do contrato de trabalho, ficando proibido de laborar por conta de outra empresa ou de se estabelecer por conta própria diante das limitações de tempo, espaço e natureza da atividade, devendo o empregado, por esta razão, ser indenizado pelo empregador.<sup>119</sup>

Embora sejam reconhecidas essas cláusulas na França desde que respeitados os requisitos abordados, alguns autores não as enxergam com bons olhos, uma vez que tais cláusulas são danosas aos empregados e se multiplicam quando há dificuldades de emprego, além de serem economicamente prejudiciais para o aproveitamento das

---

<sup>118</sup> BRASIL. **Lei 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, 1 de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2014

<sup>119</sup> BELTRAN, Ari Possidonio Beltran. Dever de Fidelidade, Dever de Não Concorrência e Cláusula de Não Concorrência. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. v. 66, n.4, p. 423, abril 2002.

capacidades e aumentarem o contencioso.

Na Itália, existe previsão no Código Civil Italiano, e o objetivo da Cláusula de Não Concorrência é limitar principalmente a atividade dos empregados que tem especialização, após rescisão contratual. Também há limites para a validade da cláusula e compensação financeira para o empregado.<sup>120</sup>

O pacto de não concorrência é de extrema relevância ao empregador em especial quando se tratar de empregado especializado e qualificado, ou ainda se fizer parte do corpo diretivo da empresa em posse do conhecimento a respeito de informações e características primordiais para o desenvolvimento da empresa. A cláusula tem no máximo duração de cinco anos para os dirigentes e de três anos, para os demais trabalhadores.<sup>121</sup>

Na Espanha existe previsão no Estatuto dos Trabalhadores da Cláusula de Não Concorrência, devendo haver interesse comercial e industrial efetivo por parte do empregador ao pactuar a cláusula, bem como, que o período proibido de laborar se limite a 6 meses após o contrato de trabalho ou 2 anos quando se tratar de empregado qualificado. Deverá haver também como contraprestação da constrição de sua liberdade de trabalhar a adequada compensação financeira.<sup>122</sup>

Em Portugal, também existe regulamentação, desde que cumprido tais requisitos: o pacto ser feito por escrito, deve haver previsão de risco efetivo para o empresário e que duração da cláusula não exceda três anos. Haverá compensação financeira também durante o tempo que durar a abstenção.<sup>123</sup>

Na Alemanha a princípio não é restringido que exercer qualquer atividade quando findo seu contrato de trabalho, entretanto é possível que seja firmada uma proibição de concorrência e quando isso acontece se torna necessário a fixação de limites, através de preceitos legais imperativos. Os limites são: forma escrita do pacto de não concorrência, interesse comercial efetivo, indenização ao empregado que compense

---

<sup>120</sup> BELTRAN, Ari Possidonio Beltran. Dever de Fidelidade, Dever de Não Concorrência e Cláusula de Não Concorrência. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 66. n. 4, p. 423, abril de 2002

<sup>121</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não-concorrência inserida no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 28, p.263, jul./set. 2002.

<sup>122</sup> BELTRAN, op. cit.,p. 423.

<sup>123</sup> *Ibid, loc. cit.*



o período de abstenção, não devendo este período durar mais que dois anos.<sup>124</sup>

Na Colômbia existe previsão legal dispondo que a cláusula poderá ser estabelecida pelo período máximo de um ano, e a indenização ao empregado que terá sua liberdade de trabalhar limitada não poderá ser inferior à metade do salário recebido enquanto vigente o contrato de trabalho.<sup>125</sup>

Na Bélgica, o sistema é misto uma vez que envolve previsão legal, bem como determinação em normas coletivas. Lá, a cláusula de não concorrência consiste na proibição de após findo o contrato queira o empregado exercer atividades idênticas em outra empresa, desde que, haja prejuízo para o empregador.<sup>126</sup>

Isso decorre dos conhecimentos particulares adquiridos na vigência do contrato. Como requisitos necessários para a validade da cláusula ela deve ser pactuada de forma expressa (escrita), se o contrato terminar no período de experiência a mesma não terá validade, os locais que o empregador não poderá exercer atividade devem ser especificados e por fim deve haver pagamento compensatório único ao empregado, que será no valor da remuneração bruta do empregado quando aplicada a cláusula.<sup>127</sup>

Esses são apenas alguns exemplos de regulamentos da Cláusula de Não Concorrência no Direito Comparado.

Resta agora saber como as jurisprudências dos Tribunais Trabalhistas resolvem os conflitos atinentes à cláusula de não concorrência.

#### 4.3.2 Jurisprudência

No Brasil, existem opiniões divergentes na jurisprudência uma vez que ainda não existe legislação nacional específica sobre o tema em questão. A resolução dos

---

<sup>124</sup> BELTRAN, op. cit., p. 423.

<sup>125</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não-concorrência inserida no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 28, p 262, jul./set. 2002.

<sup>126</sup> *Ibid*, p. 265.

<sup>127</sup> *Ibid*, loc. cit.

problemas que existem envolvendo a cláusula de não concorrência e a liberdade de ofício após extinção do contrato empregatício deve ser feita a partir da análise casuística aplicando-se a técnica da ponderação de interesses conforme veremos no tópico a seguir. Parte da jurisprudência decide contra a validade e licitude da cláusula:

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO APÓS A RESCISÃO CONTRATUAL. ILEGALIDADE. A ordem econômica é fundada, também, na valorização do trabalho, tendo por fim assegurar a todos existência digna, observando dentre outros princípios a busca do pleno emprego. Pelo menos, assim está escrito no art. 170, inciso VIII, da Constituição. O art. 6º do diploma deu ao trabalho grandeza fundamental. A força de trabalho é o bem retribuído com o salário e assim meio indispensável ao sustento próprio e familiar, tanto que a ordem social tem nele o primado para alcançar o bem-estar e a justiça sociais. Finalmente, o contrato de trabalho contempla direitos e obrigações que se encerram com sua extinção. Por tudo, cláusula de não concorrência que se projeta para após a rescisão contratual é nula de pleno direito, a teor do que estabelece o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.” (TRT 2ª Região – RELATOR(A): JOSE CARLOS DA SILVA AROUCA – ACÓRDÃO Nº: 20020079847 – PROCESSO Nº: 20010487101 – ANO: 2001 – 8ª Turma – DOE: 05/03/2002).<sup>128</sup>

Outra parte, porém, decide a favor da validade e licitude da Cláusula desde que existam critérios de razoabilidade para sua fixação:

DANOS MATERIAIS - INDENIZAÇÃO - INEXISTÊNCIA. Não afronta o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, cláusula contratual firmada por empregado, após ruptura do contrato de trabalho, comprometendo-se a não prestar serviços à empresa concorrente, quer como empregado, quer como autônomo. Inexistência de erro ou coação a anular o pactuado. Não há ilegalidade a macular o pactuado e nem danos materiais decorrentes da limitação expressamente aceita. Impende aqui, invocar-se também o princípio da boa-fé, presente em todos os atos da vida civil e pressuposto deles, mormente quando em ajuste, estão pessoas capazes, de mediano conhecimento jurídico e alto nível profissional, como é o caso das partes envolvidas no Termo de Confidencialidade e Compromissos Recíprocos.

(TRT-2 - RO: 20898200290202008 SP 20898-2002-902-02-00-8, Relator: RITA MARIA SILVESTRE, Data de Julgamento: 13/08/2002, 5ª TURMA, Data de Publicação: 30/08/2002)<sup>129</sup>

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

<sup>128</sup> BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário n 20010487101 SP 20010487101. Recorrente: João Bosco Maggioli. Recorrido: Nature's Sunshine Prods Naturais Ltda. Relator: José Carlos da Silva Arouca. Brasília, DJ 18 de fev de 2002. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15812419/recurso-ordinario-ro-20010487101-sp-20010487101>>. Acesso em: 25 out. 2013.

<sup>129</sup> BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário n 20898-2002-902-02-00-(RO: 20898200290202008. Relatora: Rita Maria Silvestre, Data de Julgamento: 13/08/2002, 5ª turma, Data de Publicação: 30/08/2002. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15812407/recurso-ordinario-ro-20898200290202008-sp-20898-2002-902-02-00-8>>. Acesso em: 25. mar. 2014.

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 profissional, 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 15ª Região – ACÓRDÃO Nº PROCESSO Nº 01533-2001-093-15-00-0 RO (10687-2003) – Relatora ELENCY PEREIRA NEVES).<sup>130</sup>

Verifica-se que nas ementas acima transcritas são aplicadas decisões divergentes.

A parte da doutrina e jurisprudência que entende pela invalidade da cláusula, argumenta que a restrição ao empregado de obedecer ao dever de não concorrência após a extinção do contrato de trabalho, vulnera os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência, liberdade de ofício, valorização do trabalho e a garantia da busca do pleno emprego dispostos nos arts. 5º inciso XIII, 6º e 170, incisos VIII e da Constituição Federal.

Por outro lado, os que defendem a validade da Cláusula, ponderam a necessidade da empresa de proteger o seu fundo de comércio, analisando a possibilidade de limitar a prestação do labor do ex- empregado utilizando-se do conhecimento adquirido na Empresa numa concorrente.

Os que pensam dessa forma entendem que o patrimônio imaterial do empregador deve ser protegido, resguardando seus inventos, propriedade, segredos comerciais, industriais, lista de clientes, imagem, dentre outros, uma vez que nenhum valor ou direito é absoluto e se utilizam de alguns dispositivos da CLT e CC.

Ou seja, em razão da omissão sobre o tema no ordenamento jurídico, a cláusula de não concorrência também decorreria do artigo 122 do Código Civil que dispõe que “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”<sup>131</sup>

No que tange a CLT, dois dispositivos legais deverão ser analisados: o artigo 444 da CLT: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das

---

<sup>130</sup> BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário n 01533-2001-093-15-00-0 RO 10687-2003 – Proc. 45874-1021. Relatora: Elency Pereira Neves. DJ 8 nov. 2000. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15812419/recurso-ordinario-ro-01533-2001-093-15-00-0> >. Acesso em: 25 mar. 2014.

<sup>131</sup> SARAIVA. **Vade Mecum**: Código Civil de 2002. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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.”<sup>132</sup> e o art. 8º da CLT que permite a aplicação do direito comparado como fonte subsidiária de aplicação do direito do trabalho.

Estevão Mallet entende da seguinte forma:

Em primeiro lugar, nenhum direito reveste-se de caráter absoluto. (...) Não de 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 é assim que as alíneas c e g, do art 482, da CLT, embora limitem, de alguma forma, a possibilidade de trabalho, nunca foram consideradas inconstitucionais.<sup>133</sup>

Também entende por lícita a cláusula de não concorrência Dorval de Lacerda, uma vez que, “o empregador tem o interesse de manter intactos os segredos da empresa que dirige, não desejando transformar seus colaboradores em concorrentes perigosos”<sup>134</sup>

Neste sentir concorda-se com o mesmo pensamento, interpretando como válida a cláusula de não concorrência, desde que analisado cada caso concreto observando os limites e princípios da razoabilidade e proporcionalidade para não ferir a própria dignidade da pessoa humana decorrente do trabalho. Resta agora analisar a validade da cláusula de não concorrência através da técnica da ponderação de direitos.

#### 4.4 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E A LIBERDADE DE OFÍCIO DO EMPREGADO

De imediato é importante frisar que a cláusula de não concorrência é válida sim desde que aplicada observados os limites já estudados. A partir de agora será demonstrada a razão para que se entenda dessa maneira.

---

<sup>132</sup> BRASIL. **Lei 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, 1 de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2014

<sup>133</sup> MALLETT, Estêvão. **Cláusula de Não Concorrência em contrato individual de trabalho**. LTr Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. São Paulo, ano 69, n. 10, p. 1160, out. 2005.

<sup>134</sup> LACERDA, Dorval de. **A renúncia no direito do trabalho**. São Paulo: Max Limonad, 2. ed. 1944. p.172.

Durante o primeiro capítulo do presente trabalho foi demonstrado que a liberdade de iniciativa é fundamento da Ordem Econômica do país, e tem como principal função garantir no mercado o ingresso e a permanência dos agentes econômicos. A idéia da livre iniciativa se direciona à liberdade de atuação e a garantia de ação no âmbito privado, sem que haja entraves e limites auferidos pelo Estado.

Neste contexto, surge a livre concorrência propiciada pela livre iniciativa, ambas preceitos neoliberais. A livre iniciativa é fundamento da Ordem Econômica, enquanto a livre concorrência é um dos princípios que a Ordem Econômica segundo o art. 170 da Constituição Federal.

Fabio Ulhoa entende que a liberdade de concorrência é saudável para o modelo econômico vigente, pois é através dela que se garante ao mercado o fornecimento de produtos com melhor qualidade e com preço mais acessível uma vez que ambas as empresas estariam disputando a preferência do cliente.<sup>135</sup>

A disputa é saudável para o capitalismo, pois impulsiona a economia do país e faz com que as atividades empresariais se desenvolvam.

Ora entende-se que a Constituição da República garante as premissas neoliberais da livre iniciativa e livre concorrência para quem queira empreender e exercer ofício e profissão, no entanto, aliado a isso também se encontra presente na Constituição a garantia de valores sociais para todas as pessoas, em especial a garantia da liberdade de ofício como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

A liberdade de ofício está disposta no art. 5º inciso XIII da Constituição Federal de 1988 que diz: “para todo cidadão é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais.”<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.74.

<sup>136</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília, DF: Senado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 19 jul. 2014.

Inclusive o Direito Social do Trabalhador encontra-se previsto no art. 6º<sup>137</sup> e 7º<sup>138</sup> da Constituição Federal de 1988, assim como a valorização do trabalho humano e a garantia pelo pleno emprego dispostos no art. 170, inciso VIII da Constituição Federal<sup>139</sup> quando este dispõe sobre a Ordem Econômica.

Na definição de Cesarino Junior: “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.”<sup>140</sup>

Dessa maneira, o acesso ao trabalho consiste na liberdade que tem o empregado de laborar onde quiser e tiver interesse, Ele é livre para escolher também o ramo e a atividade que quer desenvolver.

Neste mesmo sentido, entende José Afonso da Silva: “O dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo.”<sup>141</sup>

Diante disso resta instaurado a problemática de: como seria válida a cláusula de não concorrência no contrato de trabalho, quando existe um direito fundamental que a afronta, qual seja, o direito à liberdade de ofício?

A resposta é simples, a cláusula de não concorrência também é amparada como visto no tópico de item “2.5”, por um princípio fundamental: o princípio da solidariedade social. Por isso quando houver conflito entre a empresa que quer proteger seu patrimônio imaterial e o empregador que quer ter sua liberdade de ofício, será necessária a análise de cada caso concreto utilizando-se o juízo de ponderação de valores.

---

<sup>137</sup> Art 6º, CF- “ São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ”

<sup>138</sup> Art 7º, CF- “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria da sua condição social”.

<sup>139</sup> Art 170º, inciso VIII, CF- “busca do pleno emprego”.

<sup>140</sup> CESARINO, Júnior, A.F. **Direito Social Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970. p.10.

<sup>141</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 259- 60.

Observe-se que o direito fundamental da Solidariedade Social encontra-se previsto no art. 3º da Constituição Federal que traz como objetivo da República Federativa a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária. No entanto para que se tenha uma sociedade nestes moldes se torna extremamente necessário o cumprimento dos deveres anexos da boa fé estudados: dever de fidelidade, de sigilo e da não concorrência provenientes das relações de mercado.

Assim, o que se entende é que o dever de fidelidade, sigilo e não concorrência (estudados nos capítulos anteriores) são deveres anexos à boa-fé objetiva inerente a qualquer contrato, principalmente o contrato empregatício, uma vez que impõe aos contratantes agir com honestidade, lealdade e probidade e corresponde à essência das relações em sociedade, por isso se fundamentam constitucionalmente no princípio da solidariedade social.

Conforme Adriana Carrera Calvo<sup>142</sup>, alguns deveres do contrato de trabalho não se encerram após a sua cessação, são exemplos disso o dever de sigilo e o dever de lealdade que decorrem da boa fé objetiva. Dessa forma, teoricamente a cláusula de não concorrência poderia sim ser aplicada ao contrato de trabalho, pois a prática da concorrência ilícita desleal revelando segredos, levando informações essenciais da empresa para concorrente, acarretaria na violação desses deveres.

Observe-se que, restrições à concorrência são justamente a materialização da observância do princípio da boa fé objetiva, do qual se extraem como já mencionado, obrigações exigíveis não apenas no momento da conclusão do contrato e durante a sua execução, mas também na fase pré-negocial e na fase pós contratual.

Inclusive, além da cláusula de não concorrência existem no ordenamento jurídico brasileiro outros dispositivos que proíbem e reprimem a prática da concorrência desleal. De acordo com Estevão Mallet:

---

<sup>142</sup> CALVO, Adriana Carrera. **Os aspectos legais e a validade da cláusula de não concorrência**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6450/os-aspectos-legais-e-a-validade-da-clausula-de-nao-concorrencia-no-brasil>> . Acesso em 20 set. 2014.

O fato de não se haver pactuado restrição à concorrência para depois da extinção do contrato de trabalho não significa, contudo, que esteja o empregado livre para, depois de deixar o emprego praticar quaisquer atos ou exercer, sem nenhum constrangimento, qualquer trabalho ofício ou profissão valendo-se inclusive dos conhecimentos sigilosos auferidos de seu antigo empregador. Significa, a ausência de limites especiais, adicionais e específicos ao trabalho, o que não elide a aplicação de outros limites, previstos no Código Penal e na legislação sobre Propriedade Industrial, notadamente no art. 195, inciso XI, da Lei 9.279, bem como de limites decorrentes da obrigação geral de respeito à boa-fé contratual, segundo disposto nos arts. 187 e 422, do Código Civil.<sup>143</sup>

Diante de tudo quanto exposto caso haja a colisão entre a cláusula de não concorrência que encontra fundamento na solidariedade social e a liberdade de ofício, por encontrarem resguardo à valores fundamentais, será imprescindível a utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, através da técnica da ponderação. Importante ressaltar que para haver a ponderação é imperioso que os valores conflitantes sejam de mesma hierarquia, afinal se o sacrifício de um bem não for adequado quando comparado ao bem protegido, o conflito nem mesmo existirá.

De acordo com Dirley da Cunha, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade é comumente utilizado para identificar a legitimidade das restrições de direitos, eles emergem da ideia de bom senso, justiça, prudência, moderação, proibição de excesso e serve de interpretação para todo o ordenamento jurídico.<sup>144</sup>

A respeito dos direitos fundamentais que se colidem, essa passagem da obra do autor Dirley da Cunha é realmente muito pertinente:

É necessário, portanto, haver uma relação de conciliação ou de ponderação ou concordância prática entre os direitos fundamentais concretamente em conflito, balanceando-se, através de um juízo de proporcionalidade, os valores em disputa, num esforço de harmonização, de modo que não acarrete o sacrifício definitivo de algum deles. Isso significa que a restrição de um direito fundamental só é possível in concreto, atendendo-se a regra da máxima observância e mínima restrição dos direitos fundamentais. Não há a mínima possibilidade de se limitar um direito fundamental em abstrato. Vale dizer, os limites aos direitos fundamentais não podem ocorrer em nível abstrato, mas unicamente em nível concreto.<sup>145</sup>

Neste sentido, Regiane de Melo João, aponta que apenas a análise em cada caso concreto é que pode determinar se a limitação inerente à cláusula de não concorrência

---

<sup>143</sup> MALLETT, Estêvão. **Cláusula de Não Concorrência em contrato individual de trabalho**. LTr Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: ano 69, n. 10, p. 1166, out. 2005.

<sup>144</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2009. p. 227.

<sup>145</sup> Ibid. p. 604.



pode constituir uma situação de desequilíbrio entre as obrigações assumidas pelo empregado e os interesses legítimos do empregador aos quais se pretenda proteger.

146

Fábio Rodrigues Gomes também pondera discorrendo que o poder público deve ter cautela para que a sua atuação em favor do direito fundamental de uma das partes (titular ou destinatário) seja adequada e necessária.<sup>147</sup> Isto para que não haja ofensa ao direito da parte contrária.

Imprescindível analisar ainda a passagem José Xavier Carvalho de Mendonça:

O pacto pode ser tolerado, uma vez que não inutilize o futuro do preposto. Para a sua validade são essenciais as limitações de lugar e de tempo, sendo, quanto a este, bom critério não exceder o período de duração efetiva do contrato. Em atenção ao princípio constitucional de liberdade do trabalho, ou ao Direito ao trabalho, não será admissível cláusula de concorrência sem tais limitações. No mesmo sentido firmou-se o pensamento do ministro Thompson Flores, (...): O que importa, porém, é que a liberdade de trabalho não é absoluta, inelutável, sem restrições.”<sup>148</sup>

Assim, consagra-se a ideia de que a técnica da ponderação utilizando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade será utilizada a partir da análise do caso concreto, sendo viável a aplicação da cláusula de não concorrência aos contratos empregatícios uma vez que o direito fundamental ao trabalho poderá sofrer limitações. Importante destacar que essas limitações não poderão ser totais, caso assim seja, a cláusula se torna nula.

João Ricardo de Paula Amaral, aponta que “se de um lado as normas de direitos fundamentais não possuem caráter absoluto- de outro, as normas que os impõe limitações também não são absolutas, de sorte que cabe a análise do caso concreto”<sup>149</sup>

Sérgio Pinto Martins, conclui esse entendimento acima demonstrado de forma brilhante mencionando que não é possível haver restrição total do trabalho do

<sup>146</sup> JOÃO, Regiane de Melo. Cláusula de Não Concorrência inserida no Contrato de Trabalho a visão do Judiciário- Uma análise crítica de duas ementas de acórdãos dos Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 71. n. 6, p.722. Jun. 2007.

<sup>147</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 932.

<sup>148</sup> MENDONÇA, Jose Xavier Carvalho. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v. 2, , n. 462, São Paulo: Russel, 1963. p. 447-448.

<sup>149</sup> AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007 p. 90.

empregado. Caso contrário, a cláusula passa a ser ilícita e abusiva, uma vez que a liberdade de trabalho do empregado é irrenunciável.<sup>150</sup> Assim sendo, todos os limites da cláusula estudados anteriormente (limite espacial, territorial, legítimo interesse do empregador, matéria, compensação e modalidade de despedida) deverão ser aplicados cumulativamente para que a cláusula não seja considerada nula.

Assim, entende-se que o empregador tem, em alguns casos, a necessidade de proteger a sua propriedade imaterial como um todo (segredos, fórmulas, listas de clientes, dentre outros) e a partir daí surge a necessidade da cláusula de não concorrência. De outro lado o empregado tem como direito fundamental a liberdade de ofício. Diante da colisão entre direitos, deverá ser feita uma análise casuística utilizando-se a ponderação. Dessa forma, a cláusula de não concorrência tem sido validada no Direito Brasileiro, porém com reservas e requisitos limitadores, uma vez que a restrição ao exercício do labor não pode ser confundida com impedimento do acesso ao trabalho.

---

<sup>150</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não-concorrência inserida no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 28, p. 268, jul./set. 2002.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme pretendido alhures e diante de todas as premissas expostas nos capítulos supra, o presente trabalho analisou a validade da cláusula de não concorrência em face a liberdade de ofício do empregado.

Visando esclarecer a ideia abordada e o cerne deste trabalho, restou verificado que a livre iniciativa e a livre concorrência (premissas do capitalismo) e os avanços tecnológicos provenientes da globalização, propiciaram a alta competitividade entre as empresas. No entanto, de outra mão, essa competitividade é saudável uma vez que na prática evita o monopólio de produtos, bem como os preços elevados, além de proporcionar a busca cada vez maior pela qualidade dos produtos, uma vez que disputam entre si a captação e preferência da clientela.

Nesta trilha, cria-se um novo contexto nas relações de trabalho em que existe a manifesta preocupação com o patrimônio imaterial e a propriedade intelectual da empresa.

Com isto, o empregado dependendo da atividade que exerça na empresa pode obter conhecimentos essenciais para a existência e continuidade desta sociedade empresarial, esse fato faz com o empregador se sinta ameaçado já que a eventual saída do empregado poderá representar a transmissão de *know how* adquirido na empresa, e conseqüentemente a revelação de informações sigilosas, lançamento de produtos, lista de clientes, estratégia de mercado e uma série de outras situações. Inevitavelmente, quando o obreiro passasse a exercer suas atividades novamente essas informações seriam passadas para a concorrente, ocasionando a concorrência desleal.

Pois bem, visando à proteção da empresa o empregador passou a utilizar a cláusula de não concorrência no âmbito do contrato de trabalho, tendo por finalidade restringir o labor do empregado numa concorrente após rescisão contratual quando este tiver conhecimento acerca de informações relevantes para a empresa.

A partir daí foi abordada a discussão a respeito da cláusula de não concorrência ser válida ou inválida, uma vez que não existe no ordenamento pátrio disposição acerca

do tema. O conflito surge em virtude artigo 5º, XIII da CF, que visa assegurar a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Dessa maneira, o empregado teria o direito fundamental de escolher as atividades que quiser exercer e onde quiser exercê-las.

Nesta matiz, uma parte da doutrina e jurisprudência entende que está cláusula seria inválida, pois representa uma violação a este princípio.

Esta última corrente esquece que nenhum direito é de fato absoluto. A cláusula de não concorrência se fundamenta em outro direito fundamental: solidariedade social. A Constituição Federal traz como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária. Esse direito é a expressão da mais profunda sociabilidade que define a pessoa humana.

Observou-se que para se ter uma sociedade nestes moldes é extremamente necessário o cumprimento dos deveres anexos da boa fé: dever de fidelidade, de sigilo e da não concorrência provenientes das relações de mercado.

A restrição à concorrência nada mais é do que a imposição de limites à livre concorrência observando a boa-fé objetiva que deverá estar presente antes de realizado o contrato, durante e após, conforme dispõe o art. 122 do CC.

Diante do exposto resta claro que diante do confronto entre a cláusula de não concorrência e a liberdade de ofício do empregado, é imprescindível através da técnica da ponderação, o uso dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Dessa maneira, a cláusula de não concorrência é válida nos contratos empregatícios desde que a restrição ao labor do empregado não seja absoluta. Para que essa restrição não seja absoluta existem limites que devem ser observados na aplicação da cláusula de não concorrência.

Esses limites consistem no em: a) legítimo interesse do empregador, que consiste na validade da cláusula quando o empregado realmente possuir conhecimento acerca de informações estratégicas da empresa; b) matéria: deverá ser especificada na cláusula que tipo de atividade e de empresas que serão vedadas ao empregado laborar. c) tempo: é vedada a restrição do labor por tempo ilimitado. d) espaço: deverá ser delimitada em certa área geográfica, atentando-se para empresas de âmbito nacional.

Não terá valor quando o conflito se der em locais em que não haja competição entre a empresa e outras do mesmo ramo. e) em razão da restrição ao labor é necessário que o empregado receba compensação indenizatória como se trabalhando estivesse. f) modalidade de despedida: quando o empregado for despedido por motivo de rescisão indireta ele não estaria sujeito à cláusula uma vez que o empregador não cumpriu com suas obrigações contratuais, logo o empregado também não será obrigado a cumpri-lo.

Conclui-se que apesar de válida a cláusula de não concorrência no contrato de trabalho, bem como entende o direito estrangeiro, cada caso concreto deverá ser analisado com razoabilidade e com proporcionalidade, aplicando-se os limites acima destacados. Nenhum direito será absoluto, de modo que, caso haja limitação total do labor do empregado, a cláusula de não concorrência será nula.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007

BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. São Paulo: Ltr, 2012

BASTOS, Roseli Quaresma. Diferenças entre a relação de trabalho e a relação de emprego a partir da análise da legislação. **Jus navigandi**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10829&revista\\_caderno=25](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10829&revista_caderno=25)>. Acesso em: 11 nov. 2013.

BELTRAN, Ari Possidonio. Dever de Fidelidade, Dever de Não Concorrência e Cláusula de Não Concorrência. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: v. 66. n. 4, abril 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm). Acesso em: 21 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, 1 de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm) >. Acesso em: 29 out. 2014

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 21 jul.2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.219 de 14 de maio de 1996**, Brasília. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm). Acesso em 29 out. 2014

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário n 20898-2002-902-02-00-(RO: 20898200290202008. Relatora: Rita Maria Silvestre, Data de Julgamento: 13/08/2002, 5ª turma, Data de Publicação: 30/08/2002. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15812407/recurso-ordinario-ro-20898200290202008-sp-20898-2002-902-02-00-8>>. Acesso em 25. mar. 2014

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário n 20010487101 SP 20010487101. Recorrente: João Bosco Maggioli. Recorrido: Nature's Sunshine Prods Naturais Ltda. Relator: José Carlos da Silva Arouca. Brasília, DJ 18 de fev de 2002. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15812419/recurso-ordinario-ro-20010487101-sp-20010487101>>. Acesso em: 25 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional do Trabalho**. Recurso Ordinário n 01533-2001-093-15-00-0 RO (10687-2003 – Proc. 45874-1021. Relator: Elency Pereira Neves. DJ 8 nov. 2000. Disponível em: < <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15812419/recurso-ordinario-ro-01533-2001-093-15-00-0> > Acesso em: 25 mar. 2014.

CALVO, Adriana Carrera. **Os aspectos legais e a validade da cláusula de não concorrência**. Disponível em : <<http://jus.com.br/artigos/6450/os-aspectos-legais-e-a-validade-da-clausula-de-nao-concorrencia-no-brasil>> . Acesso em: 20 set. 2014.

CAMPOS FILHO, José Machado de. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade industrial**. v.2, p. t. II, parte III, p. 371. Rio de Janeiro: Forense, 1946. v.1; 1952, 1956,

CESARINO JÚNIOR, A.F. **Direito Social Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1970

COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires, A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988, **Revista da Procuradoria-Geral da República**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v.6, 1992-1993.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito dos Contratos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2012, v.4

FIGUEIREDO. Silvia Bellandi Paes de. Boa-Fé Objetiva e Constitucionalização do Direito Privado. Os Deveres Anexos e a Violação Positiva do Contrato. Conceitos Parcelares da Boa-Fé Objetiva, **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. São Paulo, v.12, n. 87, jan./fev. 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. **Revista dos Tribunais**, ano 6, v. 29, jan/mar. 2007.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos**. 10. ed. São Paulo, 2013.

GRAU, Eros Roberto, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1988.

JOÃO, Regiane de Melo. Cláusula de Não Concorrência inserida no Contrato de Trabalho a visão do Judiciário- Uma análise crítica de duas ementas de acórdãos dos Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista Jurídica LTR. v. 71. n. 6, jun. 2007.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Civis**, 2. ed. Bahia, 2009.

LACERDA, Dorval de. A renúncia no direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944.

MALLET, Estêvão. **Cláusula de Não Concorrência em contrato individual de trabalho**. LTr Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: LTR. ano 69, n. 10, out. 2005.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Judith Costa. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS, Judith Costa. **A Reconstrução do Direito Privado Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não-concorrência inserida no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 28, jul./set. 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDONCA, Jose Xavier Carvalho. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. v. 2, n. 462, São Paulo: Russel, 1963.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 29. ed., v.4, São Paulo: Saraiva, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil- Apontamentos gerais. In: **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

NEVES, José Roberto de Castro. Aspectos da cláusula de não concorrência no direito brasileiro. **RTDC Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA. ano 3, v. 12, out./dez. 2002.



OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de trabalho**. Tese de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982.

PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Teoria das Obrigações**. 25. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

PESSOA, André Luís Torres. **Os Deveres Anexos da Boa-fé Objetiva e o Contrato Individual de Trabalho**. 2013. 89 fls. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) –Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013.

PESSOA, Valton Dórea. **A Incidência Do Venire Contra Factum Proprium nas Relações de Trabalho**. 2013. 196 fls. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2013.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: Ltr., 2007.

PROENÇA, Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**, São Paulo: Saraiva, 2001.

SARAIVA. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Vade Mecum: Código Civil de 2002**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Vade Mecum: Código do Consumidor de 1990**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Alberto Luís Camelier da Silva. **Concorrência Desleal atos de confusão**, São Paulo, Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Sociais Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STUART JUNIOR. Donald. **A concorrência e a livre iniciativa**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, out. 1987.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.