

A LIBERDADE DE TRABALHO FRENTE À CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA

FREEDOM OF WORK IN LIGHT OF NON
COMPETE CLAUSE

DESC
DIREITO, ECONOMIA &
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A LIBERDADE DE TRABALHO FRENTE À CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA

FREEDOM OF WORK IN LIGHT OF NON COMPETE CLAUSE

TULIO DE OLIVEIRA MASSONI

Universidade Federal de São Paulo, UNIFESP

<http://www.unifesp.br/campus/osa2/graduacao/cursos-de-graduacao/ciencias-contabeis>

<http://lattes.cnpq.br/0206681171990738>

tulio.massoni@rmladv.com.br

Resumo: O presente artigo analisa os limites à liberdade de trabalho fixados em cláusulas de não concorrência, bem como as condições de validade das mesmas. Diante da omissão da lei brasileira, foram examinados os ordenamentos jurídicos da Espanha, França, Portugal e Itália, bem como casos já apreciados pelos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: cláusulas de não concorrência – liberdade de trabalho

Abstract: This paper analyses the restrictions on freedom of work established by non-compete clauses as well as their conditions of enforceability. In view of the Brazilian Labor Law's omission on the matter, the legal frameworks of Spain, France, Portugal, and Italy were examined along with what has already been ruled by the Brazilian Labor Court.

Keywords: non-compete clauses - freedom of work

1. Introdução

Nas últimas décadas o contrato de trabalho tornou-se mais complexo. Se no passado a atenção focava-se apenas às condições de trabalho tradicionais, como local, função, jornada e salário, hoje os denominados pactos acessórios ao contrato de trabalho passam a assumir especial relevância. A razão última de tal mudança no campo normativo é o novo contexto no qual se desenvolvem as relações de trabalho. Em uma sociedade denominada “pós-industrial”, para outros “da informação”, de permanente inovação tecnológica, de necessidade de aprimoramento do empregado e da importância do *know how*, emergem cláusulas e obrigações anexas ao contrato individual de trabalho para reger temas que, pela própria velocidade das transformações, quase sempre não são acompanhados pela legislação estatal. É o que ocorre,

por exemplo, com questões de sigilo e confidencialidade, pacto de permanência, pacto de dedicação exclusiva e com aquela que é objeto do presente estudo, chamada de pacto de não-concorrência. Em tais situações, a doutrina e a jurisprudência desempenham especial papel, cabendo à legislação apenas fixar as linhas mestras destas novas figuras jurídicas.

O presente artigo cinge-se em saber a validade das cláusulas de não-concorrência, celebrada à luz dos requisitos delineados pela jurisprudência e pela doutrina, em especial estrangeiras, dada a ausência de regulamentação do instituto em nosso ordenamento jurídico (CLT, art. 8º).

A liberdade de trabalho é o valor maior preservado pelos ordenamentos jurídicos de tal modo que a validade de cláusula funcionaliza-se em consonância com esse princípio maior para que possa compatibilizar-se com os fins do direito do trabalho.

A liberdade de trabalho, como assinala Alain Supiot é, antes de tudo, uma proteção contra qualquer usurpação da liberdade que tem todo indivíduo de fornecer seus serviços em troca de uma remuneração. A liberdade de trabalho assim compreendida é uma liberdade formal: só se converte em uma liberdade concreta por intermédio das leis que garantem a todos os cidadãos a possibilidade de viver de seu trabalho (SUPIOT, 2008, p. 54).

Apesar da ampla aceitação do instituto nos Tribunais - dentro de específicos parâmetros, evidentemente, há autores que se posicionam de modo absolutamente contrário a tais pactos.

É o caso de Jean-Jaques Serret (1994, p. 759 e ss.), por exemplo, ao defender que em uma economia de mercado, a concorrência de um antigo trabalhador é um fato perfeitamente normal. E uma empresa apenas pode capitalizar o que lhe pertence, não podendo apropriar-se da inteligência ou conhecimentos adquiridos pelo trabalhador, os quais constituem uma mais-valia de que ele legitimamente se serve no mercado de trabalho.

Em sentido similar é a posição de Angela M. Cerino (1986, p. 777 e ss.), para quem é perfeitamente legítimo que o trabalhador utilize em suas novas atividades a experiência e o saber técnico que conquistou e que agora fazem parte de seu capital humano, bem como outros conhecimentos, nomeadamente os relativos aos clientes e fornecedores, desde que não se trate de informações marcadamente confidenciais.

Jean Pélissier é contundente. Julga inaceitável privar a economia de um país da competência e dinamismo de alguns dos melhores dos seus quadros de especialistas, impedindo-os de trabalhar nos domínios onde são mais produtivos. (PÉLISSIER, 1990, p. 19-21).

2. Direito espanhol

Na Constituição Espanhola, a liberdade de trabalho (art. 35) é situada no plano dos direitos fundamentais de todo cidadão:

“Artigo 35. Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre

escolha de profissão ou ofício e à promoção, através do trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades e de sua família (...)

No plano infraconstitucional, ao lado do dever genérico de cumprir com as obrigações concretas de seu posto de trabalho, de conformidade com a boa-fé e diligência (art. 5º, “a”), o Estatuto dos Trabalhadores alude, como dever básico dos trabalhadores, “não concorrer com a atividade da empresa, nos termos previstos nesta Lei” (art. 5º, “d”). O diploma em questão, em seu artigo 21, autoriza três tipos de restrições: a dedicação exclusiva (*plena dedicación*), o pacto de permanência na empresa e o pacto de não concorrência (*pacto de no competencia poscontractual*), esse último produzindo efeitos após extinta a relação de trabalho.

Antonio Baylos Grau (1986, p. 21-22) observa que o fim do contrato de trabalho permite a cada parte, em especial ao trabalhador, recuperar sua liberdade contratual, de forma que é plenamente lícito que este busque um novo emprego, conclua um novo contrato de trabalho ou se estabeleça por sua própria conta. Nesse sentido, o empresário não pode exigir, salvo mediante a assinatura do pacto de não concorrência, e salvo a ilicitude daquelas práticas que possam objetivamente configurar-se como desleais, uma limitação a esta liberdade”. (Id. Ibid., p. 21-22).

A regulação do pacto de não-concorrência no direito espanhol, fundada no artigo 21.2 do Estatuto dos Trabalhadores, concretiza-se em três regras fundamentais: a) duração não superior a dois anos para os técnicos, e seis meses para os demais trabalhadores; b) deve existir um efetivo interesse industrial ou comercial por parte do empresário; c) há de haver uma compensação adequada ao trabalhador. (SASTRE IBARRETCHE, 1996, p. 197)

Frederico Lopez Duran sublinha que, por meio do artigo 21.2 do Estatuto dos Trabalhadores, permite-se um pacto que limite a liberdade de trabalho e de iniciativa do antigo empregado, desde que dentro de certos limites, diante do interesse do empregador “em evitar o trabalho para outro, ou a atividade comercial ou industrial para si (do antigo trabalhador), em função do prejuízo que no campo da competência econômica poderia acarretar se, em virtude do conhecimento do trabalhador das técnicas produtivas e organizativas, das relações financeiras e comerciais da empresa, e de seus contatos com fornecedores e clientes da mesma”. (LOPEZ DURAN, 1994, p. 195).

Trata-se, nas palavras de Palomeque, de um acordo de vontades para articular a não-concorrência pós-contratual do trabalhador com seu antigo empregador. Se não for concedida uma compensação econômica, alerta o autor, é inexistente o pacto, já que, sendo uma obrigação bilateral, seu cumprimento não pode ficar ao arbítrio de uma das partes. (PALOMEQUE, 2000, p. 809).

A jurisprudência espanhola cumpriu papel moderador ao fixar os parâmetros para a validade do pacto de não-concorrência. Um dos primeiros pronunciamentos foi a sentença STS de 24 de setembro de 1990, segundo a qual “o pacto de não-concorrência para depois

de extinto o contrato de trabalho, dado que supõe uma restrição à liberdade no trabalho consagrada no artigo 35 da Constituição Espanhola, requer, para a sua validade e licitude, além da limitação no tempo, a observância de dois requisitos: de um lado, que se justifique um interesse comercial ou industrial pelo empresário; por outro, que se estabeleça uma compensação econômica”.

Analogamente, a Sentença STS de 12 de maio de 1987 (n. 3683) afirmou, em seus fundamentos, que o direito ao trabalho há de se conciliar com o respeito e salvaguarda da atividade industrial ou comercial desenvolvida pela empresa para a qual foram prestados os serviços.

Há uma diretriz geral, de ampla acolhida no Tribunal Constitucional Espanhol e que merece toda a atenção por parte dos juristas: a tendência é no sentido de predominar uma *interpretação com caráter restritivo do dever de lealdade*.

Na sentença do Tribunal Constitucional STC de 23 de maio de 1985 (n. 3355) fixou-se “que a Constituição, longe de ser um mero catálogo de princípios sem vinculação imediata, é uma norma jurídica, a norma suprema de nosso ordenamento, e enquanto tal, vinculante a todos os poderes públicos e a todos os cidadãos, conforme reiteradas decisões do Tribunal Constitucional. O direito ao trabalho não se esgota na liberdade de trabalhar, mas também supõe o direito a um posto de trabalho (sentença de 1981). Em razão da localização do artigo 35 da Constituição Espanhola – reconhecimento do direito ao trabalho de todos os espanhóis – dentro dos chamados direitos e deveres fundamentais, obviamente há de ser rechaçado *qualquer sentido ou alcance do preceito que possa restringir aquele direito sem uma razão plenamente justificada*”.

A Corte espanhola vem reiterando, em diversas ocasiões, que a celebração de um contrato de trabalho não implica a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a Constituição lhe reconhece como cidadão; a liberdade de empresa (art. 38 da Constituição Espanhola) não legitima que os trabalhadores tenham que suportar limitações injustificadas de seus direitos fundamentais (STC n. 196/2004, de 15 de novembro).

Registre-se, mais recentemente, a decisão STC n. 41/2006, de 13 de fevereiro, segundo a qual o exercício das faculdades organizativas do empregador não pode traduzir-se na produção de resultados inconstitucionais, lesivos a direitos fundamentais do trabalhador. E não poderia ser diferente, pois tais restrições pactuadas constituem uma exceção à regra geral, que é a liberdade constitucional de trabalho.

Acresçam-se alguns aspectos adicionais apreciados pela jurisprudência espanhola. É nula a cláusula que reconhece ao empresário a faculdade de denúncia unilateral do pacto já que, sendo um compromisso bilateral, não se pode permitir a possibilidade de extinção a uma só das partes contratantes (TS, 2 de julho de 2003). É nulo o pacto naquilo que exceder a duração máxima legal, cabendo, em tal caso, reduzir a sua duração, devendo o trabalhador devolver ao empregador a

parte da compensação financeira excedente que tenha recebido (TS, de 10 de fevereiro de 2009 e de 30 de novembro de 2009). O descumprimento do pacto pelo trabalhador obriga-o à devolução integral do que tenha percebido (TS, de 7 de novembro de 2005). (MARTIN VALVERDE; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZA; MURCIA, 2010, p. 514).

E o que dizer sobre o montante da compensação financeira a ser paga ao empregado, que deverá ser adequada e proporcional? Os critérios que devem guiar as partes para a fixação da quantia são, principalmente, o salário percebido e a duração temporal do pacto.

Como pondera Carlos Molero Manglano, ainda que a compensação econômica não deva ter o salário (e tampouco o salário-base) como limite mínimo, as partes deverão atentar para circunstâncias concretas do pacto, sobretudo no que se refere à amplitude da limitação da atividade que no mesmo seja estabelecida, bem como a duração do contrato de trabalho que foi mantida entre as partes e a duração da obrigação firmada. A jurisprudência, neste particular, anulou pactos de não concorrência de dois anos para contratos de experiência de 3 meses e nos quais a quantia recebida não era tão elevada (STSJ da Comunidade Valenciana de 8 de outubro de 2004). Em todos os casos, deverá ser uma quantia digna. Em princípio, em caráter aproximativo, Molero Manglano considera adequada uma compensação equivalente a 50% (cinquenta por cento) ou mais da retribuição total percebida, ou pelo menos da retribuição fixa. (MOLERO MANGLANO, 2007, p. 329-330).

O tema, portanto, pode-se dizer, muito embora envolva a proteção aos interesses da empresa, não pode se traduzir em uma intensificação descabida de subordinação à empresa, após extinção a relação de trabalho, menoscabando a liberdade constitucional ao trabalho.

Daí a diretriz, muito bem percebida pelas Cortes espanholas, no sentido de que a interpretação à liberdade constitucional do trabalhador deverá ser respeitada, com o que *a interpretação, nesse campo, é sempre restritiva ao que consta do pacto, e expansiva em termos de prestígio à liberdade fundamental de trabalho do ex-empregado.*

3. Direito português

A Constituição de Portugal declara em seu artigo 47, n.1: *“todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”*.

Por sua vez, o artigo 136 do Código de Trabalho de 2003 (redação de 2009) admite a duração máxima de 2 anos, a qual pode ser estendida para 3 anos caso trate-se de atividade que envolva especial confiança. Mas em qualquer caso o ajuste deve ser escrito e o empregado, após se desligar da empresa, deve receber uma compensação financeira. Eis a redação completa do dispositivo:

1 - É nula a cláusula de contrato de trabalho e de instrumento de regulamentação colectiva

de trabalho que, por qualquer forma, possa prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato.

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

a) Constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste; b) Tratar-se de actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador; c) Atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da actividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional. 3 — Em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em acto ilícito do empregador, a compensação a que se refere a alínea c) do número anterior é elevada até ao valor da retribuição base à data da cessação do contrato, sob pena de não poder ser invocada a limitação da actividade prevista na cláusula de não concorrência. 4 — São deduzidas do montante da compensação referida no número anterior as importâncias auferidas pelo trabalhador no exercício de outra actividade profissional, iniciada após a cessação do contrato de trabalho, até ao valor decorrente da aplicação da alínea c) do n. 2. 5 — Tratando-se de trabalhador afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou com acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, a limitação a que se refere o n. 2 pode durar até três anos.

De acordo com a doutrina portuguesa, no âmbito do dever de lealdade, não pode o trabalhador negociar por conta própria ou alheia em concorrência com o empregador durante o curso do contrato. Mas diante do forte interesse do ex-empregador em evitar que ele use sua capacidade profissional, nomeadamente os conhecimentos adquiridos na empresa para os colocar ao serviço da concorrência, a lei portuguesa prevê a possibilidade de limitação da actividade profissional de um trabalhador, após a cessação do contrato de trabalho.

Trata-se de uma regra de exceção. Como adverte António Monteiro Fernandes, “a lei, por si mesma, não estabelece qualquer restrição à conduta profissional do trabalhador após a cessação do contrato. Tal atitude abstensiva do legislador é, aliás, comum à generalidade dos sistemas, na linha da protecção da liberdade de trabalho (arts. 146º/1 e 148) que se encontra estreitamente associada ao conteúdo do direito ao trabalho (art. 58º, Constituição da República de Portugal)”. (FERNANDES, 2006, p. 616-617).

O risco de “prejuízos ao empregador” (alínea b, do n. 2 do art. 136º, supra) é condição de licitude do pacto. Essa condição deve ser encarada com cautela, pois “há inúmeras situações em que esses caracteres diferenciais não ocorrem, e em que, apesar disso, a saída do trabalhador e a sua passagem para outra empresa pode ter um genérico efeito prejudicial nos interesses do ex-empregador. Nem por isso estará legitimada a existência de pacto de não concorrência”. (FERNANDES, 2006, p. 618).

Assim, a existência de um interesse sério e objetivo do empregador devido à

concorrência diferencial é a pedra de toque destas cláusulas. Caso não demonstrado o referido interesse, a cláusula deverá reputar-se como inválida ou, alternativamente, o trabalhador terá a possibilidade dela se desvencilhar.

Com relação ao valor da retribuição pelo período de não-trabalho, relegar a quantificação da contrapartida à inteira autonomia privada, na maioria das vezes, rende ensejo a abusos, em qualquer momento contratual. Como adverte Julio Gomes: “pretender que a cláusula se funde na vontade, prescindido de um controle efetivo do seu conteúdo, é uma crença que, na melhor das hipóteses, ignora a realidade e, na pior, sendo aparentemente neutra, é claramente favorável aos interesses da parte mais forte. Daí que se imponha uma atitude, por parte dos tribunais, de fiscalização do conteúdo das cláusulas, nomeadamente do valor e da adequação da contrapartida, porquanto o perigo da usura, coação ou dolo do empregador é um perigo real”. (GOMES, 1999, p. 19)

Novamente aqui se deve sublinhar a regra geral: a celebração de um contrato de trabalho não implica a vinculação exclusiva da força de trabalho do empregado em favor do empregador. Assim, seja ao abrigo da liberdade de emprego, seja simplesmente nos termos das autonomias consagradas pelas modernas Constituições, o trabalhador se obriga na exata medida do contrato de trabalho celebrado, dentro de certos limites temporais. (CORDEIRO, 1999, p. 549)

4. Direito italiano

Há uma implicação recíproca, reconhecem as cortes italianas, entre liberdade de iniciativa econômica (art. 41 da Constituição) e a liberdade de trabalho (art. 4º da Constituição), mas zela-se para que a limitação da atividade laboral não se traduza em uma substancial impossibilidade de obter nova ocupação, que vá a prejudicar o que se pode ser definido como potencialidade laboral ou profissional do trabalhador. Não se admite restrição genérica, indeterminada, abrangendo todo e qualquer trabalho. Apenas a restrição necessária e justificada poderá ser admitida.

O legislador do Código Civil de 1942 previu uma série de normas de proteção ao empregador, diante da concorrência e da divulgação de segredos e métodos produtivos pelo trabalhador, seja no curso da contratualidade, seja após a cessação da relação, atribuindo ao empregador a faculdade excepcional de poder mitigar, mediante prévio ajuste entre as partes, o livre exercício da atividade profissional do trabalhador.

O artigo 2.105 do Código Civil¹ disciplina a proibição de concorrência e o dever de confidencialidade. Tais figuras decorrem do dever geral de fidelidade, que é uma obrigação acessória ao contrato de trabalho, aplicada *durante* a relação contratual. Nas palavras de

1 Art. 2.105: O trabalhador não deve tratar de negócios por conta própria ou de terceiros em concorrência com

Antonio Vallebona, o trabalhador subordinado, além da sua obrigação principal de prestar serviços, tem duas obrigações de não fazer, que constituem proibições autônomas (a de concorrência e a de divulgação ou abuso de segredos industriais), a serem observados também em momentos de suspensão do contrato. Ambas as proibições constituem proteção à capacidade concorrencial da empresa e podem ser reunidas neste dever geral de fidelidade. (VALLEBONA, 2005, p. 129)

Para além desse balanço de interesses (a proteção da propriedade e da concorrência, de um lado, e livre exercício de atividade profissional, de outro), o ordenamento jurídico italiano contempla a figura de pacto de não concorrência (*patto di non concorrenza*) de forma expressa no artigo 2.125 do Código Civil², que o define como o pacto com o qual se limita o desenvolvimento da atividade do prestador de serviços *após* a cessação do contrato, impondo-lhe algumas restrições objetivas.

Trata-se de um dos instrumentos jurídicos, ao lado de outros, para a fidelização de pessoal da empresa. Com elas se limita a atividade profissional de empregados para o momento em que o contrato a eles relativo venha a extinguir-se, e em previsão de estipulação de novos contratos com empresas de terceiros. Destina-se, via de regra, aos trabalhadores mais especializados, detentores de segredos da empresa relativos às formulas e métodos de fabricação dos produtos. Por meio de tais cláusulas, esclarece Riva Sanseverino, “o empregador visa salvaguardar o chamado patrimônio imaterial da empresa nos seus elementos internos (organização técnica e administrativa, métodos e processos de trabalho etc) e externos (aviamento, clientela). Inversamente, para o trabalhador, a adesão a estas cláusulas, representando limites negativos da estipulação de determinados futuros contratos, importa em restringir de forma acentuada a liberdade de trabalho e a agravar as dificuldades de encontrar nova colocação. São justamente estas últimas circunstâncias que ensejaram a intervenção do legislador, o qual, também nessa situação, circunscreveu a liberdade de negociação privada”. (SANSEVERINO, 1976, p. 153).

A constitucionalidade de tais cláusulas é reconhecida pela doutrina e jurisprudência italianas, pois “se trataria de uma limitação da capacidade de trabalho que não atritaria com os princípios constitucionais de tutela da liberdade de trabalho (art. 4º e 35, Constituição Italiana), desde que balizadas por características específicas da atividade (objeto) e parametrizada por

o empregador, nem divulgar informações atinentes à organização e aos métodos de produção da empresa, ou fazer-lhe uso de modo a acarretar prejuízos ao empregador.

2 Art. 2.125: Pacto de não concorrência: É o pacto pelo qual se limita o desenvolvimento da atividade do trabalhador pelo tempo sucessivo ao contrato. É nulo se não resultar de ato escrito (CC, art. 1.350, n. 3), se não for ajustada uma contraprestação em favor do prestador dos serviços e, se o ajuste não prever determinado limites de objeto, de tempo e de lugar. A duração do pacto não pode ser superior a 5 (cinco) anos, se se trata de diretores e dirigentes, e a 3 (três) anos nos demais casos. Se for pactuada uma duração maior, essa se reduzirá às medidas acima indicadas.

específicos critérios territoriais, perfeitamente em consonância com os requisitos do art. 2125, CC”. (RUSSO, 2004, p. 149).

Tal como sucede em outros ordenamentos, também no modelo italiano são indispensáveis diversos pressupostos de validade: compensação financeira, objeto de proibição certo e delimitado, abrangência territorial e tempo de duração. (PERA, 1992; GALANTINO, 1995). Com relação à forma, o ajuste será nulo caso não for celebrado por escrito.

O pacto em questão é também oneroso, implicando o pagamento de uma indenização a título da respectiva limitação do exercício da atividade laborativa.

Além da forma escrita, outro requisito do pacto é a exigência de especificar o conteúdo, atendendo a uma delimitação objetiva das atividades em relação que o trabalhador deverá abster-se de praticar. Os limites objetivos da obrigação imposta ao empregado são elementos essenciais para a validade do ajuste, cuja falta torna-o nulo.

A casuística encontrada na jurisprudência ao longo dos anos constituiu importante papel moderador quanto ao tema. A decisão n. 10.062, de 26 de novembro de 1994, da Suprema Corte (Corte de Cassação) tornou-se a primeira tentativa de fixar uma regulamentação racional e aprofundada nesse aspecto, tornando-se um marco de referência para a doutrina e para as decisões posteriores a ela. De acordo com esta decisão, a proibição de trabalho pode estender-se também à atividade coincidente com aquela praticada pela empresa que seja concorrente do empregador, e não apenas às funções do trabalhador.

Em 2000, a decisão 5477, a Corte Suprema entendeu que o artigo 2.125, Código Civil deve assegurar ao prestador de serviços uma margem de atividade idônea a propiciar-lhe um ganho adequado às exigências de sua própria vida e de sua família, o que impõe ao intérprete valorar a extensão objetiva das atividades inibidas e a relação destas e os cargos desenvolvidos pelo empregado.

Registem-se outros aspectos apreciados pelas Cortes italianas.

Os três requisitos para a aceitação do pacto afetam-se reciprocamente. A contraprestação pode ser estabelecida em valores fixos ou um percentual da retribuição antes percebida. Não se admite que o pacto abranja toda e qualquer atividade, que o objeto de proibição seja muito amplo e a correlata compensação financeira seja simbólica (Tribunal de Modena, 2000); se a compensação financeira do pacto, objeto do artigo 2125 não é adequada e proporcional, o pacto é nulo.

Na Itália os valores recebidos por decorrência do pacto de não concorrência podem ser antecipados antes de findo o contrato de trabalho e, nestes casos, ostentarão natureza salarial com respectiva tributação para a seguridade social, o mesmo no ocorrendo quando recebidos após a extinção do contrato de trabalho. Há de existir uma proporcionalidade entre a amplitude

da restrição e a correlata compensação financeira. E de acordo com a jurisprudência, os valores devem ser proporcionais ao sacrifício ao trabalhador, independentemente da utilidade que o pacto de não concorrência proporcione ao antigo empregador.

O critério geográfico é fator também relativo e ponderado caso a caso. As decisões mais antigas consideravam nulos os pactos de não concorrência abrangendo todo o território nacional. Todavia, recentemente a jurisprudência se orienta a até mesmo a aceitar o pacto que cubra toda a União Européia, desde que - como vimos acima, quanto ao objeto - o trabalhador possa conservar a possibilidade de usar sua própria profissão. Assim, por exemplo, uma empresa farmacêutica poderia proibir um engenheiro de prestar seus serviços a qualquer outra empresa que seja concorrente do antigo empregador em toda a Europa, se isso não comprometer o exercício de sua profissão que, no caso, poderia ser desenvolvida em qualquer outra esfera (construção civil, maquinários, biotecnologia etc). Ou seja, ainda que seja muito amplo o critério geográfico, não se está tolhendo excessivamente a liberdade profissional.

Em outra ocasião concluiu-se que, sendo o pacto de não concorrência um contrato bilateral, não poderia o empregador rescindir o ajuste antes do prazo. O Tribunal de Torino, em decisão de 2000, já decidiu que é ineficaz a denúncia unilateral do pacto, já que se trata de um ajuste bilateral, não podendo ficar ao arbítrio de uma das partes.³ No mesmo sentido foram as decisões da corte de cassação de 16 de agosto (n. 15.952) que reconheceu a nulidade de cláusula que liberava o empregador, a qualquer momento do ajuste, precisamente porque o trabalhador perderia o correspondente montante, de modo que, por gerar expectativas ao empregado, o pacto deve ser respeitado ao longo de todo o prazo pactuado.

5. Direito francês

Tornou-se conhecida a cláusula de não concorrência impostas aos trabalhadores. Estas cláusulas são, em princípio, contrárias ao ‘princípio fundamental do livre exercício de uma atividade profissional’ (Soc. 10 de julho de 2002, Salembier). (SUPIOT, 2008, p. 54).

O ordenamento jurídico francês também admite a interdição convencional de concorrência. A existência do princípio de liberdade de trabalho e o da livre concorrência não obsta a legalidade de cláusulas convencionais ou contratuais impedindo um empregado de trabalhar para uma empresa concorrente do seu antigo empregador. De um modo geral, na ausência de disposição legal sobre esse assunto, a jurisprudência fixou as condições de validade dessas cláusulas, as sanções tomadas quando essas cláusulas são inválidas e os efeitos das cláusulas lícitas, quando descumpridas. Os acordos coletivos complementam a

³ “Il patto di non concorrenza è un contratto e, al pari di qualsiasi altro contratto, non può venir meno per volontà di una sola delle parti che l’hanno stipulato; la comunicazione, da parte del datore di lavoro, della liberazione del lavoratore dagli obblighi derivanti dal patto di non concorrenza è assolutamente inefficace”.

construção jurisprudencial sobre o tema, impondo às vezes limites mais estritos à legalidade de tais pactos. (PELISSIER; SUPIOT; JEAMMAUD, 2006, p. 299).

Há, de acordo com a doutrina francesa, quatro condições para a validade de tais cláusulas: estar justificada por interesses legítimos da empresa; estar limitada no tempo e no espaço; resguardar ao assalariado a possibilidade de exercer normalmente a atividade que lhe é própria; contemplar uma contrapartida financeira.

A Corte de Cassação francesa concluiu, em princípio, pela licitude de tais pactos. No entanto, a cláusula deve ser declarada nula quando ela violar a liberdade de trabalho devido à sua duração, à sua abrangência geográfica ou devido à natureza da atividade do interessado, cabendo ao assalariado demonstrar concretamente que a cláusula, nos moldes em que pactuada, constitua grave atentado à sua liberdade de trabalho (decisão Soc. 8 de maio de 1967).

Em 1991, a Câmara Social da Corte de Cassação adotou outra abordagem: apenas admitia a legalidade da cláusula se ela visar proteger os interesses legítimos da empresa, além de ser limitada no tempo e no espaço; além disso, deve deixar ao assalariado a possibilidade de trabalhar conforme sua formação acadêmica e sua experiência profissional. Finalmente, ela deve incluir uma compensação financeira paga pelo empregador (decisão Soc. 10 de julho de 2002, conhecida como sentença *Barbier*). Essa decisão tornou-se paradigma interpretativo para as seguintes.

De acordo com a jurisprudência e com a doutrina, interesses legítimos da empresa a serem protegidos por meio de pacto de não concorrência são aqueles que envolvem riscos particulares corridos pela empresa, caso terceiros tenham conhecimento de informações adquiridas por um trabalhador no decorrer da execução do seu contrato de trabalho.⁴

E o que dizer quanto à abrangência territorial e temporal? Antes do já mencionado acórdão *Barbier* de 10 de Julho de 2002, a jurisprudência não tomava os requisitos tempo e espaço como condições cumulativas. Esta decisão de 2002, contudo, fixou a diretriz de que a interdição da concorrência deve ser limitada tanto no tempo quanto no espaço, devendo ambos os requisitos estarem presentes para que se considere válido o acordo.

E como é sopesada a atividade profissional do empregado? De acordo com a jurisprudência francesa, “para ser válida, a cláusula de não-concorrência deve deixar ao assalariado a possibilidade de exercer normalmente sua atividade profissional, que lhe é própria” (decisões de 18 de outubro de 1952, e de 27 de fevereiro de 1996). Também nesse particular o acórdão *Barbier*, de Julho de 2002, o Tribunal de Cassação decidiu que a cláusula de não concorrência é válida somente se levar em conta “as especificidades da atividade profissional do assalariado». O judiciário, hoje, portanto, na apreciação dos casos, dispensa

4 Na decisão de 14 de maio de 1992, a Corte de Cassação entendeu que não era válida a cláusula de não concorrência no caso de um trabalhador que limpava vidros, pois não era indispensável para os interesses legítimos da empresa e, por conseguinte, foi declarada ilícita.

especial atenção quanto à formação profissional do trabalhador e pondera “se” e “em que medida” o ajuste estaria impedindo-o de exercer normalmente suas competências.

Para Jeammaud, Pelissier e Supiot, para apreciar a gravidade da limitação, o magistrado leva em conta inclusive o tempo em que o empregado desenvolveu a atividade ao longo de sua carreira. Se o assalariado exerceu a atividade limitada por muito tempo de sua carreira profissional, a tendência é anular a cláusula limitativa. Levam-se em conta as características gerais da formação do empregado e os conhecimentos por ele adquiridos ao longo da vida, de seu passado profissional, e não apenas no último contrato. Assim, se com a formação adquirida, o assalariado tem a possibilidade de ocupar empregos variados, a interdição de ocupar um posto de trabalho muito preciso e específico não deveria ser declarada como abusiva ou ilícita; o assalariado pode, com efeito, a despeito desta interdição, continuar a exercer uma atividade profissional que corresponda às suas competências” (decisões de junho de 1995 e de 11 de outubro de 1984) (PELISSIER,; SUPIOT; JEAMMAUD, 2006, p, 303)

A exigência de uma contrapartida financeira não era um elemento tido por indispensável antes da sentença de 10 de Julho de 2002 da câmara social da Corte de Cassação, que nesse aspecto mudou radicalmente a orientação anterior. Em suma, o Tribunal decidiu que “uma cláusula de não-concorrência somente será válida se incluir uma compensação financeira”. Tamanha foi a importância desse requisito que se optou por imprimir um efeito retroativo desse novo entendimento jurisprudencial, inclusive para declarar nulas as cláusulas firmadas ou em curso antes de 2002 que não tivessem contemplado essa contrapartida ao empregado.

O novo empregador, caso tenha ciência do pacto de não concorrência, seja antes ou após a contratação, poderá ser responsabilizado pelo antigo empregador, juntamente com o empregado. Se o novo empregador tem conhecimento do ajuste e imediatamente não rompe o vínculo com o empregado igualmente poderá ser responsabilizado, apenas eximindo-se se provar que realmente não tinha ciência da proibição de contratação do profissional em questão.⁵

6. Direito brasileiro

A priori, o pacto de não-concorrência é compatível com o ordenamento jurídico nacional. Todavia, a falta de legislação leva o intérprete a uma necessidade maior: tomar a maior cautela para que os critérios mantenham-se num patamar adequado e plenamente justificável, avaliando as restrições criadas ao trabalhador e zelando para que a abstenção seja indenizada de forma proporcional e, finalmente, que o período de tempo não seja tão extenso.

O artigo 444 da CLT, ao dispor que as relações de trabalho podem ser objeto de livre

⁵ Nesse sentido, vejam-se as decisões da Câmara Social da Corte de Cassação, de 19 de outubro de 1999 e de 25 de outubro de 1990.

estipulação entre as partes, resguardadas as normas mínimas de proteção ao trabalho, reforça a autorização legal para a intervenção judicial quando houver necessidade.

Sua legalidade, em geral, depende da presença de quatro requisitos:

- (a) compensação financeira adequada (indenização compensatória);
- (b) pré-fixação do período razoável e justificável de abstenção de trabalho, de caráter transitório;
- (c) delimitação objetiva das atividades impedidas, sem privar totalmente o trabalhador de exercer trabalhos para os quais desenvolveu competência o longo de sua vida e, por fim,
- (d) a delimitação geográfica do território onde se pretende a abstenção de trabalho.

Dedicaram-se ao estudo do tema em nosso país Cesarino Junior, Orlando Gomes e Oris de Oliveira (2005), dentre outros.

A questão ainda não está pacificada nas Cortes Brasileiras.

O STF já apreciou situação análoga na vigência do parágrafo 23, do artigo 153 da Constituição de 1967, que tinha a seguinte redação: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”. Eis a decisão:

“Liberdade de trabalho. Cláusula pela qual o empregado, que fez cursos técnicos às expensas do empregador, obrigou-se a não servir a qualquer empresa concorrente nos 5 anos seguintes, ao fim do contrato. Não viola o artigo 153, §23 da Constituição o acórdão que declarou inválida tal avença (STF, RE 67.653, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 3.11.70, p. 5.294, RTJ 55, 1971, p. 42).”

Há decisões que, de plano, consideram nulas as referidas cláusulas:

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

“PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA. CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA NÃO COMPATÍVEL. NULIDADE. A compensação ajustada para que o obreiro não se ativasse no setor pelo período compromissado mostrou-se desproporcional à vedação imposta pelo pacto de não concorrência. Nulidade da cláusula mantida”. (TRT 2, RO 0000444-

70.2010.5.02.0432, 11ª Turma e data de publicação 21/07/2015).⁶

Mas a maioria dos tribunais admite tais pactos, preenchidos certos pressupostos:

“CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA - VIGÊNCIA APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL, TERRITORIAL E DE OBJETO - IMPOSSIBILIDADE - ATO ILÍCITO DO EMPREGADOR - Cláusula de não-concorrência pactuada entre as partes sem conter limitação, seja de caráter temporal, territorial ou delimitação do objeto da restrição de atividades, com projeção após a rescisão contratual é nula de pleno direito, porque fere a autonomia de vontade do trabalhador e cria óbice à sua nova colocação profissional, em total afronta ao disposto no artigo 5º, inciso XIII, da CF, que diz ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” (TRT 15ª Região – Ac. n. 01533-2001-093-15-00-0 RO (10687-2003) – Relatora Elency Pereira Neves).

“CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA PÓS-RESCISÃO. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. A validade do pacto de não concorrência com efeitos posteriores ao contrato, embora não regulamentada pelo ordenamento jurídico pátrio, depende de alguns requisitos elencados pela doutrina e jurisprudência, tais como compensação financeira, limitação temporal (“quarentena”) e geográfica do compromisso. Quanto ao valor da indenização compensatória, deve assegurar o sustento do ex-empregado durante a “quarentena”, o que se obtém mediante a equivalência à última remuneração, por mês de vigência da cláusula de não concorrência. (TRT 2, RO - 0002252-36.2014.5.02.0088, Relatora Thaís Verrastro de Almeida, 17ª Turma e data de publicação 03/03/2017).

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAS. CLÁUSULA DE SIGILO E NÃO CONCORRÊNCIA. 1. A validade da cláusula de não concorrência depende da observância de alguns requisitos: limitação temporal, limitação geográfica e indenização compensatória pelo período de não concorrência. 2. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional registrou expressamente que a cláusula de sigilo e não concorrência, em que pese constar previsão temporal e limitação territorial, não estipulou indenização compensatória alguma pelo período de não concorrência. 3. Devida, em tais circunstâncias, a indenização por danos materiais postulada no valor equivalente à última remuneração da autora, durante a vigência da cláusula de não concorrência. 4. Indevida a indenização por danos morais, visto que, consoante o quadro fático delineado pelo Tribunal Regional, não se verifica objetivamente violação dos direitos da personalidade da ex-empregada. 5. Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido”. (TST, RR - 1187400-41.2006.5.09.0007, Relator Desembargador

6 Consta do voto: “Denota-se, portanto, que a compensação ajustada para que o obreiro não se ativasse no setor pelo período de dois anos, nem mesmo correspondia à remuneração anual do recorrido, mostrando-se desproporcional à vedação imposta pelo pacto de não concorrência. Nesse contexto, compartilho do entendimento adotado e da apuração efetuada na origem, no sentido de que a abrangência do ajuste obstou a colocação do autor no mercado sem oferecer a contraprestação correspondente ao seu respectivo período, decorrendo daí a nulidade declarada na origem. Diante disso, não há que se falar na confissão real do autor quanto ao labor para a empresa Pneus Levorin, e nem voga discutir-se a condição de concorrente dela, cabendo manter-se a decisão de improcedência da reclamação trabalhista por descumprimento de pacto de não concorrência”.

Convocado: Marcelo Lamego Pertence, Data de Julgamento: 07/10/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/10/2015).

Finalmente, existem acórdãos defendendo a legalidade de tais cláusulas, com base na boa-fé contratual:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. VALIDADE. Cinge-se a controvérsia em definir a validade da estipulação da cláusula de não concorrência após a rescisão contratual. Depende da observância dos seguintes requisitos: limitação temporal, limitação geográfica e indenização compensatória pelo período referente à restrição. No caso, o Tribunal Regional registrou expressamente que a cláusula de não concorrência, apesar de prever indenização compensatória pelo referido período, não estipulou previsão temporal e limitação territorial, além de haver assinatura apenas do trabalhador e desproporção entre a contraprestação oferecida pela empresa - pagamento de salário mensal pelo período da restrição - e a multa em caso de descumprimento da obrigação pelo ex-empregado (multa não compensatória correspondente ao valor resultante da multiplicação do último salário do réu por 25), sem prejuízo da indenização decorrente da responsabilidade civil. Nesse contexto, correto o acórdão regional ao julgar improcedente a ação proposta pela empresa. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, AIRR 24849520105020053, Relator Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma e data de publicação 09/12/2016.).

“DANOS MATERIAIS - INDENIZAÇÃO - INEXISTÊNCIA. Não afronta o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, cláusula contratual firmada por empregado, após ruptura do contrato de trabalho, comprometendo-se a não prestar serviços à empresa concorrente, quer como empregado, quer como autônomo. Inexistência de erro ou coação a anular o pactuado. Não há ilegalidade a macular o pactuado e nem danos materiais decorrentes da limitação expressamente aceita. Impende aqui, invocar-se também o princípio da boa-fé, presente em todos os atos da vida civil e pressuposto deles, mormente quando em ajuste, estão pessoas capazes, de mediano conhecimento jurídico e alto nível profissional, como é o caso das partes envolvidas no Termo de Confidencialidade e Compromissos Recíprocos.” (TRT 2ª Região – Relatora Rita Maria Silvestre - Ac. n.: 20020534536 - Processo n.: 20898-2002-902-02-00-8 - 5ª Turma - Publicação: 30/08/2002).

“CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. VALIDADE. A cláusula de não-concorrência foi estabelecida por tempo razoável e houve pagamento de indenização. Logo, está dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É, portanto, considerada válida. Não há dano moral a ser reparado.” (TRT 2ª Região – Ac.: 20040281579 – Relator Sérgio Pinto Martins).

“Cláusula de não concorrência. Validade. É válida a inserção de cláusula de não concorrência no contrato de trabalho, desde que restrita a determinado segmento de mercado e estabelecida por tempo razoável, além de prever indenização compensatória. Não há que se falar em alteração contratual lesiva (CLT, art. 468) na medida em que as normas contratuais decorreram de mútuo consentimento e não acarretaram prejuízo ao

Reclamante, observando os princípios e normas legais. Referida cláusula tem como justo objetivo proteger segredos industriais entre empresas concorrentes, procurando evitar a quebra de sigilo. Na verdade, tal dispositivo contratual visa preservar os princípios da lealdade e da boa-fé (art. 422 do Código Civil), inexistindo mácula a respaldar a pretendida nulidade” (TRT 2ª Região - Ac. 20071056979, publ. Em 14/12/2007, Rel. Sérgio Winnik). “CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA – RESTRIÇÃO TEMPORÁRIA E PARCIAL AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL – OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA RECÍPROCA ENQUANTO PERDURAR A LIMITAÇÃO. A estipulação de cláusula contratual de não-concorrência por determinado período após o término da avença impõe ao contratado restrição ao exercício profissional relativamente a determinados clientes, quais sejam, aqueles vinculados ao próprio escritório de advocacia. Em consequência, a compensação econômica convencionada para a hipótese de eventual descumprimento da cláusula em questão por parte do contratado também deve ser aplicada em seu benefício, enquanto perdurar a obrigação de não-concorrência, em observância aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da comutatividade dos contratos. Recurso ordinário parcialmente provido.” (TRT/15ª N.º 01157-2007-093-15-00-0 RO – O – Desembargador Fernando da Silva Borges)

“I - CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA - PACTUAÇÃO APÓS O INÍCIO DO CONTRATO DE TRABALHO - VALIDADE - A estipulação de cláusula de sigilo, confidencialidade e não-concorrência, durante o curso do contrato de trabalho, não se traduz em alteração ilícita e unilateral. Isto porque o art. 482, nas alíneas “c” e “g”, da CLT, prevê que constituem motivos para a ruptura contratual por justa causa a prática de concorrência e a violação de segredo da empresa. Destarte, tem-se que tais deveres estão ínsitos no próprio contrato de trabalho, sobretudo diante do princípio da boa-fé, que deve nortear a relação de trabalho. Portanto, é plenamente válida a estipulação de cláusula de não-concorrência mesmo após o início da vigência do contrato de trabalho, não havendo afronta ao art. 468 da CLT. II - CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA - VIGÊNCIA APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO - VALIDADE - É válida a cláusula de não-concorrência que tenha vigência mesmo após a extinção do contrato de trabalho, embora tal modalidade não encontre disciplina jurídica no Direito do Trabalho. Assim, constatada a lacuna, possibilita-se, por força do art. 8º da CLT, a aplicação do art. 122 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”. Desse modo, seria lícita, em tese, a pactuação de cláusula de não-concorrência após a cessação do contrato de trabalho. (TRT 9ª Região – Processo 18154-2009-002-09-00-8-ACO-26296-2010 – 1ª Turma – Relator Edmilson Antonio de Lima - Publicado no DEJT em 17-08-2010).

7. Apreciações finais

O cotejo de diversos ordenamentos abordados mostra que a maioria das legislações tolera tais cláusulas, mas introduzem uma série considerável de requisitos. A regra geral a ser

observada, logo se vê, é a da aceitação de restrições à liberdade de trabalho apenas quando plenamente justificadas.

A ausência de norma legal específica no trato do tema em nosso país ressalta a necessidade de controle judicial das restrições - ao sabor da conveniência unilateral do empregador como forma de defesa do princípio maior da liberdade de trabalho e uma construção jurisprudencial adequada pondo em equilíbrio a liberdade de trabalho e a plena e cabal justificação do rompimento do princípio protetor.

A liberdade de trabalho é uma garantia constitucional e abrange tanto o direito de trabalhar como o de não-trabalhar. Tratando-se de um direito social e individual fundamental, a interpretação do mesmo, ensina Konrad Hesse, tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, razão pela qual a interpretação constitucional deve submeter-se ao princípio da ótima concretização da norma. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. (HESSE, 1991, p. 22).

A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema. (BARROSO, 2007).

Efetivamente, trata-se de princípio fundamental, consubstanciado no artigo 1º, incisos III e IV, da CF/88, o respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho. E em se tratando de direitos fundamentais, como é o caso do direito ao trabalho, *a regra hermenêutica é a da interpretação restrita das restrições*.

A ausência dos requisitos eiva de nulidade o ajuste, diante do que a restrição se mostrará exorbitante e arbitrária, em nítido descompasso entre fins e meios.

Com efeito, o pacto de não concorrência não pode implicar o aniquilamento da liberdade de trabalho. O trabalhador não pode ser posto em situação tal que não possa exercer sua atividade profissional em conformidade com sua formação. Ora, estabelecer um limite máximo de prazo e em termos de território é uma garantia de proteção ao trabalhador⁷.

Tem plena incidência em tais situações o artigo 122 do Código Civil, ao declarar que “são lícitas, em geral, todas as condições contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, *ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes*”.

7 “No caso Earth Web vs. Schlack, um juiz de Nova Iorque entendeu que o período de doze meses era muito tempo considerando a rapidez que envolve o setor de Internet”.

Ora, as faculdades patronais na defesa dos interesses que lhes são próprios não são concedidas para a arbitrariedade e tampouco para a atuação caprichosa ou irracional. Mencione-se, ainda, a ideia do abuso do direito, coibido pelo Código Civil de 2002 (art. 187) equiparado a ato ilícito.⁸

Cabem outras reflexões sobre um ponto adicional, que é a vedação de que o pacto, uma vez celebrado validamente, possa ser denunciado unilateralmente pelo antigo empregador. A ordem jurídica não tolera que uma das partes celebrantes detenha poder absoluto sobre a eficácia do negócio. O promitente não pode estar totalmente à mercê da vontade de seu ex-empregador. É uma situação de insegurança jurídica para ex-trabalhadores, bastando imaginar a hipótese de um empregado que, contando com o prazo fixado, organizasse seus gastos, sua vida familiar e eventuais cursos de reciclagem profissional com base no ajuste e subitamente fosse privado dos valores que a ex-empregadora vinha custeando.

Em caso de exorbitância do prazo, poderá o juiz interferir na vontade das partes, aproveitando o negócio em parâmetros equânimes, à luz dos princípios da revisão dos contratos e da preservação dos atos jurídicos em geral (arts. 157, 184 e 478 do Código Civil)

E o que dizer do valor de uma suposta indenização em caso de descumprimento da cláusula pelo empregado. Deve haver limitações nesse particular.

Declara o artigo 412 do Código Civil de 2003 que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. A finalidade da cláusula penal é prefixar as perdas e danos presumidamente sofridos pelo credor e seu valor deve estar limitado ao valor principal. Se assim não fosse, haveria enriquecimento indevido do credor em detrimento do devedor, situação repelida pelo ordenamento jurídico. Além da limitação prevista no art. 412 do Código Civil, o mesmo diploma impõe um dever ao juiz de zelar pelo equilíbrio contratual, aspecto que merece maior atenção quando se está no âmbito trabalhista. É o que reza o artigo 413, *in verbis*:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.⁹

Com relação ao momento em que tais cláusulas poderão ser firmadas, as leis de um modo geral não prescrevem e nem determinam. Daí, não se pode afirmar que se trate de um requisito de validade do ajuste. Nada obstante, o tempo em que o ajuste foi firmado pode fornecer ao intérprete o contexto fático que o circunda.

8 “Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

9 Em sentido similar os seguintes dispositivos: Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato; Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

No plano das presunções, não há momento de maior debilidade contratual do trabalhador do que o do nascimento do vínculo, aquele em que se trata de obter o emprego remunerado. Basta imaginar a restrição à autonomia de vontade de um trabalhador ao assinar o ajuste no momento da constituição do vínculo e comparar esse mesmo ato quando praticado na fase da extinção do vínculo. Nessa fase não há condicionantes externos à livre manifestação de vontade: o empregado poderá escolher se prefere prosseguir imediatamente no mercado de trabalho específico do setor ou permanecer temporariamente fora dele.

Diversamente, e a prática o demonstra, no momento da contratação, diante das naturais contingências de busca de emprego, vale dizer, no próprio momento de acesso ao trabalho, torna-se mais frágil a posição do trabalhador, constituindo-se em um tempo de grande vulnerabilidade da parte do trabalhador diante da necessidade de emprego. (GOMES, 1999, p. 16; FERNANDES, 2006).

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, 2007.
- BAYLOS GRAU, Antonio. La prohibición de concurrencia desleal: notas sobre la evolucion legal y jurisprudencial. *TL*, n. 8, 1986
- CERINO, Angela M. A talent is a terrible thing to waste: toward a workable solution to the problem of restrictive covenants in employment contracts. *Dusquesne Law Review*, v. 24, 1986.
- CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.
- FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- GALANTINO, Luísa. *Diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli, 1995
- GOMES, Júlio. As cláusulas de não concorrência no direito do trabalho: algumas questões. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 30, n. 1, jan./mar. 1999.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.
- LOPEZ DURAN, F. Pacto de no concurrencia. In: BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.). *Comentarios a las leyes laborales: la reforma del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994)*. Madrid: Edersa, 1994.

MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZA, Fermín; MURCIA, Joaquín. *Derecho del trabajo*. 19. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

MOLERO MANGLANO, Carlos. *Manual de derecho del trabajo*. 7. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2007.

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

PALOMEQUE, Manuel Carlos. *Derecho del trabajo*., Madrid, 8. ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

PÉLISSIER, Jean. La liberté du travail. *Droit Social*, Paris, n. 1, p. 19-26, 1990.

SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine *Droit du travail*. Paris: Dalloz, 23. ed., 2006.

PERA, Giuseppe. *Compendio di diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1992

RUSSO, Alberto. *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale: profili giuridici*. Milano: Giuffrè, 2004.

SANSEVERINO, Riva. *Curso de direito do trabalho*. Trad. Elson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

SASTRE IBARRETICHE, Rafael. *Derecho al trabajo*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

SERRET, Jean-Jacques. Le droit commun des obligations et la concurrence d'un ancien salarié. *Droit Social*, Paris, n. 9/10, p. 759-766, sept./oct. 1994.

SUPIOT, Alain. *El derecho del trabajo*. Trad. Patricia Rubini-Blanco. Buenos Aires: Helista, 2008.

VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro*. Padova: CEDAM, 5. ed., . v. 2, 2005

SOBRE O AUTOR:

Tulio de Oliveira Massoni

Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela USP. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Bacharel em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP (FFLCH-USP). Especialista em Direito Sindical pela Universidade de Módena (Itália). Professor Universitário. Advogado.