



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AYALA DE NOVAIS MAGALHÃES

**A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NA RESCISÃO DO
CONTRATO DE TRABALHO: LIMITES E POSSIBILIDADES
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Salvador

2016

AYALA DE NOVAIS MAGALHÃES

**A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NA RESCISÃO DO
CONTRATO DE TRABALHO: LIMITES E POSSIBILIDADES
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

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

Orientadora: Profa. Adriana Brasil

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

AYALA DE NOVAIS MAGALHÃES

A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO: LIMITES E POSSIBILIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

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, ____/____/ 2016

Ao

Meu avô Jorgenito Magalhães Brandão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a meu avô pelo incentivo e pelo exemplo que sempre me forneceu. Minha vó, por sempre estar preocupada com a minha vida acadêmica, e pelas suas preces incessantes pela minha felicidade e realização.

Obrigada pai por ser minha base e acreditar em mim mesmo quando cheguei a desacreditar, todas as minhas vitórias têm muito de você.

A minhas tias e primas pela paciência e incentivo.

A minha orientadora, Adriana Wyzycowski, pela imensa paciência, dedicação, disponibilidade e pela parceria que fez com que eu conseguisse completar esse trabalho.

Sou grata também a todos os meus companheiros de monografia que dividiram as angústias e satisfações de completar um trabalho como este: Paula Rodamilans, Lucas Jatahy e Ana Paula Araújo.

Ainda em tempo, aquelas amigas que, por já terem passado pela situação, me compreenderam tão bem e incentivaram a todo o momento: Priscilla Machado, Raissa Moura e Yve Martins.

“A coisa mais indispensável a um homem é reconhecer o uso que deve fazer do seu
próprio conhecimento”

Platão

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo principal a análise da viabilidade de vigência da cláusula de não concorrência após a rescisão do contrato de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foi feito um apanhado geral acerca da importância que, com o passar dos anos, a economia comprovou ao trazer colaborações para o campo do direito. Desta forma, foi feito um estudo acerca da relação entre o sistema capitalista e a concorrência e a sua regulação na Constituição Federal de 1988. Fez-se necessária a compreensão acerca do aumento da concorrência bem como o da necessidade de profissionais cada vez mais capacitados para atuar no mercado, munidos do chamado *know-how*. Depois, buscou-se a compreensão do papel que a Constituição exerce ao buscar a justiça social e a dignidade da pessoa humana. Em seguida, passou-se à análise, de forma mais específica, acerca do pacto de não concorrência, tanto a sua evolução histórica nos ordenamentos estrangeiros como no brasileiro, na seara cível e também trabalhista, foco do presente trabalho, seu objeto de proteção e sujeitos envolvidos. Procurou-se relacionar o aumento da concorrência com a preocupação dos empregadores em protegerem os bens imateriais de seus negócios. Ao final, o estudo dos requisitos de validade adotados pela doutrina e jurisprudência, diante da inexistência de legislação acerca da cláusula em comento após a rescisão contratual. Procurou-se colher alguns casos emblemáticos julgados pelos Tribunais Superiores para lustrar qual é o entendimento atual sobre o tema a fim de não violar direitos fundamentais do trabalhador e nem causar prejuízos aos empregadores.

Palavras-chave: Direito econômico, concorrência, *know how*, cláusula de não concorrência, rescisão contratual, liberdade de trabalho.

ABSTRACT

The present work has its main objective on the analysis of the viability of the effectiveness of the non-competition clause after the termination of the employment contract in the Brazilian Legal System. For that, it was done a general overview of the importance that economy has proven while bringing the contributions to the legal field throughout the years. Thus, it was done a study regarding the link between capitalism and competition and its regulation in the Federal Constitution of 1988. It was necessary to comprehend over the increase of competition and also the necessity of professionals more and more able to act in the field, bearing know-how. After, it was sought to comprehend the role the Constitution has while searching for social justice and dignity of the human being. Then, it was specifically analyzed the pact of non-competition, from its historical development in foreign and national legal systems. Also it was analyzed the pact of non-competition in the civil field, and labor law, since the latter is the focus of the present work, as so is its protection object and subjects involved. It was sought to relate the increase of competition with the concern of the employers to protect the immaterial goods of their business. In the end, the study of the requirements of effectiveness adopted by doctrine and jurisprudence, since it lacks legislation about the pact abovementioned after the termination of the employment contract. In the present work it was sought to gather some emblematic cases already judged by High Courts to illustrate what it the current understanding about this topic, in a way that it will not violate fundamental rights of the employee, neither it will cause harm to the employers.

Key words: Economic Law; Competition; Know-how; pact of non-competition; termination of contract; freedom of work.

ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

STF – Supremo Tribunal Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior de Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 A DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA NA RELAÇÃO ENTRE CAPITAL E TRABALHO: UMA ANÁLISE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	14
2.1 BREVE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	16
2.2 CONCORRÊNCIA E SISTEMA ECONÔMICO: ANÁLISE DA CONCORRÊNCIA À LUZ DO SISTEMA CAPITALISTA DE PRODUÇÃO.....	18
2.2.1 Conceito de capitalismo.....	18
2.2.2 Sistema capitalista e concorrência.....	21
2.3 A CONCORRÊNCIA NA RELAÇÃO ENTRE CAPITAL E TRABALHO.....	22
2.3.1 A Constituição Econômica e a Constituição do Trabalho.....	23
2.3.2 As bases da ordem econômica na Constituição Federal de 1988: valorização do trabalho humano e livre iniciativa.....	24
2.3.2.1 Livre iniciativa x liberdade de empresa.....	25
2.3.2.2 O conteúdo jurídico da liberdade de empresa.....	29
2.3.2.3 Finalidades da ordem econômica no Brasil: análise da dignidade humana e da justiça social.....	31
2.3.2.4 A valorização do Trabalho humano.....	32
2.3.3 O princípio da livre concorrência no ordenamento jurídico brasileiro.....	36
3 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA.....	39
3.1 CONCEITO.....	39

3.2 OBJETO DE PROTEÇÃO.....	44
3.3 NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	48
3.3.1 Direito Europeu.....	48
3.3.2 Direito Americano.....	52
3.4 SUJEITOS DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA.....	53
3.4.1 Empregador.....	54
3.4.2 Empregados.....	55
3.4.2.1 Empregos simultâneos.....	57
3.4.2.2 Discordância do empregado.....	58
3.4.3 Administrador de Sociedade Anônima.....	59
3.4.4 Empregado e Profissional liberal.....	60
3.4.5 Prestador de Serviços.....	61
3.5 FIGURAS COMPLEMENTARES.....	62
3.5.1 Concorrência desleal.....	62
3.5.2 Cláusula de confidencialidade.....	64
4 ANÁLISE DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO DE TRABALHO.....	67
4.1 POSSIBILIDADE E FUNDAMENTO DA OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRER.....	67
4.2 FORMA E MOMENTO DE CONSTITUIÇÃO DAS OBRIGAÇÕES PÓS-CONTRATUAIS.....	72

4.2.1 Forma.....	73
4.2.2 Momento.....	74
4.2.2.1 Na vigência do contrato de trabalho.....	75
4.2.2.2 Na rescisão do contrato de trabalho.....	77
4.3 REQUISITOS DE VALIDADE.....	81
4.3.1 Interesse Legítimo.....	81
4.3.2 Delimitação Material.....	84
4.3.3 Razoabilidade Temporal.....	85
4.3.4 Área Geográfica.....	86
4.3.5 Compensação Econômica.....	87
4.3.5.1 O valor pago pelo ex-empregador ao ex-empregado.....	90
4.3.5.2 O valor pago pelo ex-empregado ao ex-empregador.....	93
4.4 EXTINÇÃO E DESCUMPRIMENTO.....	94
5 CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS.....	100

1 INTRODUÇÃO

Marcos históricos como a queda do feudalismo, ascensão do capitalismo e a primeira Revolução Industrial fizeram surgir a necessidade de relacionar o direito com outras ciências. No feudalismo, o modo de produção era totalmente manufatureiro, e o comércio não era tão desenvolvido, uma vez que predominava a troca de mercadorias entre os feudos. Com a sua queda fomentada pela insatisfação social, o comércio passou a ganhar espaço, substituindo a troca pela compra e venda de mercadorias, adotando a moeda como forma de pagamento. Posteriormente, a Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra intensificou o comércio, uma vez que o modo de produção manufatureira perdeu espaço para as grandes indústrias que podiam produzir em massa a menor custo e também às custas de mão-de-obra desregulamentada de crianças, homens, mulheres e idosos que enfrentavam longas jornadas.

O presente trabalho destina-se ao estudo da concorrência não apenas como princípio constitucional norteador da ordem econômica vigente, mas também como obrigação negativa presente em contratos individuais de trabalho.

É imprescindível a compreensão do significado da concorrência como produto do capitalismo, bem como da livre concorrência como princípio constitucional consagrado no art. 170 da Carta Magna.

Assim, o primeiro capítulo é destinado ao estudo das interações entre direito, economia e mudanças sociais. Será analisado o contexto histórico que levou a queda do feudalismo e o sistema de troca de mercadorias para o capitalismo e a comercialização destas. Neste momento, será feito estudo acerca da relação entre a concorrência e o modelo capitalista adotado pela Constituição Federal de 1988.

Outro fator histórico a ser analisado será a mudança da concepção do direito como ciência autônoma, diante dos estudos do economista da Escola de Chicago, Richard Posner, para ciência que necessita de conhecimentos extrínsecos a ela.

Ainda em tempo, serão analisados os pilares da ordem econômica atual, quais sejam, a valorização do trabalho humano e a justiça social, bem como os princípios

salutares para o desenvolvimento do trabalho: a livre iniciativa e a liberdade de empresa.

O segundo capítulo tem como objetivo o estudo do objeto de proteção de uma cláusula de não concorrência: os segredos de negócio, de empresa, o *know how* tão valorizado atualmente. Essa valorização se dá diante da necessidade de um empregado possuir o conhecimento técnico e prático acerca da função que irá desempenhar.

Será feito apanhado geral acerca da cláusula, não só no âmbito trabalhista mas também no empresarial, de onde inicialmente surgiu tal preocupação com proteção dos bens incorpóreos da empresa. O objeto de proteção da cláusula, a eficácia e os sujeitos envolvidos serão, neste capítulo, estudados.

O terceiro capítulo trará, de forma mais específica, requisitos para a validade da cláusula, consagrados pela doutrina e jurisprudência. Será feita a comparação com as legislações estrangeiras acerca do tema, a extensão da obrigação entre outros. Serão abordados, durante o estudo de alguns requisitos, certas situações emblemáticas que se desenrolaram nos Tribunais Superiores.

Por fim, serão vistas as formas de extinção da cláusula e de seu descumprimento.

2 A DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA NA RELAÇÃO ENTRE CAPITAL E TRABALHO: UMA ANÁLISE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de abordar a temática, é preciso considerar alguns conceitos prévios imprescindíveis ao desenvolvimento do capítulo em questão. Desta forma, há de se entender o que é a concorrência, em sentido amplo, bem como qual é a tutela da concorrência e como ocorre sua regulação no ordenamento jurídico pátrio vigente.

Com as mudanças sociais e econômicas intensificadas pela Revolução Industrial veio também o aumento de produtores e fabricantes disputando o mesmo mercado. Diante disto, é inegável a conclusão de que as maiores empresas, que detinham mais capital e mais poderio econômico, captavam boa parte das intenções de compra dos consumidores, enquanto as empresas menores tinham como tendência a sua extinção. Extinção porque por não ter o poder das grandes empresas anteriormente estabelecidas no mercado era difícil a inserção e manutenção de uma empresa nova no ramo.

Assim sendo, a concorrência está intrinsecamente relacionada à competitividade no mercado, uma vez que quanto maior for o número de produtores de cerveja, por exemplo, maior será a oferta e conseqüentemente o preço tenderá a cair. Desta forma, se faz necessária a regulação da concorrência para que as chamadas condutas anticompetitivas, tais como a formação de cartéis e práticas predatórias¹ não sejam realizadas, prejudicando o consumidor e aumentando significativamente o lucro dos produtores/empresários.

O poder econômico é entendido como aquele capaz de modificar os fatores essenciais de funcionamento de um mercado de forma independente, devido a ineficiência dos concorrentes ou consumidores para lhe contrapor. Sua concentração significa um prejuízo para a sociedade, razão pela qual foram aprovadas as primeiras normas de defesa da concorrência no Canadá (1889), Estados Unidos (1890) e Alemanha (1896)². No Brasil isso só veio acontecer mais de um século depois, em 1930 com as primeiras normas antitrustes³ visando proteger o pequeno

¹ NETO, Caio Mário da Silva Pereira. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.19.

² *Ibidem*, p.20.

comerciante e o consumidor, tendo a sua legislação própria apenas em 1994, com a Lei n. 8.884.

A concorrência pode ser definida segundo Luiz Carlos Buchain como o conjunto das “relações sociojurídicas entre empresas que disputam entre si a preferência dos clientes e consumidores com o objetivo individual de maximizar seus lucros e sua participação de mercado⁴”. Desta forma, a concorrência é imprescindível ao mercado de produtos e serviços, uma vez que vai atuar de forma benéfica, se existente em uma justa medida, significando um ganho para toda a sociedade, que poderá pagar menos por produtos e serviços de boa qualidade, por exemplo.

No contexto da globalização e da grande velocidade dos avanços tecnológicos da contemporaneidade, é necessária a existência de órgãos para coibir violações ao art. 170 da Constituição Federal de 1988. Isto porque a dominação de mercados causa a ineficiência dos serviços e produtos de baixa qualidade, além das poucas inovações tecnológicas, preços abusivos e fomento da concentração de renda. Por exemplo, a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, que regula um setor específico, o das telecomunicações, e o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que regula alguns comportamentos comerciais de empresas⁵.

Diante do aumento progressivo da concorrência nos mais variados setores da economia, há, por parte do empregador, uma grande preocupação em manter sigilosas informações essenciais ao seu negócio, que o tornam lucrativo, aumentam sua produtividade e o diferencia dos demais produtos existentes no mercado.

Com o objetivo de garantir a concorrência, a Constituição Federal de 1988 a resguarda em seu artigo 170 com o inciso acerca da livre concorrência. Esta estimula que:

Os fornecedores e produtores disputem o mercado por meio da oferta de baixos preços, sob o risco de que outros agentes do mercado conquistem sua clientela. Nesse ambiente competitivo, a obtenção de lucros adicionais ou da permanência no mercado dependerá principalmente, entre outros fatores (como, por exemplo, a qualidade ou a novidade), da capacidade de desenvolvimento e da busca por novas formas de produção mais

⁴ BUCHAIN, Luiz Carlos. **Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional**. Em: Cadernos do Programa de Pós-Graduação UFRGS, p. 2. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/os_objetivos_do_direito_da_concorrencia_em_face_da_ordem_economica_nacional.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **A regulação da concorrência**. Disponível em: <https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20/download/>. Acesso em: 31 out. 2016.

econômicas que viabilizem reduzir o preço de custo e diferenciar o preço em relação a concorrência.

Nas economias de mercado baseadas na livre concorrência, os preços refletem a escassez relativa de bens e serviços e sinalizam a necessidade de investimentos e a melhor aplicação de recursos para a sociedade⁶.

Com isso, a concorrência influencia diversas áreas não só da economia, como também do direito, não devendo ser analisada de forma autônoma. O viés da concorrência importante no presente trabalho é o mais amplo, como preceito constitucionalmente positiva e que, portanto, deve ser resguardado, e como preocupação para a viabilização da manutenção do negócio. Por isso faz-se necessária uma breve análise econômica do direito.

2.1 BREVE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O realismo jurídico norte-americano serviu como base para o surgimento da Análise Econômica do Direito. Segundo o realismo, a decisão final dos magistrados seria o produto de vários fatores psico-sociais, não sendo produto exclusivo da aplicação da norma ao caso concreto. Desta forma, juízes, advogados e promotores consideravam implicações políticas das regras jurídicas e das decisões que emanavam, considerando o contexto econômico, histórico e político em que viviam. Com isso, procuravam desconstruir as teorias formalistas e objetivas⁷ para uma mudança de paradigma.

A Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) configurou o movimento intelectual nascido nos Estados Unidos, graças à sua tradição de *common law*, e significa uma análise do direito numa perspectiva econômica. Deste modo, havia a rejeição do pensamento que entendia ser o direito autônomo às realidades sociais. O uso das ideias e métodos de outras disciplinas, como a economia⁸, para o estudo

⁶ ZEGER, Arthur. **Mercado e concorrência: abuso de poder econômico e concorrência desleal.** Em: Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, 2010, p. 6-7. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrrj/article/viewFile/159/169>. Acesso em: 14 out. 2016..

⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano.** Brasília: edição do autor, 2013, p. 16. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/16204196>. Acesso em: 14 out. 2016.

⁸ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmitificações.** Em Revista Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 29, jul-dez 2006, p. 50. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016.

da realidade jurídica, acreditando assim na interdisciplinaridade, rejeitando a ideia de que o direito seria um ramo autônomo que dispensaria colaborações de outras ciências.

Por isto, a interdisciplinaridade entre o direito e a economia ocorre quando há a aplicação da perspectiva da eficiência às normas jurídicas. Assim, as normas e preceitos legais devem ser avaliados segundo um equacionamento entre a viabilidade de concretização do preceito de acordo com a escassez dos recursos que serão demandados⁹. Ou seja, não basta a pura e simples atuação Estatal no sentido de garantir o acesso aos direitos resguardados, e sim a análise mais profunda de se o Estado é capaz de arcar com o dispêndio de recursos que isso irá causar, sem prejudicar outras áreas.

De acordo com Richard Posner, a ideia de que o direito é disciplina autônoma, desvinculada das ciências sociais surgiu na Inglaterra, graças a vontade dos juízes em manterem os julgamentos livres sem a interferência do rei, significando assim um monopólio dos advogados¹⁰. A autonomia do direito então serviu como instrumento político, mas não se sustentou diante das mudanças sociais.

Segundo o artigo *The Problem of Social Cost*¹¹, escrito por Ronald H. Coase, significou o início da mudança de paradigma do direito como ciência isolada, independente e alheia a conhecimentos das outras ciências. Segundo este estudo, os economistas, à época, acreditavam que todas as formas de poluição seriam custos sociais do sistema de mercado e, para solucionar tal problema, seria necessária a maior atuação estatal, para evitar que a sociedade fosse prejudicada pelo capitalismo¹², que será tratado no tópico a seguir. Ocorre que Coase asseverou serem os custos sociais advindos da indefinição do direito de propriedade e não das falhas do mercado. Sendo assim, direito e economia atuariam juntos no sentido de que, enquanto aquele estabelece os limites da propriedade bem como os direitos e

⁹ PORTO, Antonio José Maristrello. **Análise econômica do direito**. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>; Acesso em: 15 out. 2016.

¹⁰ POSNER, Richard. **La decadencia del Derecho como disciplina autónoma: 1962 – 1987**. México: Fondo de Cultura Económica. 2000. p. 103.

¹¹ COASE, Ronald H. **The Problem of social cost**. *Journal of Law and Economics*, vol. 3 (Oct. 1960), University of Chicago Press, p. 2. Disponível em: ><http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>< Acesso em: 15 out. 2016.

¹² COASE, Ronald H. **O problema do custo social**. Traduzido por ALVES, Francisco Kummel F. e CAOVILLA, Renato Vieira. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

deveres do proprietário, a economia iria equacionar tais prerrogativas com um negócio ainda rentável e sem os prejuízos à sociedade.

Entendendo o direito como ciência social que está aberta e precisa de conhecimentos de outras ciências, principalmente das sociais, é necessário fazer um breve apanhado histórico acerca do sistema econômico e da concorrência impulsionada pelo capitalismo.

2.2 CONCORRÊNCIA E SISTEMA ECONÔMICO: ANÁLISE DA CONCORRÊNCIA À LUZ DO SISTEMA CAPITALISTA DE PRODUÇÃO

Diante da inegável relação entre direito e economia, faz-se necessário o estudo, de maneira mais aprofundada, da influência que o sistema econômico capitalista adotado pela Constituição de 1988. Tal sistema vem ligado de forma intrínseca a princípios como a livre concorrência e a livre iniciativa, que serão abordados ainda neste capítulo.

Entretanto, inicialmente é indispensável um apanhado histórico acerca dos motivos que culminaram para a ascensão capitalista, o conceito adotado atualmente bem como a sua relação com o aumento da concorrência nos mercados.

2.2.1 Conceito de capitalismo

Com a queda do Império Romano, uma nova forma de organização política e social chamada de feudalismo foi estabelecida, sendo um grande marco para a Idade Média. De acordo com este modelo, os suseranos, aqueles donos de terras e detentores de todos os materiais necessários para a produção, cediam as suas terras para que os vassalos ou servos pudessem produzir. Em contrapartida, os servos pagavam uma série de impostos aos suseranos e juravam fidelidade e proteção.

Percebe-se, deste modo, que o sistema feudal era fundado no desejo tanto do servo como do seu suserano de sobreviver. Além de possuir terras, os senhores feudais

precisavam protegê-las, como já dito, juntamente com a sua família¹³. A proteção é cada vez mais difícil de acordo com o tamanho das terras, assim, o suserano precisava de pessoas que pudessem defendê-las de invasores.

Vendo isto, os senhores feudais começaram a firmar contratos com homens livres para que estes defendessem suas terras, havendo uma obrigação de fidelidade e de sustento, que normalmente era feita com a concessão de um pedaço de terra, feudo. A sociedade feudal tinha duas características marcantes: era hierarquizada e estamental. Hierarquizada porque era raríssimo um sujeito mudar de uma classe para outra durante a sua vida, enquanto que era estamental porque a sua função na sociedade estaria decidida desde o dia do nascimento.

Assim, havia três classes nesta época, o clero, os nobres, que eram guerreiros ou senhores feudais, e os servos, que se relacionavam com os senhores feudais em decorrência do contrato supramencionado.

A queda deste sistema, que ocorreu a partir do século XIV, se deu pela soma de diversos fatores como o renascimento comercial impulsionado pelas Cruzadas, o surgimento de uma nova classe social que almejava poderio econômico e político, a burguesia, a substituição paulatina do sistema de trocas, para o comércio entre as cidades etc. Simultaneamente, outro modelo de sistema econômico foi progressivamente ganhando espaço, chamado de capitalismo.

O capitalismo constitui sistema econômico no qual as relações de produção são baseadas na propriedade privada dos bens e da liberdade ampla de iniciativa e de concorrência e da livre contratação de mão de obra¹⁴. Diante disto, significou real mudança em relação ao sistema anterior, uma vez que este era baseado na relação servil, enquanto no capitalismo há o trabalho assalariado, a ampla utilização de moedas, pouco comum anteriormente uma vez que o sistema se baseava em trocas de mercadorias entre outros.

Discorda um pouco desta visão a autora Ellen Meiksins, uma vez que, para ela, muitos acabam por confundir o surgimento do capitalismo com o surgimento das cidades. O capitalismo coincidiu com a expansão das cidades e do comércio, mas o

¹³ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. São Paulo: Lumen Juris, 6.ed. 2008, p.126.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 3.ed. rev. e atual., 2011, p.35.

seu grande diferencial não está no fato de a troca de mercadorias ter perdido espaço para a sua comercialização com moedas, e sim na mudança de propriedade dos bens de produção, que somente teve seu marco anos mais tarde, com a Revolução Industrial. Se antes os camponeses detinham suas ferramentas para realizar o plantio e a colheita de produtos essenciais à sua sobrevivência, com o capitalismo o empregador passa a deter a propriedade de tais instrumentos¹⁵. Assim, há a venda da força de trabalho por parte do obreiro e a remuneração pecuniária por parte do empregador, sendo isto o que diferencia o capitalismo dos outros sistemas anteriormente existentes.

Tal sistema aponta ainda para a economia de mercado, onde os *players*, ou seja, os agentes econômicos são mais livres para atuar sem muita interferência estatal. Assim, as próprias condições do mercado ditam qual será a sua forma de funcionamento e equacionamento¹⁶ da economia, sendo a liberdade muito marcante e importante para proporcionar tal autonomia.

Segundo Fábio Konder Comparato, o poder capitalista seria:

Um poder de natureza econômica, mas que se desdobrou, no curso da evolução histórica, em poder político e ideológico. Poder político, porque o capitalismo sempre prosperou ligado ao Estado. Poder ideológico, porque a partir do final do século XIX, e sobretudo com o advento da sociedade de massas no mundo inteiro, o empresariado do capitalista assumiu o controle dos principais órgãos de imprensa e, em seguida, dos grandes veículos de emissão radiofônica e televisiva, exercendo em consequência uma influência dominante sobre as mentalidades coletivas¹⁷.

Desta forma, a liberdade é aqui enaltecida, uma vez que, na ausência de regulação exaustiva dos setores pelo Estado, a economia passa a ser regulada pela chamada “mão invisível”¹⁸, sendo regulada “sozinha” pela lei da oferta e da procura. Por tal falta de regulação Estatal, quanto mais mercadoria estiver disponível, os preços tenderão a cair, e, em contrapartida, quando os produtos estiverem escassos e a procura alta, os preços tendem a subir, o mesmo ocorrendo com os serviços em geral.

¹⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 3.ed. rev. e atualizada, 2011, p.35.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo e Poder Econômico**. Em: Revista da Faculdade de Direito UFMG, número esp. Em memória ao Prof. Washington Peluso: 2013.

¹⁸ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Livro I. São Paulo: Juruá, p.120.

Para Hans-Hermann Hoppe, o capitalismo seria uma espécie de “política institucionalizada de reconhecimento da propriedade e do contratualismo¹⁹”. Segundo ele, o conceito de propriedade pressupõe a aceitação da realidade em que há a escassez de bens, caso contrário, todos os bens seriam “livres”. Assim, para não serem agressivas, as reivindicações das propriedades devem estar amparadas por um ato de apropriação original ou em uma relação contratual²⁰.

Segundo Fábio Konder Comparato, o capitalismo promoveu a deformação do instituto jurídico da propriedade na era moderna. Isto porque ele transformou a propriedade sobre coisa em poder sobre os homens:

Assim, por exemplo, o poder de controle empresarial sobre a pessoa dos trabalhadores e sobre o próprio destino da empresa, em função da qual vivem os sócios, os trabalhadores, os fornecedores e clientes, é fundado na propriedade do capital. Da mesma forma, o poder indireto sobre os consumidores ou o mercado em geral é, todo ele, fundado na propriedade do capital²¹.

O direito de propriedade é muito importante para o desenvolvimento do tema, uma vez que com o desenvolvimento da economia capitalista, restou impossível a manutenção deste direito como absoluto. Isto porque os danos causados pelas empresas aos trabalhadores, consumidores e aos bens comuns da coletividade²² demandou a atuação do Poder Público, que foi inserindo os direitos sociais nos ordenamentos de seus Estados, como será visto posteriormente.

2.2.2 Sistema capitalista e concorrência

O sistema econômico capitalista tem influência direta na concorrência. Marx exemplifica que, se o capital necessário para o negócio de mercearia de uma cidade se encontrar repartido entre dois merceeiros diferentes, a concorrência fará com que os preços diminuam, com que cada um venda em valor abaixo do seu capital.

¹⁹ HOPPE, Hans Hermann. **Uma Teoria sobre socialismo e capitalismo**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.17. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/files/literature/Uma%20Teoria%20sobre%20Socialismo%20e%20Capitalismo%20-%20WEB.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo e poder econômico**. Em rev. Fac. Direito UFMG, número especial em memória do Prof. Washington Peluso, 2013, p.182.

²² *Ibidem*.

Ocorre que, se o capital do negócio estiver concentrado em apenas um comerciante, por exemplo, os preços tendem a ficar à mercê deste empresário.

O capitalismo combinado com a globalização fez com que a economia virasse preocupação do Estado, acabando com a preocupação apenas privada desta ciência.

Deste modo, percebe-se que, com a predominância deste sistema econômico – uma vez que não há a instituição da forma pura de qualquer sistema – a concorrência fica cada vez mais acirrada. Por isso, há a preocupação, por parte das empresas, de proteção de todos os seus bens materiais e imateriais, como segredos de negócio e *know how*, que serão tratados no próximo capítulo. Com tal preocupação, surge para o direito do trabalho, uma necessidade de proteção do empregado sem a violação dos direitos do empregador, mesmo com todas as liberdades garantidas a este pela Constituição.

2.3 A CONCORRÊNCIA NA RELAÇÃO ENTRE CAPITAL E TRABALHO

Há, segundo os pensamentos de Marx, uma tendência de promover a acumulação de capitais no sistema capitalista. Desta forma, quanto maior a quantidade de riquezas, mais elas estarão concentradas em determinada camada da população, mesmo que, para outros, as condições de vida só piorem. Há então um dever de atuação do Estado para coibir que, de um lado, as suas liberdades sejam violadas, e, do outro, de atuar de forma regulatória para sancionar eventuais abusos da má interpretação dos valores trazidos pela Carta Magna.

Neste tópico serão tratados alguns conceitos importantes para o desenvolvimento do tema, como a compreensão acerca da Constituição Econômica, as diretrizes do sistema econômico brasileiro, e a livre concorrência entre outros.

2.3.1 A Constituição Econômica e a Constituição do Trabalho

A preocupação com a economia veio do entendimento, como aqui já foi visto, da negação do direito ser ciência dotada de autonomia, se tratando apenas de aplicação da norma ao caso, sem antes considerar fatores extrínsecos e outras ciências sociais que possam colaborar para uma decisão mais justa.

Segundo Gilberto Bercovici, tal preocupação começou a partir da Primeira Guerra Mundial, onde a política econômica ganhou evidência, juntamente com a política social. A exigência crescente de democratização da sociedade exige também mais centralização econômica e maior controle estatal sobre a economia. A partir da Primeira Guerra Mundial, segundo Walter Rathenau, os Estados necessitaram se pronunciar politicamente sobre a economia, que teria se tornado um problema de toda a sociedade, e não apenas da seara privada²³. A atuação estatal teria um caráter dúplice, uma vez que atuaria na forma regulatória, visando à edição de normas cogentes a fim de disciplinar a conduta dos privados, e sob a forma de gestão, que implicaria na instalação de fábricas e atividades industriais controladas por entes públicos²⁴.

Com a nova concepção de ser a economia uma questão de Estado, os textos constitucionais passam a incorporar os direitos econômicos, sociais e culturais da segunda geração, ou seja, aqueles que, baseados na igualdade, precisam que o Estado adote uma postura ativa²⁵ em algumas situações que tangem às necessidades socioeconômicas dos cidadãos.

Visando ainda coibir condutas praticadas hodiernamente como a formação de monopólios, oligopólios, cartéis e prática de condutas anticompetitivas em geral,

²³ BERCOVICI, Gilberto. **As origens do direito econômico: homenagem a Washington Peluso Albino de Sousa**. Em Revista da Faculdade de Direito, número especial: em memória do professor Washington Peluso Albino de Souza, 2013, p. 255.

²⁴ MOREIRA, Egon Bockamann. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. Disponível em: <revistas.ufpr.br/direito/article/download/8751/6577>. Acesso em: 19 out. 2016.

²⁵ Os direitos de segunda geração exigem, do Estado, uma obrigação de agir, de prestar, e destina-se, prioritariamente, aos menos favorecidos. São, desta forma, direitos positivos a saúde, educação, segurança pública e também a alimentação, de acordo com a EC 64/10. Ao contrário dos direitos da primeira dimensão ou geração, que, fundados no ideal de liberdade, são caracterizados por conter limitação ao Estado, proibindo o abuso de poder. Segundo FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

foram, de certa forma, produto do sistema econômico capitalista, que preza pelo acúmulo de capitais, como já foi visto. Ocorre que, diante deste cenário, o Estado não podia ficar inerte, uma vez que o setor econômico ganhou posição importante no cenário político e social desde a Primeira Guerra e tem, até os dias atuais, destaque graças ao incessante processo de globalização.

Diante da doutrina capitalista de acúmulo de riquezas, tal sistema econômico acabou por causar grandes desequilíbrios financeiros e também a fragilização social, foi necessária a criação de normas voltadas à regulação da economia²⁶. Assim, surge a noção de Constituição Econômica, sendo:

O conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta²⁷.

A Constituição que primeiro tratou sobre temas econômicos foi a do México, promulgada em 1917, mas dois anos depois veio a Constituição de Weimar, que dedicou todo um capítulo para conter os princípios e normas acerca da vida econômica do Estado²⁸. Anos mais tarde estes ideais chegaram à Constituição Federal vigente.

2.3.2 As bases da ordem econômica na Constituição Federal de 1988: valorização do trabalho humano e livre iniciativa

Ocorre que a Constituição Federal, não estabelece apenas princípios que versem sobre direito e economia no art. 170. Faz mais, estabelece princípios que devem ser adotados como norte para toda a ordem econômica nacional, pautada, pela escolha

²⁶ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de dumping social como um fundamento de legitimação de punitive damages, em uma perspectiva da análise econômica do direito** Disponível em:

<<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8267/1/Leandro%20Fernandez%20Teixeira%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016.

²⁷ MOREIRA, Vital, *Apud*. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 13 ed., 2008. p.70.

²⁸ MOREIRA, Egon Bockamann. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. Disponível em: <revistas.ufpr.br/direito/article/download/8751/6577>. Acesso em: 19 out. 2016.

do legislativo, na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa que serão tratadas a seguir.

Segundo a Constituição Federal:

Art. 170. 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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País²⁹.

Resta inegável o fato de que, as revoluções industriais trouxeram demasiadas inovações no que tange ao modo, qualidade e quantidade de produção, mas também houve uma grande mudança social vinda em conjunto. Com efeito, observa-se com a leitura do art. 170 supramencionado, que o texto constitucional elencou princípios que tem por finalidade a concretização da justiça social e a garantia de liberdades, cujos abusos devem ser coibidos. Por isto, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa foram instituídos como pilares da ordem econômica brasileira, que serão analisados de forma mais detalhada a seguir.

2.3.2.1 Livre iniciativa x liberdade de empresa

A tutela da livre iniciativa foi produto dos anseios da classe burguesa, que conduziu as Revoluções Liberais ocorridas no século XVIII. Diante da queda do Antigo Regime, o ideal de liberdade ganhou destaque e passou a ser fator que definiria o projeto ideológico, político e econômico que se assentava³⁰. Desta forma e neste contexto é que começa haver uma preocupação com a garantia da livre iniciativa.

A liberdade ganhou status de valor fundamental já na Declaração de Direitos da Virgínia, que serviu de base para a Declaração da Independência dos Estados

²⁹ **BRASIL.** Constituição Federal de 1988. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm<. Acesso em 20 out. 2016.

³⁰ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de dumping social como um fundamento de legitimação de punitive damages, em uma perspectiva da análise econômica do direito.** Disponível em: > <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8267/1/Leandro%20Fernandez%20Teixeira%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf><, p. 53. Acesso em: 20/10/2016.

Unidos da América. Isto porque, a queda do Antigo Regime fez nascer, na sociedade, à vontade e até mesmo necessidade de ter a liberdade garantida.

Historicamente, a liberdade de iniciativa foi originariamente postulado no édito de Turgot em 1776, e depois no decreto d'Allarde, em 1791 que, em seu art. 7º determinava que:

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 de uma “patente” (imposto direto) a paga as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis³¹.

Posteriormente, a Revolução Francesa fez com que a indústria e o comércio fossem incrementados pela inserção de máquinas industriais que resultaram em um aumento de produção e, conseqüentemente, de concorrência, o que fez os preços dos produtos serem reduzidos sensivelmente³².

Na segunda fase da Revolução Industrial, de 1860 até 1960 os inventos se tornaram fonte de riqueza, não sendo apenas produtos com fim em si mesmos, e, posteriormente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2002 reconheceu a livre iniciativa como sinônimo de liberdade de empresa³³.

Observa-se que, desde a primeira positivação da livre iniciativa, jamais foi consagrada a liberdade absoluta de iniciativa econômica, uma vez que medidas de polícia já eram impostas quando o princípio tinha o intuito de defender os agentes econômicos contra o Estado e corporações³⁴.

O ideal da liberdade individual significou grande conquista da sociedade, e ao Estado apenas caberia a proporcionar meios materiais que visam o exercício da cidadania, e ao Poder Público caberia a não-intervenção³⁵.

³¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 201.

³² NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade**. São Paulo: LTr, 2015, p. 16.

³³ *Idem*, p. 17.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 201.

³⁵ PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao desenvolvimento como direito fundamental**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

Como já dito anteriormente, um dos fundamentos da ordem econômica inaugurada pela Carta Magna de 1988 foi a livre iniciativa³⁶. De acordo com Egon Bockmann Moreira:

A livre iniciativa da Carta de 1988 faculta ao empreendedor a possibilidade de instalar e realizar os seus investimentos, de competir lealmente nos mercados e de auferir lucros (desde que não abusivamente). Assim, a livre iniciativa possui os seguintes desdobramentos: 1º) liberdade de instalação e alocação de investimentos; 2º) liberdade de competição e 3º) liberdade de gestão.

Os empresários são livres para tomar as suas decisões de forma autônoma, realizar os investimentos pertinentes e auferir os lucros. Porém, como no caso das demais liberdades, a liberdade de iniciativa não é absoluta.³⁷

No cenário constitucional nacional, a Constituição Federal de 1934 foi pioneira ao dispor acerca da ordem econômica e social, balizando o exercício da liberdade econômica, que tornou a se repetir nas Constituições posteriores. A Carta de 1967 se aproximou da redação da Constituição atual uma vez que asseverou ter a ordem econômica o objetivo de realizar a justiça social observando:

I) a livre-iniciativa; II) a valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III) a função social da propriedade; IV) a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros³⁸.

A livre iniciativa na Constituição de 1988 faz parte do rol dos princípios gerais da atividade econômica, no *caput* do art. 170³⁹. O núcleo da ideia deste princípio é a liberdade de empresa, que garante a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, sem a necessidade de autorização, com algumas exceções expressas em lei. Ademais, o princípio supracitado é expressão de liberdade titulada não

³⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. 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:

³⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. Disponível em: <revistas.ufpr.br/direito/article/download/8751/6577>. Acesso em: 19 out. 2016.

³⁸ NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade**. São Paulo: LTr, 2015, p.16

³⁹ Art. 170. 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:

apenas pela empresa, como também pelo trabalho, sendo corolária da valorização deste e do trabalho livre⁴⁰.

De acordo com Francisco dos Santos Amaral Neto, a liberdade de iniciativa econômica é “o princípio axiológico segundo o qual os particulares têm o poder de criar e desenvolver uma atividade econômica , disciplinando-a juridicamente conforme seus interesses”⁴¹.

Ainda segundo o autor, a liberdade de iniciativa esteve, de início, atrelada ao direito de propriedade, tendo se tornado autônoma deste graças ao desenvolvimento do comércio, das cidades mercantis e feiras. Houve então uma ruptura entre atividade econômica e propriedade, formando dois núcleos distintos no sistema de economia. O primeiro, constituído pela propriedade, sendo direito subjetivo e um dos atributos essenciais da pessoa humana, e o segundo, a liberdade de iniciativa, como o poder da burguesia, empresários ou particulares, que visavam desenvolver atividade econômica visando a produção em troca de bens ou serviços⁴².

Embora faça parte dos princípios constitucionais, a livre iniciativa, assim como todos os princípios, está sujeita a ponderação quando houver, em um caso prático o aparente conflito entre princípios. Não há desta forma, princípio absoluto que deva ser aplicado de forma imediata sem antes solucionar os supostos conflitos com outros princípios do ordenamento.

Ainda segundo o Egon Bockmann Moreira, a livre iniciativa está cerceada por três limites, quais sejam o jurídico, o econômico e os socioculturais. O limite jurídico seria porque há alguns setores que são privativos do Estado, como os serviços públicos e os monopólios de alguns produtos. O limite econômico seria na ocorrência de monopólios naturais, cuja presença de mais de um agente econômico encontra óbices tecnológicos ou físicos. Enquanto que os limites socioculturais são aqueles relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho⁴³, este último será tratado ainda neste capítulo.

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 201.

⁴¹ NETO, Francisco dos Santos Amaral. **A liberdade de iniciativa econômica: Fundamento, natureza e garantia constitucional**. R. Inf. Legisl. Brasília a. 23 n. 92 out/dez 1986, p. 228.

⁴² *Ibidem*, p. 229.

⁴³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. Disponível em: >revistas.ufpr.br/direito/article/download/8751/6577<, p. 108. Acesso em: 19/10/2016.

A liberdade de empresa, por sua vez, integra o núcleo da livre iniciativa, segundo Luis Roberto Barroso, uma vez que garante a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica sem a necessidade de autorização⁴⁴, salvo aqueles trazidos por lei. Ainda, não se pode resumir a livre iniciativa em um mero princípio básico do liberalismo ou a liberdade de desenvolvimento da empresa, pois configura-se a liberdade única do comércio, não sendo possível sintetizar o princípio como afirmação do capitalismo⁴⁵. Visando melhor conceituação e estudo da livre iniciativa, este será analisado em subtópico a seguir.

2.3.2.2 O conteúdo jurídico da liberdade de empresa

A liberdade de empresa consiste em um direito fundamental genérico diante do seu conteúdo jurídico de difícil delimitação⁴⁶. Constitui princípio que visa a garantia da faculdade de desenvolver conjunto de atividades atinentes à natureza econômica do mercado⁴⁷, e, da mesma forma, encerrar as atividades, caso assim queira.

Ainda segundo o mesmo autor:

Para além dos comportamentos e relações jurídicas preliminares, a liberdade de empresa abarca, também, toda a atuação empresarial desenvolvida no curso da exploração da atividade econômica. Isto envolve, exemplificativamente, aspectos relativos à alocação de bens e capitais, a decisões quanto a intensificação ou redução de ações em certos setores, ampliação ou deslocamento de unidades produtivas⁴⁸.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Em Revista Diálogo Jurídico, n. 14, junho/agosto de 2002, Salvador. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em 20 out. 2016.

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 17 ed. Revista e atualizada, p.200.

⁴⁶ PORTUGUÉS, Manuel A. Rodrigues. **El contenido esencial de la libertad de empresa. Algunas consideraciones jurídicas**. Disponível em <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/7567/dyo9_9.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁴⁷ TEIXEIRA, Leandro Fernandez *apud*.COMA, Martin Bassols. **A prática de dumping social como um fundamento de legitimação de punitive damages, em uma perspectiva da análise econômica do direito**, P. 53. Disponível em: ><http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8267/1/Leandro%20Fernandez%20Teixeira%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁴⁸ TEIXEIRA, Leandro Fernandez *apud*.COMA, Martin Bassols. **A prática de dumping social como um fundamento de legitimação de punitive damages, em uma perspectiva da análise econômica do direito**, P. 53. Disponível em: ><http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8267/1/Leandro%20Fernandez%20Teixeira%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

A liberdade de empresa emana do direito de propriedade, e se manifesta pelo livre acesso ao mercado e ainda pelo livre exercício das atividades empresariais. Significa o direito de qualquer pessoa, atendendo os requisitos legais, criar, manter e extinguir empresas e ainda a sua liberdade na escolha de estratégias de funcionamento, combinando elementos técnicos e pessoais; é expressa, desta forma, pelo poder de gestão⁴⁹. Assim, por configurar uma liberdade, requer que o Estado só haja onde há excessos e abusos.

Este é o conceito geral do conteúdo do princípio em questão. Deve-se salientar ainda que o exercício desta liberdade ocasiona consequências na seara trabalhista, podendo ser usado como embasamento teórico aplicável nos contratos de trabalho⁵⁰. Isto ocorre porque o livre exercício de atividade empresarial reflete no contrato de trabalho quando o empresário, munido do poder de direção, ordena e especifica as tarefas em função de seu “interesse econômico ou das necessidades impostas pela competitividade no mercado”⁵¹. Tal princípio se faz importante no desenvolvimento do tema do presente trabalho, uma vez que será verificado, mais adiante, os limites do poder de direção para que não se torne uma violação aos direitos do trabalhador.

2.3.2.3 Finalidades da ordem econômica no Brasil: análise da dignidade humana e da justiça social

⁴⁹ DINIZ, Ana Paola Santos Machado. **Direitos personalíssimos do trabalhador e liberdade de empresa: ponderação nos meios de controle empresarial.** Em Vistos etc. Revista da associação de Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região, n. 6, abril de 2007, p. 76.

⁵⁰ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de dumping social como um fundamento de legitimação de punitive damages, em uma perspectiva da análise econômica do direito**, P. 53. Disponível em: ><http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8267/1/Leandro%20Fernandez%20Teixeira%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf><. Acesso em: 20 out. 2016.

⁵¹ *Ibidem*, p.80.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, elencado tanto no art. 1º, III e como um fim da ordem econômica de acordo com o art. 170, *caput*⁵².

A dignidade da pessoa humana tornou-se um grande consenso mundial, diante da sua incontestável importância e contribuição para a construção de uma sociedade mais justa. Ela é mencionada em diversos tratados internacionais, textos constitucionais, leis e hodiernamente em decisões judiciais de Magistrados ou Tribunais. Poucos princípios são equiparáveis ao da dignidade da pessoa humana, não só pela sua inegável importância, mas também com a sua extensa adesão pelos Estados e Organizações. Ocorre que, mesmo diante disto, são encontradas dificuldades na sua aplicação como instrumento imprescindível na interpretação jurídica. Há com certa frequência a banalização do princípio, vez que confundido como a sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Com frequência, ela funciona como um mero espelho⁵³, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade.

A ideia da dignidade humana tem origem religiosa, sendo o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Segundo Luis Roberto Barroso:

Com o Iluminismo e o a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo. Ao longo do século XX, ela se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade. Após a 2ª. Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional⁵⁴.

⁵² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 13 ed., 2008, p.193.

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana do direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**, p. 03. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana do direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**, p. 03. Disponível em:< http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana foi paulatinamente entrando nos ordenamentos jurídicos como norte, significando a superação da concepção de que apenas alguns seres humanos deveriam ser tratados como tais, e que outros poderiam viver às margens da sociedade. Os sistemas de servidão e escravagistas, como aqui já foi elucidado, são exemplos de uma época em que pessoas eram reduzidas a coisas, meros instrumentos de produção para a obtenção do maior lucro possível por parte de seus “donos”.

Diante da difícil tarefa de conceituar de forma exata, bem como delimitar a dignidade da pessoa humana, ocorre que, mesmo com a sua positivação na Constituição Federal de 1988, há inúmeras distorções do princípio, por vezes utilizado apenas como embasamento da busca do bel-prazer de cada um de seus destinatários, o que não deve acontecer. Ainda em tempo, no que tange à ordem econômica, a dignidade assume o papel de condicionante do exercício da atividade econômica.

2.3.2.4 A valorização do Trabalho humano

Segundo Aristóteles, o homem que trabalha, o escravo ou servo, seria equiparado a um animal, teria por função apenas ser instrumento para a consecução de um fim perseguido pelo seu dono:

(...) todos os que não têm nada melhor para nos oferecer do que o uso de seus corpos e de seus membros são condenados pela natureza à escravidão. Para eles, é melhor servirem do que serem entregues a si mesmos. Numa palavra, é naturalmente escravo aquele que tem tão pouca alma e poucos meios que resolve depender de outrem. Tais são os que só têm instinto, vale dizer, que percebem muito bem a razão nos outros, mas que não fazem por si mesmos uso dela. Toda a diferença entre eles e os animais é que estes não participam de modo algum da razão, nem mesmo têm o sentimento dela e só obedecem a suas sensações. Ademais, o uso dos escravos e dos animais é mais ou menos o mesmo e tiram-se deles os mesmos serviços para as necessidades da vida⁵⁵.

Apesar de suas célebres obras e contribuições para as ciências sociais, Aristóteles, em seu contexto na Grécia Antiga, achava que haveria uma espécie de pré-

⁵⁵ ARISTÓTELES. **A Política.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 15/10/2016, p.15.

disposição para o trabalho, para a guerra, para a política. Nesta época, aqueles que eram destinados ao trabalho eram vistos como inferiores, eram escravos das vontades de cada dono, que os tratavam como nada mais que instrumentos.

Ainda segundo Aristóteles, haveria indivíduos inferiores a outros, podendo ser determinado isto até por características corporais:

Vemos corpos robustos talhados especialmente para carregar fardos e outros usos igualmente necessários; outros, pelo contrário, mais disciplinados, mas também mais esguios e incapazes de tais trabalhos, são bons apenas para a vida política, isto é, para os exercícios da paz e da guerra. Ocorre muitas vezes, porém, o contrário: brutos têm a forma exterior da liberdade e outros, sem aparentar, só têm a alma de livre⁵⁶.

O trabalho, visto como algo deixado para aqueles naturalmente moldados para isso, não era valorizado, e sim exercido pelos seres inferiores, incapazes de se dedicar às áreas do conhecimento, a política ou qualquer outra função.

Na concepção de Aristóteles, a servidão poderia ser natural e também a convencional, sendo esta última aquela que está estabelecida em lei, que ocorre quando um povo é dominado pelo outro, virando assim seus servos. A justiça desta última posição seria controversa, uma vez que tais indivíduos não possuiriam a natureza para a servidão devendo ser apenas considerados como estrangeiros.

Em verdade, os servos e escravos não tinham direitos, uma vez que eram considerados coisas, e o seu trabalho não era valorizado, e sim interpretado como obrigação de servir naturalmente imposta até mesmo pelo biotipo.

Séculos mais tarde, apesar do desenvolvimento da sociedade, o trabalho continuou sendo considerado algo baixo, exercido pelos povos conquistados, que passavam de homens livres para acorrentados, como ocorreu na história do Brasil e de muitos outros países colonizados. Antes disso, ainda, houve, como já dito, o feudalismo, lastreado pela servidão, e tantos outros sistemas com a mesma premissa de desvalorização do trabalho humano.

Com a primeira Revolução Industrial e o capitalismo progressivo, o trabalho, agora remunerado, continuou desvalorizado e sem regramento jurídico, o que permitia exaustivas horas de trabalho, diferenciações entre o montante recebido por homens e mulheres ocupantes da mesma função – que infelizmente perdura até os dias

⁵⁶ *Idem*, p. 17.

atuais – e a permissão de trabalho infantil nas fábricas, diante do desespero dos pais de conseguirem a subsistência da família.

Em 1884, fazendo um contraponto ao sistema capitalista vigente e uma análise do mal que estava trazendo à sociedade, Karl Marx escreveu os *Manuscritos Econômicos-Filosóficos*, importante obra acerca do socialismo. Marx critica o capitalismo pois defende que, tal sistema econômico “coisificou” o ser humano, reduzindo-o a condição de mera mercadoria para o seu empregador. Assevera que o trabalho, neste âmbito, desencadeia a alienação do homem, que se torna um objeto diante da máquina com a qual trabalha, sendo “instrumento utilizado pelo capital para explorá-lo, transformando em mercadoria, o operário se torna mais pobre quanto mais riqueza gera; quanto mais objetos produz, tanto menos ele pode possuir⁵⁷”.

Ao contrário do capitalismo, que preza uma ordem social cujo centro é o indivíduo, o socialismo seria ordem social cujo eixo estaria na coletividade⁵⁸. Seria, desta forma, sistema em que não haveria luta de classes ou grupos sociais que detivessem o monopólio de qualquer atividade essencial para a coletividade⁵⁹. Este modelo teve força, inicialmente, mas dificilmente haverá Estado que se enquadre completamente em um dos dois modelos, tendo, em verdade, a mistura de aspectos de ambos.

Seria então um modelo econômico fundado na autoridade:

(...) exige-se uma autoridade centralizadora, unificante da economia, e, por isso, que retraia a liberdade. Pode-se dizer que o regime do socialismo é refratário às liberdades, especialmente aquelas de cunho fortemente econômico, como a liberdade de iniciar uma atividade econômica por decisão do agente privado, a liberdade de concorrer livremente em um espaço econômico, a liberdade para titularizar e utilizar os meios de produção (propriedade privada), dentre outras liberdades⁶⁰.

⁵⁷ MARX, Karl. **Manuscritos Econômicos-Filosóficos**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2ª reimpressão, 2008, p. 8. Disponível em: > http://petdireito.ufsc.br/wp-content/uploads/2013/05/manuscritos-economicos-e-filos%C3%B3ficos_-_marx.pdf<. Acesso em: 15 out. 2016.

⁵⁸ TONET, Ivo. **Socialismo: obstáculos a uma discussão**. Em Revista Aurora, ano III, n. 05, dezembro de 2009, p. 5. Disponível em: <<http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Aurora/TONET.pdf>>. Acesso em: 15 out 2016.

⁵⁹ HARNECKER, Marta; URIBE, Gabriela. **Socialismo e comunismo**. Rio de Janeiro: Global, 1981, p. 04. Disponível em: <<https://ontolo.files.wordpress.com/2012/12/socialismo-e-comunismo-harnecker.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2016.

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 3. ed. rev. e atualizada, 2011, p.35.

Com as duras críticas sofridas graças aos teóricos do socialismo que ganhava força, juntamente com a insatisfação geral acerca das condições de trabalho degradantes, a relação entre o capitalismo e o trabalho humano precisou de mudanças. Em 1º de maio de 1886, trabalhadores realizaram greve geral em prol da diminuição das horas de labor, e em 1889 houve a proclamação da diminuição da jornada de trabalho de 13 para 8 horas⁶¹. Foi o início da positivação dos direitos do trabalhador, no intuito de dar dignidade ao exercício de toda e qualquer função.

O trabalho subordinado veio, desde a queda do feudalismo, como forma de garantir a sobrevivência, qualidade de vida, e certo poder social para aqueles que não vieram das antigas classes sociais mais abastadas⁶². Agora, em outra realidade social e econômica, o trabalho não pode mais ser visto como desígnio exclusivo dos que não fazem parte da nobreza ou burguesia, e sim como um direito que foi paulatinamente sendo incluído nas legislações, para assegurar que esteja alinhado com o princípio da dignidade humana.

Os direitos sociais começaram a ser incluídos em tratados internacionais como o Tratado de Versalhes, 1919, Constituição da Organização Internacional do Trabalho e Declaração da Filadélfia, em 1944, bem como em textos constitucionais como na Constituição Mexicana e de Weimar⁶³, 1917 e 1919, respectivamente. Tais legislações positivaram a valorização do trabalho humano no âmbito econômico, uma vez que por meio dele há a criação de riquezas e bens, e também do ponto de vista social, pois “quem executa o trabalho é o ser humano, dotado de personalidade, capacidade e direitos fundamentais inerentes a sua condição humana⁶⁴”.

O direito do trabalho consolida-se, com o novo pensamento do legislador, como principal instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, ao viabilizar

⁶¹ BASILE, César Reinaldo Offa. **A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho na interpretação e aplicação das normas trabalhistas**. Tese de dissertação de mestrado da USP. Disponível em: > www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde.../Cesar_Reinaldo_Offa_Basile.pdf<. Acesso em 15 out. 2016.

⁶² STUCHI, Victor Hugo Nazário. **A valorização do trabalho humano como forma de realização do ideal de justiça social**. Disponível em: <<http://www.faes.edu.br/revistafaer/artigos/edicao2/victor.pdf>>. Acesso em: 15/10/2016.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ STUCHI, Victor Hugo Nazário. **A valorização do trabalho humano como forma de realização do ideal de justiça social**, p. 134. Disponível em: <<http://www.faes.edu.br/revistafaer/artigos/edicao2/victor.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

“a inclusão efetiva do indivíduo-trabalhador na sociedade capitalista”⁶⁵. Desta forma, o pensamento antigo de que há pessoas pré-dispostas ao trabalho enquanto outras são naturalmente aptas para a política ou guerra se deu por vencido. Ocorre que, embora haja um movimento no sentido de positivar e efetivamente garantir os direitos e deveres do trabalhador, distorções e violações ainda ocorrem nos dias atuais, sendo necessária a fiscalização constante por parte do Estado.

As Constituições brasileiras de 1946 e 1967 já inseriram, ainda que de forma tímida, a dignidade da pessoa humana na seara do direito do trabalho, ao postular que todos deveriam ter garantido o trabalho que possibilite a existência digna⁶⁶. Na Constituição de 1988 é que, como já visto, a dignidade da pessoa humana tornou-se norte de todo o ordenamento.

2.3.3 O princípio da livre concorrência no ordenamento jurídico brasileiro

A livre concorrência, se incorpora à livre iniciativa, uma vez que “constitui um instrumento necessário à estabilidade do sistema, garantindo a manutenção das “regras do jogo de mercado” e a segurança dos empreendedores, logo, incentivando e fomentando a livre iniciativa”, de acordo com Wálber Araujo Carneiro⁶⁷.

Ainda segundo o jurista, seria a livre concorrência um princípio da ordem econômica que assume dois papéis fundamentais, sendo princípio conformador e tendo também papel instrumental. Como princípio conformador, a livre concorrência traduz a opção basilar do constituinte, traduzindo a ideologia neoliberal que inspirou a Constituição. A livre concorrência também possui papel instrumental uma vez que é necessária para garantir a concretude da livre iniciativa, impedindo o abuso do poder

⁶⁵ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **O direito do trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo**. Em Rev. Trib. Reg. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 49, jan./jun.2009, p. 151. Disponível em: > https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/74060/2009_miraglia_livia_direito_trabalho.pdf?sequence=1<. Acesso em: 15 out. 2016.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ CARNEIRO, Walter Araujo. **Direitos Constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.438.

econômico, estabelecendo os ditames do mercado e tornando possível, deste modo, os pequenos empreendimentos⁶⁸.

A livre concorrência é fundamento de qualquer sistema capitalista, nas palavras de André Ramos Tavares. De acordo com o autor, com uma livre concorrência as leis do mercado irão determinar as circunstâncias em que o empreendedor irá obter êxito ou não, sendo isto também decorrente da liberdade de iniciativa. A livre concorrência não tolera a formação de monopólios ou outras condutas que ocasionem a distorção do livre mercado, com o afastamento de novos *players*, e dissolução de empresas de menor porte de um determinado ramo econômico⁶⁹. De acordo com a livre concorrência o mercado estaria aberto a novos *players* em igualdade de condições.

De acordo com Fernando Aguillar, o princípio da liberdade de concorrência é contraponto e não sinônimo da liberdade de iniciativa, posição aqui compactuada. Isto porque, segundo ele, o agente econômico seria livre para empreender da forma que quiser, desde que não reste violada a liberdade dos demais agentes econômicos em concorrer⁷⁰. Cabe ao Estado, por exemplo, impedir a fusão de duas empresas que configurem grande parte de um certo mercado, dificultando a entrada de outros competidores, uma vez configurado o monopólio do setor.

Ainda em tempo, de acordo com Fernando Aguillar:

Para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última. Em síntese, o princípio da liberdade de iniciativa é um direito do agente econômico em face do Estado, demandando uma abstenção deste, enquanto o princípio da livre concorrência é um direito do agente econômico em face de outro agente econômico, demandando não mais a omissão, mas a efetiva interferência estatal na economia. O princípio da liberdade de concorrência não é atributivo de liberdades em relação ao Estado, mas de prerrogativas de exigir do Estado que atue para reprimir o abuso no exercício de certas liberdades⁷¹.

Esclarecidos os conceitos anteriores, passa-se a análise de forma mais específica da concorrência, em aspecto contratual trabalhista.

⁶⁸ CARNEIRO, Walter Araujo. **Direitos Constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.438. p. 439.

⁶⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 3. Ed. rev. e atualizada, 2011, p. 256.

⁷⁰ AGUILLAR, Fernando. **Direito Econômico**. São Paulo: Atlas, 3 ed. At., 2012, p. 266.

⁷¹ *Ibidem*, *Loc. cit.*

3 A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

Neste capítulo serão trabalhados, de forma mais específica, alguns conceitos para chegar ao cerne da questão jurídica aqui trabalhada.

A concorrência, já conceituada como princípio da ordem econômica nacional, positivado na Carta Magna de 1988, agora passará por estudo no plano mais prático, tanto na seara do direito empresarial como também no direito do trabalho.

O termo “cláusula” significa “cada um dos artigos ou disposições de um contrato, tratado, testamento, ou qualquer outro documento semelhante, político ou privado” enquanto o a expressão “pacto” quer dizer “qualquer acordo, compromisso, ajuste ou promessa entre duas ou mais pessoas para a realização de um ato jurídico” de acordo com o dicionário jurídico brasileiro⁷². No presente trabalho, as expressões são sinônimas, querendo apenas ilustrar obrigação originária de comum acordo entre as partes, qual seja, a execução de obrigação negativa.

Desta forma, tem-se que, uma vez firmado um pacto ou cláusula entre as partes, estas ficarão obrigadas, de forma recíproca, a realizar obrigação de dar, fazer ou não fazer algo.

No caso em tela, da cláusula de não concorrência, as partes envolvidas são o empregador/empresário, e o empregado detentor de algum conhecimento acerca da empresa em que trabalhava, conforme será visto a seguir.

3.1 CONCEITO

A concorrência faz parte do Direito Econômico e Comercial, e é produto do livre mercado e da livre iniciativa. Assim, em um contexto empresarial que possui esses elementos, cada descoberta realizada resultará em lucro. Além de descobrir algo,

⁷² SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 50 e 175. Disponível em: <<http://www.ceap.br/artigos/ART12082010105651.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

pode-se também descobrir uma nova forma de produzir, que significa o aumento da quantidade e, posteriormente, também do lucro⁷³.

Além dos fatores materiais de produção utilizados para descobrir algo novo ou uma norma forma de produzi-lo, atualmente é necessário também um conhecimento técnico cada vez mais especializado para saber desempenhar funções no âmbito empresarial. Em uma sociedade que tenha a livre iniciativa, quanto maior o lucro obtido, mais benefícios isso trará para a sociedade, e quanto mais descobertas forem feitas, mais beneficiado será o consumidor. A concorrência, por sua vez, acaba sendo benéfica à população, uma vez que quanto maior o número de pessoas produzindo o mesmo produto, este tende a ter um valor mais baixo⁷⁴, como visto anteriormente ao analisar a relação entre o sistema capitalista e a concorrência. Desta forma, há uma proibição no ordenamento brasileiro, bem como no de diversos países do mundo, de formação de monopólios, cartéis e trustes, que possam violar esta livre concorrência.

No âmbito do Direito do Trabalho, a cláusula de não concorrência traduz uma preocupação vinda com os avanços tecnológicos de proteger os bens imateriais que integram o *know how*⁷⁵ da atividade empresarial. Como alguns empregados estão intrinsecamente ligados ao funcionamento do negócio, as sociedades empresariais tendem a investir em sua especialização e aprofundamento para que façam parte de suas operações⁷⁶.

Segundo Estêvão Mallet, o contrário acontecia nas sociedades mais antigas:

Nas sociedades menos adiantadas, pouco desenvolvidas, centradas na propriedade de terras e organizadas com base em atividades agrícolas ou pecuárias, a informação e o conhecimento técnico têm menor importância. As formas de produção, conhecidas por todos, ou por quase todos, mostram-se mais simples e rudimentares. Transmitem-se, de uma geração para a outra, de modo empírico, sem reservas ou cuidado, sofrendo modificações lentas, com pouca diversidade ao longo de séculos ou até de milênios⁷⁷.

⁷³ JR. Donald. Stewart. **A concorrência e a livre iniciativa**. Conferências do Instituto Liberal: outubro de 1987. Rio de Janeiro, p.9.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Know how* é oriundo da expressão *know how to do it*, e significa saber fazer algo. No contexto do presente trabalho, o conceito é útil uma vez que é o objeto de cláusula de proteção a ser compactuada.

⁷⁶ NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade**. São Paulo: LTr, 2015, p.11.

⁷⁷ MALLET, Estêvão. **Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho**. Em Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, jan./dez. 2005, p.121.

Antes da Revolução Industrial o modo de produção era a manufatura, mais rudimentar, devido ao foco na propriedade de terras e atividades agrícolas como visto acima. Assim, os artesãos, alfaiates, sapateiros entre outros profissionais, faziam peças muitas vezes sob medida, a pedido de um cliente que chegava com uma demanda. Posteriormente houve a superação deste modelo graças ao ideal capitalista que fomentou a Revolução Industrial. Máquinas substituíram homens em muitas funções, e, como a produtividade aumentou, a partir deste momento os produtos manufaturados caíram em desuso diante da praticidade de comprar artigos de menor preço em decorrência da produção em escala.

Desta forma, com o aumento de complexidade dos métodos de produção vivenciado pela sociedade a partir do período supra, inicialmente houve a disseminação de modo de produção em que havia a separação entre trabalho mental e físico e na fragmentação de tarefas, tal forma de produção foi inventada por Frederick Taylor. Como produto desta separação entre os conhecimentos técnicos e houve a “perda de habilidades genéricas manuais e um aumento brutal de produtividade⁷⁸”. Este modelo, chamado de taylorismo, assim como o fordismo, criado por Henry Ford para aumentar sua produção de veículos, ficaram conhecidos pela divisão de tarefas, implementação da linha de montagem e grande produtividade às custas, por vezes, do esgotamento de seus operários.

Ocorre que atualmente, embora ainda haja resquícios de tais formas de organização do modo de produção, tem-se um fator que era rarefeito na época: a tecnologia. Com isso, o empregado que possui o conhecimento técnico e manual é demasiadamente valorizado e procurado, dado a especificidade de cada função a ser desenvolvida na empresa. Não se busca mais a divisão entre o trabalho mental e o físico, e sim a junção de ambas em um mesmo empregado.

Em decorrência disto, criou-se uma interdependência entre funções de produção, de forma que restou inevitável escolher uma mão-de-obra adequada e tão diversificada quanto o próprio processo produtivo. No regime de livre iniciativa, a mão-de-obra passa a ser tratada como mercadoria, uma vez que se configura como objeto de concorrência. Deste modo, pode-se dizer que o homem incorpora-se à empresa

⁷⁸ JR. Thomaz Wood. **Fordismo, taylorismo e volvismo: os caminhos da indústria em busca do tempo perdido.** Em Revista de Administração de Empresas, São Paulo, set./out. 1992, p. 03. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v32n4/a02v32n4.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.

como um ser dotado de conhecimentos específicos, que podem ser apropriados, pertinentes àquela atividade que realiza, e também segredos da empresa, que a ela pertencem⁷⁹. Vale ressaltar que, embora se tenha esta noção de que o trabalhador passa a ser parte da empresa ou negócio em que trabalha, isto não significa dizer que ele é apenas instrumento para consecução do produto, uma vez que esse ideário rudimentar tem sido superado e deve ser combatido.

O pacto ou cláusula de não concorrência é o “compromisso assumido pelo empregado de não gerar concorrência com o ex-empregador, após o contrato, mediante compensação financeira, com limitação de tempo, local e atividade”⁸⁰. Compactua-se com o conceito supra, uma vez que, diante da concordância acerca da cláusula e obedecendo aos requisitos de validade que serão estudados no próximo capítulo, não há como esta ser eivada de ilicitude. Há de se ressaltar ainda de que a cláusula não é apenas compromisso assumido pelo empregado, mas também pelo empregador pois, uma vez firmado o pacto, há um direito que ele também deve cumprir, o de pagar a compensação, que será aprofundado posteriormente.

Acerca da hipótese em que o empregado gera concorrência, ainda na vigência do contrato de trabalho, ao empregador, é pacífico na doutrina a sua inadmissibilidade, havendo discussão apenas quando houver a rescisão do contrato.

De acordo com Sônia Mascaro e Túlio de Oliveira Massoni, por meio da cláusula de não concorrência, alguns empregados firmam um compromisso com a empresa de não prestarem serviços a empresas concorrentes⁸¹, uma vez que tal relação poderia causar enorme prejuízo ao ex-empregador se fossem reveladas as minúcias do seu processo produtivo, por exemplo.

A pretensão de limitar o uso do conhecimento adquirido pelo empregado, durante a vigência do contrato de trabalho em benefício de novo empregador é o que envolve

⁷⁹ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 30-31.

⁸⁰ NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego**: efeitos do princípio da proporcionalidade. São Paulo: LTr, 2015, p.13.

⁸¹ MASCARO, Sônia; MASSONI, Túlio de Oliveira. **Cláusula de não concorrência**. Disponível em: <http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=178:clausula-de-nao-concorrenca&catid=57:doutrina&Itemid=181>. Acesso em: 26 jul. 2016.

a cláusula de não concorrência⁸². Com ela pretende-se disciplinar o uso do conhecimento relevante adquirido na constância do contrato de trabalho e em decorrência da atividade realizada na sociedade empresária.

A supracitada cláusula seria então uma obrigação de não fazer⁸³ do empregado, que fica impedido de realizar atos que manifestem concorrência contra seu antigo empregador ou afete, de alguma forma, a atividade exercida pela empresa em que trabalhou⁸⁴.

A característica principal da cláusula seria sobre o tempo em que ela é considerada exequível, uma vez que, sem uma limitação temporal de seu alcance, restaria configurada violação ao princípio constitucional da liberdade de trabalho. De acordo com o art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, a obrigação de não concorrer já pode ser exigida na vigência do contrato de trabalho, e, quando há a rescisão deste, a cláusula se manifesta como uma obrigação negativa, como supracitado⁸⁵.

Tendo sido estabelecida a cláusula de concorrência no contrato, surge também uma obrigação pecuniária que pode ocorrer de duas formas. A primeira se refere a possibilidade de um pagamento, pelo empregador, de uma quantia ao empregado em razão de sua abstenção de trabalhar no mesmo ramo da atividade que exercia anteriormente. Outra possibilidade é de o empregado pagar ao seu ex-empregador caso haja violado a cláusula de não concorrência⁸⁶.

Diante do exposto, com a mudança do cenário econômico atual, com a crescente concorrência entre produtos e também o avanço tecnológico que faz nascer a

⁸² MALLETT, Estevão. **Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67667/70275>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

⁸³ A obrigação de não fazer ou negativa vai impor ao empregado uma abstenção, ou seja, não praticar ato que ele poderia fazer caso não houvesse aceitado a cláusula. Há, nesta obrigação, uma prestação de fato, sendo diferente da de dar. Desta forma, "Observe-se que, embora seja extenso o campo de aplicação ou incidência dessa modalidade de obrigação, devem ser respeitados certos limites, não sendo lícitas convenções em que se exija sacrifício excessivo da liberdade do devedor ou que atentem contra os direitos fundamentais da pessoa humana (como, p. ex., a de suportar indefinidamente determinado ônus, de não sair à rua, de não casar, de não trabalhar etc.)". GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, v. 2, Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 8 ed., 2011, p.94.

⁸⁴ GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. **Cláusula de não concorrência**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/21677987>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

⁸⁵ BOSI, Fernando Lima. **Cláusula de não concorrência em contrato de trabalho ainda gera divergências**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/fernando-bosi-clausula-nao-concorrenciainda-gera-divergencias>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

⁸⁶ *Ibidem*.

demanda por mão-de-obra cada vez mais especializada, há, de fato, justificativa para a inserção de uma cláusula de não concorrência em um contrato de trabalho. Claro que, para isso, deve-se contar com a real necessidade bem como com a possibilidade de dano na hipótese de o empregado sair da empresa. Sendo assim, a doutrina e jurisprudência aceitam, de forma majoritária, a cláusula de não concorrência, se obedecidos alguns requisitos, pois reconhecem a demanda atual de que o empresário, por um lado, não pode colocar seu negócio em risco a cada contratação, e o empregado, por outro lado, não pode ter a liberdade de exercício de profissão cerceada em vão.

Assim, devido ao nível de conhecimento específico obtido em decorrência da atividade exercida em uma sociedade empresária, resta imprescindível a cautela e o sigilo, diante da hipótese de rescisão do contrato de trabalho.

3.2 OBJETO DE PROTEÇÃO

O estabelecimento da cláusula de não concorrência deve ter justo motivo, sendo pautado na boa-fé, como princípio geral que norteia as relações jurídicas. Há, de fato, a necessidade em algumas ocasiões de inserção da cláusula supramencionada diante dos riscos ao negócio que uma informação sigilosa pode causar, se manipulada por empresas erradas.

O pacto de não concorrência deve obedecer uma série de critérios criados pela jurisprudência com o passar do tempo, pautados na razoabilidade, ponderando o tempo da privação com a compensação financeira que será tratada mais adiante.

O que devem ser protegidas são aquelas informações que podem causar prejuízo ou até extinção do negócio, uma vez na posse de concorrentes no mercado do mesmo setor. Desta forma, por exemplo, se o gerente da AmBev tem o contrato de trabalho rescindido, por qualquer das partes, e chamado para trabalhar em um setor completamente diferente do das bebidas alcólicas, para a inserção da cláusula deve ser feito um estudo dizendo como, mesmo em mercado diverso, sua atuação faz surgir uma iminência de dano para a antiga empregadora.

Visando combater tal cenário de flagrante insegurança, a inserção de uma obrigação de não concorrência se faz necessária, uma vez que é crucial no que tange à aptidão da empresa em concorrer com as demais por uma determinada fatia do

mercado. Sendo assim, os direitos do empregador devem ser resguardados pela legislação uma vez que o vazamento de informações pode acarretar na impossibilidade da manutenção do exercício da atividade econômica praticada⁸⁷.

De acordo com Ari Possidonio Beltran:

(...) busca-se desde a proteção de relações 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 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 de tempo⁸⁸.

Neste contexto, a cláusula de não concorrência visa proteger o *know how* do negócio, preocupação que começou a surgir graças a Revolução Industrial, que, embora inaugurasse modelo de produção com pouco conhecimento técnico, fomentou o início da especialização dos processos de produção. Embora nessa época não houvesse a junção entre os conhecimentos técnicos e manuais, houve uma mudança considerável na produtividade graças ao surgimento das primeiras tecnologias no que tange à produção de bens e serviços.

Paulatinamente, houve a expansão dos mercados, que não ficariam mais restritos à cidade em que se localizava ou até mesmo ao país. Com a globalização e a livre concorrência proporcionada pelo sistema capitalista, uma empresa pode concorrer com outras localizadas em outro país, fator este que aumentou a busca pelo aumento do custo-benefício dos produtos disponibilizados. Ora, se uma empresa X concorre no setor de laticínios, por exemplo, com a empresa Y em uma cidade pequena suas preocupações são diversas das de quem, no Brasil, concorre com empresa localizada na Bélgica, por exemplo. Cresce o âmbito de atuação da empresa e, junto a isto, suas preocupações quanto a distribuição, conservação, locais de venda etc. Há então uma crescente demanda por profissionais especializados que reúnam os conhecimentos necessários para atuação em área específica das diversas etapas de produção, no caso dos produtos. Graças a isso, não só intercâmbio destas especializações se tornou fundamental bem como a sua proteção legal⁸⁹.

⁸⁷ NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego**: efeitos do princípio da proporcionalidade. São Paulo: LTr, 2015, p.19.

⁸⁸ BELTRAN, Ari Possidonio. **Dever de fidelidade, dever de não concorrência e cláusula de não-concorrência**. Revista LTr, ano 66, n. 4, abril de 2002, São Paulo, Brasil, p. 421.

⁸⁹ MACHADO, Maria Amélia Maciel; KRUSCHEWSKY, Eugênio de Souza. **Contrato de Know-how**. Em Novas figuras contratuais. São Paulo: LTr, 2010, p.182.

Se, por outro lado, uma empresa de softwares, por exemplo, não dispuser de profissionais especializados que possam desenvolver sistemas específicos para cada cliente, ela estará fadada a dissolução, diante da ferrenha concorrência que enfrenta nos mercados contemporâneos. Assim, graças ao constante avanço que é vivenciado, sem um constante estudo e análise buscando o aumento da produtividade e melhoria da qualidade a menores custos, a empresa tende a extinção, perdendo espaço no mercado para as demais. A mudança do modo de produção manufatureira para a indústria foi responsável, em parte, pela crescente demanda de especialização dos empregados⁹⁰. Por outro lado, graças às inúmeras tecnologias disponíveis, não basta apenas o conhecimento, mas o domínio de um aspecto específico faz com que aquele posto só seja ocupado por pessoa com nível técnico avançado, excluindo os que possuem apenas visão geral ou rasa acerca do assunto.

Como exemplo da proteção empresarial acerca do tema, há, no ordenamento jurídico vigente, a cláusula de não restabelecimento, que significa a imposição do alienante do estabelecimento comercial⁹¹ não fazer concorrência ao adquirente por um determinado período:

Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência⁹².

Tal dispositivo visa impedir que, uma vez vendido o estabelecimento empresarial, o alienante crie outro, que atue na mesma área do alienado e, diante disso, crie concorrência e desvie a clientela. Há o desvio de clientela não por conta da relação entre comerciante e clientes, e sim graças às informações que o alienante dispõe acerca da realidade do mercado que atinge. A utilização dessas informações na exploração da mesma atividade e em estabelecimento concorrente causa o desvio de clientela. Assim, o produto deste desvio é o enriquecimento indevido por parte do

⁹⁰ NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego**: efeitos do princípio da proporcionalidade. São Paulo: LTr, 2015, p. 20.

⁹¹ Estabelecimento comercial, segundo o direito empresarial, constitui “o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica. A proteção jurídica do estabelecimento empresarial visa à preservação do investimento realizado na organização da empresa. Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia, etc.”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa, v. 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 134.

⁹² BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm<. Acesso em: 24/1-/2-16.

alienante uma vez que a ele foi pago determinada quantia em troca do estabelecimento comercial⁹³ e todos os bens materiais e imateriais que o compõem. No que tange ao direito do trabalho, proteção do *know how* é um imperativo oriundo do dever de lealdade imposto na vigência e também após o término do contrato e que é advém do dever de “não entabular negócios isolados ou contínuos que impliquem desvio de clientela do empregador, comportamento que pode ter agravantes se a uma deslealdade se acrescerem duas outras: - concomitantemente revelando segredos e/ou praticando atos que a lei tipifica como crime concorrencial”⁹⁴.

Oris de Oliveira complementa explanando a dificuldade na distinção entre os conhecimentos que configuram segredos a serem guardados daqueles conhecimentos que integram as qualificações profissionais usadas pelo empregado na vigência e após a rescisão do contrato⁹⁵. A análise acerca da origem do conhecimento adquirido pelo obreiro merece análise, uma vez que, se tal conhecimento foi obtido previamente, este não poderá ser cerceado, nem diante de delimitações. De modo contrário, se o empregador custeou, por exemplo, curso de especialização para o empregado na vigência do contrato para o melhor desenvolvimento da função a questão deverá ser analisada com mais calma.

O *know how* não se confunde com o segredo de fábrica, uma vez que este último configura um “método especial de fabricação, patenteável ou não, que é mantido em sigilo”⁹⁶. O primeiro, a saber, compreende uma instrução especial acerca dos meios de produção e também uma formação especializada de quem os gerencia ou trabalha.

Também é necessária a distinção entre *know how* e segredo de negócio. Configuram segredos de negócio as listas de fregueses e seus endereços, futuras campanhas de vendas ou publicidade etc., ou seja, são todos os dados especiais pertinentes ao âmbito negocial que devem ser mantidos em sigilo, sob o risco de causar algum prejuízo⁹⁷.

⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa, v. 1.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 136

⁹⁴ OLIVEIRA, Oris. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego.** São Paulo: LTr, 2005, p. 165.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ DELMANTO, Celso. **Crimes de Concorrência Desleal.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975, p. 211.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 238.

O elevado nível organizacional atual das empresas contemporâneas faz com que os empregados estejam envolvidos em todo processo produtivo, não podendo apenas o empregador possuir o *know how*. Assim, o empregado tem acesso as mais diversas fases da atividade empresarial tendo, além de acesso ao modo de produção adotado, também a valores concorrenciais que representam o cerne do negócio. A legislação não permite, desta forma, que o concorrente obtenha estas informações através de um empregado, como disposto na CLT, ou de um ex-empregado, uma vez que, contento a cláusula de não concorrência, essa obrigação ira vigorar até mesmo após a rescisão do contrato⁹⁸.

Devido a essa integração entre empresa, empregado e empregador e as informações obtidas em decorrência dessa relação, atualmente é adotada uma política preventiva visando a proteção dos bens imateriais do negócio, que possuem valor imensuravelmente maior, muitas vezes, do que os bens materiais envolvidos, tais como maquinários, depósitos etc. Combinando a cláusula de não concorrência com uma política de confidencialidade, o *know how* e os segredos do negócio e de fábrica podem ser protegidos mesmo após a rescisão do contrato de trabalho, se obedecidos alguns critérios⁹⁹ que serão trabalhador mais adiante.

3.3 NO DIREITO ESTRANGEIRO

O estudo das doutrinas estrangeiras faz-se de suma importância na discussão do tema dada a omissão legislativa pátria. De acordo com o art. 8º da CLT, diante de casos de lacuna o intérprete pode recorrer ao direito comparado¹⁰⁰.

3.3.1 Direito Europeu

Na França, a inserção ou não da cláusula de não concorrência é oriunda de negociações coletivas. Estas irão prever e regulamentar tais cláusulas e, como contraprestação, há uma indenização paga pelo empregador ao empregado graças

⁹⁸ NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego**: efeitos do princípio da proporcionalidade. São Paulo: LTr, 2015. p.20.

⁹⁹ *Ibidem.*, p.21.

¹⁰⁰ BELTRAN, Ari Possidonio. **Dever de fidelidade, dever de não concorrência e cláusula de não-concorrência**. Revista LTr, ano 66, n. 4, abril de 2002, São Paulo, Brasil, p.422.

à limitação da liberdade de trabalho diante da rescisão contratual¹⁰¹. A jurisprudência francesa admite tais cláusulas, desde que sejam observadas as limitações de natureza temporal, espacial e quanto à natureza da atividade¹⁰².

A Corte da Cassação francesa se pronunciou pela primeira vez acerca da cláusula de não concorrência em 1858, consagrando a proibição “de todo compromisso tendo por resultado obrigar-se a não fazer, em nenhum tempo e em nenhum lugar, um empregado de seus serviços e de seu trabalho, a não ser para determinado patrão ou estabelecimento¹⁰³”. Observa-se assim que o cuidado maior era em relação às cláusulas gerais implantadas no contrato, sendo proibidas as proibições que não estabeleciam o lapso temporal e o lugar que iriam ter vigência¹⁰⁴.

Atualmente no direito francês a cláusula é aceita pelos tribunais e grande parte da doutrina desde que seja indispensável para “a) a proteção dos legítimos interesses da empresa; b) limitada no tempo; c) limitada no espaço; d) levar em consideração as especificidades do trabalho do empregado; e) prever uma contrapartida financeira em favor do empregado”¹⁰⁵.

No direito alemão a disposição é estabelecida majoritariamente para os empregados do comércio, durante dois anos no máximo. Ainda, deve haver a compensação financeira do empregado por meio de indenização em decorrência da limitação ao livre exercício da profissão¹⁰⁶.

Embora deva ser analisado caso a caso para a disposição acerca da cláusula da não concorrência na Alemanha, há alguns requisitos que devem sempre estar presentes, como a forma escrita, o pagamento de uma indenização em quantia determinada, e o período máximo de dois anos para a vigência da cláusula¹⁰⁷.

¹⁰¹ BELTRAN, Ari Possidonio. **Dever de fidelidade, dever de não concorrência e cláusula de não-concorrência**. Revista LTr, ano 66, n. 4, abril de 2002, São Paulo, Brasil, p.422.

¹⁰² NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Cláusula da não-concorrência no contrato de trabalho**. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário n. 10 – Jan/Fev/2006, p.32.

¹⁰³ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p.82.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Idem*, p.80.

¹⁰⁶ NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Cláusula da não-concorrência no contrato de trabalho**. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário n. 10 – Jan/Fev/2006, p. 31.

¹⁰⁷ BELTRAN, Ari Possidonio. **Dever de fidelidade, dever de não concorrência e cláusula de não-concorrência**. Revista LTr, ano 66, n. 4, abril de 2002, São Paulo, Brasil, p.423.

Na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores no item 1º do art. 21 dispõe que o empregado não pode prestar serviços a vários empregadores durante a vigência do contrato “1) quando da caracterização do trabalho para mais de um empregador; 2) no caso em que pactuado trabalho com exclusividade e plena dedicação, recebendo o empregado compensação financeira para esse fim¹⁰⁸”.

Dispõe ainda que todos os trabalhadores e ramos de empresa podem firmar contrato com cláusula de não concorrência, desde que por tempo não superior a dois anos, quando trabalhadores técnicos, e seis meses para os demais. Há, além disso, dois requisitos para a validade da disposição. O primeiro é que, é imprescindível que o empregador tenha interesse industrial ou comercial que mereça ser protegido, e que o empregado receba compensação financeira em razão de sua exclusividade. O valor a ser adimplido não é determinado em lei, devendo ser acordado entre as partes levando em consideração os critérios legais e a razoabilidade¹⁰⁹.

Em Portugal a previsão da cláusula traz três condições, quais sejam: que a disposição deverá ser na forma escrita, com duração máxima de três anos e que haja a previsibilidade de risco efetivo do empresário. Além disso, deve haver também compensação financeira durante a limitação, assim como as outras legislações europeias¹¹⁰.

Há ainda o entendimento que “a atividade desenvolvida pelo empregado deve ser prejudicial à atividade do empregador, como desvio de clientela, *know how*. O risco efetivo deve ser do empresário, se o trabalhador exercer livremente a sua atividade após a desvinculação¹¹¹”.

No direito inglês, antes mesmo do capitalismo industrial, as Cortes Britânicas dispuseram acerca da *restraint of trade*, que configurava um acordo onde dois contratantes pactuavam a cercear “sua liberdade futura de comércio, ofício ou

¹⁰⁸ NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Cláusula da não-concorrência no contrato de trabalho**. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário n. 10 – Jan/Fev/2006

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ BELTRAN, Ari Possidonio. **Dever de fidelidade, dever de não concorrência e cláusula de não-concorrência**. Revista LTr, ano 66, n. 4, abril de 2002, São Paulo, Brasil, p. 443.

¹¹¹ NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Op.cit.*, p.32.

profissão na forma e com as pessoas que escolhe”¹¹². Há quatro fases em relação a esta cláusula supracitada.

Na primeira fase (século XVI até 1.711) não era permitida qualquer restrição ao trabalho, sendo ilícito o impedimento do exercício de alguma profissão por alguém, mesmo que por determinado período de tempo ou em determinado lugar. Na segunda fase (1.711-1.894), os tribunais diminuíram este rigor, diferenciando as restrições gerais, que gozavam de presunção absoluta de nulidade, e as parciais, que possuíam presunção relativa de nulidade. Na terceira fase (1894-1915) houve a aplicação da razoabilidade para as restrições gerais. Na quarta fase, que se estende até os dias atuais, há uma diferenciação entre as restrições em contratos de cessão de fundo de comércio e de locação de serviços¹¹³.

Isto porque o locador de serviços tem, como prioridade, resguardar sua liberdade de trabalho, enquanto que o vendedor de fundo de comércio tem por objetivo obter vantagem com a restrição de liberdade. Como o locador de serviços tem como renda o seu trabalho apenas, ele compromete com a cláusula o seu futuro, e, quando da rescisão do contrato, tem que passar determinado tempo sem atuar na área que se especializou. Desta forma, o empregado ou locador de serviços é “obrigado a enfrentar o trabalho como lhe é oferecido com as condições concomitantemente impostas”¹¹⁴.

Há também nessa fase a distinção do conhecimento objetivo do conhecimento subjetivo. Este último se configura com a destreza manual ou intelectual adquirida pelo empregado graças à função exercida no trabalho ou também por experiência profissional que ele pode dispor de forma livre, não sendo possível a proibição de sua utilização. Já o conhecimento objetivo consiste nos segredos de comércio, “de particularidades da empresa, do nome e do endereço da clientela, das relações comerciais etc. (...) não sendo susceptível de proteção quanto a própria empresa”¹¹⁵. Deste modo, as restrições visam a proteção deste conhecimento objetivo.

¹¹² OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 74.

¹¹³ *Ibidem*, p. 78.

¹¹⁴ *Ibidem*, *loc. Cit.*

¹¹⁵ *Idem*.

3.3.2 Direito americano

A legislação trabalhista dos Estados Unidos assegura direitos mínimos e, cabe a cada Estado-Membro a disposição pormenorizada acerca das condições de trabalho. Alguns Estados disciplinam a cláusula de não concorrência enquanto outros validam ou não a cláusula fazendo um estudo do caso prático pelo Poder Judiciário¹¹⁶.

Os Estados da Flórida, Wiscosin e Texas, segundo Célio Pereira Oliveira Neto, disciplinam a cláusula. Na Flórida ela é lícita quando visa a proteção dos segredos empresariais, preserve informações importantes da empresa, a relação “com consumidores, parceiros ou clientes, e garantir a boa-fé nas relações com esses, além de salvaguardar treinamentos extraordinários e especiais – desde que tenha validade razoável, não extrapole as suas finalidades e sejam observadas as restrições territoriais”¹¹⁷.

As cortes de New York se posicionam no sentido que, sendo razoáveis os motivos de existência da cláusula, ela será considerada lícita. Ou seja, a cláusula será lícita se:

(i) não oferecer proteção maior do que a necessária; (ii) não impuser dificuldades demasiadas ao empregado; (iii) não ofender o interesse público; além de limitar-se a área territorial e lapso temporal em que a proibição de competição será vigente, sempre com atenção à legitimidade do interesse do empregador de proibir a competição, sem excessos¹¹⁸.

Desta forma, observa-se que, embora não expressa na legislação trabalhista norte americana, a cláusula de não concorrência, com as devidas limitações, é incorporada ao direito por jurisprudência ou disposição de cada Estado-Membro, não consistindo, se obedecidos os requisitos, uma violação a liberdade de trabalho.

¹¹⁶ NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade**. São Paulo: LTr, 2015, p. 33.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 34.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 35-36.

3.4 SUJEITOS DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

As partes da obrigação de não concorrer são certas e determinadas, e, desta forma, a cláusula firmada com ex-empregado ou ex-sócio, conforme o art. 1.147 do Código Civil não tem o poder de abranger qualquer outra pessoa, mesmo que seja preposto, sucessores ou familiares dos empregados¹¹⁹.

Há a necessidade de compreensão acerca do sujeito ativo e passivo da obrigação contida na cláusula. Na seara empresarial, não se deve colocar a empresa como sujeito ativo, uma vez que esta é objeto de direito e jamais sujeito. Ressalte-se que a empresa é atividade desenvolvida pelo empresário, e este sim é sujeito de direito, sendo sujeito ativo da relação em questão. Ou seja, os sócios ou acionistas, ou o empresário na hipótese de firma individual.

Ainda no campo empresarial, o sujeito ativo da relação será aquele que “passou a ser responsável pelo estabelecimento por meio de negócio jurídico bem como seus sucessivos e eventuais sucessores”¹²⁰.

No âmbito trabalhista, o sujeito ativo é o empregador, sendo credor da obrigação de não fazer em estudo, e o sujeito passivo o empregado, que deverá ser analisado de forma mais aprofundada nos tópicos a seguir.

Antes, é preciso salientar que a simples condição de ser empregado não é suficiente para justificar a inserção da cláusula. Há ainda o requisito de que este possa causar algum dano ao ex-empregador, ou seja, ele deve ter acesso a informações confidenciais e aos segredos da empresa graças ao grau hierárquico que ocupam e a especialidade¹²¹ da atividade desenvolvida.

¹¹⁹GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 121.

¹²⁰ FIEDRA, Geysi. **Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste**. São Paulo: Singular, 1 ed. p. 101 e 106.

¹²¹ NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego**. Efeitos do princípio da proporcionalidade. São Paulo: LTr, p. 56.

3.4.1 Empregador

Segundo Mauricio Godinho Delgado, a figura do empregador é bastante relacional à figura do empregado, uma vez que, caso exista este último no vínculo laboral firmado com um tomador de serviços, este último assumirá a posição de empregador de forma automática. Seria então uma “pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação”¹²².

Critica ainda o autor o conceito de empregador trazido pelo *caput* do art. 2º e §1º do mesmo artigo¹²³ da CLT, uma vez que este faz, segundo alguns doutrinadores, uma confusão pois confunde o empregador, sujeito ativo da relação jurídica em questão, sendo sujeito de direito, com a empresa, que é apenas a atividade econômica desenvolvida, como visto anteriormente.

Compactua-se com o posicionamento supra também Alice Monteiro de Barros, uma vez que o artigo da lei “considera empregador a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos do empreendimento econômico, contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. Há o posicionamento ainda na via contrária, afirmando que o legislador não confundiu os conceitos de empresa e empregador, tendo apenas a cautela de colocar que o vínculo empregatício seria firmado com a empresa por esta ser organismo mais duradouro, uma vez que, na hipótese de ser firmado com a pessoa física do empregador, este é mais efêmero do que a pessoa jurídica¹²⁴. Ao dizer que a empresa condiz ao empregador, a lei determina que, caso haja mudança no titular da empresa isto não irá alterar a continuidade da prestação de trabalho por parte do empregado¹²⁵.

¹²² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 14 ed., 2015, p. 431.

¹²³ BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

¹²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. ver e amp. São Paulo: LTr, 2009, p. 295.

¹²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.* p. 432.

Para o presente trabalho, é importante lembrar a diferença entre a empresa, o empresário e o empregador¹²⁶ pois, embora esses dois últimos possam coexistir em um mesmo sujeito, não pode haver confusões quanto ao polo ativo da relação obrigacional aqui estudada.

Posicionamento interessante possui parte da doutrina que assevera que, diante do estabelecimento da cláusula de não concorrência o empregador passa a ser sujeito ativo e também passivo. Ativo, pois o empregado ou ex-empregado lhe deve a obrigação de não fazer, e passivo uma vez que, para tal cumprimento da obrigação negativa, há a obrigatoriedade de adimplir com o valor ajustado, a compensação financeira¹²⁷.

Compactua-se com tal posicionamento, uma vez que, se o empregador for apenas sujeito ativo, a quem o empregado deve o cumprimento da obrigação de não concorrência, a cláusula possui vício. Isto porque, em contrapartida a esta obrigação, o empregador deve arcar com uma compensação econômica, que será trabalhada no tópico 4.3.5 de forma mais específica.

3.4.2 Empregados

Empregado é qualquer pessoa natural que contrate de forma tácita ou expressa a prestação de seus serviços a um tomador, que serão efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação¹²⁸.

A Consolidação das Leis do Trabalho traz, no art. 3º, *caput* o conceito legal de empregado:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário¹²⁹.

¹²⁶ Vale lembrar que, empresa é “a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços no mercado”, enquanto o empresário é o sujeito que exerce tal atividade econômica, o seu titular, sendo sujeito de direito e, por isso, dotado de personalidade. TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 6 ed., 2014, p. 34 e 43.

¹²⁷ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 109

¹²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 14 ed., 2015, p. 377.

O empregado é, portanto, “pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador mediante salário e subordinação jurídica. Esses serviços podem ser de natureza técnica, intelectual ou manual, integrantes das mais diversas categorias profissionais ou diferenciadas¹³⁰”.

Por isto há os quatro pressupostos para a condição de empregado: a personalidade, não eventualidade, salário e subordinação jurídica. É imprescindível que o empregado seja pessoa física (ou natural) uma vez que os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho, tais como saúde, integridade moral, bem-estar, não podem ser usufruídos por pessoas jurídicas¹³¹. A personalidade requer que o empregado execute pessoalmente suas atividades, não se fazendo substituir caso inexista necessidade. Há ainda o pressuposto da não eventualidade, que significa dizer que os serviços prestados devem ser necessários para atividade normal do empregador. O salário, configurando a onerosidade da prestação, é contraprestação devida pelo empregador ao empregado, tendo em vista o trabalho realizado¹³². E, por fim e mais importante, deve haver a subordinação jurídica, sendo “situação nem que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”¹³³.

Desta forma, devidamente conceituado o empregado, tem-se que para que haja a pertinência da inserção de uma cláusula de não concorrência, deve haver um risco de causar dano ao ex-empregador ao divulgar informações acerca dele ao novo empregador. Ou seja, o empregado tem que exercer função que realmente tenha contato a informações que não são amplamente divulgadas ou não foram patenteadas pela empresa em que trabalha¹³⁴.

Como a liberdade de trabalho é princípio constitucional, para que haja o seu cerceamento é necessária a existência de potencial dano ao ex-empregador. Não se

¹²⁹ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm<. Acesso em: 20 out. 2016.

¹³⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. ver e amp. São Paulo: LTr, 2009, p. 207.

¹³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 14 ed., 2015, p. 300.

¹³² BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 209.

¹³³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, APUD DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.* p. 310

¹³⁴ GOLDFARB, Cibelle Linero. *Op. cit.* p. 111

deve, desta forma, banalizar o uso da cláusula, usando-a como medida de segurança para proteger segredos da empresa quando estes não estiverem correndo risco.

Neste sentido, em alguns casos a atividade exercida pelo empregado simplesmente não comporta a cláusula de não concorrência, conforme o exemplo:

(...) um empregador que exerce a função de professor universitário se desliga de uma universidade e passa a lecionar em outra universidade (reconhecida como concorrente); o dano causado ao ex-empregador ficaria mais associado à dificuldade de contratar outro empregado com o mesmo currículo ou mesmo nível educacional, mas não se poderia falar em efetivo dano decorrente da mudança de empregador; pelo ex-empregado¹³⁵.

Ao Poder Judiciário caberá ponderar acerca do cabimento e validade da cláusula em comento em cada caso prático. Isto porque tal estabelecimento não é algo estático, ou seja, não é possível dizer que todos os gerentes representam risco, caso haja rescisão contratual, e muito menos que todo professor não cause risco. Ademais, é nula a cláusula que dispõe no sentido de proibir o exercício da profissão. Repita-se então que cada caso deve ser analisado de forma cuidadosa para verificar se há ou não o risco.

Por fim, como foi dito ao início, por ser a personalidade pressuposto para a configuração da relação de trabalho, não há a possibilidade de a cláusula de não concorrência, bem como, qualquer outra pactuada no contrato de trabalho, se estender a familiares, cônjuges, descendentes etc.

3.4.2.1 Empregos simultâneos

Não há proibição, no ordenamento jurídico pátrio, de prestação de serviços a mais de um empregador. Tal simultaneidade de vínculos não é causa suficiente para afastar a obrigação de não concorrer. Deste modo, quando o empregado possui mais de vínculo empregatício em vigor, geralmente este fato é de conhecimento do seu empregador.

¹³⁵ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p.112.

Uma vez que o empregador sabia da multiplicidade dos vínculos que o empregado mantinha, não é possível dizer que houve justa causa apenas com a manutenção de duas ou mais funções pelo empregado configurando concorrência desleal. Se, mesmo o empregador tendo consciência, o empregado começar a adotar atos de concorrência, este fato pode desencadear em término motivado do contrato¹³⁶.

Não há, como requisito intrínseco da relação de trabalho, a necessidade de exclusividade na prestação de serviços pelo empregado, porém, é medida que está sendo popularizada para contratação de empregados que terão acesso a informações sigilosas. Segundo julgado da 2ª Turma do TRT 3ª Região:

JUSTA CAUSA. O ato de concorrência importa na violação de norma contratual, qual seja, o dever de fidelidade que se traduz na obrigação de executar o ajuste em conduta permeada de boa-fé. Neste contexto, poderá o empregado consagrar-se a outras atividades que lhe rendam ganhos diversos, desde que tenha cumprido o seu horário de trabalho junto ao seu empregador e que a atividade alheia ao contrato não importe em ato de concorrência, o que, em última análise, consubstanciaria verdadeira afronta à obrigação de diligência e fidelidade, inerentes à relação empregatícia original. (TRT 3ª R 2ª Turma 00927-2004-009-03-00-2 RO Rel. Juiz Ricardo Marcelo Silva DJMG 01/41/2004 P.10)¹³⁷.

Deste modo, deve ser observado no caso concreto as condutas praticadas pelo empregador para averiguação da violação da obrigação de não concorrência, não sendo possível a conclusão precipitada que, diante da existência de mais de um vínculo empregatício vigente o empregado em questão incorre em violação da cláusula supra.

3.4.2.2 Discordância do empregado

Segundo Alice Monteiro de Barros, todo contrato de trabalho é negócio jurídico bilateral. Deve-se abrir aqui parênteses para a elucidação do conceito de negócio jurídico que, segundo Venosa:

Consiste na manifestação de vontade que procura produzir determinado efeito jurídico, embora haja profundas divergências na doutrina. Trata-se de uma declaração de vontade que não apenas constitui um ato livre, mas pela qual o declarante procura uma relação jurídica entre as várias possibilidades

¹³⁶ *Ibidem*, p.113.

¹³⁷ **Recurso Ordinário nº 00927-2004-009-03-00-2**, Rel. Juiz Ricardo Marcelo Silva. Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/download/boletim/bol404.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2016.

que oferece o universo jurídico. Inclusive, há ponderável doutrina estrangeira que entende que o negócio jurídico já é conceituação superada, tendo em vista o rumo tomado pelos estudos mais recentes (Ferri, 1995:61) (...) é, contudo, no negócio jurídico, até que se estabeleça nova conceituação, em que repousa a base da autonomia da vontade, o fundamento do direito privado¹³⁸.

Assim, há, como cerne do contrato de trabalho, sendo este negócio jurídico, a manifestação da vontade. Não é válido contrato firmado quando a vontade do sujeito não pode ser exteriorizada ou quando não tem algum legitimado para que o faça.

Todas as cláusulas que constam no contrato de trabalho estão sujeitas a aceitação ou não do propenso empregado. Se este verificar que alguma cláusula proposta não lhe satisfaz, ou se ele simplesmente não quiser firmar o contrato, sua vontade deve ser respeitada. Por isso é possível que o empregado discorde da cláusula de não concorrência, em qualquer momento que ela lhe for apresentada (na admissão, na vigência do contrato ou após a sua rescisão)¹³⁹.

Como negócio jurídico bilateral, o contrato de trabalho só terá validade se anuído por ambas as partes em sua integralidade. Assim, se, por exemplo, o empregado assinou o contrato sem a existência da cláusula e, durante a vigência deste o empregador lhe propôs a assinatura dela, não há qualquer obrigação de assinar e, caso haja, é possível a discussão de qualquer tipo de coação para arguir a nulidade da cláusula.

É importante salientar que, embora o obreiro esteja em posição hipossuficiente, o direito tutela a real manifestação de vontade e esta, quando maculada por qualquer fator, deve ser buscada a real intenção do contratado ao firmar a cláusula. Seria insuficiente a constância de todos os requisitos de validade que serão aqui trabalhados se não houvesse a manifestação de vontade no sentido de anuência da cláusula.

3.4.3 Administrador de Sociedade Anônima

A Sociedade Anônima ou S/A é típica sociedade de capitais, uma vez que a maior importância a ser atribuída à contribuição do sócio do que as suas qualidades

¹³⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 15 ed., p. 352-353.

¹³⁹ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p.117.

personais. Tendo em vista isso, é livre a negociação de ações que pode ser temporariamente restringida, mas jamais impedida, uma vez que não configuram qualidades pessoais dos sócios e sim a sua contribuição patrimonial. A responsabilidade do sócio, neste tipo societário, é limitada ao preço de emissão da ação, e, assim, este obterá lucro ou sofrerá prejuízos.

Graças a isso, é crescente a requisição, por parte dos empregadores, de exclusividade por parte dos empregados, a depender da função que irão exercer bem como do acesso a informações sigilosas¹⁴⁰ que poderão ter.

3.4.4 Empregado e Profissional liberal

Deve-se mencionar ainda a possibilidade da cláusula em comento cercear a liberdade de profissionais liberais, tais como advogados, médicos, dentistas etc. Esses profissionais podem firmar contrato de trabalho aos moldes da CLT e, por isso, o empregador pode entender pela necessidade da inserção da obrigação de não concorrência. O problema, entretanto, é que nesses casos a limitação pode incorrer em violação ao direito do empregado uma vez que a restrição imposta não pode atingir o exercício da profissão¹⁴¹, direito constitucionalmente tutelado.

É possível, no entanto, limitar a assunção de uma recolocação profissional em empresas concorrentes. Por exemplo, um advogado poderia assumir o compromisso de não atuar profissionalmente em empresas que diretamente concorrem com seu atual empregador, ficando, no entanto, sobre para assumir a função em quaisquer outras empresas não integrantes das concorrentes do seu empregador. Ainda poderia assumir o compromisso de não contatar os clientes do escritório empregador por determinado período, salvo aqueles angariados diretamente por ele durante o contrato de trabalho. Tais hipóteses seriam as únicas aceitáveis¹⁴².

Compactua-se com tal posicionamento, uma vez que a cláusula não pode visar o impedimento ao exercício da profissão, apenas uma limitação que vise proteger os segredos da empresa sem que, com isso retire o obreiro do mercado de trabalho. Não seria possível, então, estabelecer mediante cláusula de concorrência que um

¹⁴⁰ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p.120.

¹⁴¹ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁴² *Ibidem. Loc, cit.*

advogado, por exemplo, deixasse de exercer a profissão porque detém diversas informações sigilosas sobre seus clientes. O possível, como no fragmento supramencionado, seria limitar sua atuação a clientes que não figurem na concorrência do antigo empregador.

3.4.5 Prestador de Serviços

Segundo Marcelo Manuel Kuhn Telles, a prestação de serviços “(...) no âmbito do Direito Civil, deve ser conceituada como a realização de um serviço com liberdade técnica, sem subordinação hierárquica, de maneira eventual, assumindo os riscos do negócio, e podendo ser contratada pessoa física ou jurídica¹⁴³”. Complementa asseverando que é prestação de serviço aquela relação que não se amolda ao conceito de contrato de trabalho. Isto porque o art. 593 do Código Civil de 2002 assevera que havendo prestação de serviços que não esteja tutelada pela legislação trabalhista vão ser norteadas pelo Código Civil.

De acordo com o doutrinador César Fiúza, o Código Civil no artigo supracitado divide a prestação de serviços em *lato sensu* e *stricto sensu*. A primeira seria toda forma de atividade, sendo incluído o contrato de trabalho subordinado, e seria *stricto sensu* se regido pela lei civil¹⁴⁴.

Desta forma, aqueles profissionais que prestam serviços por meio de “contratos firmados com empresas dos quais são sócios não estão amparados pela legislação trabalhista e, portanto, o estudo do presente trabalho não os afeta, apesar de ser possível encontrar cláusulas de não concorrência”¹⁴⁵.

Assim decidiu o STF:

A cláusula de não concorrência é possível, não contraria a lei, nem a Constituição e só deve ser afastada quando for ilimitada, sem prazo ou não contiver previsão de compensação financeira ao profissional. A obrigação de não concorrer é pessoal, mas se o obrigado ingressar em sociedade e,

¹⁴³ TELLES, Marcelo Manuel Kuhn. **O prestador de serviços e a legislação trabalhista brasileira.** Disponível em: ><http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/view/518/514><. Acesso em: 27/10/2016, p. 43.

¹⁴⁴ FIÚZA, César, *apud*. TELLES, Marcelo Manuel Kuhn. *Ibidem, loc. Cit.*

¹⁴⁵ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho.** Curitiba: Juruá, 2015, p 121

através dela, praticar atos que infrinjam aquela obrigação de não fazer, ela fica também impedida de praticá-los, em obediência ao princípio da boa-fé objetiva, que instrui os negócios jurídicos e os contratos” (AI nº 581.322/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 10/8/06).¹⁴⁶

Assim, é importante observar os requisitos de validade para a consecução da cláusula de não concorrência.

3.5 FIGURAS COMPLEMENTARES

É necessário o estudo de algumas figuras diversas para a compreensão da diferença entre a cláusula de não concorrência, a ocorrência de simples concorrência desleal e ainda a cláusula de confidencialidade. Esta última muito comumente vem associada à cláusula de não concorrência, assegurando assim maior proteção das informações sigilosas que condizem à execução da atividade econômica pelo empregador, como será visto adiante.

3.5.1 Concorrência Desleal

A concorrência desleal só pode ser discutida a partir momento histórico em que a competição foi verificada. Isso só ocorreu, segundo Celso Delmanto, após a Revolução Francesa, pois antes disso as profissões eram controladas de forma rigorosa pelas corporações e havia monopólios nas escassas industriais da época, terreno então não propício a competição e concorrência¹⁴⁷. Com a Revolução Francesa e, posteriormente, com a Industrial, a competição foi ganhando território, e a sua regulação foi se tornando necessária.

¹⁴⁶Agravo de Instrumento 634312, Min Relator: Dias Toffoli – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8701844/agravo-de-instrumento-ai-634312-sp-stf>>. Acesso em: 30 de out. 2016.

¹⁴⁷ DELMANTO, Celso. **Crimes de Concorrência Desleal**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975, p. 5-6.

A disciplina legal acerca da desonestidade no âmbito da concorrência – por mercados, clientes etc. - teve início com a Convenção da União, promulgada em 1883 e tendo sido acolhida pela grande maioria dos países à época¹⁴⁸.

A legislação brasileira inicialmente apenas adotou a Convenção da União junto com suas revisões e, posteriormente, vieram leis administrativas acerca do assunto.

Segundo João Assunção, a concorrência desleal consiste em atos “eticamente reprováveis, na medida em que violam normas de lealdade, honestidade e bons usos comerciais, susceptíveis de prejudicarem as legítimas expectativas dos agentes econômicos que atuam no mercado¹⁴⁹”.

De acordo com Fabio Ulhoa Coelho, não é tão simples a distinção entre concorrência desleal e leal. Isto porque o elemento fundamental da concorrência é angariar clientela, o que prejudica os concorrentes dedicados ao mesmo setor de mercado. O empresário tem como objetivo cativar os consumidores usando diversas técnicas, como publicidade, melhoria de qualidade, promoções etc., que os motivem a adquirir tal produto pois tem algo que os produtos concorrentes não oferecem. A hipótese de que há um empresário que angaria novos clientes sem causar prejuízo na clientela de seus concorrentes configura-se apenas diante da criação de um novo mercado, trazendo algo que ainda não havia sido fornecido. Fora essa hipótese, a concorrência irá causar a aniquilação de alguns empresários no ramo¹⁵⁰, e é preciso cautela para analisar se a concorrência desleal restou ou não configurada.

Continua ainda ao asseverar que o que diferencia a concorrência lícita da ilícita são os meios usados para atrair a clientela, havendo meios idôneos e inidôneos para tanto. Há então a necessidade de análise das condutas praticadas pelo empresário para que a deslealdade competitiva reste configurada¹⁵¹.

A exclusão de empresas da disputa de mercado tem, como alguns efeitos, o desemprego e prejuízos ao consumidor de maneira geral, uma vez que os preços passam a ser ditados por uma empresa ou um grupo delas, configurando um monopólio, que manipula os preços graças a posição privilegiada que possuem e à

¹⁴⁸ DELMANTO, Celso. **Crimes de Concorrência Desleal**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975, p. 8.

¹⁴⁹ ASSUNÇÃO, João. **Concorrência desleal**. Revista Pensar Direito, disponível em: >http://www.abreuadvogados.com/xms/files/05_Comunicacao/Artigos_na_Imprensa/Artigo_JGA_Revista_CRED_Macau_-PT_version-.pdf<. Acesso em: 02 set. 2016.

¹⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 20 ed, rev. at. e amp, 2016, p. 219.

¹⁵¹ *Ibidem*.

inexistência de grandes *players* para fazer concorrência¹⁵². Quem viola a concorrência pratica crime de concorrência desleal, disposto no art. 195 da Lei n. 9.279/1996.

O inciso XI do supracitado artigo merece destaque ao dispor que resta proibida a exploração ou utilização de conhecimentos e informações da empresa após o término do contrato de trabalho:

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 contrato¹⁵³. [...]

Apesar da aparente similitude, a concorrência desleal difere da não concorrência. Isto porque, durante a vigência do contrato de emprego, se o empregado exercer concorrência contra seu empregador, ela é tida como desleal, sendo uma violação a boa-fé e pode gerar a rescisão do contrato com justa causa. A concorrência desleal constitui um crime previsto pelo Código Penal Brasileiro e também pela Lei de Propriedade Industrial, ensejando punição mesmo que após a vigência do contrato de trabalho¹⁵⁴. Por outro lado, a não concorrência durante a vigência do contrato de trabalho não precisa ser pactuada, uma vez que seu desrespeito configura falta grave conforme o disposto no art. 482 da CLT. No entanto, se o empregado observar a necessidade de proteção do *know how* do seu negócio mesmo após a rescisão do contrato, é imprescindível a disposição entre as partes.

3.5.2 Cláusula de confidencialidade

Segundo Cibelle Linero Goldfarb, não há no ordenamento jurídico pátrio um consenso acerca da terminologia adequada para ser usada, na Consolidação das Leis do Trabalho o termo usado é “segredo de empresa”, na Lei de Propriedade

¹⁵² NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego**: efeitos do princípio da proporcionalidade. São Paulo: LTr, 2015, p. 38.

¹⁵³ Lei n. 9.279/1996, disponível em: > http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm<. Acesso em: 03 ago. 2016.

¹⁵⁴ NETO, Célio Pereira Oliveira, *op. cit.*, p. 39.

Intelectual é “segredo de fábrica” e “segredo de negócio”, enquanto a Lei das Sociedades Anônimas fala sobre “informações” e “segredos de empresa”¹⁵⁵, conceitos já elucidados no tópico 2.3.

A cláusula de confidencialidade tem por objeto os segredos do negócio ou de empresa, que consiste no “conjunto de métodos ou fórmulas empregados na fabricação de produtos, tais como particularidades de produção, uso de máquinas e ferramentas de manipulação de substâncias de certa procedência, em determinadas proporções¹⁵⁶”. Porém, tal distinção técnicas do tipos de segredo não resolve, por si só, a questão.

A cláusula visa a proteção de toda a informação sigilosa que foi obtida pelo empregado pela necessidade posta ou pela confiança graças ao vínculo empregatício. Segundo Celio Pereira Oliveira Neto, após a indicação dos bens que merecem proteção pela cláusula, os contratos costumam ter alguns termos, tais como:

a) Não revelar, nem divulgar, a qualquer pessoa, ou física ou jurídica, e nem tampouco utilizar, direta ou indiretamente, em proveito próprio ou de outrem, qualquer informação que venha a receber ou tomar conhecimento em razão de suas funções, ou do exercício das atividades objeto do contrato, ou que venha a ter conhecimento no curso do contrato de emprego; b) não utilizar as informações obtidas no curso do contrato de emprego para qualquer propósito diverso da realização das atividades para a qual foi contratado; c) envidar seus melhores esforços a fim de prevenir o extravio de quaisquer documentos ou quaisquer informações relativas à empresa que o contratou, ou os clientes, parceiros e fornecedores desta¹⁵⁷.

Diferencia ainda o autor, a cláusula de não concorrência da de confidencialidade, embora sejam institutos complementares. A não concorrência implica em obrigação de não fazer de teor mais geral, sendo vedado ao empregado exercer concorrência ao seu empregador. Já a confidencialidade não gera, sozinha, alguma limitação ao livre exercício do trabalho. A cláusula de não concorrência se acordada para ter vigência após a rescisão contratual, o empregador deverá parar indenização ao ex-

¹⁵⁵ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 24

¹⁵⁶ MAGALHÃES, Kátia Braga de. **Proteção Legal dos Segredos de Negócio**. Revista da EMERJ, v. 3, n. 12, 2000, p. 75. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista12/revista12_75.pdf> Acesso em: 03 ago. 2016.

¹⁵⁷ NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade**. São Paulo: LTr, 2015, p.40.

empregado em razão da limitação laboral sofrida. Por outro lado, a violação da confidencialidade pode resultar apenas em perdas e danos¹⁵⁸.

Para que seja identificado o objeto da cláusula de confidencialidade, não basta, como dito acima, classificar a informação sigilosa em segredo de fábrica, do negócio etc., sendo preciso a verificação, em cada caso concreto, da existência ou não da potencialidade do dano a ser suportado pelo antigo empregador uma vez que a informação for divulgada. Deste modo:

Os fatores que serão considerados para determinar se uma informação deve ser tratada como segredo comercial consistem nos seguintes elementos: (a) a extensão em que a informação é conhecida fora do negócio; (b) o quanto é do conhecimento dos empregados e outros envolvidos em seu negócio; (c) o que foi feito para proteger o sigilo das informações; (d) o valor da informação para quem a detém e para seus concorrentes; (e) o quanto foi consumidor, em termos de pessoas e também do ponto de vista financeiro, para o desenvolvimento da informação; e (f) a facilidade ou dificuldade com que a informação poderia ser devidamente adquirida ou replicada por outros¹⁵⁹.

Desta forma, embora haja alguma dissonância acerca da terminologia a ser usada nesta questão, é pacífico que não basta a simples exegese do conceito com o caso em concreto. Este deve ser analisado, segundo os fatores trazidos acima, para que havendo justo motivo, a cláusula seja firmada entre as partes e não configure um cerceamento a liberdade do empregado em exercer sua profissão.

¹⁵⁹ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p.26.

4 ANÁLISE DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO DE TRABALHO

Neste capítulo a cláusula de não-concorrência terá seus requisitos de forma e validade estudados, bem como o momento de sua constituição, extinção e as hipóteses de descumprimento. Foram adotadas algumas das subdivisões de Cibelle Linero Goldfarb e Regiane Teresinha de Mello João para a melhor compreensão acerca do tema.

A disposição em comento deve ter extensão limitada, uma vez que de forma ilimitada configura cerceamento do direito ao trabalho, e deverão ser observadas algumas formalidades, tais como a forma adotada, o momento em que o pacto foi firmado, bem como os requisitos para que este seja válido e produza efeitos práticos, protegendo o bem jurídico tutelados, sendo este um segredo de empresa, e delimitando, mediante contraprestação, o âmbito de atuação do empregado.

4.1 POSSIBILIDADE E FUNDAMENTO DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

A possibilidade de vigor de cláusula de não-concorrência durante a vigência do contrato de trabalho é pacífica na doutrina, uma vez prevista pela CLT a demissão por justa causa diante de sua violação, segundo o art. 482, c¹⁶⁰. Ari Possidonio Beltran assevera ainda que a justa causa é fundamentada na violação de segredos da empresa e atinge igualmente o dever de fidelidade do empregado. Tal violação pode ser caracterizada com a violação de patentes de invenção, divulgação de informações comerciais, segredos de fabricação, entre outros, sendo mais grave quando os destinatários destas informações forem concorrentes do empregador¹⁶¹. Ocorre que embora a CLT configure como justa causa a violação de informações relacionadas ao negócio do empregador pelo seu empregado à sociedade empresária que a ele faça concorrência, na maioria das vezes a violação a esta

¹⁶⁰ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;

¹⁶¹ BELTRAN, Ari Possidonio. **Dever de fidelidade, dever de não concorrência e cláusula de não-concorrência**. Revista LTr, ano 66, n. 4, abril de 2002, São Paulo, Brasil, p. 421.

cláusula ocorre após a rescisão do contrato de trabalho, tema em que a legislação brasileira é omissa. Diante da omissão, há parte da doutrina que considera que tal limitação resta inconstitucional, violando a liberdade de trabalho resguardada pelo Texto Constitucional de 1988 que, embora tenha sido um argumento aceito pelo Supremo Tribunal Federal anteriormente, não merece guarida¹⁶².

Ocorre que a vigência desta cláusula após a rescisão contratual traz divergências na doutrina e jurisprudência graças a ausência de dispositivo legal nesse sentido, sendo usados para a dirimir os conflitos institutos do direito civil, comercial, do direito estrangeiro e também de uma interpretação sistemática de alguns artigos da CLT.

Segundo Cibelle Linero Goldfarb¹⁶³, a doutrina e jurisprudência embasam o cabimento e a validade da cláusula em alguns artigos, tais como o 8º¹⁶⁴ e 444¹⁶⁵ da CLT. O primeiro artigo traz a hipóteses de que, faltando lei específica que verse sobre alguma questão trabalhista, normas extrínsecas ou até outras fontes normativas como a analogia e jurisprudência poderão ser utilizadas na resolução de conflitos. O art. 444, por sua vez, assegura a liberdade contratual, uma vez que o empregado e empregador podem discutir acerca da inserção de cláusulas no contrato, desde que estas não configurem violação legal. Em conjunto, a interpretação dos artigos supracitados torna legal a inserção de qualquer cláusula no contrato individual de trabalho, desde que, obviamente, esta não viole a lei.

A cláusula de não concorrência não é exceção a esta regra. Em que pese haja requisitos para que esta seja válida, que serão tratados neste capítulo, não há qualquer impedimento legal quanto à vigência de cláusula após a rescisão contratual.

¹⁶² MALLET, Estevão. **Cláusula de Não-Concorrência em Contrato Individual de Trabalho**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, jan./dez/ 2005. Disponível em: > <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67667/70275>< Acesso em 27 jul. 2016.

¹⁶³ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 50.

¹⁶⁴ Brasil. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Art. 8º - 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 de 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.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

¹⁶⁵ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Importante precedente sobre o tema foi emanado pelo Tribunal Pleno do STF, no Recurso Extraordinário nº 67.653-GB, em 20/05/1970, cuja empresa de produtos de cirurgia dentária contratou técnico e pagou seu treinamento e custas decorrentes deste na Inglaterra, para que aprendesse acerca dos segredos de fabricação das peças. Por conta disso, foi inserida no contrato de trabalho uma cláusula que vedava, pelo prazo de cinco anos, que o empregado trabalhasse em empresa da mesma área, no Brasil ou no exterior. O empregado então ajuizou ação declaratória pedindo a decretação da nulidade da cláusula de não concorrência.

Em sede recursal, foi alegada a violação dos artigos 135 e 150, §23 da Constituição Federal de 1967 e teve remessa ao Pleno proposta pelo Relator Aliomar Baleeiro. Embora muito controverso, o julgamento foi pelo não conhecimento do recurso, uma vez que a cláusula teria obedecido aos limites temporais que são pressupostos para a validade. O período de vigência da não concorrência, de cinco anos, mesmo sendo desarrazoado, não foi minorado, e também é muito maior do que o adotado atualmente pela jurisprudência pátria e legislações estrangeiras.

A manutenção da cláusula no contrato que suscitou representou, para a empresa reclamada, a manutenção de diversos segredos de fabricação e *know how* que o ex-empregado tinha conhecimento. Ademais, o próprio conhecimento de tais técnicas foi em decorrência dos cursos que a empresa arcou para o empregado, à época. Ainda que o presente julgado tenha ocorrido em 1970, atualmente a doutrina ainda não é uníssona quanto à possibilidade de vigência de cláusula contratual mesmo após sua rescisão e sobre outros requisitos específicos que serão tratados mais adiante.

A cláusula em comento não visa a violação de princípios constitucionais tais como a liberdade individual e a de trabalho, uma vez que seu objeto não é impedir o retorno ao mercado de trabalho do empregado, e sim fazer com que este retorno não enseje a disseminação dos segredos do negócio ou *know how* utilizados. Ainda assim, há julgados em que a cláusula foi declarada nula:

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 Trabalho¹⁶⁶.

Não se compactua com o pensamento no precedente supracitado pois, embora não haja alto grau de liberalidade entre as partes contratantes, uma vez que o empregador sempre será o pólo mais forte da relação trabalhista, a limitação que ocorre não tem viés ilícito. Isto porque, para atender aos parâmetros doutrinários que garantem a licitude da cláusula, devem ser obedecidos alguns requisitos que visam a preservação do negócio sem violar a liberdade do ex-empregado, pois a ele será devida uma indenização.

Assim, incorreria em ilegalidade a cláusula genérica, que cercearia a liberdade do ex-empregado, impossibilitando seu retorno ao mercado de trabalho e sem prestação contraposta que visasse impedir, conforme explica o julgado:

Não é abusiva a cláusula que limita, temporariamente, a possibilidade de ex-empregado arregimentar empregados da Ré e, com isto, beneficiar-se, de forma desleal, do relacionamento porventura estabelecido com os clientes daquela. “Não-concorrer” não é o mesmo que “não-trabalhar”. Assim, alegada a impossibilidade absoluta de trabalho, que sequer está prevista na “carta de não-concorrência”, deveria o Autor ter feito prova do prejuízo alegado, ônus do qual não se desvencilhou¹⁶⁷.

Para que uma cláusula de não concorrência devidamente pactuada entre as partes seja nula deve haver o desrespeito aos limites, e para que seja devida indenização ao ex-empregado deve-se provar o dano. Deve ser provado que a cláusula em comento causou danos ao ex-empregado uma vez que este não pôde aceitar propostas feitas por concorrentes da empresa em que trabalhava após a rescisão contratual, e que jamais houve compensação monetária por tal privação.

A prevalência da existência da cláusula em questão quando confrontada com alguns princípios constitucionais requer análise minuciosa.

¹⁶⁶ **TRT-2 - Recurso Ordinário nº 20010487101.** Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15812419/recurso-ordinario-ro-20010487101-sp-20010487101/inteiro-teor-15812420>>. Acesso em: 10 set. 2016.

¹⁶⁷ **Recurso Ordinário.** Disponível em: >http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRT-1/attachments/TRT-1_RO_01252008320085010066_e1e5f.pdf?Signature=3Su7HemPrvSsX6QFeVY5xkNzwXA%3D&Expires=1474838935&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=b57529fae7d59e6b2c9ed19d1f7ad8b4<. Acesso em: 10 set. 2016.

Cibelle Linero Goldfarb¹⁶⁸ explica que o fundamento da obrigação de não concorrer com o ex-empregador já foi mais controvertida antigamente. Mesmo assim, vale a análise, ainda que sucinta, acerca de qual é a base da vigência de uma cláusula contratual após a extinção da relação jurídica *inter partes* e se tal vigência não violaria princípios constitucionais.

No que tange ao princípio da liberdade de trabalho, elencado no art. 5º, XIII da Constituição Federal de 1988¹⁶⁹ consiste em direito fundamental da segunda geração¹⁷⁰, constituindo verdadeira condição para uma vida digna. Estipular em contrato a obrigação de não trabalhar para empregador que atue na mesma atividade econômica do antigo empregador, mesmo após a rescisão contratual, significa, para alguns, violação clara a esse preceito.

Isto porque, principalmente no contexto atual de valorização dos bens imateriais da empresa, o diferencial do trabalhador é justamente os conhecimentos técnicos adquiridos sobre atividade econômica específica, que ele pode usar em benefício da empresa que quer contratá-lo. Não poder aceitar oferta de emprego por empresa do mesmo ramo da que trabalhou posteriormente seria uma violação à liberdade de trabalho, obrigando o trabalhador a ir para ramo diferente do que é especializado, do que tem *know how*.

Em contrapartida, diante da complexidade que cerca as atividades econômicas, como o melhor método de produção e armazenamento do produto, as melhores máquinas e todo o conhecimento técnico e estudos desenvolvidos para criar um produto competitivo e inseri-lo no mercado, o empregador também deve ter alguma proteção. Isto porque diante da necessidade de contratar mão de obra cada vez mais qualificada, ou até mesmo oferecer cursos para especializá-la, o empregador deve ter garantia de que as minúcias do seu processo produtivo estejam protegidas mesmo após a rescisão contratual.

¹⁶⁸ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 86.

¹⁶⁹BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

Questiona-se então quais seriam os limites para que não haja violação a nenhum preceito constitucional referente a relação contratual trabalhista¹⁷¹, bem como não configurar danos à atividade econômica desenvolvida pelo empregador/empresário com a exposição de seus segredos de negócio e *know how*.

A restrição ao exercício laboral não deve ser confundida com a violação de preceito fundamental, qual seja, ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão¹⁷². A restrição é permitida pela própria Constituição Federal de 1988, visto que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

A dogmática jurídico-constitucional contemporânea apresenta características comuns dotadas de especial importância para a realização normativa dos direitos fundamentais, dentre as quais se destacam três, que, de acordo com a tradição constitucional de matriz germânica, amplamente difundida, encontram correspondência nas seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção (ou suporte fático), limites e limites aos limites dos direitos fundamentais. (...) Certo é que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito à intervenções neste âmbito de proteção¹⁷³.

O Poder Judiciário deve ponderar e decidir no sentido de impedir que “o exercício de um direito fundamental levasse ao aniquilamento ou eliminação de outro¹⁷⁴”. Caso a restrição no caso prático seja desarrazoada ou não obedeça aos requisitos de validade que serão trabalhados, incorre em violação a direitos fundamentais do trabalhador.

4.2 FORMA E MOMENTO DE CONSTITUIÇÃO DA OBRIGAÇÃO PÓS-CONTRATUAL

No presente tópico será abordada a forma pela qual a cláusula de não concorrência será pactuada, bem como os diferentes momentos possíveis para o seu estabelecimento, se ainda na vigência do contrato ou na extinção da relação jurídica, na rescisão.

O sentido da palavra obrigação exprime, em sentido amplo, “qualquer espécie de vínculo ou sujeição da pessoa da pessoa, seja no campo religioso, moral ou

¹⁷¹ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 87

¹⁷² NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego**. Efeitos do princípio da proporcionalidade. São Paulo: LTr, p. 109.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12 ed. rev. amp. Atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, P. 403-404.

¹⁷⁴ GOLDFARB, Cibelle Linero. *Op. cit.* p.91

jurídico”¹⁷⁵. A obrigação, via de regra, possui vigência durante o contrato firmado e, em outras situações, pode ter vigência ao término da relação contratual.

4.2.1 Forma

Enquanto o dever de não concorrer, disposto do art. 486, c da CLT não precisa ser firmado de forma expressa, uma vez que configura obrigação legal fundada na lealdade e fidelidade no trabalhador¹⁷⁶, tal forma se faz imprescindível na cláusula de não concorrência.

Sem o ajuste escrito resta impossível provar o que foi firmado entre o contratante e o contratado. Por não ser restrição decorrente de lei e diante da possibilidade de tal cláusula significar violação a direito constitucional do trabalhador, a forma escrita é de suma importância nesta seara.

De acordo com Cibelle Linero Goldfarb, a fixação das obrigações decorrentes do contrato de trabalho pode ser feitas de diversas maneiras:

- (i) No próprio contato, como uma de sua cláusulas; (ii) em termo aditivo ao contrato de trabalho; (iii) em instrumento particular; e (iv) em termo de rescisão contratual, dentre outras possibilidades, todas com natureza contratual¹⁷⁷.

Somam-se a isto os requisitos de validade de qualquer negócio jurídico, elencados nos artigos 104 do Código Civil. tais como, conforme o agente ser capaz, o objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável, ter forma prescrita ou não defesa em lei. Complementa o tema o artigo 166¹⁷⁸, do mesmo dispositivo, asseverando que possuem a mácula da nulidade os negócios jurídicos que tiver por motivo determinante algo ilícito, visar fraudar a lei, e não revestir a forma e solenidade que a lei requer.

¹⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 8 ed. 2011, p. 17.

¹⁷⁶ FILHO, Francisco Lima. **Cláusulas acessórias do contrato laboral e limitação à liberdade de trabalho: legitimidade e limitações**. Disponível em >http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12665< Acesso em: 25 set. 2016.

¹⁷⁷ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 129.

Desta forma, além de ser imprescindível para a vigência da cláusula de não concorrência a sua pactuação na forma expressa, escrita, os contratantes terão ainda de observar os requisitos gerais para a validade de um negócio jurídico, dispostos nos artigos supramencionados.

Ainda, no caso da cláusula de não concorrência, a jurisprudência e doutrina consagraram alguns requisitos para a sua validade. Por exemplo, não é válida a cláusula que não tenha objeto de proteção, ou seja, não é devido impor a não concorrência a empregado que não tenha conhecimentos importantes acerca da atividade econômica que possam vir a causar prejuízos se difundidos entre os concorrentes. Além disso há outros requisitos que serão estudados adiante de forma mais aprofundada, como a delimitação material, razoabilidade temporal e compensação econômica, por exemplo.

Ora, de nada adiantaria firmar cláusula de não concorrência na forma escrita se, entre os envolvidos, houver, por exemplo, menor de idade, cuja capacidade ainda não é plena. Tal cláusula padeceria do maior vício no universo jurídico, a nulidade.

Da mesma forma, não basta obedecer aos requisitos gerais e firmar cláusula tácita ou feita verbalmente, por exemplo. É requisito indispensável que a cláusula seja reduzida a termo, bem como seja observada a boa-fé no momento de sua elaboração, para que não tenha por objeto apenas restringir o âmbito de atuação do empregado, sem que este, ao menos, tenha tido acesso a informações importantes a ponto de justificar tamanha limitação da liberdade de trabalho.

4.2.2 Momento

Aqui será feita uma análise acerca de qual o momento em que a obrigação pós-contratual de não concorrência pode ser fixadas, se previamente, na contratação, durante a vigência do contrato ou após a sua rescisão.

Segundo assevera Cibelle Linero Goldfarb¹⁷⁹, há autores que reconhecem ser possível a fixação da cláusula em qualquer momento do contrato de trabalho, pois, segundo ela, o contrato de trabalho pode sofrer alterações durante a sua vigência.

Segundo Arnaldo Sussekind, a cláusula pode ser fixada no ato escrito de admissão do trabalhador com eficácia durante prazo determinado após a rescisão; na vigência do contrato, em documento apartado ou aditamento do contrato; na extinção contratual, por acordo entre as partes que irão ajustar os termos que serão observados, tais como prazo, compensação financeira¹⁸⁰ entre outros que serão tratados ainda neste capítulo.

Além dos requisitos já trabalhados até aqui, deve-se ainda fazer ressalva para explanar que o pacto deve ser feito livre de qualquer coação. Assim, deve haver real vontade das partes de, munidas de boa-fé e justo motivo, pactuarem acerca da restrição de liberdade de trabalho de um lado, e da garantia de compensação por parte do empregador.

4.2.2.1 Na vigência do contrato do trabalho

Muitos criticam a realização de pacto de não concorrência para vigorar na no início da relação jurídica, uma vez que, no momento da contratação o empregado estaria com certa vulnerabilidade.

Ou seja, diante do contrato posto com a cláusula de não concorrência, o trabalhador, pólo mais vulnerável da demanda, poderia se encontrar em situação desconfortável para arguir quaisquer condições a serem postas. Isto porque, no momento da contratação, a arguição de termos do contrato pode significar a não contratação do obreiro, vez que muitos comparam o contrato de trabalho ao de adesão¹⁸¹, diante da indisponibilidade acerca das cláusulas.

No momento da relação de trabalho, há de se questionar se as partes realmente estão em paridade para que o trabalhador possa compreender o que foi acordado, discutir acerca das condições que lhe estão sendo impostas e ponderar se, por

¹⁷⁹ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 130.

¹⁸⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. **Cláusula de não concorrência**. RDT, n. 16-04, 30.04.2010, p. 14.

exemplo, a compensação financeira que lhe oferecem é razoável e justa, ou se a delimitação territorial não foi demasiadamente extensa sem qualquer razão.

Segundo Marcelo Batuíra da C. Losso, tal situação configuraria uma renúncia a um direito do obreiro antes mesmo da contratação. Haveria, segundo o autor, uma diferenciação acerca do tempo em que se efetua a renúncia, que pode ocorrer:

(a) antes, (b) no ato da celebração do contrato de trabalho, (c) durante a vigência ou (d) depois de cessado o vínculo de emprego. Pinho Pedreira não hesita em afirmar que as renúncias a direitos na fase pré-contratual e no ato da contratação são nulas¹⁸².

Além de considerar outro momento para ajuste de cláusula, qual seja, aquele que antecede à contratação, o autor expõe que, para alguns juristas, a renúncia antecipada, aquela anterior à contratação, não teria validade alguma, uma vez que o obreiro estaria renunciando direito que sequer chegou a possuir, diante da não assinatura do contrato. Assim, a cláusula seria nula de pleno direito, pois é impossível renunciar a mera expectativa de direito futuro e incerto.

Quanto à renúncia posterior, esta não apresentar grandes divergências doutrinárias, pois se entende, com razão, que o direito já foi incorporado no patrimônio jurídico do empregado, podendo assim ser renunciado. A divergência que deve ser analisada mais criteriosamente é a da nulidade da cláusula firmada no ato da contratação, que, para a minoria doutrinária, seria nula, posição esta não compartilhada no presente trabalho.

Isto porque, ainda segundo Marcelo Batuíra de C. Losso, o melhor momento para firmar a cláusula de não concorrência seria no ato de contratação¹⁸³. Isto porque é possível, neste momento, visualizar a renúncia parcial à liberdade de trabalho num período que precede a celebração de um novo contrato. Ou seja, neste momento o trabalhador pode vislumbrar todas as limitações, o âmbito de atuação, que terá que sofrer caso haja a rescisão contratual com vigência da cláusula.

Por outro lado, fator importante a influenciar a escolha do trabalhador em aceitar ou não as cláusulas impostas, seria o estado de dependência econômica, que poderia possuir o condão de estimular a aceitação do contrato. Ou seja, considerando que o

¹⁸² PEDROSO, Marcelo Batuíra de C. Losso, **Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho**. Do estudo dos princípios à *Economic analysis of law* aplicados ao direito do trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 322.

¹⁸³ *Idem*, p. 323.

trabalhador seja a parte mais vulnerável, pode haver uma aceitação das cláusulas impostas apenas porque há a necessidade do emprego.

Por isso há a necessidade de ser feita uma ponderação sobre se, no momento da contratação, as partes estão em situação de equilíbrio. Neste momento contratual o empregado está não só vulnerável, como também resta impossível fazer análise sobre possível desvantagem que a aceitação da cláusula poderia lhe trazer¹⁸⁴. A análise casuística aqui se faz imprescindível diante da aferição da vulnerabilidade das partes no momento do ajuste, bem como se munidos de boa-fé.

Segundo Cibelle Linero Goldfarb¹⁸⁵, pelas razões expostas, não é suficiente que a cláusula seja fixada no momento da admissão para ser considerada válida, uma vez que configura possibilidade e não condição. Diante da posição do trabalhador, há de se observar se houve, de fato, a livre manifestação de vontade na anuência das cláusulas impostas.

4.2.2.2 Na rescisão do contrato de trabalho

Situação diferente se concretiza diante da fixação de cláusula durante a vigência contratual. Isto porque, conforme Marcelo Batuíra de C. Losso, diante de renúncia feita durante a vigência da relação empregatícia aplica-se o art. 468¹⁸⁶ da Consolidação das Leis do Trabalho, pois, uma vez firmado o contrato de trabalho, quaisquer alterações na condição do trabalho significaria uma alteração contratual, e aqui cabe abrir parênteses acerca do tema.

Como já visto anteriormente, a aceitação de obrigação de não concorrer não significa necessariamente uma violação a princípio fundamental, e sim um

¹⁸⁴ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p.131.

¹⁸⁵ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p.132.

¹⁸⁶ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

cerceamento deste com uma remuneração e motivo justos, não sendo, desta forma, algo ilícito, se proporcional.

Acerca da alteração contratual com a inclusão de cláusula, já na sua vigência, se deve observar princípio extraído do Direito Civil, qual seja a inalterabilidade contratual que ingressa no Direito do Trabalho como a inalterabilidade contratual lesiva.

Tal princípio assevera que o que foi pactuado no contrato não pode ser alterado de forma unilateral durante a sua vigência¹⁸⁷, ou seja, *pacta sunt servanda* (“os pactos devem ser cumpridos”).

Ocorre que, ao ingressar no Direito do Trabalho, tal princípio perdeu seu viés absoluto para proibir apenas a alteração contratual lesiva, uma vez que aquelas que sejam favoráveis ao empregado são naturalmente permitidas pelo art. 468 da CLT. Por outro lado, segundo Mauricio Godinho Delgado¹⁸⁸, as alterações serão imensamente rechaçadas se configurarem prejuízo ao obreiro, sendo vendada tal hipótese de acordo com os artigos 444 e 468 do dispositivo supracitado, sendo maculadas pela nulidade caso o prejuízo seja comprovado.

Diante do contrato de trabalho normalmente¹⁸⁹ possuir trato sucessivo, ou seja, inexistir termo final, prezando sempre pela continuidade do vínculo, alterações como a mudança de função, alteração salarial¹⁹⁰, ou até inclusão de cláusula como a de não concorrência, são feitas durante toda a vigência contratual sem ferir qualquer princípio constitucional ou trabalhista.

Desta forma, é pacífico na doutrina¹⁹¹ o entendimento de que é possível a alteração contratual durante a vigência do contrato de trabalho, desde que esta não seja lesiva ao empregado. Compactua-se com a tese de que qualquer alteração contratual deve ser feita com cautela, uma vez que o empregado, já admitido, não pode entender a

¹⁸⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed., São Paulo: LTr, 2015, p. 206.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 207.

¹⁸⁹ Há alguns contratos que fogem a esta regra, como elucida Mauricio Godinho Delgado, os chamados contratos a termo, como, por exemplo, o contrato de experiência, de safra, de obra certa, por temporada e de aprendizagem. DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito Trabalho**, p. 13.

¹⁹⁰ CAMPOS, José Ribeiro de. **O contrato de trabalho e a sua alteração**. Revista Imes, julho-dezembro 2003, p. 62, disponível em: >
http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/758/622< Acesso em: 25 set. 2016.

¹⁹¹ Cibelle Goldfarb e Regiane Teresinha de Mello João são exemplos de autores que compactuam com a tese.

alteração contratual como requisito para a sua permanência no cargo. O poder do empregador em alterar o contrato não pode resultar em mudanças negativas para o empregado, como por exemplo a imposição de cláusula de não concorrência sem a devida compensação econômica.

No caso desta cláusula, basta o cumprimento dos requisitos imprescindíveis que serão vistos posteriormente, e que as partes estejam munidas de boa-fé para que não haja restrição desnecessária a ser suportada pelo obreiro.

4.2.2.3 Empregado contratado por meio de contrato de trabalho por prazo de experiência

Como já salientado anteriormente, ainda que o caráter sucessivo seja o padrão no contrato de trabalho, que seja prezada a continuidade do vínculo, há tipos contratuais possuem vigência em um período previamente delimitado, chamados de contratos a termo.

Regra geral destes contratos é que a forma é requisito essencial à sua existência, sendo então solenes. O contrato de experiência, em análise sucinta, é:

Acordo bilateral firmado entre empregado e empregador, com prazo máximo de 90 dias, em que as partes poderão aferir aspectos subjetivos, objetivos e circunstanciais relevantes à continuidade ou extinção do vínculo empregatício. É o contrato empregatício cuja delimitação temporal justifica-se em função da fase probatória por que passam geralmente as partes em seguida à contratação efetivada¹⁹².

Tendo em vista os aspectos supracitados, cabe o questionamento se seria possível fixar obrigação de não concorrer no início do contrato uma vez que esse possui prazo determinado que terá, como já visto, prazo máximo de 90 dias.

Deverá ser feita análise casuística na intrigante questão pois, de um lado, o contrato de experiência dá o direito de o empregador, ao final dos 90 dias, não querer mais a manutenção do trabalhador, sem precisar justificar as razões que o levaram a tal decisão. Por outro lado, se o empregador se abster acerca disso e o empregado continuar trabalhando regularmente, o contrato irá continuar tendo vigência, ultrapassando assim o termo legal.

¹⁹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 14 ed., 2015, p. 595

Desta forma, o empregador deverá encontrar dificuldade expressiva no que tange a comprovação da potencialidade de concretização de dano caso o empregado passe a atuar, após a resolução do contrato de experiência, em empresa concorrente¹⁹³. Se o empregado descumprir tal ajuste feito à época de sua contratação, o empregador não pode apenas alegar o descumprimento da cláusula, sendo imprescindível a prova do dano, bastante difícil de ser feita.

Segundo a jurisprudência espanhola em precedente do Tribunal Supremo¹⁹⁴, o contrato a termo, no caso o contrato por prazo de experiência gozaria dos mesmos efeitos jurídicos de qualquer contrato sem este termo, então, via de regra, as obrigações terminariam na rescisão contratual, salvo disposição em sentido diverso¹⁹⁵. Havendo certas variações de acordo com a legislação e jurisprudência de cada país, tem-se que é necessário o estudo de cada caso para a verificação da possibilidade e necessidade da cláusula.

Assim, embora a vigência do contrato de experiência seja razoavelmente curta, não pode se entender de forma inequívoca a inadmissão da cláusula sob a afirmativa de que, neste período, o obreiro tenha conseguido para o exercício da função, informações sigilosas da empresa.

¹⁹³ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 135.

¹⁹⁴ Se confirma a condenação de pagar a compensação econômica a um trabalhador - não cessado período superior ao período de prova- em compensação derivado do acordo não assinado competição. Diz o Supremo que este tipo de acordo livremente assumido pelas partes da relação de trabalho, sem ser abusivo ou contrário à boa fé, e gera expectativas de ambos, de modo que eles seriam frustrados se a sua eficácia dependia da discricção de qualquer um. Por isso, de acordo com as disposições da resolução anterior, declarararia nula a cláusula pela qual o empregador tem o direito de rescindir unilateralmente o acordo de não concorrência pós-contratual. Tradução Livre. STS de 06.02.2009 (Rec. 665/2008; S. 4ª) Contrato de trabajo. Pacto de concurrencia y permanencia em la empresa/ /Extincion del contrato de trabajo//Indemnización. Indemnizacion por daños y perjuicios. Disponível em: >http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1035509< Acesso em: 01 out. 2016.

¹⁹⁵ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 135-136.

4.3 REQUISITOS DE VALIDADE

A obrigação de não concorrência, via de regra, termina com a rescisão contratual e, para excepcionar esta regra e ter vigência após a extinção da relação jurídica em questão, é necessário a obediência a alguns requisitos de validade.

De acordo com a jurisprudência pátria, tem se observada a tendência a aceitação da cláusula diante do cumprimento dos seguintes requisitos: o interesse legítimo do empregador, a delimitação material, a razoabilidade temporal, área geográfica e compensação econômica.

Este tópico tem como finalidade a análise objetiva de cada um dos requisitos para a caracterização de uma cláusula de não concorrência com vigência posterior à rescisão contratual.

4.3.1 Interesse Legítimo

A segurança do patrimônio significa muito para as empresas, principalmente nos dias atuais onde a concorrência é acirrada e os produtos ficam rapidamente obsoletos. Há então a necessidade de constante pesquisa, por parte das empresas, para estudar métodos de produção e outras técnicas que tornem o seu produto cada vez mais rentável para o empresário, competitivo para o mercado, e que seja a melhor opção custo-benefício para o consumidor.

Diante disso, não só os bens materiais do negócio possuem relevância, mas também todo o patrimônio composto pelos bens imateriais, que compõem os segredos da atividade econômica, vistos no primeiro capítulo, que necessitam de proteção:

Os bens imateriais integrantes do patrimônio da empresa são diversos (nome, marca, insígnia, método de produção, lista de clientes, banco de dados etc.) e contam com a possibilidade de proteção jurídica na esfera cível e criminal¹⁹⁶.

¹⁹⁶ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.39

Desta forma, para o estabelecimento da cláusula, requer-se que haja necessidade para tal imposição, ou seja, que informações sigilosas acerca da empresa estejam em risco, uma vez que há a possibilidade do empregado, após a rescisão contratual, ir trabalhar em empresa concorrente.

O interesse legítimo do empregador seria concretizado caso o empregado tenha sido contratado para cargo que detenha conhecimentos técnicos sigilosos, ou ainda que ele, na vigência do contrato, tenha recebido cursos técnicos para galgar o conhecimento necessário para atuar na área. Nestas hipóteses, não seria justo que o empregador ficasse nesta total insegurança em relação aos seus bens imateriais cada vez que um empregado tivesse seu vínculo empregatício extinto.

Caso o empregado se desligue de uma empresa e exerça, pouco tempo depois, o mesmo cargo em empresa do mesmo ramo da antiga empregadora, e concorrente daquela, é indiscutível que há a possibilidade dos conhecimentos adquiridos anteriormente sejam utilizados no exercício do novo cargo. Tal fato é normal, na medida em que o que faz o empregado ser contratado para tal função é justamente o conhecimento prévio que este possui, em decorrência do antigo emprego, sendo as técnicas aprendidas um fator que melhora a sua qualificação.

Acontece que, além de demonstrar o interesse legítimo, a obrigação deve vir sempre fundada na razoabilidade. Ora, mesmo que o empregado esteja munido de informações tidas como sigilosas, como segredos empresariais, o empregador não poderá proibir de forma genérica o exercício da atividade¹⁹⁷, uma vez que violaria a liberdade de trabalho. Uma cláusula geral e genérica deve ser interpretada de maneira restritiva.

Há cinco fatores, segundo João Zenha Martins, que deverão ser considerados para a análise da pertinência da obrigação:

- i) uma avaliação dos objetivos econômicos do anterior empregador;
- ii) uma delimitação da sua clientela;
- iii) uma caracterização da atividade em apreço;
- iv) uma valoração da dimensão e do volume de negócios da empresa; e
- v) uma especial atenção ao *acquis* que a laboração desenvolvida para o antigo empregador representa para o trabalhador em termos de

¹⁹⁷ MARTINS, João Zenha. **Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho**. Revista de Direito e Estudos Sociais, a. XLVII, jul./dez. 2006, n. 3-4, Lisboa: Verbo, p. 334.

conhecimento e, não tão acentuadamente, de profissionalidade, importando, *inter alia*, valorar o *curriculum vitae* do trabalhador¹⁹⁸.

Compactua-se com os fatores trazidos pelo autor, uma vez que a mera afirmação da necessidade de interesse legítimo do empregador é demasiadamente subjetiva para servir como parâmetro da análise da validade ou não da cláusula de não concorrência. Os fatores tornam a análise do interesse legítimo mais objetiva e clara, imprescindíveis no caso em comento em razão da inexistência de lei acerca de tais parâmetros.

Os fatores acima precisam ser analisados casuisticamente, uma vez que há certas situações em que nem todas as empresas tem essa preocupação com o que os concorrentes podem descobrir sobre o seu negócio¹⁹⁹, isto porque são de pequeno porte ou pelo próprio caráter da atividade que realizam.

Soma-se a isto o fato de que ao juiz cabe analisar se a empresa tem interesse de se prevenir de concorrência e se ela tem concorrentes perigosos, que possam recrutar o empregado, não sendo suficiente a simples existência de concorrência no setor de mercado em que atua²⁰⁰. Há então a indispensabilidade de uma análise do setor em que a empresa atua, para saber se a cláusula é ou não cabível.

Segundo Alice Monteiro de Barros, o risco a que o empregador pode ser submetido está ligado à função que o empregado exerce na empresa, sendo três os indicadores, quais sejam: “o contato com a clientela, o acesso a informações específicas sobre a empresa e aquisição de *know how* da empresa”²⁰¹, que merecem ser analisados, ainda que de forma sucinta.

Acerca de tais requisitos, o interesse e contato com a clientela diz respeito a necessidade do empregador em preservar seus clientes, ou seja, ele solicita que o ex-empregado não faça mais contato com seus clientes. Tal necessidade se dá pois o cliente pode estar acostumado a comprar algo por intermédio daquele empregado, e, por isso, há uma tendência a manter tal vínculo, mesmo que o produto

¹⁹⁸ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 139.

¹⁹⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁰⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. ver e amp. São Paulo: LTr, 2009, p. 258

²⁰¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. ver e amp. São Paulo: LTr, 2009, p. 258.

comercializado em questão seja de outra empresa²⁰². No que tange ao acesso de informações sigilosas, aqui já tratada, esta se refere a detenção, pelo empregado, de conhecimentos que possam despertar interesses das empresas concorrentes. E acerca da aquisição de *know how* da empresa, último requisito trazido por Alice Monteiro de Barros, é o conjunto de conhecimentos práticos acerca de como fazer, literalmente, a atividade econômica da empresa.

Estevão Mallet²⁰³ pondera ainda que, ao trabalhador manual que não possui conhecimento especializado, responsável por atividades rotineiras, a cláusula em comento não seria permitida, uma vez que inexistente interesse do empregador neste caso, em razão da carência de informações técnicas e da própria forma de prestar o serviço, sendo este manual.

Assim, não basta a simples alegação de interesse do empregador para o preenchimento deste requisito de validade, devendo ser analisado caso a caso na medida em que há diversas variantes em jogo, como o real conhecimento técnico que o empregado terá acesso em decorrência da função, a existência de concorrentes que podem querer contratar o empregado em razão dos conhecimentos obtidos no exercício da atividade, entre outros.

4.3.2 Delimitação Material

No que tange a delimitação material da aplicação da cláusula, ou seja, seu alcance deverá ser analisado se o empregador não impôs restrição demasiadamente abrangente, configurando ofensa ao livre exercício de qualquer trabalho. Tal delimitação depende da atuação ou área de influência da empresa, devendo, deste modo, a contratação do empregado por empresa dentro desta delimitação, configurar dano ao antigo empregador.

Há cláusulas que trazem o rol específico de pessoas jurídicas ou físicas, empresas ou grupo empresarial específico que configuram concorrência. Mas tais cláusulas

²⁰² GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 143.

²⁰³ MALLET, Estevão. **Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67667/70275>>. Acesso em: 30 set. 2016.

são, por vezes, inócuas, uma vez que, embora traga benefício ao empregado, por ser mais restrita, traz também insegurança para o empregador²⁰⁴. Isto porque, no mundo atual, altamente globalizado em que há a diminuição e até mesmo inexistência de fronteiras, não é vantajoso para o empregador delimitar as empresas que hoje são consideradas como suas concorrentes pois isto é passível de mudança a qualquer tempo.

A delimitação aqui tratada não deve ser confundida com a restrição acerca das atividades que poderão ser exercidas. Situação diversa é quando resta pactuado, por exemplo, que determinado empregado não poderá exercer a função de gerente de vendas, devendo ser feita a restrição quanto a algumas funções relativas ao exercício do cargo²⁰⁵. Esta diferenciação é importante pois, segundo parte da doutrina, enquanto a restrição ao exercício de cargo seria inválida, a restrição apenas quanto ao exercício de certas funções que o cargo possui seria válida.

4.3.3 Razoabilidade Temporal

Sobre o período pelo qual a cláusula irá vigorar, é vedada, por lei, a limitação *ad eternum* ao livre exercício do trabalho no tempo e no espaço, sendo inválida disposição neste sentido. De igual modo, também não são permitidas obrigações pós-contratuais por prazo indeterminado ou com duração excessiva, em razão da clara restrição abusiva que isso causará ao empregado.

Além do dano que cláusula sem prazo ou com prazo excessivo pode configurar ao empregado, também há, por outro lado, prescindibilidade para o empregador de pactuar cláusula assim. Isso porque, considerando que a cláusula visa a proteção dos segredos da empresa, *know how* ou técnicas de produção²⁰⁶, fixar prazo de 10 anos não seria aconselhável, uma vez que um método de produção, por exemplo, não se manterá pioneiro nem o melhor durante todo esse período. A tendência atual

²⁰⁴ NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego**. Efeitos do princípio da proporcionalidade. São Paulo: LTr, p.121

²⁰⁵ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 151.

²⁰⁶ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 152.

é que tudo o que conhecemos se torne, às vezes muito rapidamente, obsoleto. Assim, não resta motivos para o empregado se onerar, uma vez que é necessária a compensação financeira, por um longo período uma vez que a informação detida pelo empregado vai se tornar inútil.

Segundo a doutrina, esta limitação temporal poderia ser de cinco anos, com fulcro no art. 1.147 do Código Civil, ou de dois anos, com fulcro no artigo 445 da Consolidação das Leis do Trabalho. Acerca destes prazos, compactua-se com o posicionamento do autor Célio Pereira Oliveira Neto²⁰⁷ que assevera que, no caso concreto, o período de cinco anos extremamente longo, e o de dois anos, embora possa ser, no caso concreto, provado como extenso demais, é tido, atualmente, como o máximo permitido pela jurisprudência.

De acordo com a doutrina espanhola, o período lá admitido seria em razão do cargo exercido, sendo de dois anos para aqueles que exercem funções técnicas, e de seis meses para todos os outros trabalhadores²⁰⁸. Tal doutrina parece ter prazos mais razoáveis, embora a análise casuística seja indispensável para averiguar os possíveis danos ao empregado *versus* real necessidade do empregador firmar a cláusula.

4.3.4 Área Geográfica

A delimitação da área geográfica ou delimitação territorial dependerá muito do caso concreto, da empresa e da função desempenhada pelo empregado²⁰⁹. Há a impossibilidade da restrição abarcar local onde o empregador não desenvolve nem possui interesse em desenvolver alguma atividade.

Maria de Fátima Zanetti Barbosa e Santos entende que não há necessidade de que haja uma delimitação territorial, sendo tal restrição ultrapassada:

²⁰⁷ NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego**. Efeitos do princípio da proporcionalidade. São Paulo: LTr, p. 120

²⁰⁸ LUQUE, Manuel e GINÉS, Ana. **Dossier: Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia sobre el pacto de no competencia post contractual**. Disponível em: >https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2006-1/LuqueGinesDossier.pdf< Acesso em: 05 out. 2016.

²⁰⁹ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p.159.

(...) na medida em que nos dias atuais a comunicação imediata através dos meios eletrônicos poderá levar à propagação do sigilo de um canto a outro do planeta em instantes, de forma que há franca possibilidade do segredo se tornar público para todos os lugares e, de consequência, acabar retornando ao local de exploração do negócio. Aliás, não é demais lembrar que há hoje empresas que exercem negócios de atuação mundial e, assim, a proibição só terá efeito, quanto ao espaço, se estabelecida de forma geral²¹⁰.

Compactua-se com as considerações supramencionadas, uma vez que é inegável considerar que a delimitação em questão não tem razão de ser no mundo atual, em razão dos fatores explanados. Apesar disso, é comum que seja inserida no contrato essa delimitação uma vez que a sua falta pode gerar entendimento de que a limitação teria alcance mundial, gerando a presunção de abusividade²¹¹, uma vez que nem sempre é cabível tal limitação. Assim, prevalece ainda o entendimento que a delimitação deve estar expressa na cláusula, respeitando a razoabilidade.

3.2.5 Compensação Econômica

A compensação econômica em decorrência da obrigação de não concorrência na hipótese de rescisão contratual é promover ao empregado condições para a manutenção da sua vida, uma vez que, com a vigência da cláusula torna-se mais difícil, para o empregado, conseguir outro emprego. Desta forma, há o entendimento no sentido de que sem a respectiva compensação econômica a cláusula é considerada abusiva.

Desta forma, conforme o precedente a seguir, a cláusula de não concorrência será nula caso não haja a compensação respectiva:

CLÁUSULA CONTRATUAL DE NAO-CONCORRÊNCIA SEM RETRIBUIÇÃO.NULIDADE QUE SE DECLARA. Em princípio, a cláusula de não-concorrência pode ser avençada pelas partes, exceto quando a restrição envolver verdadeira vedação a novo emprego por período indeterminado ou por termo certo, sem qualquer retribuição econômica, diante do caráter oneroso e sinalagmático do contrato de trabalho que sempre exige reciprocidade das partes. Os efeitos do contrato não podem se estender além da sua extinção, como mera restrição ao direito ao

²¹⁰ SANTOS, Maria de Fátima Zanetti Barbosa e. **O segredo é a alma do negócio.** Direito à liberdade e os princípios da livre iniciativa e concorrência – proporcionalidade e razoabilidade. *Jornal Magistratura & Trabalho*, Amantra II, a. XIII, n. 58, jul./ago. 2005, p. 13. Disponível em: >http://www.amatra2.org.br/PDF/210220142045476_jornal_amatra_58.pdf< Acesso em: 27 set. 2016.

²¹¹ GOLDFARB, Cibelle Linero. *Op. cit.*

emprego. O direito ao trabalho é o da própria vida, como a forma mais honesta de sobrevivência. Não foi sem razão que a liberdade de trabalhar, "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", foi elevada entre os direitos e garantias fundamentais, como se deduz do inciso XIII, do artigo 5º, da CFR. Inteligência dos artigos 3º, 9º e 444 da CLT combinado com o artigo 5º, XIII da CFR²¹².

No mesmo sentido foi decisão do TST ao conhecer recurso de ex-subgerente da empresa Vigilantes do Peso S.A. A empresa firmou cláusula de não concorrência com prazo de vigência de três anos, sem, em contrapartida, estabelecer compensação econômica para tanto. Deste modo, o relator do recurso, Min. Marcelo Lamego Pertence, declarou nula a cláusula. Foi estabelecido o pagamento de indenização para a ex-empregada, porém foi negado o pedido de indenização por danos morais sob a alegação de que não houve violação dos direitos da personalidade²¹³, posição que aqui não resta compactuada.

De acordo com Alfredo Sierra Herrero²¹⁴, a compensação deve ser fixada por acordo entre as partes, seguindo as circunstâncias de cada caso, podendo ainda consistir, por exemplo, em uma determinada quantia recebida no curso da relação contratual, e outra parte quando o vínculo for extinto.

Não parece muito razoável a parcela desta compensação, fazendo com que o empregado receba, ainda na vigência do contrato, parte dessa verba indenizatória, uma vez que ela visa à manutenção da vida do empregado após a rescisão contratual, em que terá que lidar com as restrições impostas pela cláusula. Receber a compensação durante a existência do vínculo não configuraria, desta forma, uma compensação, em razão de ainda não ter havido o dano decorrente do cerceio da liberdade de trabalho do sujeito.

²¹²Recurso ordinário, TRT 2 Região, 7 Turma, Publicação em 04/07/2008. Relator: JOSÉ CARLOS FOGAÇA.

Disponível em: ><http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15811916/recurso-ordinario-ro-1186200735102005-sp-01186-2007-351-02-00-5>< Acesso em: 29 ago. 2016.

²¹³ Processo de nº 1187400-41.2006.5.09.0007, julgado em 04/03/2016, Min. Relator Walmir Oliveira da Costa. Disponível em: ><http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscs jt=&numeroTst=1187400&digitoTst=41&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0007&su bmit=Consultar><. Acesso em: 31 out. 2016.

²¹⁴ HERRERO, Alfredo Sierra. **La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo*1 Post-contractual non-competence clause in the employment contract**. Revista Ius et Praxis, Año 20, Nº 2, 2014, pp. 109 - 156 ISSN 0717 - 2877 Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponível em: ><http://www.redalyc.org/pdf/197/19736234004.pdf>< Acesso em: 01 out. 2016.

Portanto, é inadmitida largamente a existência de pacto de não concorrência sem respectiva compensação financeira que visa minorar os prejuízos que o ex-empregado irá suportar em decorrência das limitações impostas.

Embora seja inegável tal compensação, em razão da falta de legislação pátria acerca do tema o valor desta é controverso na doutrina e jurisprudência. Assim:

Inevitável questionar se (i) deve o empregador pagar valor equivalente à remuneração devida ao empregado na extinção do acordo laboral? (ii) é possível fixar valor mínimo aceitável, o qual uma vez não respeitado, gera direito a diferenças ou desonera, de plano, o empregado? E (iv) o valor a ser pago depende exclusivamente do que as partes ajustarem, ou seja, deve ser privilegiada a autonomia da vontade?²¹⁵

Alguns doutrinadores entendem que a última remuneração paga deve ser tida como parâmetro para o estabelecimento desta compensação²¹⁶. Nada mais justo, uma vez que tal verba visa a manutenção da vida do ex-empregado, e o parâmetro adotado é razoável, não onerando excessivamente o empregador, e nem diminuindo a qualidade de vida do ex-empregado.

O que importa, em verdade, é que não haja desequilíbrio entre a abrangência da obrigação de não concorrer e a compensação financeira decorrente disto, ou seja, o empregador não pode restringir demasiadamente a liberdade de exercício de profissão do trabalhador e não adimplir de forma proporcional a isto.

Interessante questão acerca da compensação econômica foi julgada recentemente pelo TST 2ª Região. Um superintendente firmou contrato com o Banco Itaú contendo cláusula de permanência não concorrencial, onde restou estabelecido que ele iria trabalhar por, no mínimo, dois anos no estabelecimento em comento. Para tanto, a empresa empregadora pagaria verba de substancial valor. O empregado violou a cláusula ao pedir demissão antes do período de dois anos, razão pela qual o Banco Itaú quis a devolução de parte do valor pago para evitar que o empregado fosse para a concorrência²¹⁷, tese acolhida pelo Tribunal:

²¹⁵ GOLDFARB, Cibelle Linero. **Cláusulas Contratuais Confidencialidade e não concorrência nos contratos de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2015, p.163.

²¹⁶ OLIVEIRA, Paulo Eduardo. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 178.

²¹⁷ CORREIA, Mário. **Itaú consegue devolução de parte da verba recebida por empregado para não se transferir para concorrente**. Disponível em: >http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/itau-consegue-devolucao-de-parte-de-verba-recebida-por-empregado-para-nao-se-transferir-para-concorrente?redirect=http://www.tst.jus.br/noticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_life_cycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_pos%3D2%26p_p_col_count%3D5<. Acesso em: 30 out. 2016.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/73 E ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 – AÇÃO MONITÓRIA - CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA NÃO CONCORRENCIAL – DESCUMPRIMENTO PELO EMPREGADO – MULTA CONTRATUAL - VALIDADE. Nos termos do art. 444 da CLT é válida a pactuação de cláusula de permanência não concorrencial, que imponha multa em caso de seu descumprimento pelo empregado, desde que não se revele abusiva. No caso dos autos, o réu recebeu um valor substancial do banco-autor a título de incentivo para permanecer trabalhando nesta instituição por determinado lapso de tempo. Percebe-se que a previsão de cláusula penal, a despeito de servir como desestímulo à quebra do acordo, não impossibilitou o réu de obter outra colocação profissional, talvez mais promissora ou mais rentável, tanto assim que, de fato, ele rescindiu seu contrato de trabalho com o Banco Itaú S.A. para se empregar em outro estabelecimento empresarial. O réu está sendo cobrado a devolver apenas parte do que recebeu a título de bonificação de permanência. Evidencia-se, assim, que a multa prevista no acordo se revela equitativa e balanceada²¹⁸.

Há de se observar que, no caso em comento, o agravante tentou fundamentar a tese de que o Banco Itaú tentou cercear sua recolocação profissional, o que não foi acolhido pelo Tribunal. Isto porque o agravante conseguiu um outro emprego em instituição concorrente ainda na vigência da cláusula de permanência e esta ainda estabelecia justa compensação econômica para assegurar que o empregado continuasse trabalhando para a agravada.

A cláusula de não concorrência pode estabelecer duas obrigações de natureza pecuniária: uma a ser paga pelo ex-empregador ao ex-empregado durante a vigência da limitação, e a segunda que deve ser paga pelo ex-empregado ao ex-empregador na hipótese de violação²¹⁹ da obrigação de não concorrer. A seguir tais obrigações pecuniárias serão estudadas para a melhor compreensão do tema.

4.3.5.1 O valor pago pelo ex-empregador ao ex-empregado

Segundo Regiane Teresinha de Melo João, em alguns países a estipulação acerca do valor que deverá ser pago pelo ex-empregador ao ex-empregado após a vigência

²¹⁸ AIRR nº 43800-95.2008.5.02.0041, julgado em: 28 de setembro de 2016, Min. Relator: Vieira de Mello Filho. Disponível em: ><http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=43800&digitoTst=95&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0041&consulta=Consultar><. Acesso em: 30 out. 2016.

²¹⁹JOÃO, Regiane Teresinha de Melo. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 59.

do contrato de trabalho configura condição de validade para a existência da cláusula²²⁰. A doutrina e jurisprudência brasileira compactuam com tal entendimento, uma vez que a estipulação de cláusula de não concorrência sem a devida compensação torna a cláusula nula.

Acerca do valor a ser recebido, ainda segundo a mesma autora, este pode ser vinculado ao montante recebido durante a vigência do contrato de trabalho, como também pode ser pactuado entre as partes de forma diversa²²¹.

Importante questão acerca do tema é a discussão sobre a natureza jurídica das parcelas que serão pagas ao ex-empregado. Segundo Fernando Bosi, os que asseveram a natureza salarial²²² da parcela consideram que durante o período que o ex-empregado não pode firmar contrato de trabalho com empresa concorrente, ele estaria disponível para o ex-empregador. Acontece que estar disponível não significa que, surgindo vaga em outro setor, o ex-empregador não possa firmar contrato, razão pela qual cai por terra a tese de a supracitada compensação ter natureza jurídica salarial. Segundo Orlando Gomes, de maneira mais enfática “só há salário quando há trabalho²²³”, embasando a tese da não caracterização da compensação como salário. Ainda, o mero impedimento de aceitar exercer a mesma função em empresa concorrente não é o mesmo de estar disponível²²⁴, razão pela qual tal tese não merece guarida.

Há ainda quem diga que a natureza da compensação é indenizatória. A indenização é obrigação oriunda da responsabilidade civil em que, tendo sido configurado um dano ao sujeito, presentes alguns requisitos, nasce o dever para a parte causadora do dano, indenizar:

²²⁰ *Idem*, p. 60.

²²¹ *Ibidem*.

²²² Há de se destacar que salário, de acordo com Alice Monteiro de Barros é “a retribuição devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado de forma habitual, não só pelos serviços prestados, mas também pelo fato de se encontrar à disposição daquele, por força do contrato de trabalho”. BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. ver e amp. São Paulo: LTr, 2009, p. 591

²²³ GOMES, Orlando. **O salário no direito brasileiro: comentários aos arts. 457 a 467 da Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Coleção de Direito do Trabalho, 5 volume, 1947, p. 24. Disponível em: > <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/60/O%20Sal%C3%A1rio%20no%20Direito%20Brasileiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y><. Acesso em: 26 out. 2016.

²²⁴ LIMA, Fernando Bosi. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/fernando-bosi-clausula-nao-concorrencia-ainda-gera-divergencias>>. Acesso em 30 de out. 2016.

Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem responda, por algo que a pertença ou de simples imposição legal²²⁵.

No que tange à seara trabalhista, a indenização seria uma “importância devida na relação de emprego provocada de forma dolosa ou culposa pelo empregador ou seus prepostos ou, ainda, pelo fato de desenvolver ele atividade de risco, à luz do art. 927, parágrafo único do Código Civil de 2002”²²⁶.

A “atividade de risco” em comento é o cerceamento da liberdade do empregado em se estabelecer no mesmo ramo do ex-empregador, possuindo informações sigilosas acerca do seu negócio. Por isso, alguns doutrinadores aceitam a tese de ser a compensação devida ao ex-empregado uma indenização paga pelo ex-empregador diante da limitação da liberdade de trabalho.

Acerca da natureza da parcela, segundo o projeto de lei em trâmite, de número 986/2011 de autoria do deputado Carlos Bezerra, será de indenização mensal que seja correspondente a, no mínimo, o valor do último salário recebido, durante a vigência da limitação, excepcionando no caso de firmar outro contrato de trabalho. Dispõe ainda que, caso o ex-empregador não pague tal montante, resultará na resolução da cláusula e ainda o pagamento do dobro do valor concernente aos meses restantes²²⁷. Parece razoável tal disposição pois, além de inserir, se aceita, a cláusula de não concorrência na CLT, também traz alguns dos requisitos que devem ser seguidos.

Esta teoria encontra óbice uma vez que a indenização não integra base de cálculo para os recolhimentos previdenciários que constam na Lei 8.212/91²²⁸. Neste sentido foi o julgado do TST:

²²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 25 ed. 2011, p. 52.

²²⁶ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011, p. 594.

²²⁸ BRASIL. Lei 8212/91.

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO DE NÃO COMPETITIVIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. 1. Notícia o e. Tribunal regional que "As partes se conciliaram e estabeleceram o pagamento de uma indenização pelo compromisso de confidencialidade e não competitividade relativamente ao sigilo que deveria manter o reclamante sobre as atividades das empresas incluídas no polo passivo. O termo de Conciliação também deixou estabelecido que a natureza desta parcela seria indenizatória, (-)". 2. A parcela "indenização de não competitividade" paga pelo empregador como garantia de que o trabalhador por determinado tempo não promova ações que provoquem o desvio da sua clientela é uma espécie de quarentena e o seu pagamento não representa a contraprestação do trabalho prestado, como estabelecido nos arts. 195 I, "a", da Constituição Federal e 28, I, da Lei 8.212/9 para a incidência da contribuição previdenciária, mas sim uma indenização como garantia do silêncio do empregado, em relação a informações que possam comprometer o desempenho da empresa. 3. Nesse contexto, inviável o seguimento do recurso de revista²²⁹.

Então, há assim o entendimento favorável de que o valor pago pelo ex-empregado assemelha-se a indenização sendo necessário salientar que este montante não integra o salário de contribuição. Desta forma:

(...) a indenização trabalhista não é remuneratória. Distingue-se da contraprestação. Não porque não se refira a serviços prestados, mas em razão de sua natureza reparadora-substitutiva, excepcional, fortuita. Em alguns casos, punitiva. A indenização laboral decorre do contrato de trabalho. Mas flui desnaturadamente, enquanto a remuneração é consequência lógica da prestação de serviços²³⁰.

O obreiro só irá perceber tal valor durante a vigência da limitação imposta pela cláusula, e tal valor não irá integrar o cálculo da contribuição do empregado segurado.

Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração;

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º;

IV - para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observado o limite máximo a que se refere o § 5º.

229

Recurso de Revista disponível em:

<
<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIIR%20-%20161300-87.2005.5.01.0051&base=acordao&numProclnt=21885&anoProclnt=2012&dataPublicacao=23/11/2012%2007:00:00&query=>>, acesso em 03 fev. 2017.

²³⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 1998, v. 2, p. 315.

4.3.5.2 O valor pago pelo ex-empregado ao ex-empregador

Por outro lado, há também o estabelecimento de valor a pelo ex-empregado ao ex-empregador na hipótese de violação da cláusula em comento.

Segundo parte dos doutrinadores, entre eles Sérgio Pinto Martins²³¹, o valor pago em comento teria natureza de multa. Ocorre que, no ordenamento brasileiro, salvo a hipótese ilustrada pelo art. 462, §1º da CLT²³² que condiz a desconto efetuado pelo empregador graças a dano causado pelo obreiro, é vedada a incidência de quaisquer sanções pecuniárias.

Uma das mais recorrentes afirmativas sobre a não admissão da multa ao empregado é a que a entende como redução salarial. Porém, se a multa foi aplicada por violação da obrigação de não concorrer na rescisão do contrato de trabalho, a compensação recebida não tem natureza salarial, como visto. Assim, o valor pago nesta hipótese seria uma indenização por danos causados²³³, permitida pela CLT, vertente com a qual compactua-se no presente trabalho.

4.4 EXTINÇÃO E DESCUMPRIMENTO

De acordo com Oris de Oliveira²³⁴, o empregado pode se isentar da obrigação, se assim quiser, ao resilir indiretamente o contrato de emprego nos moldes do art. 483 da CLT²³⁵ ou no caso de ocorrência de dispensa imotivada pelo empregador.

²³¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Cláusula de não concorrência**. Em: Revista IOB, abril de 2011, p. 126.

²³² BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

²³³ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63

²³⁴ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 162.

²³⁵ BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas.

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

Discorda de tal posicionamento o autor Célio Pereira Oliveira Neto, uma vez que, segundo ele, não seria a falta cometida pelo empregador ou a dispensa do empregado que faria desaparecer o interesse na preservação dos segredos que o empregado se faz ciente. O fato de o empregado cometer falta que embase a rescisão ou até não desejar mais ter o empregado não extingue o motivo que levou ao acordo acerca da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho²³⁶.

O pacto de não concorrência pode ser firmado mediante evento futuro e incerto e, se este não se concretizar, as obrigações advindas do pacto desaparecem. Na situação em que há interesse de ambas as partes em extinguir a cláusula, o direito também não impõe qualquer sanção ou limitação a isto²³⁷, uma vez que configura apenas a manifestação da autonomia da vontade, cerne de qualquer negócio jurídico.

Se, por outro lado, apenas uma das partes deseja rescindir, o pacto é mantido íntegro, salvo se ocorreu situação que tenha provocado mudança significativa no estado das coisas. Uma coisa que pode ser objeto da denúncia unilateral do pacto é se este perder o seu objeto²³⁸. Diante disso, não há a necessidade de limitar a liberdade de trabalho do obreiro.

Caso uma das partes descumpra a cláusula sem justo motivo, cabe ajuizamento de ação requerendo a execução da obrigação, perdas e danos e ainda multa pecuniária.

c) correr perigo manifesto de mal considerável;
d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários. (...)
Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm<. Acesso em: 31 out. 2016.

²³⁶ NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego**. Efeitos do princípio da proporcionalidade. São Paulo: LTr, p. 125.

²³⁷ *Ibidem*, p. 127.

²³⁸ *Ibidem*, p. 128.

5 CONCLUSÃO

A partir das ponderações feitas no presente trabalho, pode-se concluir que:

A concepção do direito como ciência autônoma é completamente errônea, uma vez que as decisões não podem ser tomadas sem o estudo e consideração de fatores extrínsecos de cada caso além de conhecimento técnicos e teóricos advindos de outras ciências.

Prova disto é a superação de escolas estritamente legalistas, como o positivismo, para a difusão do entendimento do direito como ciência interdisciplinar, tendo sido estudado de forma mais específica a Análise Econômica do Direito.

Esta corrente foi lançada por economista da Escola de Chicago, Richard Posner, que fez estudos demonstrando a relação entre o direito e a economia.

A partir daí, as contribuições proporcionadas pela nova concepção do direito fez com que a realidade ficasse mais próxima do disposto legalmente.

Com as mudanças sociais, econômicas e políticas ocorridas principalmente após a Revolução Industrial e graças ao capitalismo, houve a necessidade de regulação, por parte do Estado, das leis de mercado, visando inclusive evitar que houvesse a concentração do poder econômico.

A tutela da concorrência é necessária justamente para evitar essa concentração de poder que, em última instância, permite também abusos, como a formação de cartéis, monopólios etc. Diante destas condutas anticompetitivas, os direitos do consumidor são violados e a sociedade é prejudicada uma vez que, detendo a maior fatia de um determinado mercado, as empresas tentem a não visar a melhoria dos produtos e serviços e nem a diminuição dos preços. Isto porque, sem concorrentes no mercado, sem a competitividade, as empresas não seriam impulsionadas a buscar melhorias, aumento de produtividade a menor custo, e menor preço, uma vez que o consumidor não teria opções para escolher.

Diante disso, é preciso fazer análise da concorrência como fator importante, nos dias atuais, que influencia diversos campos do direito, tais como o econômico, o empresarial e o trabalhista.

O objeto de proteção da concorrência é, muitas vezes, o conhecimento sobre ele. Assim como os segredos do negócio, carteira de clientes, modos de produção, tecnologias envolvidas e *know how*, o conhecimento acerca do negócio é bem incorpóreo que merece tutela jurídica de proteção.

Isto porque, diante do atual cenário que fomenta a concorrência, pelas razões já elucidadas, grande parte dos gastos das empresas é na descoberta de tecnologias que possam fazer o seu negócio mais rentável e o produto mais atrativo para o consumidor.

No campo econômico, é necessária a tutela da concorrência pelas razões já elucidadas, para a existência de um mercado livre e justo. No direito empresarial, a concorrência é tutelada para garantir, por meio de cláusula de não restabelecimento, por exemplo, que o alienante do estabelecimento empresarial não faça concorrência com o adquirente por um certo período de tempo. Isto porque seria má-fé a venda de estabelecimento empresarial com o intuito de manter negócio no mesmo ramo, fazendo concorrência e usurpando bens incorpóreos como a clientela, que agregaram valor a venda.

No direito do trabalho é cada vez mais comum a existência de cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho. Isso se justifica uma vez que o empregador não pode colocar em risco o seu negócio diante de cada contratação que faz.

A CLT apenas admite que, na vigência do contrato de trabalho, o empregado não pode fazer concorrência ao empregador. Mas, na hipótese de rescisão contratual há lacuna legislativa.

Há de se salientar ainda que, para o estabelecimento desta cláusula, devem ser obedecidos alguns requisitos adotados pela doutrina e jurisprudência diante da inexistência de legislação pátria sobre o tema.

Deve haver interesse legítimo, pois, para ser possível limitar a liberdade de trabalho do empregado, é necessária a existência de potencial risco caso o empregado tenha o contrato rescindido. Assim, não é válida a cláusula que impõe o cumprimento da

obrigação negativa pelo empregado sem que este detenha conhecimento que, caso os concorrentes consigam ter acesso, o empregador tenha seu negócio prejudicado. A cláusula deve ainda ter limitação não sendo possível o impedimento do exercício de qualquer atividade, de maneira ampla, pois significaria imenso prejuízo ao empregado bem como violação ao livre exercício da profissão.

Será nula a cláusula que impõe ao ex-empregado, de forma indeterminada, não trabalhar para empresas que sejam concorrentes do ex-empregador, uma vez que não é razoável tal disposição. Soma-se a isto o fato de que, com os avanços tecnológicos e a crescente globalização, dificilmente o *know how* de um empregado poderá provocar algum prejuízo ao ex-empregador depois de determinado tempo. Normalmente é necessário o estudo constante e aprimoramento para que os conhecimentos obtidos não se tornem obsoletos.

Ainda, a limitação, segundo alguns, deve ser estabelecida em uma determinada área geográfica. Não se compactua com tal requisito, uma vez que, diante do atual cenário globalizado é difícil determinar uma área geográfica de atuação. Isto porque é imprescindível o estudo de quais empresas compõem a concorrência do ex-empregador e a sua delimitação por área geográfica é obsoleta. Obsoleta pois não há mais barreiras físicas para a difusão do conhecimento, e empregado que trabalha em empresa multinacional no Brasil pode conter informações que interessem empresa do mesmo ramo sediada na Inglaterra, por exemplo.

Requisito imprescindível é o arbitramento da compensação econômica. Cláusula sem tal disposição é nula. Segundo alguns autores, o montante a ser pago pelo ex-empregador ao ex-empregado tem natureza salarial, pensamento que não é compactuado no presente trabalho. Isto porque reconhece-se o caráter indenizatório da parcela, que pode ser arbitrada levando em consideração o antigo salário do empregado ou livremente entre as partes.

Faz-se mister ainda salientar que, caso o ex-empregado viole a cláusula, também deverá pagar valor correspondente a multa ao ex-empregado, além de poder pleitear indenização por danos morais e perdas e danos.

Assim, tem-se que o estudo da cláusula em comento é de suma importância, uma vez que, inexistindo parâmetros positivados, a doutrina e jurisprudência criaram requisitos objetivos que devem ser analisados para a sua validade. Observa-se a

necessidade da compreensão da concorrência como princípio da ordem econômica vigente bem como cerne de cláusulas contratuais trabalhistas.

REFERÊNCIAS

- Agravo de Instrumento 634312, Min Relator: Dias Toffoli – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8701844/agravo-de-instrumento-ai-634312-sp-stf>>. Acesso em: 30 de out. 2016
- AGUILLAR, Fernando. **Direito Econômico**. São Paulo: Atlas, 3 ed. At., 2012, p. 266.
- AIRR nº 43800-95.2008.5.02.0041, julgado em: 28 de setembro de 2016, Min. Relator: Vieira de Mello Filho. Disponível em: ><http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?conscsjt=&numeroTst=43800&digitoTst=95&anoTst=2008&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0041&consulta=Consultar><. Acesso em: 30 out. 2016.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmitificações**. Em Revista Direito, Estado e Sociedade, v. 9, n. 29, jul-dez 2006, p. 50. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf >. Acesso em: 15 out. 2016.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 15/10/2016, p.15.
- ASSUNÇÃO, João. **Concorrência desleal**. Revista Pensar Direito, disponível em: >http://www.abreuadvogados.com/xms/files/05_Comunicacao/Artigos_na_Imprensa/Artigo_JGA_Revista_CRED_Macau_-PT_version-.pdf<. Acesso em: 02/08/2016.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. ver e amp. São Paulo: LTr, 2009, p. 295.
- BASILE, César Reinaldo Offa. **A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho na interpretação e aplicação das normas trabalhistas**. Tese de dissertação de mestrado da USP. Disponível em: >www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde.../Cesar_Reinaldo_Off_a_Basile.pdf<. Acesso em 15 out. 2016.
- BELTRAN, Ari Possidonio. **Dever de fidelidade, dever de não concorrência e cláusula de não-concorrência**. Revista LTr, ano 66, n. 4, abril de 2002, São Paulo, Brasil, p. 421.

BERCOVICI, Gilberto. **As origens do direito econômico: homenagem a Washington Peluso Albino de Sousa.** Em Revista da Faculdade de Direito, número especial: em memória do professor Washington Peluso Albino de Souza, 2013, p. 255.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: >
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm<. Acesso em 20 out. 2016.

BUCHAIN, Luiz Carlos. **Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional.** Em: Cadernos do Programa de Pós-Graduação UFRGS, p. 2. Disponível em:
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/os_objetivos_do_direito_da_concorrncia_em_face_da_ordem_economica_nacional.pdf>. Acesso em: 15 out. 2016

CAMPOS, José Ribeiro de. **O contrato de trabalho e a sua alteração.** Revista Imes, julho-dezembro 2003, p. 62, disponível em: >
http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/758/622< Acesso em: 25 set. 2016.

CARNEIRO, Walter Araujo. **Direitos Constitucionalizados.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.438. p. 439.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil.** São Paulo: Lumen Juris, 6.ed. 2008, p.126.

COASE, Ronald H. **O problema do custo social.** Traduzido por ALVES, Francisco Kummel F. e CAOVIALLA, Renato Vieira. Disponível em:
<<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

COASE, Ronald H. ***The Problem of social cost.*** *Journal of Law and Economics*, vol. 3 (Oct. 1960), University of Chicago Press, p. 2. Disponível em:
><http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>< Acesso em: 15/10/2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa, v. 1.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 134.

COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo e Poder Econômico**. Em: Revista da Faculdade de Direito UFMG, número esp. Em memória ao Prof. Washington Peluso: 2013.

Contrato de trabajo. Pacto de concurrencia y permanência em la empresa/ /Extincion del contrato de trabajo//Indemnización. Indemnizacion por daños y perjuicios.

Disponível em:

>http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1035509< Acesso em: 01 out. 2016.

CORREIA, Mário. **Itaú consegue devolução de parte da verba recebida por empregado para não se transferir para concorrente**. Disponível em:

>http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/itau-consegue-devolucao-de-parte-de-verba-recebida-por-empregado-para-nao-se-transferir-para-concorrente?redirect=http://www.tst.jus.br/noticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_pos%3D2%26p_p_col_count%3D5<. Acesso em: 30 out. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 14 ed., 2015, p. 431

DELMANTO, Celso. **Crimes de Concorrência Desleal**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975, p. 211.

DINIZ, Ana Paola Santos Machado. **Direitos personalíssimos do trabalhador e liberdade de empresa: ponderação nos meios de controle empresarial**. Em Vistos etc. Revista da associação de Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região, n. 6, abril de 2007, p. 76.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 25 ed. 2011, p. 52.

Disponível em: ><http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15811916/recurso-ordinario-ro-1186200735102005-sp-01186-2007-351-02-00-5>< Acesso em: 29/09/2016.

FIEDRA, Geysi. **Obrigação de não-concorrência: diretrizes para aplicação no âmbito civil e antitruste**. São Paulo: Singular, 1 ed. p. 101 e 106.

FILHO, Francisco Lima. Cláusulas acessórias do contrato laboral e limitação à liberdade de trabalho: legitimidade e limitações. Disponível em ><http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12665<
Acesso em: 25 set. 2016

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. Brasília: edição do autor, 2013, p. 16. Disponível em:

<www.agu.gov.br/page/download/index/id/16204196>. Acesso em: 14 out. 2016.

GOMES, Orlando. **O salário no direito brasileiro: comentários aos arts. 457 a 467 da Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Coleção de Direito do Trabalho, 5 volume, 1947, p. 24. Disponível em: > <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/60/O%20Sal%C3%A1rio%20no%20Direito%20Brasileiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y><. Acesso em: 26 out. 2016.

GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. **Cláusula de não concorrência**. Disponível em:< www.agu.gov.br/page/download/index/id/21677987>. Acesso em: 26 jul. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 201.

HARNECKER, Marta; URIBE, Gabriela. **Socialismo e comunismo**. Rio de Janeiro: Global, 1981, p. 04. Disponível em:

<<https://ontolo.files.wordpress.com/2012/12/socialismo-e-comunismo-harnecker.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2016.

HERRERO, Alfredo Sierra. **La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo*1 Post-contractual non-compete clause in the employment contract**. Revista Ius et Praxis, Año 20, Nº 2, 2014, pp. 109 - 156 ISSN 0717 - 2877 Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponível em: ><http://www.redalyc.org/pdf/197/19736234004.pdf>< Acesso em: 01 out. 2016.

HOPPE, Hans Hermann. **Uma Teoria sobre socialismo e capitalismo**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.17. Disponível em: < <http://www.mises.org.br/files/literature/Uma%20Teoria%20sobre%20Socialismo%20e%20Capitalismo%20-%20WEB.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

JR. Donald. Stewart. **A concorrência e a livre iniciativa**. Conferências do Instituto Liberal: outubro de 1987. Rio de Janeiro, p.9.

JR. Thomaz Wood. **Fordismo, taylorismo e volvismo: os caminhos da indústria em busca do tempo perdido**. Em Revista de Administração de Empresas, São

Paulo, set./out. 1992, p. 03. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/rae/v32n4/a02v32n4.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.

Lei n. 9.279/1996, disponível em: >

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm<. Acesso em: 03 ago. 2016.

LIMA, Fernando Bosi. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-30/fernando-bosi-clausula-nao-concorrencia-ainda-gera-divergencias>>. Acesso em 30 de out. 2016.

LUQUE, Manuel e GINÉS, Ana. **Dossier: Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia sobre el pacto de no competencia post contractual.** Disponível em:

>https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2006-1/LuqueGinesDossier.pdf< Acesso em: 05 out. 2016.

MACHADO, Maria Amélia Maciel; KRUSCHEWSKY, Eugênio de Souza. **Contrato de Know-how.** Em Novas figuras contratuais. São Paulo: LTr, 2010, p.182.

MAGALHÃES, Kátia Braga de. **Proteção Legal dos Segredos de Negócio.** Revista da EMERJ, v. 3, n. 12, 2000, p. 75. Disponível em:

>http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista12/revista12_75.pdf< Acesso em: 03 ago. 2016.

MALLET, Estêvão. **Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho.** Em Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, jan./dez. 2005, p.121.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Cláusula de não concorrência.** Em: Revista IOB, abril de 2011, p. 126.

MARX, Karl. **Manuscritos Econômicos-Filosóficos.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2 reimpressão, 2008, p. 8. Disponível em: > http://petdireito.ufsc.br/wp-content/uploads/2013/05/manuscritos-economicos-e-filos%C3%B3ficos_-_marx.pdf<. Acesso em: 15 out. 2016.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. **O direito do trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo.** Em Rev. Trib. Reg. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 49, jan./jun.2009, p. 151. Disponível em: > https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/74060/2009_miraglia_livia_direito_trabalho.pdf?sequence=1<. Acesso em: 15 out. 2016.

MOREIRA, Egon Bockamann. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. Disponível em: <revistas.ufpr.br/direito/article/download/8751/6577>. Acesso em: 19 out. 2016.

NETO, Caio Mário da Silva Pereira. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.19.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. **A liberdade de iniciativa econômica: Fundamento, natureza e garantia constitucional**. R. Inf. Legisl. Brasília a. 23 n. 92 out/dez 1986, p. 228.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Cláusula da não-concorrência no contrato de trabalho**. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário n. 10 – Jan/Fev/2006, p. 31.

OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 30-31.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 178.

PEDROSO, Marcelo Bатуíra de C. Losso, **Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho**. Do estudo dos princípios à *Economic analysis of law* aplicados ao direito do trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 322

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao desenvolvimento como direito fundamental**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016

PORTO, Antonio José Maristrello. **Análise econômica do direito**. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>;. Acesso em: 15 out. 2016.

PORTUGUÉS, Manuel A. Rodrigues. **El contenido esencial de la libertad de empresa. Algunas consideraciones jurídicas**. Disponível em <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/7567/dyo9_9.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 out. 2016.

POSNER, Richard. **La decadencia del Derecho como disciplina autónoma: 1962 – 1987**. México: Fondo de Cultura Económica. 2000. p. 103.

Processo de nº 1187400-41.2006.5.09.0007, julgado em 04/03/2016, Min. Relator Walmir Oliveira da Costa. Disponível em:

><http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1187400&digitoTst=41&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0007&submit=Consultar><. Acesso em: 31 out. 2016.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **A regulação da concorrência**. Disponível em: <https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20/download/>. Acesso em: 31 out. 2016.

Recurso Ordinário nº 00927-2004-009-03-00-2, Rel. Juiz Ricardo Marcelo Silva. Disponível em: <<https://www.trt3.jus.br/download/boletim/bol404.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2016.

Recurso ordinário, TRT 2 Região, 7 Turma, Publicação em 04/07/2008. Relator: JOSÉ CARLOS FOGAÇA.

Recurso Ordinário. Disponível em: >http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TRT-1/attachments/TRT-1_RO_01252008320085010066_e1e5f.pdf?Signature=3Su7HemPrvSsX6QFeVY5xkNzwXA%3D&Expires=1474838935&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB A&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=b57529fae7d59e6b2c9ed19d1f7ad8b4<. Acesso em: 10 set. 2016.

SANTOS, Maria de Fátima Zanetti Barbosa e. **O segredo é a alma do negócio**. Direito à liberdade e os princípios da livre iniciativa e concorrência – proporcionalidade e razoabilidade. *Jornal Magistratura & Trabalho, Amantra II*, a. XIII, n. 58, jul./ago. 2005, p. 13. Disponível em: >http://www.amatra2.org.br/PDF/210220142045476_jornal_amatra_58.pdf< Acesso em: 27 set. 2016.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 50 e 175. Disponível em: <<http://www.ceap.br/artigos/ART12082010105651.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.

Segundo FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Livro I. São Paulo: Juruá, p.120.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 3.ed. rev. e atual., 2011, p.35.

TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de dumping social como um fundamento de legitimação de punitive damages, em uma perspectiva da análise econômica do direito** Disponível em:

<<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8267/1/Leandro%20Fernandez%20Teixeira%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016.

TELLES, Marcelo Manuel Kuhn. **O prestador de serviços e a legislação trabalhista brasileira**. Disponível em:

><http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/view/518/514><. Acesso em: 27/10/2016, p. 43

TONET, Ivo. **Socialismo: obstáculos a uma discussão**. Em Revista Aurora, ano III, n. 05, dezembro de 2009, p. 5. Disponível em:

<<http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Aurora/TONET.pdf>>. Acesso em: 15 out 2016..

TRT-2 – Recurso Ordinário nº 20010487101. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15812419/recurso-ordinario-ro-20010487101-sp-20010487101/inteiro-teor-15812420>>. Acesso em: 10 set. 2016.

ZEGER, Arthur. **Mercado e concorrência: abuso de poder econômico e concorrência desleal**. Em: Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, 2010, p. 6-7. Disponível em:

<http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/159/169>. Acesso em: 14 out. 2016