

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO II**

VANESSA VIEIRA PESSANHA

MARIA ROSARIA BARBATO

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Vanessa Vieira Pessanha; Maria Rosaria Barbato; Rodrigo Garcia Schwarz – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-517-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Meio Ambiente. 3. Trabalho. 4. Desigualdades. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

Apresentação

Os vinte e seis artigos do GT de “Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II” no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI demonstram, de maneira simbólica, muito do que o mundo do trabalho vem encontrando como desafios diuturnamente.

As apresentações e esta publicação procuraram seguir eixos temáticos, aproximando, sempre que possível, as discussões afins, de maneira a organizar a exposição das ideias e a privilegiar o espaço dos debates, sempre tão caros academicamente e potencializados em relevância diante do contexto atual de ataque aos direitos sociais e, em especial, aos direitos trabalhistas.

Compondo o primeiro bloco temático, a saúde do trabalhador e o meio ambiente de trabalho foram contemplados em artigos com enfoques diferenciados, passando pela análise do assédio moral, do dano existencial, dos riscos associados às nanotecnologias, do trabalho das gestantes em ambientes insalubres e de uma análise do labor em perspectiva mais ampla, incluindo a questão da dignidade.

O segundo eixo temático inicia com a reflexão acerca da coisificação humana e da invisibilidade do trabalhador, seguido das polêmicas que envolvem a terceirização e suas mudanças recentes, analisadas a partir da noção de precarização, da supressão de direitos, bem como dos valores sociais e liberais da Constituição Federal de 1988.

O ponto seguinte perpassa elementos da recente Reforma Trabalhista brasileira e do Direito Coletivo do Trabalho. Foram abordadas nessa etapa: a noção de historicidade do Direito do Trabalho, de modo a examinar a suposta mudança de paradigma do papel intervencionista do Estado; os modelos reguladores da relação de trabalho; o sindicato profissional como protagonista em benefício do trabalhador ou como precarizador; um olhar crítico acerca da rigidez agregatória sindical; a legalidade das greves nacionais contrárias à reforma trabalhista; e, em amplitude nesse conjunto de análises, o entendimento da demolição dos direitos trabalhistas no contexto da referida reforma.

No quarto bloco, a abordagem é voltada para os trabalhos que, infelizmente, ainda ocorrem em condições análogas às de escravo, pensados tanto sob o prisma da migração como dos direitos humanos e do capitalismo em sentido lato, promovendo uma análise da escravidão contemporânea de maneira bastante atual, dada a sua recorrência nesses moldes.

Em processo de conclusão, o quinto eixo temático representa o espaço de tratamento para assuntos diversos. Começa com a proposta de medidas de rechaço à violência de grupos vulneráveis (com enfoque no trabalho doméstico), seguindo com o tratamento da dificuldade diretamente relacionada à inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, a nova visão do TST acerca da possibilidade de acúmulo dos adicionais de periculosidade e insalubridade, a distribuição do ônus da prova na dispensa discriminatória, a celeuma acerca do uso do whatsapp no ambiente de trabalho, finalizando com o pacto de não concorrência quanto à compatibilidade com a legislação brasileira e a relevância prática do momento de sua celebração.

Parabéns às/aos autoras/es! As produções aqui compiladas apresentam um extrato significativo dos conteúdos que vêm sendo enfrentados na seara juslaboral, que, sem dúvida, está em um momento histórico que demanda cuidado e dedicação ainda maiores que o habitual.

Desejamos uma boa leitura e, sobretudo, profundas / proffcuas reflexões!

Profa. Dra. Maria Rosaria Barbato - UFMG

Profa. Dra. Vanessa Vieira Pessanha - UNEB

Prof. Dr. Rodrigo Garcia Schwarz - UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**UMA ANÁLISE DO PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA, DE SUA
COMPATIBILIDADE COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E DOS REFLEXOS DO
MOMENTO EM QUE É CELEBRADO**

**AN ANALYSIS OF THE NON-COMPETE AGREEMENT, ITS COMPATIBILITY
WITH BRAZILIAN LEGISLATION AND THE REFLECTIONS OF THE MOMENT
IN WHICH IT IS CELEBRATED**

**Ricardo José Leite de Sousa ¹
Raphaela Magnino Rosa Portilho ²**

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar a relação existente entre a concorrência e o contrato de trabalho, discutindo a validade da cláusula contratual de não concorrência sob a ótica do ordenamento jurídico vigente no Brasil, buscando responder as seguintes indagações: i) A celebração de pacto de não concorrência é lícita no Brasil? ii) Caso seja, em que momento a celebração será válida? Para a investigação, realizou-se uma pesquisa qualitativa, com base em estudo de textos científicos, legislativos e de decisões judiciais, pelo método de análise de conteúdo, utilizando-se como técnica a análise de documentação indireta e a bibliográfica.

Palavras-chave: Relação de emprego, Concorrência, Sigilo de informações, Pacto de não concorrência, Momento da celebração do pacto

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the relation between competition and labor contract, discussing the validity of the non-compete agreement from the perspective of Brazilian legal system, seeking to answer the following questions: i) The non-compete agreement is lawful in Brazil? ii) If so, when which moment its celebration will be valid? For the investigation, a qualitative research was carried out, based on a study of scientific, legislative and judicial texts, using the content analysis method, indirect and bibliographic documentation as a technique.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Employment contract, Concurrency, Confidentiality of information, Non-compete pact, Moment of the celebration of the covenant

¹ Doutorando na linha Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

² Doutoranda na linha Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO.

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

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

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

O estudo em tela tem por objetivo, de modo geral, analisar a relação existente entre a concorrência e o contrato de trabalho, discutindo a validade da cláusula contratual de não concorrência sob a ótica do ordenamento jurídico vigente no Brasil, buscando responder as seguintes indagações: i) A celebração de pacto de não concorrência é lícita no Brasil? ii) Caso seja, em que momento a celebração será válida?

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

A pesquisa proposta analisará a possibilidade de celebração do pacto de não concorrência a despeito do vácuo legislativo que circunda a matéria no ordenamento pátrio, verificando, em primeiro lugar, se a celebração da cláusula colide com alguma norma legal vigente em nosso ordenamento jurídico.

Caso se conclua pela inexistência de impeditivo legal, almejará estabelecer se o momento em que o pacto é celebrado - antes, durante ou após o término da relação de emprego – impacta na validade do negócio jurídico.

É importante registrar que o estudo proposto tem relevância, uma vez que busca solucionar uma controvérsia que se apresenta de forma reiterada em disputas judiciais, gerando enorme insegurança jurídica entre os contratantes.

Em razão da limitação de páginas imposta ao trabalho, para efeito de desenvolvimento da pesquisa, o presente artigo não abordará os requisitos comumente indicados como necessários à validade da cláusula de não concorrência (onerosidade, limitação temporal e geográfica).

Para responder as questões propostas, serão visitadas propostas legislativas brasileiras que visavam tratar do assunto, mas que não chegaram a ter seus textos aprovados e convertidos em lei, textos doutrinários e a legislação de Portugal relacionada ao tema.

Portugal é tomado como referência para o estudo por ser um dos representantes do Direito Continental europeu que disciplina a matéria em seu regramento jurídico há bastante tempo, cuja experiência pode servir como norte para o debate da questão no Brasil.

Em relação à estratégia metodológica adotada na investigação, realizou-se uma pesquisa qualitativa, com base em estudo de textos científicos, legislativos e de decisões judiciais, pelo método de análise de conteúdo. Dessa forma, quanto às técnicas de pesquisa, a opção foi, primordialmente, pela documentação indireta e a bibliográfica.

2. VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. HARMONIZAÇÃO COM A LEGISLAÇÃO NACIONAL.

Para que seja possível avançar com presente estudo, deve-se perquirir se, mesmo ante a inexistência de norma jurídica específica regulamentando a matéria, é admissível a celebração do pacto de não concorrência no Brasil.

Antes de qualquer outra consideração, é imperioso compreender em que consiste o pacto de não concorrer.

Alguns autores definem o pacto de não concorrência como a obrigação, em virtude da qual, o empregado se compromete a não praticar, por conta própria ou alheia, após a vigência do contrato de trabalho, ação que implique desvio de clientela de seu antigo empregador (BELTRAN, 2002, p. 421).

Tal definição não nos parece a mais adequada, haja vista que os atos de concorrência não se limitam, exclusivamente, àqueles relacionados ao desvio de clientela.

De fato, a concorrência pode ser implementada de diversas maneiras, como, por exemplo, através da divulgação de métodos produtivos, custos operacionais, fórmulas etc.

Por tal razão, a definição apresentada por Regiane Teresinha de Melo João (2003, p. 33), no sentido de que a cláusula “consiste na pactuação de abstenção do empregado de ativar-se por conta própria ou para outro empregador, em atividade igual ou semelhante, após o término do contrato de trabalho”, se afigura mais adequada.

No mesmo sentido, pode-se definir o pacto de não concorrência como “um acordo por virtude do qual o trabalhador se obriga a não desenvolver a sua actividade por forma que possa ser prejudicial para a anterior entidade patronal, comprometendo-se, designadamente, a não trabalhar para uma empresa concorrente ou a não exercer por conta própria actividades concorrentes” (PINTO; MARTINS; NUNES DE CARVALHO, 1994, p. 171)

Nota-se que, da parte do trabalhador, é assumida uma obrigação de não fazer, que consiste na abstenção em praticar um ato, podendo ser limitada ou não no tempo.

A obrigação de não fazer tem por fim impedir que o devedor pratique ato que teria o direito de realizar se não tivesse se obrigado a abster-se, impingindo autorrestricção à sua liberdade pessoal (GOMES, 2005, p.40).

Caio Maia Pereira (2004, p.64) ilustra a questão ensinando que “[...] a obrigação de não fazer é a negativa típica. O devedor obriga-se a uma abstenção, conservando-se em uma situação omissiva. A sua prestação é o *non facere*, seja mediante uma contraprestação, seja independente dela”.

Destarte, as obrigações de não fazer são caracterizadas por uma prestação negativa, por uma conduta omissiva. A abstenção objeto da obrigação deverá ocorrer durante um período, sendo que, em nosso ordenamento, a questão é regulada pelos artigos 250 e 251 do Código Civil¹.

No caso específico do pacto de não concorrência, a obrigação de não fazer assumida pelo trabalhador consiste na restrição à sua liberdade de trabalho, que ficará limitada em relação

¹ Os artigos 250 e 251 do Código Civil de 2002, dispõem o seguinte:

“Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.”

“Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfazer, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.”

a atividades profissionais em que haja colisão de interesses concorrenciais ao antigo empregador.

A proibição decorrente do pacto não se limita ao exercício contínuo de atividades que signifiquem concorrência ao ex-empregador. Mesmo atividades pontuais, como, por exemplo, a execução de um único projeto, estão abarcadas pela restrição, uma vez que podem significar risco tão ou mais deletério do que aqueles advindos de uma atividade rotineira (OLIVEIRA, 2005, p. 139).

Além disso, a atividade concorrencial objeto do impedimento não está restrita àquela eventualmente exercida em um novo emprego, uma vez que o trabalho autônomo, ou mesmo a constituição de uma sociedade empresária por parte do antigo empregado são alcançados pelos efeitos da cláusula de não concorrência.

Assim, cabe verificar se a assunção desse impedimento é consentânea com as normas que regem as relações de trabalho em âmbito nacional, impondo-se analisar o argumento normalmente exposto para que a cláusula de não concorrência seja vista como inválida ou mesmo ilícita, qual seja, o de que a legislação pátria não autoriza a pactuação em tela.

Data venia dos que aderem a essa ordem de ideias, nela verifica-se uma verdadeira subversão da lógica jurídica.

Como regra, tudo aquilo que não é vedado pelo ordenamento jurídico deve ser visto como permitido². Contudo, os defensores do argumento em análise apresentam raciocínio em sentido inverso.

O argumento debatido demonstra uma excessiva dependência da posituação das normas, partindo-se da premissa de que aquilo que não é previsto pelo legislador não é válido.

Pensar dessa forma significa abraçar, de forma desmedida, o positivismo jurídico, redundando em uma idolatria das leis e códigos como única fonte admissível para o Direito, olvidando-se que a sociedade caminha a passos largos à frente do legislador, que é incapaz de prever e regulamentar todas as situações da vida cotidiana.

O fato de inexistir norma que regule expressamente a celebração do pacto de não concorrência não significa, *per se*, que ela seja incompatível com o restante do ordenamento jurídico vigente.

² Essa é a regra do artigo 122 do Código Civil:

“Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

Pelo contrário. Todo negócio jurídico que seja celebrado por agentes capazes, tendo objeto lícito, possível, determinado ou determinável e que não tenha sua forma defesa em lei será válido, conforme o disposto no artigo 104 do Código Civil.

Assim, cabe investigar as normas que poderiam ser relacionadas, direta ou indiretamente, com a celebração do pacto de não concorrência e verificar se existe alguma que exclua, inequivocamente, a possibilidade de sua celebração.

Visto isso, é de se lembrar que o Brasil é um dos Estados-membro da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e que a OIT, desde 1928, adotou resolução favorável à validade da cláusula de não concorrência (MALLETT, 2005, p. 124). Portanto, no âmbito das normas internacionais em que o Brasil está inserido, constata-se que não existe óbice à celebração do pacto de não concorrência.

Em âmbito interno, não há na Consolidação das Leis do Trabalho qualquer elemento que obstaculize a celebração do pacto em debate.

Em verdade, a análise sistemática das normas consolidadas permite concluir que a cláusula de não concorrência está albergada pela legislação trabalhista nacional, chamando-se a atenção para o texto vigente do art. 444 da CLT, que autoriza as partes estipularem livremente as cláusulas que vão reger o contrato de emprego, desde que não haja contravenção às disposições de proteção ao trabalho, às normas coletivas aplicáveis à espécie e às decisões administrativas das autoridades competentes. As alterações que foram promovidas para o texto do art. 444 da CLT por parte da Lei nº 13.467/2017, que passa a vigor no mês de novembro de 2017, não trazem nenhuma modificação que impeça a adoção do raciocínio ora defendido, pelo contrário³.

A cláusula de não concorrência, por si só, não atenta contra qualquer norma de proteção ao trabalho.

Tampouco há qualquer regra emanada das autoridades competentes pela regulação e fiscalização das matérias atinentes às relações de emprego que proíbam sua adoção.

³ Redação atual do art. 444 da CLT:

“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.”

A Lei nº 13.467/2017 fez inserir no art. 444 da CLT um parágrafo único, que cria a figura do empregado hipersuficiente. Deixando de lado as críticas que essa previsão legal merece, e limitando-se sua análise ao escopo do presente estudo, verifica-se que a previsão legal é convergente com o ponto de vista defendido no presente estudo:

“Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

Por fim, se não houver uma norma coletiva de trabalho que impeça a celebração do pacto de não concorrência, do que não se tem notícia no Brasil, verifica-se inexistir qualquer óbice à pactuação em destaque.

Quanto a alteração promovida na redação do art. 444 da CLT em razão da Lei nº 13.467/2017, que fez incluir em seu texto o parágrafo único, que cria figura do empregado hipersuficiente, apto a negociar, individualmente, sua exclusão da aplicabilidade de direitos previstos em instrumentos coletivos.

A análise e a necessária crítica que devem ser feitas a essa previsão legal fogem ao objeto delimitado pelo estudo que ora se desenvolve.

Estudando-se a questão apenas pela ótica estabelecida na investigação ora realizada, nota-se que a alteração legislativa não impede a celebração do pacto de não concorrer, eis que apenas trata da possibilidade de exclusão do trabalhador “hipersuficiente” da proteção garantida pelas normas coletivas de trabalho.

Some-se a isso que, de acordo com o texto do artigo 8º da CLT, inexistindo disposições legais acerca de determinada questão, as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho “decidirão, conforme o caso [...] de acordo com [...] o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público” (BRASIL, 1943).

Começando pelo final, emprestar validade à cláusula de não concorrência significa justamente prestigiar o interesse público sobre o interesse particular, uma vez que um dos objetivos primordiais do pacto é o de defender o sistema de livre concorrência.

Portanto, o sacrifício eventualmente imposto ao empregado – sacrifício que deve ser voluntário, diga-se de passagem - objetiva a manutenção do equilíbrio de todo um sistema.

Em relação ao direito comparado, alguns estatutos estrangeiros preveem expressamente a adoção da cláusula de não concorrência, como é o caso da legislação de Portugal. Logo, o direito comparado serve para balizar a implementação do instituto em análise no Brasil.

Avançando o estudo e chegando ao ordenamento jurídico vigente no Brasil, pode-se observar que a limitação à concorrência decorre do princípio da boa-fé objetiva que deve unir os contratantes, estando positivada no artigo 422 do Código Civil.

Entretanto, é necessário atentar, como bem fez Estevão Mallet (2005, p. 125), que há imperfeição na letra da lei, uma vez que a obrigação de guardar os princípios de probidade e boa-fé não se limita ao momento da celebração ou da execução do negócio jurídico, sendo exigível, também, no período pré-negocial e na fase pós-contratual.

E aqui se verifica a plena aplicação da norma ao caso concreto, eis que no pacto de não concorrência exige-se a observância da boa-fé daquele que se comprometeu a não concorrer em período posterior ao término contratual.

Além disso, a legislação pátria contém diversos dispositivos que vedam a concorrência e a divulgação de segredos de negócio, que são harmônicos com a celebração do pacto de não concorrência.

A título de exemplo, pode-se citar o artigo 1.147 do Código Civil, que impede o comerciante que vende seu estabelecimento de implementar concorrência ao adquirente. A intenção do legislador é clara: preservar a clientela que o adquirente do estabelecimento conta em vir a ter, condição que é considerada no momento em que se estabelece o valor a ser pago pelo fundo de comércio adquirido.

Essa preservação seria posta em risco se o vendedor pudesse, imediatamente, organizar um novo estabelecimento com as mesmas características e objeto social.

Toda a experiência acumulada no período em que exerceu a atividade como comerciante, inclusive as informações relacionadas a fornecedores e consumidores, poderia ser aplicada para concorrer com o adquirente do estabelecimento, o que atenta contra o espírito de boa-fé que deve nortear os contratantes.

Pode-se citar também o artigo 35, inciso I, do Decreto nº 4.552/2002, que determina ser vedado aos Auditores-Fiscais do Trabalho e aos Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho revelar, ainda que após o afastamento do cargo, os segredos de fabricação ou comércio e os processos de exploração de que tiveram conhecimento no exercício de suas funções.

Trata-se de mais uma norma que proíbe aquele que, em razão do exercício de seu mister, teve contato com informações de valor concorrencial pertencentes a outrem, de torná-las públicas.

Esse é o mesmo espírito que comanda o artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial, em seus incisos IX, X e XI⁴.

⁴ “Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

[...]

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

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

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;[...].” BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 15 jan 2017

E a conjugação dessa última norma, com a regra do artigo 482, alíneas “c” e “g”, da CLT, no entender de Regiane Teresinha de Mello João (2003, p. 37), autoriza a celebração do pacto de não concorrência:

Os pactos de exclusão da concorrência após a ruptura do contrato de trabalho se caracterizam como convenção entre empregado e empregador para expandir os efeitos do art. 842, c e g, bem como se encontram em harmonia com o disposto no art. 195, IX, X e XI, da lei 9.279/96.

Portanto, o pacto de exclusão de concorrência após o término do contrato de emprego, *a priori*, não encontra vedação legal e é harmônico com outras previsões existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Estabelecida essa premissa, faz-se necessário estabelecer há uma relação de dependência e vinculação entre o pacto de não concorrência e o contrato de emprego.

Oris de Oliveira (2005, p. 150) defende que, como as cláusulas do pacto de não concorrência têm objeto próprio, requisitos específicos e não necessariamente o pacto precisa ser simultaneamente celebrado com o contrato de trabalho, devem ser objeto de um contrato específico.

Prossegue o autor esclarecendo que, mesmo sendo celebrados dois contratos, o de não concorrer é unilateralmente dependente do contrato de emprego. Como consequência, a nulidade do contrato de trabalho implica a nulidade do pacto de não concorrência, mas não o inverso (2005, p. 151).

Em assim sendo, pode-se asseverar que o pacto de não concorrência celebrado em razão de um contrato de trabalho que tenha objeto ilícito (trabalhar no jogo do bicho, por exemplo) não surtirá qualquer efeito, haja vista o vício que acomete o vínculo principal.

As ponderações do autor são corretas. Se não chega a existir a relação de emprego, não há nada que justifique a exigência de cumprimento do pacto de não concorrência.

Outros pontos relevantes são a definição do momento em que o pacto de não concorrência pode ser celebrado e quem são os sujeitos que podem celebrar tal negócio jurídico, questões que são intimamente ligadas.

De fato, o momento da celebração da cláusula de não concorrência vai definir se o negócio jurídico pode ser pactuado apenas por empregado e empregador, ou se também pode ser objeto de contratação antes da formalização da relação de emprego e/ou após seu rompimento.

Além disso, é importante averiguar se o momento em que o pacto é celebrado tem algum impacto na validade do ajuste.

A legislação existente sobre a matéria em Portugal, as propostas legislativas cuja implementação foi tentada no Brasil e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais serão utilizados como fonte para dirimir tais questões.

2.1 Momento da celebração do pacto e sua repercussão na validade do negócio jurídico.

Quando se pensa sobre os sujeitos que podem avençar a cláusula de não concorrência, a primeira ideia que vem à mente é a de que sua celebração depende da existência de um contrato de emprego que lhe seja anterior. Segundo essa ótica, o pacto necessariamente deveria ser celebrado por empregado e empregador, na vigência do contrato de trabalho.

Por isso, vê-se com certa tranquilidade a afirmação de Egon Felix Gottschalk (1970, p. 785) de que o pacto de não concorrência tem sua origem no próprio contrato de trabalho, eis que apenas um vínculo de emprego anterior justificaria sua celebração. Para o autor, tal conclusão decorre do fato de que o vínculo empregatício seria o nascedouro dos conhecimentos e segredos transmitidos para o empregado.

Essa compreensão, contudo, não contempla a complexidade das relações de trabalho hodiernas, sendo possível que a celebração do pacto de não concorrência ocorra mesmo antes da celebração do contrato de emprego.

Ainda que as partes, trabalhador e potencial empregador, estejam em tratativas para a celebração de um contrato de emprego, não há nada que impeça que, já nesse momento, seja convencionada a exclusão da concorrência ao fim da relação que está prestes a nascer, não obstante estarem ainda indefinidas as condições que regerão o contrato de emprego e que não tenha sido formalizada a admissão do empregado.

Nessa hipótese, caso a relação de emprego não venha a se concretizar por algum motivo, as obrigações decorrentes do pacto de não concorrência se tornam inexigíveis, uma vez que o trabalhador não chegou a ter contato com as informações sigilosas cuja proteção seja necessária.

Não por outra razão, Oris de Oliveira afirma que

nada impede que se pactue obrigação vinculada a uma condição suspensiva, (em que o contrato de trabalho compareça como fato futuro e incerto) ou a uma condição resolutiva (se o fato futuro e incerto previsto não acontecer, desaparecem as obrigações). (2005, p. 130)

Da mesma maneira, é possível que a celebração ocorra quando já extinto o contrato de emprego, ou seja, que o negócio jurídico seja entabulado entre ex-empregado e ex-empregador. Essa hipótese será analisada com mais vagar adiante.

Assim sendo, ainda que, por regra, os sujeitos do pacto de não concorrência sejam empregado e empregador, há exceções em que a cláusula é avençada por quem pretende se unir por uma relação de emprego, bem como por quem não está mais ligado pelo liame empregatício.

Desta forma, é importante verificar que impactos o momento da celebração tem na validade do negócio jurídico.

A legislação portuguesa trata especificamente dessa questão, tendo sofrido, ao longo do tempo, alterações justamente em relação ao momento em que seria possível a pactuação da não concorrência.

Sob a égide do Decreto-Lei nº 49.408/1969, só era admissível a celebração do pacto de não concorrência no momento da admissão do empregado, e a avença deveria necessariamente constar do contrato de trabalho⁵.

Tal previsão foi modificada pelo Código de Trabalho de 2009, que passou a admitir a instituição da cláusula de não concorrência no momento da rescisão contratual⁶.

⁵ Assim dispunha o art. 36º do Decreto-lei nº 49.408/1969:

“Art. 36.º

Liberdade de trabalho; pacto de não concorrência

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

2—É lícita, porém, a cláusula pela qual se limite a actividade do trabalhador no período máximo de três anos subsequentes à cessação do contrato de trabalho, se ocorrerem cumulativamente as seguintes condições:

a) **Constar tal cláusula por forma escrita, do contrato de trabalho;**

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

c) Atribuir-se ao trabalhador uma retribuição durante o período de limitação da sua actividade, que poderá sofrer redução equitativa quando a entidade patronal houver despendido somas avultadas com a sua formação profissional.

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

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

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

⁶ A matéria é disciplinada no art. 136 do Código de Trabalho:

“Artigo 136º.

Pacto de não concorrência

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

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

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.

Com a alteração legislativa, nas palavras de Sofia Silva e Sousa (2012, p. 53), tornou-se pacífico que o momento da formalização do pacto de não concorrência será aquele que as partes entenderem ser oportuno, e assim, a expressão “contrato de trabalho” contida no art. 136 do Código de Trabalho poderá ser entendida tanto como o momento da celebração do contrato, como qualquer alteração ou aditamento superveniente que as partes venham a acordar no uso da sua liberdade contratual, mesmo em documento autônomo, além da possibilidade de incluir a cláusula no acordo de rescisão contratual autorizado pelo art. 349 do Código de Trabalho⁷.

No Brasil, como já exposto, não há disciplina jurídica que trate especificamente da cláusula de não concorrência. Entretanto, a inexistência de um marco legislativo não decorreu de simples desatenção do legislador nacional quanto ao tema.

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

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

Estranhamente, a Lei nº 13.467/2017 não se debruçou sobre o tema, a despeito de ter promovido profundas mudanças na legislação trabalhista.

Entre as tentativas de legislar sobre o pacto de não concorrência no Brasil, apenas o Projeto de Lei nº 986/2011 e o Projeto de Lei do Senado nº 16/2007 tratam do momento em que a avença deve ser celebrada.

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

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

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

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

⁷ “Artigo 349.º

Cessação de contrato de trabalho por acordo

1 – O empregador e o trabalhador podem fazer cessar o contrato de trabalho por acordo.

2 – O acordo de revogação deve constar de documento assinado por ambas as partes, ficando cada uma com um exemplar.

3 – O documento deve mencionar expressamente a data de celebração do acordo e a de início da produção dos respetivos efeitos.

4 – As partes podem, simultaneamente, acordar outros efeitos, dentro dos limites da lei.

5 – Se, no acordo ou conjuntamente com este, as partes estabelecerem uma compensação pecuniária global para o trabalhador, presume-se que esta inclui os créditos vencidos à data da cessação do contrato ou exigíveis em virtude desta.

6 – Constitui contraordenação leve a violação do disposto nos n.os 2 ou 3.

O Projeto de Lei nº 986/2011, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, do PMDB/MT, inseria o artigo 444-A ao texto da CLT, com a seguinte redação:

“Art. 444-A. É permitida a instituição de cláusula de não concorrência quando, em razão da natureza do serviço prestado, o trabalhador tiver conhecimento de informações estratégicas da empresa, cuja divulgação possa causar prejuízo ao empregador, observado o disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1º A cláusula será estabelecida por escrito e sua vigência não excederá o prazo de dois anos, a contar da rescisão do contrato de trabalho.

§ 2º A cláusula pode ser instituída durante a vigência do contrato de trabalho, caso haja mudança nas atribuições do trabalhador, desde que configurada a hipótese prevista no caput deste artigo.

§ 3º Constará da cláusula, de forma expressa, a descrição das atividades e do ramo econômico em que o trabalhador está impedido de atuar em outra empresa.

§ 4º O trabalhador pode celebrar novo contrato de trabalho para atuar em atividade e ramo econômico distintos daqueles estabelecidos no contrato de trabalho anterior.

§ 5º O trabalhador fará jus ao pagamento de indenização mensal correspondente a, no mínimo, o valor do último salário recebido, pelo prazo que durar a cláusula de não concorrência, salvo se celebrar novo contrato de trabalho, nos termos estabelecidos no parágrafo anterior.

§ 6º A falta de pagamento da indenização por parte do empregador implica a resolução do ajuste, com o pagamento em dobro dos meses restantes, além de multa contratual.

§ 7º A violação da cláusula pelo trabalhador acarreta a restituição das parcelas pagas, além de indenização por perdas e danos.”

A norma proposta autorizava que o pacto fosse celebrado no momento da admissão ou no curso do contrato de trabalho, desde que houvesse alteração das atividades do empregado, que fizessem com que ele entrasse em contato informações dignas de proteção.

Já o Projeto de Lei do Senado nº 16/2007, de autoria de Marcelo Crivella, que, no início do ano de 2017 aguardava pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, prevê que a cláusula pode ser celebrada a qualquer tempo, sem nenhum tipo de condição relacionada a eventuais mudanças de tarefas do empregado no curso do contrato de trabalho⁸.

Estevão Mallet sustenta que a celebração do pacto, no momento da admissão do empregado, não costuma suscitar maiores questionamentos, sendo acompanhado no seu raciocínio por Regiane Teresinha de Mello João e Célio Pereira Oliveira Neto (MALLET, op. cit., p. 136; JOÃO, op. cit., p. 45-46; NETO, 2013, p. 143-144).

Os dois últimos autores fazem referência à Orientação Jurisprudencial nº 160 da Seção Especializada em Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho⁹ para demonstrar que não se pode admitir a presunção de que houve vício de vontade do empregado ao aceitar as

⁸ “Art. 1º. Esta Lei cria o Acordo de Proteção de Informações Sigilosas, adjeto ao contrato de trabalho e destinado à proteção de segredo comercial e informações confidenciais.

Parágrafo único. Empregado e empregador poderão estipular, a qualquer momento, o acordo a que se refere o caput deste artigo, para proteger segredo comercial ou informações confidenciais pertencentes ao empregador.” BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 968 de 7 de fevereiro de 2007. Cria o Acordo de Proteção de Informações Sigilosas, adjeto ao contrato de trabalho, para a proteção de segredo comercial e de informações confidenciais e regulamenta sua aplicação.. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=41341&tp=1>>. Acesso em: 30 jan 2017

⁹ “160. DESCONTOS SALARIAIS. AUTORIZAÇÃO NO ATO DA ADMISSÃO. VALIDADE (inserida em 26.03.1999) É inválida a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade.” BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial 160 da SDI-I do TST. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SD_I_1/n_s1_141.htm#TEMA160>. Acesso 11 jul 2015.

condições propostas no momento de sua admissão, sendo, portanto, necessária a comprovação de sua ocorrência.

Parece-nos acertado seu ponto de vista. Não é razoável simplesmente presumir que o trabalhador teve sua vontade viciada por ser o momento em que se estabelecem as condições da relação de emprego, cabendo-lhe, em hipótese de alegação neste sentido, o ônus de demonstrar suas assertivas.

Já a possibilidade de que o acordo seja celebrado no curso da relação de emprego desperta maiores controvérsias.

Ainda que a proposta apresentada pelo Projeto de Lei do Senado nº 16/2007 seja justamente nesse sentido, não parece ser a posição mais adequada.

Em primeiro lugar, quando a relação de trabalho já se encontra em curso, verifica-se a posição de maior fragilidade do empregado em relação ao empregador.

Justamente por isso, o preceito do artigo 468 da CLT determina que as alterações contratuais só serão lícitas se não forem, direta ou indiretamente, prejudiciais ao empregado e se contarem com sua anuência¹⁰.

Na hipótese em análise, se o empregado desempenha as mesmas atividades desde o início do contrato de emprego, sem que lhe tenha sido proposta a pactuação de não concorrer, isso significa que o empregador reputava desnecessária tal cautela.

A alteração das regras contratuais, com a assunção do impedimento por parte do empregado, sem que haja qualquer outra alteração nas condições de trabalho, significaria uma condição mais gravosa do que aquela experimentada inicialmente, o que torna a medida reprovável.

Contudo, caso o empregado venha a ser promovido no curso da relação de emprego e, em razão dessa promoção, passasse a ter contato com rotinas e informações concorrencialmente relevantes e dignas de proteção, haveria razão para a celebração da cláusula de não concorrência (MALLET, op. cit., p. 136) e justamente nesse sentido houve estipulação no Projeto de Lei nº 968/2011.

A despeito dessas ponderações, o Judiciário Trabalhista vinha adotando entendimento diametralmente oposto, quando se deparava com tal controvérsia:

¹⁰ “Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.
Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.”

TRT-PR-17-08-2010 I - CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA - PACTUAÇÃO APÓS O INÍCIO DO CONTRATO DE TRABALHO – VALIDADE CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA - PACTUAÇÃO APÓS O INÍCIO DO CONTRATO DE TRABALHO - VALIDADE - A estipulação de cláusula de sigilo, confidencialidade e não-concorrência, durante o curso do contrato de trabalho, não se traduz em alteração ilícita e unilateral. Isto porque o art. 482, nas alíneas c e g, da CLT, prevê que constituem motivos para a ruptura contratual por justa causa a prática de concorrência e o violação de segredo da empresa. Destarte, tem-se que tais deveres estão ínsitos no próprio contrato de trabalho, sobretudo diante do princípio da boa-fé, que deve nortear a relação de trabalho. Portanto, é plenamente válida a estipulação de cláusula de não-concorrência mesmo após o início da vigência do contrato de trabalho, não havendo afronta ao art. 468 da CLT. (TRT-9 - Recurso Ordinário : RO 1815420092908 - Relator(a): EDMILSON ANTONIO DE LIMA - Julgamento:06/09/2010 - Órgão Julgador: TURMA 1 - Publicação: 17/08/2010)

Entretanto, recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho se alinhou com o raciocínio ora exposto, e declarou a nulidade de cláusula de não concorrência celebrada no curso da relação de emprego, sem que houvesse alteração das atividades do empregado para justificá-la:

TERMO DE CONFIDENCIALIDADE E NÃO CONCORRÊNCIA. NULIDADE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE TRABALHO. CONDIÇÃO POTESTATIVA. ASSINATURA APENAS DO TRABALHADOR. 1. Hipótese em que consignado pelo TRT que - as partes pactuaram cláusulas especiais mediante Termo de Confidencialidade e Não Concorrência (fls.47/50) dois meses após a admissão do réu, na forma de adendo, tendo a relação empregatícia vigorado de 21 de agosto de 2006 a 27 de abril de 2010, ou seja, o Termo foi ajustado ainda no início da vigência contratual, sendo certo que nenhum vício de consentimento restou comprovado pelo recorrente, a fim de infirmar a validade do pacto -. 2. A teor do art. 444 da CLT, as relações contratuais podem ser objeto de livre estipulação entre as partes, desde que observadas as disposições de proteção ao trabalho, as normas coletivas aplicáveis e as decisões das autoridades competentes. 3. Por sua vez, prescreve o art. 468 da CLT que, - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições, por mútuo consentimento, e, ainda assim, desse que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia -. 4. No caso, o TRT concluiu pela validade da alteração do contrato de trabalho, haja vista que não restou comprovado o vício de consentimento, tampouco caracterizado prejuízo, de modo a invalidar a avença. 5. Todavia, a estipulação de cláusula de confidencialidade e não concorrência, a par de cingir-se à esfera dos interesses meramente privados, somente pode ser reputada válida mediante juízo de ponderação, ante a colisão de direitos fundamentais tais como o livre exercício de trabalho ou profissão, a proteção da propriedade privada e o primado da livre iniciativa, dentre outros princípios. [...] 8. É incontroverso, no caso, que em 21.8.2006, o reclamante foi contratado para desempenhar a função de Diretor de Tecnologia e Serviços da Autora, e que, nessa qualidade, exerceu atividades que o TRT entende justificar a celebração do Termo de Confidencialidade. Registrado, por sua vez, que somente após o interstício de dois meses, ou seja, com o contrato já em curso, foi celebrado aditivo ao contrato de trabalho, em que avençada referida - quarentena -. Não há, por sua vez, notícia acerca de qualquer alteração nas condições de trabalho do réu, pela qual se tenha agregado alguma vantagem ao trabalhador. [...] Desse modo, consabido que a cláusula de confidencialidade e não concorrência não estava definida no momento da contratação, como uma condição para a admissão do réu no cargo de Diretor de Tecnologia, conclui-se pela alteração prejudicial das condições de trabalho, pela submissão do réu aos termos do pacto. Recurso de revista conhecido e provido.(TST - RR: 19482820105020007 , Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 21/05/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/05/2014)

Portanto, a celebração do pacto de não concorrência com o contrato de trabalho já em curso deve ser justificada pela efetiva alteração de atividades do trabalhador.

Por fim, a celebração da cláusula de não concorrência no momento da ruptura contratual, por seu turno, não enseja ressalvas, sendo esse visto como o momento mais propício para tanto,

uma vez que, estando o empregado livre das obrigações assumidas em decorrência do contrato de trabalho, tem maior margem de manobra para a fixação, em seu favor, das condições que regularão o impedimento (JOÃO, op. cit., p. 46-47). Com isso em mente, os Tribunais do Trabalho no Brasil vêm entendendo pela validade da cláusula de não concorrência, quando celebrada após o término do contrato de trabalho:

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. PACTUAÇÃO APÓS A RESILIÇÃO CONTRATUAL. VALIDADE. A pactuação de cláusula prevendo a não concorrência após a extinção do contrato de trabalho não ofende o princípio do livre acesso ao trabalho previsto no inciso XIII do artigo 5º constitucional, porque inexistente direito absoluto. Ao lado do direito de o trabalhador dispor de sua força de trabalho como bem entender, o empregador tem o direito de resguardar sua propriedade, os seus produtos, os seus inventos. Entretanto, para que não se torne 'condição leonina', vale dizer, a sua implementação não ser concentrada na vontade e poder de uma só das partes, ela deve corresponder à integral recomposição da subsistência profissional, diante dessa paralisação forçada. Se assim não é, não se pode exigir a completa observância. Além disso, a instalação de uma empresa própria no término da quarentena imposta, aliado ao fato de que comumente acontece e do que se entende por potencialidade de mercado jamais poderá traduzir em concorrente de uma multinacional. (TRT-15 - RO: 18814 SP 018814/2010, Relator: MARIA CECÍLIA FERNANDES ALVARES LEITE, Data de Publicação: 09/04/2010)

Também é possível que a não concorrência venha a ser pactuada após a rescisão contratual, ou, ainda, que decorra de conciliação judicial, oportunidade em que as partes contarão com um mediador, o Juiz do Trabalho, que poderá avaliar o equilíbrio das cláusulas que compõe o pacto, podendo se recusar a homologar a avença, caso vislumbre a existência de ônus excessivo para qualquer uma das partes.

São duas hipóteses em que o pacto é avençado após a rescisão contratual e em relação às quais não há questionamentos quanto à sua validade.

Portanto, não é o momento da celebração do pacto de não concorrência que vai determinar a validade ou não do negócio jurídico, sendo recomendável, contudo, que a celebração no curso da relação de emprego decorra da alteração das atividades do empregado, que o coloque, a partir daquele momento, em contato com informações que possuam valor concorrencial.

3. CONCLUSÃO.

As sociedades empresariais investem cada mais vez em desenvolvimento de novas técnicas e recursos tecnológicos, objetivando a manutenção e crescimento de sua participação nos mercados em que estão inseridas.

A par disso, estratégias de negócio montadas com base em informações sensíveis e preciosas vão alavancando o desenvolvimento de suas atividades econômicas.

Ao longo do processo produtivo e econômico, o conhecimento de técnicas, métodos, fórmulas, listas de clientes e fornecedores etc. vão sendo conferidos aos empregados, que dependem de tais informações para o exercício de suas atividades laborativas.

Tais empregados passam a ter um valor para os concorrentes de seus empregadores, que não se relaciona apenas à sua formação e preparo técnico, advindo, também, das informações sigilosas e segredos de negócio que tiveram conhecimento em razão do vínculo de emprego mantido.

Considerando-se esse estado de coisas, o Direito do Trabalho é importante ferramenta de composição social de conflitos e não pode passar ao largo de tais questões, razão pela qual o presente artigo se propôs a estudar a viabilidade de se impedir que os empregados que tenham acesso a segredos de negócio e informações sigilosas incorram em atos de concorrência aos seus antigos empregadores, mediante a celebração do pacto de não concorrência após o término do contrato de emprego,

Para tanto, foi necessário apurar se a celebração do pacto de não concorrência é compatível com o ordenamento jurídico vigente, concluindo-se que não há nenhum óbice na legislação pátria e que o instituto é harmônico com previsões que permeiam a legislação vigente no Brasil e tem respaldo no direito comparado.

Superada essa questão, passou-se a análise do momento em que o pacto poderia ser celebrado e quais as repercussões do momento da celebração na validade da avença, concluindo-se que a pactuação é admissível tanto antes da celebração do contrato de emprego, quanto no momento da própria contratação e mesmo após o término da relação de emprego.

Concluiu-se, ainda, que a celebração no curso da relação de emprego deveria ser justificada por alguma alteração nas atividades desenvolvidas pelo empregado, que tivessem o condão de colocá-lo em contato com informações sigilosas de que não tinha ciência anteriormente, e que sejam aptas a justificar a pactuação da não concorrência.

Como suma da investigação, pode-se concluir que o pacto de não concorrência é um instrumento válido em âmbito nacional e condizente com a realidade atual das relações de emprego.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELTRAN, Ari Possidonio . **Dever de fidelidade, dever de não-concorrência e cláusula de não-concorrência**. Revista LTR, São Paulo, v. 66, n. 4, p. 419-424, 2002.

BRASIL. Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 jun 2015

_____. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. **Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial**. Diário Oficial da União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 15 jan 2017

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

_____. Projeto de Lei nº 968 de 12 de abril de 2011. **Acréscimo artigo à Consolidação das Leis do Trabalho para dispor sobre a cláusula de não concorrência**. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E875EB15238AFB984D49BE75C7C445E8.proposicoesWeb1?codteor=858535&filename=PL+986/2011>. Acesso em: 25 mar 2014

_____. Projeto de Lei do Senado nº 968 de 7 de fevereiro de 2007. **Cria o Acordo de Proteção de Informações Sigilosas, adjeto ao contrato de trabalho, para a proteção de segredo comercial e de informações confidenciais e regulamenta sua aplicação**. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=41341&tp=1>>. Acesso em: 19 jul 2015

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 1815420092908, da 1ª Turma Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Relator Desembargador Edmilson Antonio de Lima. Processo publicado no DEJT no dia 17.08.2010. Disponível em: < <http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18894668/1815420092908-pr-18154-2009-2-9-0-8-trt-9>>, acesso no dia 12 jul 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário nº 00842-2003-085-15-00-0. Relatora Desembargadora Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. Recorrente: Carlos Alberto Oliva. Recorrido: Arch Química Brasil Ltda. Processo publicado no DEJT no dia 09.04.2010. Disponível em: < <http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18942572/recurso-ordinario-ro-18814-sp-018814-2010/inteiro-teor-104205378>>, acesso no dia 12 jul 2015

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 19482820105020007, da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Processo Julgado no dia 21.05.2014, publicado no DEJT no dia 30.05.2014. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121527336/recurso-de-revista-rr-19482820105020007>>, acesso no dia 18 jul. 2015.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

GOTTSCHALK, Egon Felix. **A cláusula de não concorrência nos contratos individuais de trabalho**. LTr, São Paulo, ano 34, p. 782-786, nov. 1970.

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

MALLET, Estevão. **Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, p. 121-146, jan./dez. 2005. Disponível em: <
<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/6766770275>>. Acesso em: 28 jun 2015

MARTINS, P. Furtado ; PINTO, Mário e CARVALHO, A. Nunes de . **Comentário às leis do trabalho**, Vol. I, Lisboa: Lex, 1994.

NETO, Célio Pereira Oliveira. **Cláusula de não concorrência no contrato de emprego: efeitos do princípio da proporcionalidade** [dissertação]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. Disponível em:
http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2013-07-04T10:38:24Z-13761/Publico/celio%20Pereira%20Oliveira%20Neto.pdf. Acesso em 5 jul 2015.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. vol. II. 2º. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

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

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

SOUSA, Sofia Silva e. **Obrigação de não concorrência com efeitos *post contractum finitum***. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012.