

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
VICE-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO E
ATIVIDADES COMPLEMENTARES
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO EMPRESARIAL

A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE
TRABALHO

Por
Aline Dutra de Faria

Rio de Janeiro
Ano 2007

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
VICE-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO E
ATIVIDADES COMPLEMENTARES
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO EMPRESARIAL

A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE
TRABALHO

Monografia apresentada à UGF
como requisito parcial para
conclusão do curso de pós-
graduação *lato sensu* em Direito
Empresarial.

Por
Aline Dutra de Faria

Professor Orientador
Ms. Arnaldo Magalhães

Rio de Janeiro
2007

CURSO DE DIREITO EMPRESARIAL

TÍTULO DA MONOGRAFIA: A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO
CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

ALINE DUTRA DE FARIA

AVALIAÇÃO

1. CONTEÚDO

Nota: ____ Conceito: ____

Avaliador: _____

FORMA

Nota: ____ Conceito: ____

Avaliador: _____

NOTA FINAL: ____ CONCEITO: ____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2007

Arnaldo Magalhães

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter me dado força e sabedoria para conquistar mais essa vitória; à Mamãe e ao Juninho, razões da minha vida, por todo incentivo, apoio e paciência pelas ausências em vários finais de semana de aula no Rio de Janeiro; à minha família, que sempre torceram pelo meu sucesso; às minhas amigas Aninha, Karina, Mayana, Scheyla, Kamilla Anício, Kamila Abreu que sempre estiveram ao meu lado dando todo apoio e reclamando por não estar ao lado delas em Vitória-ES em alguns momentos de alegria e de tristeza; à minha amiga Fernanda, amizade que conquistei na sala de aula da pós-graduação e que carregarei por toda a vida. Obrigada a todos!

"Eterno, é tudo aquilo que dura uma fração de segundo, mas com tamanha intensidade, que se petrifica, e nenhuma força jamais o resgata" (Carlos Drummond de Andrade)

Referência bibliográfica

FARIA, Aline Dutra de, **A cláusula de não concorrência no contrato de trabalho.** 2007. 88 páginas. Monografia (Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial) – Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2007.

Pista para catalogação.

RESUMO

Busca instigar a viabilidade da chamada cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho, a fim de proteger os segredos que compõem os bens imateriais da empresa. Para tanto, inicialmente, foi preciso discorrer sobre o contrato individual de trabalho e os requisitos que o cercam. Ainda assim, foi necessário explicitar os deveres corolários que norteiam esta relação. Em um segundo momento, foi mister salientar os bens que compõem a Propriedade Industrial, de forma a expor os seus conceitos e abordar as suas diversas acepções. Em seguida, foram analisadas as hipóteses em que o empregado incorre em justa causa, quais sejam a negociação habitual e a violação do segredo de empresa. Em momento posterior, questionamos a validade da inserção da cláusula de não concorrência no ordenamento jurídico brasileiro, diante da lacuna legislativa sobre o assunto. Nesta fase, confrontamos a posição dominante da doutrina e jurisprudência acerca da validade e eficácia da referida cláusula. Mais adiante demonstramos os requisitos indispensáveis que devem embasar a validade da instituição da cláusula de não concorrência. A partir de uma análise profunda foi perfeitamente possível abstrairmos a inegável importância que deve ser aplicada à sua regulamentação, como forma de minimizarmos as consequências da evolução da era tecnológica, bem como ao fluxo de informações à lentidão do direito.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. DO CONTRATO DE EMPREGO E SEUS REQUISITOS.....	12
2.1. Dos sujeitos da relação de emprego.....	17
2.2. Princípio da boa-fé contratual.....	21
2.3. Obrigação de lealdade	23
2.4. Obrigação de obediência.....	25
2.5. Obrigação de sigilo.....	27
2.6. Obrigação de não concorrência.....	28
3. DO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	32
3.1. Bens que necessitam de proteção: invenção e modelo de utilidade.....	35
3.2. Desenho industrial e marcas.....	40
3.3. <i>Know how</i> : bem intangível não patentado e o segredo de empresa.....	42
3.4. O empregado e a propriedade industrial.....	47
3.5. Negociação habitual.....	48
3.6. Violação do segredo da empresa.....	53
3.7. Da concorrência desleal pelo empregado.....	55
4. DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO.....	62
4.1. Licitude, omissão e oportunidade para adoção da cláusula de não-concorrência.....	65
4.2. Pressupostos e formalidades.....	69
4.3. Limites, restrições e exorbitância para a cláusula de não concorrência.....	71
4.4. Compensação pela não concorrência.....	75
4.5. Impugnação da cláusula de não concorrência.....	80

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	82
REFERÊNCIAS.....	85

1. INTRODUÇÃO

Por muito tempo, a informação e o conhecimento não revelavam importância relevante para a sociedade. Isto se deve, por exemplo, principalmente, ao caráter público que tinham as formas de produção empregadas nas atividades rurícolas. No entanto, à medida que as civilizações foram evoluindo, o conhecimento passou a ser um ponto essencial para o desenvolvimento de novas descobertas.

Pode-se dizer que, com o fim da década de 80 e o início da década de 90 foi nítida a transformação ocorrida no Direito do Trabalho, em especial, no contrato individual de trabalho. Ocorreu, sem dúvida, significativa transformação na estrutura da sociedade em razão das inovações políticas e tecnológicas, e, por conseguinte, na organização das empresas.

O Estado Brasileiro foi fortemente influenciado pela globalização da economia, que, por sua vez, impôs novos contornos para a relação de emprego. Com efeito, em virtude do papel ocupado pelo empregado durante e após o término do contrato individual de trabalho nasce para o empregador a necessidade de preservar aqueles conhecimentos à que o empregado teve acesso durante a execução do pacto laboral.

A necessidade de desenvolvimento acaba por refletir na relação empregatícia, na medida em que as empresas buscam a proteção das suas informações que seus empregados têm acesso. Isto porque, o empregado que exerce função altamente especializada pode tomar conhecimento de segredos de indústria e de comércio, isto é, do *know how* do seu empregador.

Em nossos dias, o conhecimento que se caracteriza enquanto um bem imaterial é objeto de desejo por parte de empresas concorrentes que apostam nas informações adquiridas por empregados como forma de atingir o sucesso.

Dentre as formas de conhecimento que o empregado pode ter acesso às informações sigilosas da empresa, temos, a base de dados da empresa, informações, métodos, fórmulas de produção, ou seja, toda a forma de conhecimento que deve receber a proteção da ordem jurídica.

Dessa forma, o empregado exerce papel fundamental na atividade empresarial de seu empregador, visto que, dependendo da atividade que exerce tem acesso a todo e qualquer tipo de informação que não deve ser propagada para as empresas concorrentes.

Caso o empregado cometa alguma falta no que tange a não obediência em guardar segredos da empresa, ele poderá ter seu contrato individual de trabalho rescindido por justa causa.

No entanto, quando tal contrato já tenha sido cessado, poderá o empregado efetuar novo vínculo empregatício até mesmo com empresa concorrente, uma vez que, não há óbice para nova contratação.

Há, no Direito do Trabalho, a possibilidade da inserção no contrato individual de trabalho de uma cláusula denominada “cláusula de não concorrência”, por meio da qual o empregado deve permanecer com o dever de assegurar as informações sigilosas da empresa mesmo prestando serviços à empresa concorrente.

O presente trabalho objetiva esclarecer qual a possibilidade de instituição da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho como forma de proteger o *know how* da empresa.

Dentro dessa perspectiva, o presente trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro, buscou-se apresentar o conceito de empregado e empregador, bem como os seus respectivos direitos e deveres na relação empregatícia. Foi imprescindível ainda,

abordar os princípios que regem o contrato de trabalho, quais sejam: Lealdade, Obediência, Sigilo e Não Concorrência.

No segundo capítulo, são tratados os bens que compõe a Propriedade Industrial, a fim de se questionar a real necessidade de protegê-los contra a divulgação indevida do ex-empregado. Ainda assim, buscou-se verificar os efeitos advindos da não observância da cláusula de não concorrência por parte do empregado.

Em se tratando do último capítulo, abordaremos a viabilidade da cláusula de não concorrência como forma de proteger o *know how* do empregador. Por fim, analisaremos a validade da cláusula de não concorrência no ordenamento pátrio brasileiro, a fim de investigarmos as vantagens e desvantagens, porventura existentes, de sua utilização pelo empregador.

2. DO CONTRATO DE EMPREGO E SEUS REQUISITOS

O artigo 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas conceitua o contrato individual de trabalho como sendo “o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Contudo, a conceituação recebida pelo artigo é fortemente criticada pela doutrina. Referindo-se ao tema tratado Alice Monteiro de Barros (2005, p. 210) lembra que o contrato não corresponde à relação de emprego, mas apenas cria esta relação jurídica.

A figura jurídica do contrato individual de trabalho repousa sobre as normas imperativas do Direito do Trabalho. A caracterização de tal contrato necessita de requisitos essenciais à sua configuração.

Verifica-se, portanto, a necessidade de reunir requisitos indispensáveis, que segundo Mauricio Godinho Delgado (2006, p. 492) são: “pacto de direito privado, sinalagmático, consensual, *‘intuito personae’*, de trato sucessivo, de atividade, oneroso, com alteridade e complexo”.

O primeiro caractere – contrato de direito privado – diz respeito à autonomia da vontade, vez que os contratantes pactuam de maneira livre a formação do contrato individual de trabalho. Embora no passado, se tenha discutido a que ramo filia-se o contrato de emprego, hoje a questão se encontra sedimentada, no sentido de que é privado.

Tampouco é necessário que as obrigações sejam recíprocas, sendo assim é sinalagmático. Dessa característica resultam obrigações contrárias e equivalentes. Por vezes, as partes, ajustam o equilíbrio dessa obrigação onerosa.

O caráter consensual pressupõe a ausência de formalidades para a sua validade, bastando apenas o mero consenso entre as partes. O consentimento, ainda que feito de forma tácita, é válido para o contrato individual de trabalho.

O quarto caractere é o de que deve perdurar o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego. O Direito do Trabalho pressupõe que as prestações sejam prestadas de forma sucessiva, isto é, durável.

Por essa razão, Mauricio Godinho Delgado (2006, p. 494) prevê o caráter da continuidade e de permanência quando aduz “oposto ao aspecto *instantâneo* de uns contratos (compra e venda) ou episódico de outros (contrato de trabalho eventual)”.

Além disso, temos o contrato de atividade que está intimamente ligado à característica de sucessividade, definida anteriormente. Desse modo, as obrigações de fazer devem ser exauridas continuamente no tempo.

A característica da onerosidade supõe que a prestação de trabalho corresponda à contraprestação de salário. O empregado deve prestar o trabalho e o empregador deve pagar o salário. A ausência de onerosidade descaracteriza o contrato de emprego, pois é indispensável à reciprocidade de obrigações entre as partes.

O contrato de alteridade é também uma das características do contrato de trabalho. O empregado ao executar as prestações de serviços o faz por conta alheia, de forma que o risco do resultado recai sobre quem contratou o empregado e não do prestador de serviços.

Finalmente, temos o contrato complexo, de onde se concebe a possibilidade de associação com outros contratos. Disso decorre o caráter de acessoriedade dos contratos.

De outro modo, quando se analisa os requisitos do empregado, deve-se atentar para o artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT, 1943) que apresenta os pressupostos legais para a sua definição: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Dito isso, ainda precisamos buscar o último pressuposto para a correta definição de empregado presente no conceito de empregador (CLT, artigo, 2º) qual seja: “a prestação pessoal do serviço”. Assim, os serviços prestados podem ser de natureza técnica, intelectual ou manual conforme a categoria ligada.

É oportuno observar que se todo empregado é uma pessoa física ou natural, por outro lado não se admite que o mesmo seja uma pessoa jurídica. O que a lei pretende dizer com isso é que os bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho serão: a vida, a saúde, a integridade moral, o bem-estar e o lazer, o que não poderão ser usufruídos pelas pessoas jurídicas.

O pressuposto da não eventualidade requer que o empregado preste o serviço de forma permanente, uma vez que esses serviços são de suma importância à atividade desenvolvida pelo empregador.

Outrossim, a atividade prestada de forma eventual, segundo ensina a professora Alice Monteiro de Barros (2006, p. 201) “é aquela que não se insere no âmbito das atividades normais da empresa”.

Conforme já mencionado, a prestação de serviço deve ser feita de forma habitual, pois a prestação feita de forma excepcional distancia-se da atividade normal da empresa.

De acordo com Gomes & Gottschalk (1998, p. 78) o serviço prestado de forma habitual é aquele que “é exigido em via absolutamente transitória e acidental, em caso de ser necessário um serviço imposto por exigência momentânea da empresa”.

Outro aspecto que convém analisar é o pressuposto da subordinação, requisito característico do contrato de trabalho. Embora o texto legal use a palavra dependência, o termo subordinação ganha relevo para distinguir o trabalho subordinado e o trabalho autônomo. Nessa linha observa Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 161) quando leciona:

(...) Empregado é um trabalhador subordinado. Se o trabalhador não é subordinado, será considerado trabalhador autônomo, não empregado. As leis trabalhistas são voltadas para a proteção do trabalhador subordinado e não para o trabalhador autônomo.

Vê-se, portanto, que a subordinação decorre da posição em que se encontra o empregado dentro do contexto da relação de emprego. O empregado submete-se ao comando do poder de direção traçado pelo empregador para o exercício de suas atividades e, em contrapartida, o empregado deve sujeitar-se as obrigações de lealdade, obediência, sigilo e não concorrência.

Convém também salientar que o pressuposto da onerosidade pressupõe que a prestação de trabalho corresponda à contraprestação do salário. O contrato individual de trabalho é, portanto, oneroso. Os serviços prestados de forma gratuita descaracterizam a relação de emprego.

Nesse diapasão, tornam-se oportunos os ensinamentos de Mauricio Godinho Delgado (2006, p. 298), ao afirmar que “o contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações”. O direito do empregado em receber uma retribuição mensal é devido e, paralelamente, existe o dever de prestar o serviço.

Defere-se, portanto, a obrigação do empregado em receber o salário, uma vez que o contrato de trabalho não pode ser prestado de forma gratuita, pois caso o seja não constitui relação de emprego.

No que diz respeito à prestação pessoal do serviço, o empregado torna-se individualizado, de modo que, a execução do serviço deve ser prestada por pessoa determinada. Nesse sentido, “é essencial à configuração da relação de emprego que a prestação de trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador”. (DELGADO, 2004, p. 291)

Qualquer outra interpretação através da qual se vise retirar a pessoalidade descaracteriza a relação de emprego. Assim, pode-se afirmar que a relação de emprego é *intuitu personae*, isto é, é pessoal em relação ao empregado.

Tal pessoalidade decorre do elemento confiança que emerge do contrato individual de trabalho. Entretanto, não se deve confundir a pessoalidade com a exclusividade, uma vez que esta pressupõe uma cláusula contratual de exclusividade, decorrida da relação empregatícia.

De outro lado, temos a figura do empregador, que é definida no art. 2º da CLT que assim dispõe: “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. (CLT, 1943).

Completando, o § 1º do citado artigo temos que

§ 1º equiparam-se ao empregador pra efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas, ou

outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Não obstante, o conceito adotado pelo texto legal, faz-se necessário examinar a definição adotada por Alice Monteiro de Barros (2006, p. 345) que, afirma com precisão: “Empregador é a pessoa física, jurídica ou o ente que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, assumindo os riscos do empreendimento econômico”.

É importante notar que, a partir da existência da figura do empregador alguns efeitos intrínsecos decorrem dessa atividade. Esses efeitos ou características, que foram observados por Mauricio Godinho Delgado (2006, p. 391) são: a despersonalização, para fins justralhistas e a sua assunção dos riscos do empreendimento e do próprio trabalho contratado.

A despersonalização da figura do empregador consiste na hipótese em que a alteração do sujeito passivo do contrato individual de trabalho, não acarretará prejuízos ao empregado, que terá intacto o seu contrato empregatício.

Já a característica da assunção dos riscos do empreendimento ou do trabalho, por sua vez, faz com que o empregador assuma com exclusividade a responsabilidade em face do seu interesse econômico. Em virtude dessa responsabilidade atribuída ao empregador, fica desautorizada qualquer imputação de prejuízos ou perdas ao empregado.

2.1. Dos sujeitos da relação de emprego

Não obstante os avanços sociais e as profundas transformações ocorridas ao longo da história, o contrato individual de trabalho ainda tem no período contemporâneo o grande afã da sociedade que busca a estabilidade da relação empregatícia.

De acordo com Mauricio Godinho Delgado (2006, p. 489), o contrato individual de trabalho é o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica, ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviço.

Dentro do espectro do Contrato de Trabalho, a Consolidação das Leis Trabalhistas expressa em seu artigo 442, *caput*, que “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Como podemos perceber, trata-se de um contrato privado, em que os contratantes se colocam em pé de igualdade jurídica. Ademais, identificamos a figura do empregado e do empregador como imprescindíveis para a regular execução do contrato.

Essa relação jurídica firmada entre empregador e empregado tem por objeto o contrato individual de trabalho. José Affonso Dallegrave Neto (2005, p.28) expõe de forma precisa o conceito desses sujeitos:

O empregador é credor da mão-de-obra contratada e devedor da respectiva remuneração do serviço, enquanto que o empregado é devedor do trabalho e credor do salário correspondente à execução pessoal do serviço.

Os sujeitos da relação jurídica contraem direitos e obrigações, que por sua vez, são fixados em contrato, outras fontes normativas, ou, até mesmo, por vezes, decorrem do vínculo empregatício pactuado.

Desse modo, diante da subordinação jurídica à que se presta o empregado, surge para o empregador o poder de direção e comando, o direito de controle e o poder de aplicar penas disciplinares. Registre-se, ademais, que, observando o artigo 2º da CLT, que

qualifica o empregado como aquele que dirige a prestação pessoal do serviço, obtemos o fundamento desse poder outorgado ao empregador, diante da sua posição diretiva.

Em primeiro lugar, temos o poder de direção e comando, onde o poder de organização é inerente à figura do empregador. Assim, no exercício de suas atividades, deve organizar a atividade que desenvolve de forma necessária a articular os fatores de produção, para isso, vale-se do seu poder de determinar as condições e aplicação da força de trabalho do empregado, nos limites ajustados.

Outro importante poder diretivo do empregador é o poder de controle, que pressupõe que a prestação de trabalho seja realizada nos moldes pactuados. Através disto, tem-se o direito fiscalizador do empregador em verificar as atividades profissionais de seus empregados.

É cedido também o direito de revista do empregador ao término do expediente, derivado do seu poder fiscalizador, desde que feita de forma moderada a fim de respeitar a dignidade do trabalhador.

Pode ser mencionado ainda, o poder disciplinar, previsto em caso de inadimplemento de obrigação contratual. O Direito Brasileiro prevê a possibilidade de aplicação de suspensão disciplinar e advertência.

O empregador no uso do seu poder disciplinar, com vistas a punir o comportamento ilícito do empregado, pode aplicar penalidades. As penas mais leves deverão ser apenadas com advertência, que poderá ser verbal ou escrita. A aplicação da suspensão reserva-se para as penalidades de grau médio. De outro modo, a dispensa por justa causa, impõe-se para as faltas graves.

Neste sentido assim se manifestou Wagner Giglio (2000, p. 48):

Por uma questão de justiça, as faltas mais leves devem ser punidas com penas menos severas, como as advertências (verbais ou escritas) e as suspensões disciplinares, reservando-se a punição máxima do despedimento às infrações mais graves.

Embora a ausência de previsão legal, a advertência é aplicável, tendo em vista que suas conseqüências são apenas de caráter moral e não econômico para o empregado. A previsão de multa é vedada, exceto para os atletas profissionais, caso em que serão punidos por normas desportivas.

No que se refere ao poder do empregador de suspender o empregado, temos que de acordo com o artigo 474 da CLT a suspensão é permitida desde que não ultrapasse 30 dias consecutivos, pois caso isso ocorra, teremos a rescisão injusta do contrato de trabalho, por culpa do empregador.

Embora o empregador detenha o poder disciplinar sobre o empregado, deve o fazer de modo moderado, para que a penalidade aplicada corresponda com a infração cometida pelo empregado, caso contrário, o empregador poderá ser responsabilizado pelo abuso que cometer.

Não obstante aos direitos expostos do empregador, este tem o dever de pagar o salário ajustado, de modo que, o empregador está obrigado a remunerar os serviços prestados pelo empregado. Ainda assim, cabe ao empregador dar o trabalho e possibilitar que a sua execução seja prestada de forma normal.

Wagner D. Giglio (2000, p. 12) discorrendo sobre as obrigações decorrentes da relação de emprego, resume que:

Empregado e empregador se unem através de um contrato de trabalho que prevê obrigações mútuas: para o empregado, obrigações de obediência, diligência no serviço e fidelidade; para o empregador, de fornecer o serviço, pagar salário, respeitar o empregado e cumprir as demais cláusulas do contrato.

Francisco Meton Marques de Lima (2001, p. 28), ao tratar das obrigações do empregado e empregador no âmbito do contrato individual de trabalho, conclui que: “O empregado tem os deveres de trabalhar com diligência, fidelidade e obediência; e o empregador, de proporcionar trabalho, de remunerar, de respeitar o trabalhador e não exigir mais do que o pactuado nem diferente do acordado”.

De outro modo, Arnaldo Sussekind (2005, p. 259), ao se referir aos deveres do empregador, demonstra de forma clara a obrigação decorrente dos direitos do empregado “O empregador tem a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana. São obrigações que decorrem do princípio geral da execução de boa-fé do contrato”.

Para tanto, ainda existem as obrigações acessórias, que são previstas em lei, e disciplinam a prevenção dos danos físicos ou morais que podem surgir em virtude da execução do contrato. Paralelamente, o empregador deve prestar assistência e indenização ao empregado por ocasião dos danos ocorridos.

O empregador tem ainda a obrigação de conceder ao empregado às férias anuais, assim como o repouso semanal remunerado, a fim de que o empregado restabeleça os esforços despendidos na prestação do trabalho.

Para efeitos deste trabalho, iremos destacar os deveres corolários desta relação que são as obrigações de: Lealdade, Obediência, Sigilo e Não Concorrência.

2.2. Princípio da boa-fé contratual

O contrato individual de trabalho, como qualquer outro, deve ser executado de boa-fé entre empregado e empregador. Assim, o Princípio da Boa-Fé encontra-se intrinsecamente ligado à base da sistemática jurídica em matéria de contratos.

Saad et al. (2006, p. 367) lecionam que:

O princípio da boa-fé impregna todo o ordenamento jurídico. No Direito do Trabalho ele tem um significado especial. Aqui já deixamos patente não ser esse princípio exclusivo do Direito do Trabalho, mas é incontestável sua relevância nas relações de trabalho. Na execução do contrato de trabalho, as duas partes estão em permanente relacionamento por um tempo que, com freqüência, é muito longo, o que torna indispensável a confiança que devem ter entre si. Essa a razão por que a boa-fé, no Direito do Trabalho, tem importância muito maior que em outros ramos do Direito. A boa-fé de que tratamos aqui é aquela que corresponde a uma conduta orientada pelo firme propósito de cumprir honestamente as obrigações assumidas no contrato.

No entender de Américo Plá Rodriguez (1993, p. 271), “a boa-fé constitui um ingrediente de ordem moral indispensável para o adequado cumprimento do direito”.

Por expressar obrigações recíprocas, o princípio da execução contratual denota um alto sentido moral. Disso decorre o dever de colaboração, através do qual os contratantes comprometem-se assegurar a execução de boa-fé do contrato.

Américo Plá Rodriguez (1993, p. 273) discorrendo sobre o conceito de boa-fé aplicado ao Contrato de Emprego, distingue a boa-fé crença da boa-fé lealdade.

A boa-fé crença significa que o empregado ao cumprir com as obrigações contratuais ignora os fatos exteriores e acredita estar agindo corretamente. De outro lado, a boa fé lealdade pressupõe que o empregado cumpra o seu dever com dever, postura e honradez.

Daí, então, o autor esclarecer a necessidade de vigorar nos contratos individuais de trabalho a boa-fé lealdade, nos quais o empregado adota um comportamento e não uma convicção.

Creemos, pois, que deve haver a correspondência entre a diligência, obediência e fidelidade do empregado à compreensão do empregador.

Gomes e Gottschalk (2004, p. 184), apoiando-se na afirmação anterior, acreditam que na prestação de trabalho o princípio da boa-fé é inerente a execução de todo contrato.

Detecta-se, assim, que o princípio da boa-fé é aquele que norteia todos os contratos de trabalho, de modo que, os contratantes se obrigam, além do estabelecido no contrato individual de trabalho, as regras mínimas de proteção.

Dessa forma, empregado e empregador devem se comportar em toda a execução contratual e, até mesmo depois de extinta, em conformidade com o princípio da boa-fé. De resto, quando uma das partes incorre em violação, ocorrerá a dispensa por justa causa.

2.3. Obrigação de lealdade

A obrigação de lealdade ou fidelidade trata-se de uma obrigação de natureza moral e não constitui requisito específico para a pactuação laboral, pois decorre do caráter fiduciário da relação.

Assim, tal dever traduz-se num sentido de lealdade do empregado, tendo em vista que o mesmo tem acesso a informações, *know how* e conhecimento de seu empregador os quais deve manter em sigilo, em cumprimento às obrigações referidas, doravante e após o encerramento do vínculo empregatício.

A obrigação de prestar o trabalho faz com que o empregado muitas vezes, dependendo do tipo de trabalho, tenha acesso a informações sigilosas, relacionadas às atividades desenvolvidas pelo empregador.

Sucedem que essas informações têm caráter confidencial e, portanto, são fundamentais para o negócio do empregador, motivo pelo qual quando violadas ou repassadas a terceiros causarão prejuízos imensuráveis para o seu negócio.

Neste contexto, podemos observar que a questão ganha maior preocupação quando estamos diante de empregados altamente qualificados, que tem acesso a um maior número de dados. Ari Possidonio Beltran (2002, p. 419) em sua obra, discorre sobre o “compromisso de fidelidade”, ao afirmar que:

Tal situação ocorre, via de regra, com trabalhadores que ocupem cargo de confiança, funções técnicas, funções de especial qualificação etc. Portanto, paralelamente ao dever de fidelidade já analisado, a indagação ora feita é sobre a validade dos chamados “Compromissos de Fidelidade”, tão comuns, atualmente, nos contratos de trabalho daqueles prestadores de serviço que detêm particular qualificação ou especial posição hierárquica dentro da empresa.

Sendo assim, em havendo o descumprimento do dever de fidelidade, Gomes e Gottschalk (2004, p. 184) alertam:

A violação desse dever por parte do empregado resulta na figura disciplinar prevista em lei: a desídia. Caracteriza-se por um comportamento anômalo do empregado, concretizando em circunstâncias de fato múltiplas, reveladoras do dever de diligência.

A jurisprudência vem confirmá-lo:

EMENTA: JUSTA CAUSA – AO VIOLAR UMA OBRIGAÇÃO GERAL DA CONDUTA, O EMPREGADO VIOLA TAMBÉM SUA OBRIGAÇÃO DE LEALDADE E FIDELIDADE AO EMPREGADOR, TORNANDO IMPOSSÍVEL A PERMANÊNCIA DO CONTRATO. JUSTA CAUSA CARACTERIZADA. (RO Nº 10199/01, TERCEIRA TURMA DO TRABALHO, TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE MINAS GERAIS, RELATOR: DÊS. GABRIEL DE FREITAS MENDES, JULGADO EM 20/11/2001).

No contrato individual de trabalho, a fidelidade, além de manifestar a boa-fé com que deve ser executado o contrato, manifesta-se, principalmente, pela proibição do

empregado em difundir informações que possam implicar dano moral ou patrimonial ao empregador e a empresa, assim como praticar atos de concorrência à atividade econômica do empregador.

2.4. Obrigação de obediência

Partindo do pressuposto que no contrato individual de trabalho o empregado está diretamente subordinado ao empregador, temos o dever de obediência como consequência lógica dessa vinculação. O empregado, assim considerado, deve obediência às ordens emanadas de seu empregador.

Existe, entretanto, no contrato de trabalho a liberalidade do empregador em razão da execução de tarefas impostas. Porém, o empregado está sujeito às ordens e instruções do empregador, que conserva o poder de direcionar as atividades do empregado.

Gomes e Gottschalk (2004, p. 90) ao abordarem a questão enumeram os poderes do empregador que são:

Poder de direção e de comando, poder de controle ou de fiscalização, poder disciplinar, poder de regulamentar e, nas empresas, poder regulamentar e de organização. Com o exercício desses poderes surge uma pretensão do empregador a obter determinado comportamento do empregado, ao qual se obrigou contratualmente, e no qual se enquadra a prestação de trabalho.

Com a violação do dever de obediência o empregado incide em dois tipos de falta grave: a insubordinação e a indisciplina que, uma vez configuradas, podem vir a ocasionar a ruptura contratual.

A insubordinação e a indisciplina decorrem do gravame cometido pelo empregado, quando este violou o dever de obediência. Assim, para haver a insubordinação, é necessário que o empregador dirija direta e pessoalmente ao empregado a realização de determinado ofício.

O empregado, por sua vez, ciente da sua exclusiva responsabilidade, não executa as ordens que lhe foram dadas. De outro lado, não menos importante, temos a indisciplina que surge como consequência das ordens de caráter geral fixadas nos regulamentos das empresas e que não são obedecidas.

Lacerda citado por Zainaghi (2000, p. 111) ao distinguir a insubordinação e a indisciplina assim se manifestou:

A indisciplina é o ato de empregado que traduz violação deliberada dos princípios de ordem geral que devem reinar na comunidade da empresa, e que emanam ou da regulamentação coletiva, ou do regulamento interno, ou do contra tipo, ou das regras costumeiras, ou da Lei estatal ou da lei do grupo.

E continua o autor citado: “A insubordinação é a prática intencional que representa o não cumprimento deliberado de uma ordem especial, de caráter pessoal, dada ao empregado pelo empregador ou por um superior hierárquico”.

Caso as ordens emanadas pelo empregador não sejam válidas e legítimas, cabe ao empregado opor o direito de resistência, tendo em vista que o dever de obediência não é absoluto.

Por isso, não constitui dispensa imotivada quando o empregador extrapola o seu poder de comando. Neste caso tem aplicação o artigo 483, “a” da CLT, que desobriga o empregador de cumprir os “serviços superiores às suas forças, defesos por Lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato”.

Estas são as hipóteses pelas quais foi concedido ao empregado o direito de se opor às ordens de seu empregado. Não obstante a dispensa sem justa causa, o empregado poderá ainda pleitear a devida indenização.

2.5. Obrigação de sigilo

No ordenamento jurídico brasileiro, a obrigação de sigilo tem origem no contrato de emprego, mais precisamente no artigo 482, “g” da Consolidação das Leis do Trabalho. A proteção à propriedade industrial é protegida pela Lei nº 9.279/1996 e o crime é caracterizado como concorrência desleal.

O conceito de segredo dentro dessa obrigação envolve todos os aspectos da produção, organização, informações, dados, características internas, isto é, são informações de caráter confidencial e que só dizem respeito ao empregador. Sobre o conceito de segredo leciona Domingos Sávio Zainaghi (2000, p. 10) “violado é utilizado pela lei no sentido de revelar ou divulgar. O empregado que divulgue segredos de empresa comete justa causa”.

Dessa forma, como mencionado, a proteção ao segredo necessita que direitos e deveres sejam abdicados em favor da confidencialidade, entretanto, só devem ser prestados se harmonizados com a Constituição da República Federativa do Brasil. Assim expressa o artigo 5º, XIV da CF: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão”.

Contudo, o dever de sigilo não poderá trazer um excessivo gravame ao empregado, como, por exemplo, impor que o empregado abdique de sua profissão, uma vez que isso causaria violação à sua liberdade de exercer ofício ou profissão. É o que dispõe o artigo 5º, XIII da CF: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Daí, então, a preponderância atual dos Direitos Fundamentais para efeitos do presente trabalho em relação aos demais direitos elencados na Constituição da República, afinal a obrigação a que se submete o empregado é a de não utilizar as informações do empregado em face do novo empregador, mas isso não significa, em hipótese alguma,

qualquer dever do empregado em deixar de utilizar a sua experiência profissional em proveito próprio ou alheio.

2.6. Obrigação de não-concorrência

A regra básica que norteia o Contrato Individual de Trabalho, no que tange a proibição do empregado praticar ato de concorrência na vigência da relação de emprego, exterioriza-se pela aplicação prática do artigo 483, alínea “c”, da CLT, que caracteriza justa causa “a negociação habitual, por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador e quando e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço”.

Partindo dessa premissa, é inadmissível que o empregado na decorrência do Contrato Individual de Trabalho pratique ato de concorrência em relação ao seu empregador, visto que não faz sentido o empregado disponibilizar a sua mão de obra para outro empregador que, eventualmente, possua os mesmos interesses do seu atual empregador.

No entendimento de Plá Rodrigues, citado por Jorge Neto (2005, p. 190), tal proibição não afasta a possibilidade de o empregado vir a desempenhar outra ocupação. Para este autor:

Note-se que a proibição não atinge qualquer outra atividade, mas somente o desempenho da mesma atividade por conta própria ou de outra pessoa que não seja o empregador. Não se proíbe a pluralidade de ocupações, mas a concorrência desleal. A proibição somente abrange toda espécie de atividade quando no contrato for estipulada à exclusividade ou dedicação total. Trata-se, neste caso, de uma situação excepcional, que não se presume, mas deve ser estabelecida expressamente. Geralmente essa condição é acompanhada de uma melhoria na remuneração.

Vejamos o entendimento da jurisprudência:

ATO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL COM O EMPREGADOR. JUSTA CAUSA. O EMPREGADO QUE CONCORRE COM O SEU

EMPREGADOR DEMONSTRA A SUA DESLEALDADE, POIS EMBORA PRESTE SERVIÇOS DURANTE A JORNADA DE TRABALHO, EM SEU BENEFÍCIO, PRESTA OUTROS SERVIÇOS, FORA DA EMPRESA, EM PREJUÍZO DESTA, RESTRINGINDO-LHE O CAMPO DE ATIVIDADES, AO EXPLORAR O MESMO RAMO DO NEGÓCIO, EM BENEFÍCIO PRÓPRIO OU DE TERCEIRO. É BEM VERDADE QUE O EMPREGADOR NÃO É “DONO” DO EMPREGADO. MAS SE NÃO PODE EXIGIR A DILIGÊNCIA NORMAL DE SEU EMPREGADO DURANTE AS HORAS DE SERVIÇO CONTRATADAS, SERIA ABSURDO NEGAR-LHE O DIREITO DE NÃO SER PREJUDICADO POR OUTRAS ATIVIDADES DO EMPREGADOR. ASSIM, ASSISTE-LHE O DIREITO DE DESPEDIR O EMPREGADO QUE O PREJUDICA, EXERCENDO NAS HORAS DE FOLGA ATIVIDADES QUE CONCORRAM COM AS DA EMPRESA, CRIANDO OBSTÁCULOS PARA QUE ESTA ATINJA SEUS OBJETIVOS. (WAGNER GLIGIO, IN JUSTA CAUSA. LTR, 5ª EDIÇÃO, 1994, PP. 95/96). TRT, 3º REG., RO 114/03 – (AC. 8ªT.) – RED. JUIZ PAULO MAURICIO RIBEIRO PIRES. DJMG 14.3.03, P.20)

Portanto, é indiscutível a possibilidade de resolução contratual por justa causa do empregado oriundo da prática de atos de concorrência com o empregador. Mesmo que essa prática não implique em concorrência com a empresa, o empregado pode ser despedido por justa causa, isso porque, mesmo em se tratando de prejuízo em potencial, estão configurados os atos do empregado em concorrer com o empregador. Vejamos a respeito acórdão prolatado pelo TST:

JUSTA CAUSA. ATO DE CONCORRÊNCIA AO EMPREGADO. QUE INSTALA FÁBRICA PARA PRODUZIR OS MESMOS BENS PRODUZIDOS COMERCIALIZADOS PELO EMPREGADOR. O EMPREGADO QUE, SEM O CONHECIMENTO DO EMPREGADOR, PASSA A EXPLORAR O MESMO RAMO DE ATIVIDADE DESTA, PRÁTICA ATO DE CONCORRÊNCIA AO EMPREGADOR, DANDO ENSEJO A JUSTA CAUSA PARA RESCISÃO DE SEU CONTRATO DE TRABALHO, NA FORMA QUE POSSIBILITA O ART. 482, ALÍNEA “C”, DA CLT, SEM QUE SEJA NECESSÁRIA A COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO, BASTANDO O PREJUÍZO EM POTENCIAL QUE DECORRE DA POSSIBILIDADE DE O EMPREGADO DESVIAR CLIENTES DA EMPRESA EM QUE TRABALHA PARA AQUELA DA QUAL É TITULAR. A FIDÚCIA É IMPRESCINDÍVEL PARA O CONTRATO DE TRABALHO E, A PARTIR DE QUANDO O EMPREGADO PASSA A SER CONCORRENTE DO EMPREGADOR, HÁ “PERDA DA CONFIANÇA DO EMPREGADOR E DA LEALDADE QUE O EMPREGADO DEVERIA TER A ELE”. (PROC. Nº TST-E-RR-713.081/2000.0 JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA, MINISTRO RELATOR)

A justa causa, segundo Valentim Carrion (2005, p. 134), é o “efeito emanado de ato ilícito do empregado que, violando alguma obrigação legal ou contratual, explícita ou implícita, permite ao empregador a rescisão do contrato sem ônus”.

Logo, se o empregado praticar atos característicos da negociação habitual ou a violação de segredo da empresa, estará quebrando o dever de fidelidade pactuado com o empregador e, em conseqüência, dando ensejo à resolução do contrato por justa causa. Tomemos como exemplo a violação de patentes de invenção, de métodos de trabalho, de segredos de fábrica, de informações comerciais etc.

Para Krotoschin, citado por Ari Possidonio Beltran (2002, p. 419), o dever de fidelidade “materializa-se, sobretudo, em três aspectos da relação de trabalho: proibição de fazer concorrência ao patrão, dever de guardar sigilo sobre certos segredos da empresa e proibição de receber vantagens pecuniárias de terceiros”.

Não se confundem, portanto, a negociação habitual, que é forma de infidelidade, com a concorrência desleal, prevista no Código de Propriedade Industrial. A negociação habitual constitui uma atividade ilícita somente porque é contrária a uma obrigação que o sujeito-empregado assume no contrato, sendo assim, é um ilícito contratual. Já a concorrência desleal constitui uma atividade ilícita, porquanto lesa o direito subjetivo de outrem, pelo modo pelo qual é desenvolvida a atividade. (GOMES e GOTTSCHALK, 2004, p. 185).

Jorge Neto et al. (2005, p. 429) ao apontarem os efeitos da não concorrência assim se manifestaram:

Em função do dever de não concorrência, o trabalhador não poderá desempenhar atividades da mesma natureza ou ramo de produção que exerce em função de seu contrato de trabalho, sempre que tais atividades, ao gerar interesses contraditórios para o trabalhador, estejam sendo prejudiciais ao empregador.

Estas são as razões pelas quais se impõe a não concorrência do empregado para com o empregador que, decorre da expressa vedação do empregado de exercer atividades que impliquem prejuízos implícitos ou explícitos ao empregador.

Assim, com a finalidade de proteger os conhecimentos adquiridos pelo empregado na vigência do contrato individual de trabalho, abordaremos a chamada cláusula de não concorrência que, por sua vez, oferece ao empregador certa garantia que suas informações confidenciais não serão prolatadas indevidamente.

No direito do trabalho a questão ganha grandes proporções, pois, diante da execução do contrato de trabalho, o empregado adquire um vasto conhecimento sobre os negócios do empregador. A questão é que após a extinção do vínculo empregatício, o empregado poderá beneficiar o concorrente do seu ex-empregador ao divulgar as informações a que obteve conhecimento.

Estevão Mallet (2005, p. 1159), ao discorrer sobre o tema assevera que: “A pretensão de limitar-se o uso desse conhecimento envolve o exame da licitude da chamada cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho”.

Resta clara a necessidade de proteção aos conhecimentos adquiridos pelo empregado na vigência do contrato de trabalho como forma de se proteger o *know how*, dados comerciais, segredos, fórmulas, etc. Diante da ausência de norma legal que autorize a estipulação da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho buscaremos fazer uma análise profunda do tema.

3. DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Neste capítulo, trataremos da propriedade intelectual, assunto intimamente ligado ao tema central dessa monografia.

Observa-se, logo de início, que o termo propriedade imaterial repousa na proteção daqueles bens que não podem ser apropriados fisicamente, mas que gozam de valoração econômica e necessitam de proteção.

Em 1967, houve a criação de um órgão autônomo de proteção dentro das Nações Unidas, chamado de Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), que engloba as Uniões de Paris e Berna, dentre outros tratados.

A Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) fixou em seu artigo 2º:

A soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Para um perfeito encadeamento de idéias faz-se necessário mencionar que a propriedade intelectual abrange os diversos tipos do intelecto humano, de onde se extrai a divisão entre o direito de propriedade industrial e o direito do autor.

Os direitos da propriedade industrial estão intrinsecamente ligados aos interesses da indústria e do comércio e compreendem as patentes de invenção, os modelos de

utilidade, os desenhos ou modelos industriais e as marcas. Dessa forma, estabeleceu a Convenção de Paris em seu artigo 1º:

Na definição da Convenção de Paris de 1883, é o conjunto de direitos que compreende as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal. A Convenção enfatiza que, conquanto a qualificação "industrial", este ramo do Direito não se resume às criações industriais propriamente ditas, mas "entende-se na mais ampla acepção e aplica-se não só à indústria e ao comércio propriamente ditos, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos manufaturados ou naturais, por exemplo: vinhos, cereais, tabaco em folha, frutas, animais, minérios, águas minerais, cervejas, flores, farinhas.

Sobre o tema, é elucidativa a lição de David Monteiro Diniz (2003, p. 27) ao afirmar que:

A Propriedade Industrial passou a ser, então, o gênero que designa o conjunto de direitos selecionados pela referida Convenção, terminologia que se manteve mesmo com o incremento do consenso doutrinário sobre a grande diferença técnica entre a propriedade sobre bens corpóreos e a constituição de direitos exclusivos sobre bens incorpóreos.

De outro modo, há a proteção aos direitos autorais, que se insurgem no século XIX com a Convenção da União de Berna, responsável por disciplinar, de forma autônoma, os direitos do autor. Nessa linha de entendimento, a Convenção de Berna, que nasceu em 1878, foi fruto da união da Associação Literária e Artística Internacional, ressaltando-se, porém, que somente em 1886 é que ela foi assinada.

Salienta-se que a Convenção de Berna, na verdade, não se restringia a estabelecer a matéria relativa aos direitos autorais, uma vez que seu objetivo maior foi de criar uma associação internacional dos Estados membros, em consonância com o que estabelecia a Convenção de Paris – União de Paris Para a Proteção da Propriedade Industrial.

Com isso, desdobram-se os dois “sub-ramos” da área do Direito. O direito do autor ou direito autoral, que segundo o conceito de Carlos Alberto Bittar (2003, p. 08):

É o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e ciências.

Na legislação brasileira, os direitos do autor são amplamente protegidos pelo artigo 5º da Constituição da República, bem como pela Lei do Autor (Lei nº 9.610/1998). Temos aqui a ampla capacidade civil do proprietário, de modo que, o autor disponha de liberdade para fruir e dispor de sua obra.

O atual texto Constitucional ao tratar do assunto prevê, no inciso XXVII do artigo 5º, que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

Para José Afonso da Silva (2006, p. 276):

Os direitos patrimoniais do autor compreendem as faculdades de utilizar, fruir e dispor de sua obra, bem como de autorizar sua utilização ou fruição a terceiros no todo ou em parte. Esses direitos são alienáveis por ele ou por sucessores.

A Lei de Direitos Autorais não fez menção aos direitos relativos a empregado e empregador decorrentes do contrato individual de trabalho. Sendo assim, dada a lacuna legislativa sobre o assunto é utilizado, por analogia, o artigo 4º da Lei n. 9.609 de 1998 que dispõe sobre a criação de utilização de “software”.

Vejam os que aduz o referido artigo 4º:

Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos.

Dessa forma, temos que a propriedade dos direitos autorais só é conferida ao empregado caso sua criação não tenha sido elaborada em virtude da relação empregatícia, ou na hipótese de decorrer dos encargos previstos para o vínculo.

Nessa hipótese, o contrato individual de trabalho firmado com o empregador, obsta que o empregado veja reconhecido o seu direito autoral, salvo se houver estipulação expressa em sentido contrário, situação em que a produção de obras literária e científica pertencerá ao empregado.

Neste trabalho voltaremos nossos estudos para a propriedade industrial, haja vista que, em decorrência do contrato individual de trabalho, o empregado no exercício de suas funções tem acesso a informações privilegiadas do empregador, que compreendem os bens intangíveis da empresa.

3.1. Bens que necessitam de proteção: invenção e modelo de utilidade

Como examinado anteriormente, foram criados mecanismos que garantissem proteção aos bens da Propriedade Industrial, quais sejam, invenções, modelo de utilidade, desenho industrial e marcas. A proteção que integra os bens da propriedade industrial se faz necessária, uma vez que o empregador não suportaria os riscos de sua revelação a terceiros interessados, como as empresas concorrentes.

Discorrendo sobre a importância da propriedade industrial, a doutrinadora Patrícia Aurélia Del Nero (2004, p. 79) assim se manifestou:

Atualmente, a propriedade industrial é essencial ao equilíbrio das relações entre indústrias, pois estabelece mecanismos de colaboração entre estas e com universidades, institutos de pesquisas e outras atividades congêneres. À medida que o desenvolvimento de novos produtos e processos passou a depender de investimentos crescentes, essa forma de proteção ganhou importância no cenário internacional e tornou-se fator crítico de vantagem competitiva para o país.

A Lei de Propriedade Intelectual, no título “Da invenção e do modelo de utilidade realizado por empregado ou prestador de serviço”, procurou regular as normas que se referem à invenção do empregado pessoa física durante a execução da relação empregatícia ou à sua prestação de serviços e, ainda, sobre os inventos da empresa.

A invenção, embora não tenha recebido definição legal do ordenamento nacional e internacional, compreende os bens da propriedade industrial que merecem proteção.

Para suprimir a omissão, utiliza-se um critério de exclusão traçado pela doutrina e jurisprudência dentre aquelas manifestações do intelecto humano que não são consideradas invento. Deve-se valer ainda de outros elementos considerados essenciais para a sua caracterização.

Em sem tratando de modelo de utilidade, o conceito é oferecido pela Lei nº 9.279/1996 que, em seu artigo 9º, define:

É o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de apreciação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Não se incluem no campo do modelo de utilidade as manifestações expressamente excluídas do conceito de invenção. Costuma-se denominar o modelo de utilidade como uma pequena invenção, no entanto, é imprescindível para se garantir a atividade inventiva de seu criador que o modelo de utilidade venha imbutido de um aperfeiçoamento, a fim de possibilitar uma melhor utilização do produto.

Nesse sentido, é fundamental o entendimento do professor Fabio Ulhoa (2006, p. 138) quando, em sua obra, discorre sobre a dificuldade de se enquadrar uma criação intelectual:

Se invenção ou modelo de utilidade, e não existindo critério técnico de ampla aceitação capaz de eliminá-las, deve-se considerar o objeto uma invenção. Como a lei preceitua o conceito de modelo de utilidade, mas não o de invenção, a criação industrial que não se puder enquadrar com certeza no primeiro (ou em outra categoria do direito industrial), deve-se considerar enquadrado no segundo.

O ordenamento jurídico reconhece a titularidade da propriedade da invenção e do modelo de utilidade através da concessão da carta patente. Ao adquirir o título atributivo, o seu autor é reconhecido pelo sistema jurídico que lhe confere a proteção do Estado. Temos assim, respectivamente, que com a invenção patenteada, o inventor adquire um direito subjetivo, através do qual exerce, com exclusividade, a propriedade de uso e gozo do invento.

Nota-se que é requisito para a concessão da patente que haja a publicação da invenção, como forma de informar aos demais titulares, caso queiram opor alguma pretensão contra o seu registro, bem como a fim de impedir o seu uso indevido por terceiros.

Assim, obtido o registro da patente, o proprietário de uma tecnologia patenteada pode, mediante licença ou cessão, transmitir a outrem direito ao domínio e, conseqüentemente, o seu respectivo uso.

Por força da publicação da informação patenteada, o proprietário prefere não obter a patente, que agrega riscos para a sua atividade, posto que permite que um grande número de concorrentes venha a obter conhecimento sobre os seus negócios.

Tratando do assunto, prevalecem os ensinamentos de Elisabeth Kasznar Fekete (2003, p. 30):

Com o progresso industrial e o acirramento da concorrência, os economistas perceberam o valor do “saber fazer” e surgiram novas necessidades dos comerciantes, os quais passaram a desejar uma alternativa de privilégio, que lhes desse maior liberdade e mesmo “privacidade”, uma vez que a patente, dado seu caráter totalmente público, apresenta, a par das vantagens apresentadas pela proteção reconhecida mediante título, a exigência de exposição do segredo e a limitação temporal e espacial. Percebe-se aí, também, mais que a segurança do país, está em foco a competitividade individual da empresa.

No que toca a indisponibilidade de informações, a proteção de interesses do empregador pode ser conferida através de registro de patente, em que o inventor tem a prova de originalidade da invenção e recebe proteção estatal contra terceiros.

A invenção patenteada, segundo Heleno Taveira Tôrres (2004, p. 110), “é a invenção protegida contra cópias, que confere direito ao proprietário de uso e gozo das vantagens do invento com exclusividade”.

Quando a invenção ou o modelo de utilidade decorrem do contrato individual de trabalho, deve-se atentar para o artigo 88 da Lei nº 9279/1996, que dispõe

A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

§ 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

O ponto central da questão, nesse caso, reside no fato de que em decorrência do contrato individual de trabalho, o empregado transfere seus direitos sobre o invento ao empregador, visto que esse foi o objeto do contrato. A essas criações, a lei dispõe que a

retribuição do empregado limita-se ao salário ajustado, exceto se as partes contratarem de forma diversa.

Não tem direito à titularidade o empregador, em conformidade com o que dispõe o artigo 90 da Lei nº 9.279/1996:

Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.

Assim, apesar da Lei de Propriedade Industrial dispor que a invenção e o modelo de utilidade pertencem ao empregador, não o outorga a autoria da invenção que permanece de titularidade do empregado em consequência do direito personalíssimo.

Salienta-se que nem todos os inventos são passíveis de serem patenteados. A Lei de Propriedade Industrial, em seu artigo 18, veda as seguintes hipóteses:

Não são patenteáveis:

I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;

II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e

III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

Nesse sentido, vale ressaltar que muitas vezes não é interessante para o empresário obter o registro de uma patente, uma vez que, como condição, deverá promover a publicação de forma que aquilo se tornará de conhecimento público. Temos aqui a necessidade de resguardar as informações consideradas privilegiadas para o detentor, que não podem ser suscetíveis do conhecimento geral, em especial, dos seus concorrentes.

3.2. Desenho industrial e marcas

Preliminarmente, deve-se deixar registrado que o desenho industrial e as marcas, diferentemente da obtenção da patente, são registrados e seguem os mesmos fins: é a exclusividade de uso.

Para alcançar o registro, assim como para se obter a patente, o desenho industrial e as marcas precisam estar devidamente registrados no INPI - Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - autarquia federal criada em 1970.

O art. 95 da Lei nº 9.279/1996 tem o cuidado de definir o conceito de desenho industrial:

Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

Assim, pode-se afirmar que o desenho industrial não há de ser compreendido por qualquer obra de caráter artístico. Verifica-se isso conforme o disposto no parágrafo único do artigo em comento: “O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica”.

O artigo 97, da Lei nº 9.279/1996, prevê a originalidade do desenho industrial, que por sua vez, deve apresentar uma configuração visual distinta em relação a outros objetos anteriores.

Aplicar-se-ia aos desenhos industriais a mesma originalidade exigida para a invenção. Quando se trata de criação técnica se está diante de uma invenção ou modelo de utilidade, caso contrário, se puramente estética, só poderá estar falando de direito autoral e, tendo-se uma obra de arte aplicada, se está diante de um desenho industrial.

Nessa ordem de considerações, a lição de Denis Borges Barbosa (2003, p. 577) cabe perfeitamente:

Assim, se a criação é técnica, teremos uma hipótese de patente de invenção ou de modelo industrial. Se a criação é puramente estética, sem aplicação a produto industrial, poder-se-á ter a proteção pelo Direito Autoral; tendo-se uma *obra de arte aplicada*, com a qualificação de poder servir de tipo de fabricação industrial, estamos no domínio do desenho industrial.

Bem a propósito, é o ensinamento de Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 148):

O desenho industrial é diferente da escultura e da pintura (obras de arte) porque o objeto a que se refere tem função utilitária e não apenas estética, decorativa ou de promoção do seu empresário.

A lei aplicada à matéria claramente exclui as hipóteses em que não é possível a obtenção de registro do desenho industrial:

Art. 100 - Não é registrável como desenho industrial:

I - o que for contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas, ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou idéia e sentimentos dignos de respeito e veneração;

II - a forma necessária comum ou vulgar do objeto ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais.

Em razão da ofensa moral e aos bons costumes podemos concluir que existe uma tutela por parte da lei, tendo em vista que tais direitos não podem ser objetos de apropriação. De outro modo, em se tratando da vedação à imagem e à honra das pessoas, reside a hipótese de se conceder uma exclusividade que pode vir a confrontar com direito alheio.

Já a vedação que concerne à forma, implica na ausência de originalidade, uma vez que já se encontra em seu estado de técnica. Tem-se aí que a forma necessária prescinde da proteção por ser carecedora da distintividade.

No que diz respeito à proteção das marcas, Denis Borges Barbosa (2003, p. 803) conceitua que:

Marca é o sinal visualmente representado, que é configurado para um fim específico de distinguir a origem de produtos e serviços. Símbolo voltado a um fim, sua existência fáctica depende da presença destes dois requisitos: capacidade de simbolizar, e capacidade de indicar uma origem específica, sem confundir o destinatário do processo de comunicação em que se insere: o consumidor.

A Lei de Propriedade Industrial dispõe em seu artigo 122 que: “São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”.

Vejamos a respeito o entendimento da jurisprudência:

A MARCA É UM SINAL VISUALMENTE PERCEPTÍVEL APOSTO SOBRE PRODUTOS OU SERVIÇOS, QUE SE DESTINA A DIFERENCIÁ-LOS DE OUTROS SIMILARES. ASSUME AINDA UM IMPORTANTE PAPEL NO CAMPO DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA PORQUE A SEU TITULAR QUE CONQUISTE OU MANTENHA CERTA CLIENTELA À QUAL VISA. A INDENIZAÇÃO PELO USO INDEVIDO DA MARCA É DETERMINADA PELOS BENEFÍCIOS QUE O PREJUDICADO TERIA AUFERIDO SE A VIOLAÇÃO NÃO TIVESSE OCORRIDO (ART. 208 DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL). APELAÇÃO CÍVEL Nº 20020110482300, 2ª TURMA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, RELATOR DES. WALDIR LEÔNIO JUNIOR, JULGADO EM 14/10/2004.

É necessário destacar que a marca deve ser nova. Assim, não se pode registrar uma marca já conhecida.

3.3. *Know how*: bem intangível não patenteado e o segredo de empresa

Cabem agora algumas considerações sobre as diretrizes aceitas em nosso ordenamento jurídico decorrentes da proteção ao sigilo de informações privilegiadas do empregador na relação de trabalho, em especial, no contrato individual de trabalho.

Ao considerar que as empresas são formadas por pessoas que desenvolvem segredos, formas de produção, comércio – é preciso deixar claro que o empregador precisa ter a garantia de que essas informações não serão reveladas a terceiros como: clientes, prestadores de serviços, fornecedores e empresas concorrentes.

Como vimos, no tocante à propriedade industrial dos bens que necessitam de proteção, faz-se necessário proteger os dados confidenciais do empregador imprescindíveis que deles o empregado tome conhecimento, a fim de que desenvolva a sua atividade.

No nosso país, o segredo de negócio é freqüentemente tratado por distinções terminológicas entre os doutrinadores. O propósito deste trabalho se restringe apenas em demonstrar a importância que os conhecimentos sigilosos apresentam para o seu titular, entretanto, abordaremos o segredo de comércio e o segredo de indústria.

Os chamados segredos comerciais estão intimamente ligados à atividade comercial de uma empresa. Elisabeth Kasznar Fekete (2003, p. 45), citando João da Gama Cerqueira, apresenta um conceito preciso acerca do segredo de comércio:

Todos os assuntos reservados, relativos ao negócio de uma empresa, cuja revelação possa ser prejudicial ao proprietário, tanto sob o aspecto econômico como sob o aspecto moral.

No tocante aos segredos comerciais do empresário, destaca-se o complexo de informações que fazem parte do setor comercial da empresa. Com isso, o empregado ao tomar conhecimento deve mantê-lo em sigilo, caso contrário, a revelação implicaria a quebra do dever de fidelidade.

O uso da expressão segredo industrial relaciona-se com os meios de produção de uma indústria, isto é, as técnicas de produção a serem utilizadas, e, de um modo geral, todo o processo de fabricação. Como aponta João da Gama Cerqueira, citado por Elisabeth Kasznar Fekete (2003, p. 43):

Todo e qualquer processo industrial, suscetível de ser privilegiado, mas que não o foi, tendo seu detentor preferido explorá-lo secretamente, em razão

de decorrerem daí as seguintes vantagens: a de não tornar pública a sua existência, o que ocorreria com o pedido de patente, e, ao mesmo tempo, de gozar de proteção indefinida, advinda de seu uso secreto.

A partir do séc. XVII e XVIII foram criados instrumentos que garantiam proteção a Propriedade Industrial, pois buscavam proteger o segredo industrial. Aparecem nesse contexto normas que estavam voltadas para o interesse do Estado e não do particular, inventor do segredo.

Em decorrência disso, surge à necessidade de inúmeros Estados, que não possuem tecnologia avançada, de conceder subsídios a empresas estrangeiras em diversas áreas, principalmente no campo industrial, bem como a transferência de *know-how* através de contratos próprios. É por essa razão que o número de multi e transnacionais vêm crescendo a cada dia.

Os Estados modernos, também denominados tecnocratas, têm uma grande preocupação em estarem sempre avançando no ramo tecnológico como forma de desenvolver-se tanto no âmbito interno, quanto no externo.

A necessidade de um país se desenvolver economicamente está diretamente relacionada à criação de novas técnicas, isto é, tudo que é tecnológico e que pode ser utilizado para o progresso geral da economia de um país é indispensável.

De acordo com Carlos Alberto Bittar (2003, p. 134), o *know how* nada mais é do que “os conhecimentos secretos ou experiências alcançadas pela aplicação prática de uma técnica ou exercício de atividade, por empresa ou profissional, em diferentes campos”.

Trata-se de mecanismos de desenvolvimento econômico, além de serem fontes de divisas para os respectivos titulares. Têm como principais características informações ou técnicas ou experiências desenvolvidos durante a atividade.

De igual modo é o posicionamento de Elisabeth Kasznar Fekete (2003, p. 55) que acrescenta:

Os aperfeiçoamentos introduzidos nos produtos pelo *know how*, considerando-o um valor imaterial que se incorpora no patrimônio de uma empresa, podendo, entretanto, ser transferido isoladamente. Trata-se de um patrimônio intelectual, conhecimentos secretos capazes de criar ou melhorar um produto, tornando-o mais rentável. Por isso, é difícil de ser avaliado e registrado; não consta do balanço de uma empresa. É, entretanto, um patrimônio transferível e comercializável, ensejando o contrato de *know how*;

O *know-how* pode ser qualificado como bem imaterial que goza de valoração econômica, podendo ser transferido a título oneroso ou gratuito. Sua comunicação se dá de forma definitiva ou temporária, pura e simples ou em conjugação com outros direitos ou com materiais necessários.

Ao contrário da patente, cujo proprietário exerce com exclusividade o seu direito, defere-se a transmissão de tecnologia por meio de contratos próprios de *know how* não patenteados, onde o seu detentor se reserva no direito de não fornecer a divulgação ou publicidade perante os seus concorrentes.

A relevância dos contratos de *know-how* está no fato de que com a crescente circulação de informações técnicas, entretanto não patenteadas, vem sendo reconhecidos em contratos autônomos, onde ganharam contornos próprios para acompanhar contratos de cessão e de licença de patentes. Referindo a isso, David Monteiro Diniz (2003, p. 106) assevera que:

Com a crescente importância econômica da circulação de informação técnica, a negociação de conhecimentos não patenteados ganhou contornos próprios, sendo feita em contratos autônomos. Tais instrumentos herdaram a nomenclatura aplicável aos contratos que envolvem direito de propriedade industrial, tornando-se praxe designá-los de cessão, ou licença, de *know how*, nomes que se firmaram mais pela tradição do que por uma correspondência lógica com as principais cláusulas dos pactos por ele identificados.

Costuma-se dizer que o termo *Know How* é um instituto relativamente novo, no âmbito da Propriedade Industrial, embora a sua essência tenha sido largamente utilizada há cinco séculos na Europa e a cento e cinquenta anos nos Estados Unidos, perfazendo qualquer tipo de conhecimento ou desenvolvimento por pessoas em suas atividades e não patenteável.

O *Know How*, segundo a concepção do professor Denis Borges Barbosa (2003, p. 651) é: “tal noção é usada em seu sentido restrito – para alcançar somente o conhecimento de certos segmentos da estrutura técnica de produção (*know how* técnico). Por tal razão tende-se a reduzir o *know how* ao segredo de indústria”.

Esse conjunto de bens imateriais que formam o conhecimento secreto de seu empregador é protegido amplamente pela legislação. Por isso, faz-se necessário analisar a Lei nº 9.279/1996 - Código de Propriedade Industrial – que repreende com veemência a prática de concorrência desleal. O artigo 195 dispõe de condutas ilícitas que acarretam a responsabilidade criminal, enquanto o artigo 209 regula a hipótese de reparação civil dos atos praticados em concorrência desleal.

O *know-how*, no âmbito internacional, é protegido, desde 1974, por Resolução da Associação Internacional da Proteção à Propriedade Intelectual, na qual se verifica a proibição de divulgação ilícita de conhecimentos e experiências de natureza técnica industrial, comercial ou de outra forma que pode ser aplicado para explorar uma empresa ou uma profissão, além de ser transmissível e passível de sigilo.

É de extrema importância salientar que o *know-how* nada mais é do que o conhecimento ou técnica sigilosa, criados no exercício de certa atividade e possui uma finalidade

específica. Além disso, pode ser utilizado pelo próprio proprietário ou por terceiro (através de revelação do segredo).

A Lei Antitruste, Lei nº 4.137/1962, que reprime o abuso do poder econômico, tem como objetivo intimidar que o mercado seja dominado e que sejam utilizadas práticas concorrenciais exageradas, e será sempre aplicada nos casos de *know-how* quando se constatar que a transferência de titularidade puder acarretar uma das hipóteses supracitadas.

Diante dessa irrefutável importância da proteção dos conhecimentos secretos do empregador no desenvolvimento do contrato individual de trabalho, haja vista que tais informações se tornam de conhecimento do empregado, se faz necessário a sua proteção.

3.4. O empregado e a propriedade industrial

Cabem, agora, algumas considerações sobre as hipóteses que ensejam a rescisão contratual, tendo em vista o foco do presente trabalho. Assim, abordaremos mais precisamente o artigo 482 com suas alíneas “c” e “g” da CLT, em que o empregado incorre em negociação habitual e violação do segredo de empresa quebrando o dever de fidelidade pactuado com o empregador e, em consequência, dando ensejo a dispensa por justa causa.

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 483, alínea “c”, considera como justa causa o fato do empregado praticar ato de concorrência em relação à empresa durante a vigência do contrato de trabalho. Três são, portanto, os elementos constitutivos da justa causa: a) negociação habitual, por conta própria ou alheia; b) quando constituir ato de concorrência ao empregador; for prejudicial ao serviço, c) desde que empregador não haja concordado com a negociação, expressa ou tacitamente.

O dever jurídico de sigilo está legalmente previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas, que determina a hipótese de rescisão do contrato de trabalho por justa causa por ato do empregado.

Ari Possidonio Beltran (2002, p. 420), comentando as alíneas “c” e “g” do artigo 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas, ressalta que:

A análise das mencionadas hipóteses justificadoras da rescisão contratual entendidas como o cometimento de falta grave do empregado não oferecem dificuldades, sendo, costumeiramente, tratadas pela doutrina, sem maiores discrepâncias.

3.5. Negociação habitual

A negociação habitual é um ato faltoso em que o empregado quebra o dever de fidelidade anteriormente pactuado com o empregador. Desse modo, o empregado durante a vigência do contrato de trabalho não deve praticar atos de concorrência ou que for prejudicial ao serviço de seu empregador.

O artigo 482, “c” da Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe sobre a negociação habitual do empregado, *in verbis*:

Art. 482 – Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

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

Segundo Oris de Oliveira (2005, p. 58), entende-se por negociação “uma atividade de finalidade econômica, ou seja, que vise lucro diretamente para o agente ou em favor de terceiro”. Assim a obtenção de vantagens em favor próprio ou de terceiros é substancial para que o empregado incorra na ruptura contratual.

A respeito desse dispositivo entendem Jorge Neto et al. (2005, p. 634) “negociação habitual ocorre quando o empregado realiza atos de comércio, sem permissão do empregador e de forma habitual”.

Todavia, de fato, há divergência doutrinária no que diz respeito à habitualidade da concorrência. Para uns, é imprescindível que ocorra a habitualidade, conforme entendimento de Isis de Almeida (1998, p. 313). Para outros, é necessário apenas que o dano se concretize materialmente, que pode ser de forma real ou potencial.

JUSTA CAUSA. CARACTERIZAÇÃO. CONCORRÊNCIA DESLEAL. PARA A CARACTERIZAÇÃO DA JUSTA CAUSA, A FALTA GRAVE CONSISTENTE EM CONCORRÊNCIA DESLEAL, DEVE RESTAR CABALMENTE CONFIGURADA, EM FACE DAS REPERCUSSÕES QUE ACARREARÁ NA VIDA PROFISSIONAL DO TRABALHADOR. É UNÂNIME NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA QUE INEXISTE IMPEDIMENTO LEGAL PARA QUE UM EMPREGADO PRESTE SERVIÇO A MAIS DE UM EMPREGADOR. A EXCLUSIVIDADE NÃO É REQUISITO DO CONTRATO DE TRABALHO, SALVO SE TRATAR DE CLÁUSULA EXPRESSA DO CONTRATO; INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS; A NATUREZA DA FUNÇÃO EXERCIDA E EXISTÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL. A CONCORRÊNCIA DESLEAL É CARACTERIZADA QUANDO A ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELO EMPREGADO A OUTRA EMPRESA PREJUDICAR OS SERVIÇOS OU ACARREAR SENSÍVEL DIMINUIÇÃO NO POTENCIAL E LUCROS DO EMPREGADOR. NÃO DEMONSTRADO O ATO FALTOSO PELA RECLAMADA, TEM-SE QUE O AUTOR FOI DEDITO INJUSTAMENTE. RECURSO ORDINÁRIO Nº 769-98, 5ª CÂMARA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE CURITIBA – REL DESEMBARGADOR: JUIZ LUIZ FELIPE HAJ MUSSI)

A negociação pode ser definida como a prática de atos de comércio feita pelo empregado durante a vigência do contrato individual de trabalho. No entanto, não é adstrita somente aos atos de comércio, uma vez que deve ser aplicável também a indústria, as atividades rurais, aos transportes, de um modo geral, enfim, a todas as atividades. Com isso, a lei procurou ampliar o rol de atividades que o empregado possa concorrer com o serviço ou prejudicar a empresa de seu empregador.

No que concerne a sua caracterização, são imprescindíveis que ocorram concomitantemente alguns comportamentos do empregado, quais sejam: deve ser

praticado em caráter habitual, deve haver a ausência de autorização expressa ou tácita do empregador e deve constituir concorrência à empresa ou for prejudicial ao serviço.

Para Arnaldo Sussekind (2004, p. 337) “essa exigência ao nosso ver, é criticável, porque pode haver concorrência desleal grave na prática de um só negócio ilícito feito pelo empregado ou por terceiro com ele relacionado”.

A negociação deve ser feita de forma habitual, repetida, ou seja, os atos do empregado devem ser reiterados, repetidos, se esporádicos, não restará configurado.

Nesse sentido tem se posicionado a jurisprudência:

JUSTA CAUSA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE HABITUALIDADE”. SE DEMONSTRADO NOS AUTO, ATRAVÉS DA PROVA PRODUZIDA NA INSTRUÇÃO ORAL DO FEITO, QUE O RECLAMANTE PRESTOU SERVIÇO POR CONTA PRÓPRIA E QUE TAIS ERAM DA MESMA NATUREZA DAQUELES OFERECIDOS PELA RECLAMADA, MAS APENAS POR QUINZE OU DEZESSEIS DIAS, NÃO HÁ COMO RECONHECER A JUSTA CAUSA CAPITULADA NO ARTIGO 482, ALÍNEA, C, A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. É, QUE, NO DIZER OPORTUNO DO MESTRE JOSÉ MARTINS CATHARINO, PRATICAR ATO DE CONCORRÊNCIA É VIOLAR OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER, COMO O DE REVELAR SEGREDO DE EMPRESA, PODENDO SER DESLEAL, OU ILÍCITO. É PROCEDER COM CULPA OU DOLO PARA DESVIAR FREGUESIA OU CLIENTELA, SEJA TRABALHANDO PARA OUTRO EMPREGADOR CONCORRENTE, SEJA DE MANEIRA AUTÔNOMA. NÃO OBSERVADA DA HIPÓTESE FACTUAL TAL CIRCUNSTÂNCIA, NADA COGITA DE CONCORRÊNCIA DE JUSTA MOTIVAÇÃO PARA RUPTURA DO PACTO, DEVENDO A DISPENSA SER CONSIDERADA INJUSTA E A RECLAMADA ARCAR COM TODOS OS ÔNUS DE TAL ATO”. (TRT – 3º R – 4º T – RO Nº 17427/96 – REL. M. MARCELLINI – DJMG 17/05/97 – P. 10)

Ainda assim, a negociação habitual deve ser exercida por conta própria ou alheia e sem a permissão do empregador. Assim, temos que quando o empregado exerce a negociação por conta própria será o único a tirar proveito da situação. Em contrapartida, a negociação por “conta alheia” é aquela que o empregado estará beneficiando terceiros.

Neste último caso, temos o posicionamento de Oris de Oliveira (2005, p. 61):

Por conta de outrem, a negociação proibida pode ocorrer de dois modos distintos e inconfundíveis, mas, afinal, com os mesmos efeitos jurídicos previstos: praticada por interposta terceira pessoa em favor do empregado com o seu assentimento; praticada pelo empregado em favor de um terceiro, ainda que dela não se beneficie, por exemplo, por vingança ou retaliação.

Impende, ressaltar, que a lei pressupõe a ausência de conhecimento do empregador relativa a atividade concorrente ou prejudicial do seu empregado. Caso o empregador permita expressa ou tacitamente com a atividade, não restará configurada a justa causa.

Lacerda citado por Oliveira (2005, p. 61) auxilia na compreensão da presente questão:

O consentimento do empregador, expresso ou tácito, passa a constituir cláusula de contrato, irrevogável unilateralmente a menos que novas circunstâncias surjam e demonstrem que a negociação se cerca então de elementos não previstos à época do consentimento e que são prejudiciais ao empregador.

Em se tratando de permissão presumida, temos que o empregador se mantém inerte diante da atividade concorrente ou prejudicial de seu subordinado. É o caso em geral dos professores que, em regra, exercem a mesma atividade para mais de um empregador, podendo também exercer esporadicamente em caráter autônomo. No entanto, o empregador caso desejar a prestação exclusiva deverá estipular expressamente através da cláusula de exclusividade.

Vejamos o seguinte julgado a respeito:

CONFORME O ILUSTRE JURISTA WAGNER D. GIGLIO, CONSTITUI PONTO PACIFICO NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA A LICITUDE DE O EMPREGADO PODER PRESTAR SERVIÇOS PARA MAIS DE UM EMPREGADOR, OU AINDA EXERCER OUTRAS ATIVIDADES COMO TRABALHADOR AUTÔNOMO, OU ATÉ MESMO COMO EMPREGADOR, DESDE QUE ESSAS ATIVIDADES NÃO CONCORRAM COM AS DE SEU REAL EMPREGADOR, COMO NOS CASOS DOS AUTOS, PELO QUE CORRETA A JUSTA CAUSA IMPUTADA COMO TAL, A TEOR DO ARTIGO 482, ALÍNEAS B E C, DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO” (TRT – 3º R – 4º T – RO Nº 141116/94 – REL. ALVES PINTO – DJMG 28/1/95 – P. 27)

Todavia, como se observa do artigo em comento, não há que se falar em ilícito contratual quando houver o consentimento expresso ou tácito do empregador, que desde já estará ciente dos possíveis danos que poderá vir a sofrer com a prática faltosa do seu subordinado. Nesse presente julgado, a reclamada não tinha conhecimento da concorrência praticada por seu empregado:

JUSTA CAUSA. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS CONCORRENTES. CARACTERIZAÇÃO. O CONJUNTO PROBATÓRIO TAMBÉM DEIXOU CLARO QUE O RECLAMANTE COMERCIALIZAVA PRODUTOS CONCORRENTES AOS DA RECLAMADA, CUJA COMPOSIÇÃO QUÍMICA ERA IDÊNTICA À DOS FABRICADOS PELA RÉ. COM EFEITO, O RECLAMANTE, EM RAZÃO DO SEU CARGO NA EMPRESA, TINHA ACESSO E UTILIZAVA-SE DE CERTO SOFTWARE CONTENDO AS FÓRMULAS DE PRODUTOS DA RECLAMADA E DAS MATIZES NUTRICIONAIS DE SEUS COMPONENTES. A CÓPIA DESSE SOFTWARE FOI ENCONTRADA NA RESIDÊNCIA DO AUTOR SEM QUE HOUVESSE AUTORIZAÇÃO PELA EMPRESA PARA A RETIRADA OU UTILIZAÇÃO DESSE MATERIAL FORA DAS SUAS DEPENDÊNCIAS. NESSE SENTIDO, CONCLUI-SE QUE REALMENTE FICOU DEMONSTRADO QUE O RECLAMANTE PRODUZIA E COMERCIALIZAVA PRODUTOS UTILIZANDO-SE DE MATERIAL DE PROPRIEDADE DA RECLAMADA, SEM AUTORIZAÇÃO DESTA, RESTANDO CONFIGURADOS OS ATOS DE CONCORRÊNCIA DESLEAL E NEGOCIAÇÃO HABITUAL QUE FUNDAMENTARAM A JUSTA CAUSA APLICADA. (RECURSO ORDINÁRIO Nº00242.2004.010.15.00.0, 6ª CÂMARA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE CAMPINAS, SÃO PAULO.RELATOR: JUIZ LUIZ CARLOS DE ARAÚJO, JULGADO EM 10/02/2006).

Analisando todos os fatos podemos concluir que a negociação habitual requer ato de concorrência do empregado sem a concordância do empregador ou que for prejudicial aos serviços. Para a sua configuração basta a prova que o rendimento está comprometido.

Nota-se, portanto, que a justa causa impõe a rescisão do contrato do empregado em virtude da sua concorrência com o empregador e contra o prejuízo que lhe foi causado. Entretanto, é preciso deixar claro que a negociação não se confunde com a concorrência desleal, que conforme veremos é um crime e não um ilícito contratual.

3.6. Violação do segredo da empresa

De outro modo, a alínea “g” do artigo 482 da CLT, veicula a hipótese de violação do segredo de empresa, onde o comportamento ilícito do empregado autoriza o empregador a rescindir o Contrato Individual de Trabalho, entendido aqui como uma falta grave cometida pelo empregado que violou o dever de sigilo legalmente previsto.

As relações de trabalho permitem que o empregado tenha acesso a diversas informações da empresa, muitas das quais que precisam ser mantidas em sigilo para o sucesso do negócio. Esta relação deve ser pautada no dever de fidelidade do empregado, a fim de que os segredos da empresa não sejam revelados a terceiros.

O dever jurídico de sigilo está legalmente previsto no artigo 482, alínea “c”, da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê “violação de segredo da empresa”. Aqui, há a dispensa por justa causa por ato do empregado.

Wagner Giglio (2000 p. 184) aponta o conceito de segredo como: “segredo de empresa é tudo que, sendo referente à produção ou negócios e do conhecimento de poucos, não deve, pela vontade de seus detentores, ser violado”.

Segundo Lacerda citado por Carrion (2006, p. 383) o segredo é:

Todo fato, ato ou coisa que, de uso ou conhecimento exclusivo da empresa, não possa ou não deva ser tornado público, sob pena de causar prejuízo, remoto, imediato ou provável, àquela.

Jeveaux et al. (2002, p. 402) informam que:

O empregado que, conscientemente, permite a propagação de um segredo empresarial, está causando prejuízo, ou potencial permitindo que se verifique o prejuízo ao seu empregador. O dever de lealdade, colaboração, e de confiança são rompidos com a prática dessa violação, uma vez que os empregados

também são interessados na economia empresarial, devendo envidar esforços para a prosperidade de sua empresa empregadora, e não causar prejuízos ao patrimônio empresarial.

É evidente então, que o empregado em virtude do contrato de emprego tem acesso a diversas informações secretas, como os segredos de comércio e industriais do seu empregador. O segredo não pode ser propagado como forma de se preservar o sucesso do empreendimento.

Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 451) resume:

A violação de segredo é a divulgação não autorizada das patentes de invenção, métodos de execução, fórmulas, escrita comercial e, enfim, de todo fato, ato ou coisa que, de uso ou conhecimento exclusivo da empresa, não possa ou não deva ser tornado público, sob pena de causar prejuízo remoto, provável ou imediato à empresa.

De outro modo, não há que se falar em dispensa do empregado por justa causa, quando não tiver acesso a informações confidenciais e, portanto, não terá o condão de causar prejuízos ao empregador, mesmo em se tratando de o empregado trabalhar na empresa concorrente.

No mesmo sentido, temos o posicionamento Saad et al. (2006, p. 478):

Não é violação de qualquer segredo que pode caracterizar uma falta grave. Entendemos que o empregado incorrerá nessa falta quando divulgar fato, de que teve conhecimento em virtude do contrato de trabalho, suscetível de causar prejuízo ao empregador.

Dessa forma o que tem que ficar claro é que a relação empregatícia possibilita o acesso do empregado a informações confidenciais do empregador, daí a necessidade do contrato vir acompanhado da boa-fé dos contratantes. O empregado tem obrigações de lealdade, sigilo e não concorrência. Ao mesmo tempo ele tem acesso a informações, *know how* e conhecimento de seu empregador os quais deve manter em sigilo, em

cumprimento às obrigações referidas, mesmo após o encerramento do vínculo empregatício.

Como restou demonstrado, a relação de emprego na atualidade está ligada ao desenvolvimento tecnológico, que contribuem para que um grande número de pessoas tenha acesso a informações com caráter de sigilo do empregador.

3.7. Da concorrência desleal pelo empregado

No Direito do Trabalho, a empresa, um dos fatores da produção, necessita do trabalho, para num sistema de livre iniciativa, atingir seu objetivo último: o lucro. O art. 170 e seguintes, da Constituição da República, tratam da Ordem Econômica e Financeira, a qual deverá ser pautada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observando-se, sempre, o princípio da livre concorrência.

Em dizendo isto, está, o entendimento de Dyle Campelo (2001, p.64) que aponta:

A Constituição brasileira de 1988 contém em seu corpo uma constituição econômica (do mundo do dever ser), declarando que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Isto significa que a Constituição consagra uma economia de mercado de natureza capitalista, mas dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre os valores de mercado. Trata-se de uma declaração que de princípio que irá nortear a intervenção do

Estado na economia a fim de garantir a valorização do trabalho humano.

Expondo sobre os princípios fundamentais do capitalismo, Luiz Otávio Pimentel (1999, p.110) assevera que:

Os princípios fundamentais do capitalismo são a livre concorrência e o livre comércio, a propriedade privada dos bens de produção e sua livre herança, seguidos de princípios que lhe são derivados, como os princípios de liberdade de mercado, de capitais e de pessoas. As funções do capitalismo são, portanto, a maximização dos benefícios e o seu próprio crescimento e desenvolvimento. Havendo um correto funcionamento do sistema, beneficiam-se e lucram os capitalistas. Para garantir o seu funcionamento nada melhor do que a garantia da propriedade privada, em especial a intelectual e tecnológica.

Livre concorrência, porém, não significa a liberdade para praticar atos de concorrência desleal, predatória e a utilização pelo empregado de *know how* a que teve acesso em decorrência de seu vínculo empregatício, para fazer concorrência a seu (ex) empregador, caracterizando-se como ato de concorrência desleal.

Segundo Luiz Fernando Schuartz (1999, p. 81) a concorrência pode ser definida como:

Um processo dinâmico e ativo de criação constante embora descontínua – de assimetrias competitivas entre os agentes, um processo no qual os seus principais protagonistas, a saber, as empresas capitalistas, estão constantemente preocupados na ocupação de espaços econômicos a fim de obter lucros extraordinários e vantagens

competitivas que não venham a ser rápida e completamente diluídas.

De outro lado, Maria Helena Diniz (1998, p.734) define a concorrência desleal:

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

A concorrência é caracterizada como desleal quando um empresário utiliza meios ilícitos para obter vantagem econômica sobre os demais, atraindo para si clientes daquele determinado serviço ou produto. Como se pode verificar, a intenção do empresário desleal é prejudicar o adversário tirando proveito da situação.

De igual modo, pratica a concorrência desleal o empregado estando sujeito à penalidades da lei. Isso porque, após o encerramento do vínculo contratual (ou durante a sua vigência) o empregado utiliza indevidamente o *know how* de propriedade de seu empregador seja para fazer concorrência a este pessoalmente, seja fornecendo informações a terceiros para que o façam.

Depreende-se que o direito brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito francês, pois como bem observa Davi Monteiro Diniz (2003, p. 29): “As origens mais remotas da adoção da expressão concorrência desleal podem estar ligadas à regulamentação das manufaturas francesas”.

Nos relatos históricos, como no período medieval, a disciplina da concorrência buscava coibir os abusos praticados por comerciantes que ignoravam os padrões estabelecidos e elevavam repentinamente os preços dos produtos.

Quanto à necessidade de coibir a concorrência predatória, a legislação brasileira tipificou pela primeira vez o crime de concorrência desleal, através do Decreto nº. 22.989, de 26 de Julho de 1933, onde a redação do artigo 1º, “c” previa: “a repressão, dentro de suas atribuições, da concorrência desleal”.

Logo após, a concorrência desleal converteu-se em crime através da promulgação do Decreto nº 24.507/1934, fortemente influenciado pela Convenção da União de Paris (1883), que sujeitou os infratores em seu artigo 39 à sanção penal.

Gottschalk, citado por Mello João (2003, p. 37) assim afirmou:

A repressão da concorrência desleal impõe-se ao Brasil também por força da Convenção da União de Paris, de 20 de março de 1883, para a proteção da propriedade industrial, revista em Bruxelas, em 14 de dezembro de 1900, em Washington, em 2 de junho de 1911, e em Haia, em 6 de novembro de 1925, através do disposto no artigo 10.

Entretanto, seis anos depois, o Decreto foi revogado com a promulgação do Código Penal em 1940 que tratou “Dos Crimes da Concorrência”, no artigo 196, do seu Capítulo IV.

A seguir, ocorreu a revogação de toda a parte correspondente dos crimes contra propriedade industrial, em face da promulgação do Código de Propriedade Industrial (Decreto-Lei nº 7903/1945).

Em relação a esta visão, Davi Monteiro Diniz (2003, p. 85) ensina que:

Com o Código Penal de 1940, a regulamentação de Direito Privado foi descurada, mais tarde ocorrendo o seu resgate por meio do artigo 189 do Dec.-Lei n. 7.903/45, que literalmente previu a responsabilização de quem cometesse a conduta ali incriminada.

Portanto, com a finalidade de evitar o exercício de atos que possam ser caracterizados como concorrência desleal, o ordenamento jurídico prevê mecanismos de prevenção e punições para aqueles que incorram em violação.

Atualmente, a nossa legislação reprime a concorrência desleal, através da Lei nº 9.279/1996 tipificando-a como crime em seu artigo 195 (condutas consideradas como prática da concorrência desleal).

Contudo, para efeitos deste trabalho, abordaremos apenas as condutas incriminadoras que se relacionam com o contrato individual de trabalho. Vejamos o que aduz o artigo 195:

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;

Em se tratando do inciso IX da Lei nº 9.279/1996, o empregado que após o encerramento do vínculo contratual (ou durante a sua vigência) utiliza indevidamente o *know how* de propriedade de seu empregador seja para fazer concorrência a este pessoalmente, seja fornecendo informações para terceiros para que o façam, pratica ato característico de concorrência desleal.

Este pensamento corrobora o entendimento de Elisabeth Kasznar Fekete (2003, p. 310)

Não ser necessária a presença de vínculo empregatício no momento da revelação de tal segredo, bastando para a configuração do crime que o conhecimento ou informação sigilosa tenha sido transmitido ao empregado durante o exercício da atividade profissional. Segundo esse entendimento, não perde o caráter de confidencial a informação ou conhecimento sigiloso obtido pelo preposto na constância de seu emprego, após tê-lo deixado, uma vez que o segredo se prolonga no tempo e no espaço, até o momento de sua divulgação, quando então deixa de apresentar essa característica.

Da mesma forma, incorre no crime de concorrência desleal aquele empregado que, mediante corrupção, venha a beneficiar o concorrente de seu empregador conforme pode ser depreendido do inciso X do artigo 195 da LPI.

Assim, o empregado ao praticar atos característicos da concorrência desleal estará quebrando o dever de fidelidade pactuado com o empregador e, em consequência, dando ensejo à resolução do contrato por justa causa. Podemos exemplificar com a violação de patentes, de invenção, de métodos de trabalho, de segredos de negócio, de informações comerciais, de desvio de clientela, etc.

De outro modo, a teor do que dispõe o inciso XI do artigo 195 da LPI, temos que o empregado teve acesso a conhecimentos, informações, dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, todos ligados à atividade econômica de seu empregador. Entretanto, esse conjunto de informações não pode ser de conhecimento público ou que o empregado teve acesso por ter formação técnica no assunto.

Ademais, é necessário analisar o sujeito ativo do crime de concorrência desleal que detém o conhecimento sigiloso de propriedade de seu empregador e divulga, explora ou utiliza as informações empresariais de forma indevida.

Para Davi Monteiro Diniz (2003, p. 143) a obrigação de confidencialidade impõe-se a qualquer pessoa que tenha acesso as informações e se concretiza através dos comportamentos de abstenção, expressamente proibidos como explorar, utilizar ou divulgar.

A Lei nº 9.279/1996 (Código de Propriedade Industrial), no artigo 209 imputa aos infratores a repressão civil decorrente da prática de atos concorrências. Vejamos:

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou

prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

Pode-se concluir que o estabelecimento empresarial é a maior vítima das conseqüências danosas da concorrência desleal. Afinal, uma vez praticados os atos de concorrência desleal, como o desvio de clientela, a usurpação de nome alheio, a violação ao segredo de fábrica ou de negócio, a imagem da empresa estará afetada. Vejamos o seguinte julgado a este respeito:

EMENTA: PERDAS E DANOS. CONCORRENCIA DESLEAL. SENTENÇA DE PROCEDENCIA DA ACAO DE INDENIZACAO POR PERDAS E DANOS, FACE A CARACTERIZAÇÃO DE CONCORRENCIA DESLEAL DE EX-FUNCIONARIOS DA AUTORA QUE FUNDARAM EMPRESA NO MESMO RAMO DE ATIVIDADE DAQUELA, NA EPOCA EM QUE LABORAVAM JUNTO A MESMA, COM UTILIZACAO, EM PROVEITO PROPRIO, DE SEGREDOS DO NEGOCIO QUE LHE FORAM CONFIADOS PELA FUNCAO DE QUE EXERCIAM NA EMPRESA AUTORA. ALICIAMENTO DA CLIENTELA, CONFIRMADO PELA OFERTA DE MAQUINARIO IGUAL E EM VALOR REDUZIDO. REJEITADA A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. APELO IMPROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70000275669, QUINTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: SÉRGIO PILLA DA SILVA, JULGADO EM 25/11/1999)

Ao se tratar *know-how*, para evitar que haja concorrência desleal, é indispensável quando da celebração de contrato individual de trabalho, ou num contrato separado, que sejam incluídas cláusulas referentes ao sigilo, as quais terão validade durante e após o término do pacto, por um prazo determinado pela empresa.

Com a inclusão dessa cláusula de não-concorrência, as empresas terão certa garantia de que o sigilo daqueles conhecimentos, experiências, técnicas ou exercício de determinada atividade estarão protegidos durante um lapso temporal descrito no contrato.

Além disso, outra opção que o empresário tem é limitar a quantidade de pessoas detentoras do segredo da empresa, deixando bem claro que tal informação é estritamente confidencial.

Neste diapasão, percebe-se que o *know-how* é protegido contra as práticas da concorrência desleal, como o segredo que se deve preservar no interesse de seu titular. Assim, com a finalidade de evitar que o empregado pratique atos de concorrência desleal durante a vigência do contrato individual de trabalho, ou após a sua extinção, surge à necessidade da cláusula de não concorrência.

A inclusão da cláusula de não concorrência tem por objetivo coibir que o empregado pratique ato de concorrência desleal e, em consequência, protege o método, o *know how*, a técnica específica da empresa.

Ao tomar essas atitudes, o empresário busca proteger-se contra a concorrência desleal, inibindo a divulgação por ex-empregados do segredo do estabelecimento empresarial a concorrentes que tenham a intenção de prejudicá-lo.

4. DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO

Objetivando detectar e resolver alguns problemas concernentes ao fluxo de informações a que o empregado tem acesso em decorrência do contrato individual de trabalho, faz-se necessário estabelecer medidas para que tais informações não venham a ser divulgadas indevidamente por seus detentores, na qualidade de empregados.

Sabe-se que, durante a vigência do vínculo empregatício, o empregado tem acesso a informações de interesse empresarial, bem como a dados e informações confidenciais que decorrem da experiência profissional do empregado.

Fica a cargo do empregador utilizar meios que tornem os empregados obrigados a manter o sigilo de algumas informações da empresa, mesmo após o fim do contrato individual de trabalho.

O objeto do presente trabalho é analisar a viabilidade da cláusula de não concorrência sob a perspectiva das relações trabalhistas, como forma de proteger os bens imateriais do empregador. Nesse contexto, a cláusula de não concorrência deve ser interpretada dentro do contrato de emprego, em que figuram como sujeitos o empregado e o empregador.

Registra-se, ademais, que na vigência do contrato individual de trabalho o empregado pode estar, a todo o momento, em contato com informações importantes e sigilosas relativas ao interesse de seu empregador. Informações essas que compõem os bens imateriais da empresa.

Tomando por premissa que a cláusula de não concorrência carece de regulamentação específica e sabendo que o seu objetivo é a preservação dos bens imateriais, buscaremos apontar quais vantagens o empregador tem ao inserir a cláusula de não concorrência nos contratos de emprego.

Defere-se que o dever de não concorrência está legalmente inserido no contrato individual de trabalho, na medida em que possibilita a demissão do empregado, por justa causa, por negociação habitual e violação do segredo de empresa.

Em relação à cláusula de não concorrência Cardoso, citado por Oliveira (2005, p. 120), assevera que:

O objetivo direto dos pactos de não concorrência consiste na preservação da propriedade imaterial do empregador, notadamente dos segredos de negócio, os quais não recebem da LPI tutela específica, tal como ocorre com a concessão das patentes às invenções e aos modelos de utilidade, bem como com a concessão do registro aos desenhos industriais e às marcas. (...) Não há uma relação exaustiva dos bens imateriais possíveis de caracterização como segredos de negócio. (...) A tendência contemporânea tanto da doutrina quanto da jurisprudência está em atribuir uma sentindo bastante elástico para a expressão, de modo a significar toda e qualquer informação sigilosa capaz de propiciar ao seu titular posição de vantagem na disputa pela

clientela”. Sob a ótica dos direitos da personalidade, a proteção aos segredos de negócio por meio dos pactos de não concorrência atende aos interesses tanto do empregado como do empregador. Do empregado, na medida em que o compromisso lhe permite a fruição econômica da sua personalidade, sem descaracterização de sua essência; para o empregador reflete um meio de proteger, de forma preventiva, um elemento constitutivo de sua personalidade jurídica.

Segundo Gottschalk, citado por Mello João (2003, p. 57),

A cláusula de concorrência pós-contratual tem sua origem no próprio contrato individual de trabalho, pois só o vínculo empregatício anterior justifica, em virtude dos conhecimentos e segredos transmitidos ao empregado durante a prestação de seus serviços na organização empresarial, proibição de utilizá-los, dentro do ramo específico e da projeção geográfica da atividade da empresa de origem, em atividades idênticas, afins ou semelhantes.

Já, para Carlos Henrique Bezerra Leite (1999, p. 287), a cláusula de não concorrência “é aquela que estabelece a proibição de o empregado praticar qualquer ato que redunde, ou possa redundar, perda ou desvio de clientela do empregador”.

Com vista ao exposto, observa-se que o empregador insere a cláusula de não concorrência nos contratos de emprego, como forma de proteger os legítimos interesses da empresa.

Vemos, portanto, que é lícito ao empregador inserir a chamada cláusula de não concorrência que, embora esteja condicionada a cessão do pacto laboral, pode ser inserida no início da contratação, no decurso do contrato de trabalho, bem como no seu término.

Ao estipular a cláusula, o empregador adquire a garantia de que o seu ex-empregado estará impedido de fornecer informações privilegiadas adquiridas na constância do contrato de emprego, seja para o seu próprio negócio, seja para um terceiro concorrente.

Cabe aqui a advertência feita pelo professor Ari Posidônio (2002, p. 421) sobre a distinção entre o dever de não concorrência e à chamada cláusula de não concorrência:

Deve ser ressaltado que, de certa forma, apresentam linhas divisórias muito próximas, mas, na realidade, ostentam grande diferença, já que a primeira delas se refere desenganadamente, a dever ínsito do contrato de trabalho e que se opera na vigência deste, enquanto a segunda hipótese implica perquirir

sobre a aplicação de cláusula contratual prevista para vigor após findo o contrato de trabalho.

De posse das conceituações expostas, resta claro a necessidade de proteção aos dados comerciais, relação de clientes, métodos, fórmulas, *know how*, enfim, proteção aos conhecimentos adquiridos pelo empregado e que, mesmo após a extinção do contrato de emprego deverão ser mantidos em sigilo.

4.1. Licitude, omissão e oportunidade para adoção da cláusula de não-concorrência

É preciso salientar, de início, que a cláusula de não concorrência restou evidente no Direito Brasileiro, já que este nada prevê sobre a sua estipulação, o que nos permite recorrer às lições jurisprudenciais, doutrinárias e, em especial, ao direito comparado.

Esse entendimento justifica-se sob o argumento de que a lacuna do texto legislativo não oportuniza a proibição das partes pactuarem a cláusula de não concorrência.

Quanto a isso, convém mencionar o posicionamento de Regiane Teresinha de Mello João (2003, p. 34) que:

A velocidade das relações de trabalho, sem a conseqüente imediatidade do processo legislativo, cria situações em que a ausência de previsão legal termina por acentuar um conflito, simplesmente pela resistência dos atores sociais em preencher as lacunas da lei por outros meios que não através da nova lei.

Desta forma, Regiane Teresinha de Mello João (2003, p. 39) se posiciona de acordo com a admissibilidade da cláusula de não concorrência, vez que deve ser observado os parâmetros dos artigos 8º e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como o artigo 122 do Código Civil.

Nesse sentido, posiciona-se Carlos Henrique Bezerra Leite (1999, p. 286) quando adverte: “Tendo em vista que a legislação trabalhista nada dispõe a respeito, cremos ser imprescindível a invocação do art. 8º da CLT, o qual preceitua a aplicação do direito comparado como fonte formal subsidiária”.

Contrariando o acima exposto, temos a posição de Gottschalk, citado por Oliveira (2005, p. 118) que afirma:

(...) Concluimos, portanto, que a empresa encontra *de lege lata* uma tutela geral contra atos de concorrência desleal e violação de seus segredos, contidos no conceito amplo de *Know how* para o período tanto contratual como pós-contratual, tutela essa que estabelece a responsabilidade civil e criminal do infrator. A estipulação de proibição do empregado, quanto ao exercício de suas atividades após a cessação da relação mediante cláusula inserta no contrato individual de trabalho, não encontra fundamento sólido para ser considerada, não obstante, a omissão da lei. Reclama, porém, de *lege ferenda* a sua regulamentação, pois, no atual estágio da evolução tecnológica e da amplitude da pesquisa científica, justifica-se uma maior proteção da empresa contra a atividade de empregados que, terminada a sua vinculação empregatícia, procuram explorar um acervo de conhecimento que inegavelmente incorpora o patrimônio da empresa, particularmente num mundo, no qual prevalecem mercados competitivos de trabalho.

Reza o artigo 444 da CLT, que:

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.

O dispositivo aduz a licitude da estipulação da cláusula de não concorrência. Com efeito, as partes podem utilizar esse dispositivo legal como forma de incluir tal cláusula no contrato de trabalho.

Acrescenta-se a isso o disposto no artigo 122 do Código Civil que dispõe: “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei”. Dessa maneira, tem-se presente que a sua estipulação é válida, desde que não contravenha os princípios de proteção ao trabalhador.

De acordo com o artigo 8º da CLT:

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

Como se extrai do artigo em comento, é plenamente cabível a sua inserção no Direito Brasileiro, já que a sua disciplina não obteve suficiente tratamento legal. Filiamos ao entendimento de que devemos utilizar as fontes subsidiárias como forma de suprimir a ausência do texto legal.

No direito francês, como não há a sua regulamentação, a matéria fica reservada para a doutrina e a jurisprudência. Somente a partir dos anos 80 é que se tem notícia de julgamento de conflitos envolvendo a chamada cláusula de não concorrência. A Corte Francesa a considerou lícita, desde que o empregador demonstrasse possuir interesse legítimo em sua estipulação.

Oris de Oliveira (2005, p. 89) resume que: “No atual direito francês há aceitação pelos tribunais e pela maioria expressiva dos doutrinadores da cláusula de não concorrência”. Ao fazer tal afirmação, o autor transcreve em sua obra uma ementa do direito francês, a saber:

Uma cláusula de não concorrência só é lícita e indispensável para a proteção dos legítimos interesses da empresa, limitada no tempo e espaço, se leva em consideração a especificidade do emprego do assalariado e se implica para o empregador a obrigação de pagar ao assalariado uma contrapartida financeira, sendo estas condições cumulativas.

Além desta visão que vislumbra a licitude da cláusula de não concorrência, existem em contraposto, alguns doutrinadores que opinam por sua inaplicabilidade, em virtude da

interpretação restritiva dada ao artigo 5º, XIII da Constituição da República Federativa do Brasil, que contempla a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Vejamos o que dispõe o artigo em comento:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

Revela mencionar, que parte da doutrina não aceita a inserção da cláusula de não concorrência sob o fundamento de que se estaria prejudicando os interesses do trabalhador. Assim, é interessante observar a jurisprudência minoritária contrária à admissão da cláusula de não concorrência, segundo o acórdão extraído do Tribunal Regional de São Paulo:

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.(RECURSO ORDINÁRIO Nº 20020079847, OITAVA TURMA, TRIBUNAL REGIONAL DE SÃO PAULO, RELATOR JOSÉ CARLOS DA SILVA AROUCA, JULGADO EM 18/02/2002.

Todavia, temos que ter em mente que a Carta de 1988, em seu artigo 170, inciso IV, dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais e garante a proteção à concorrência desleal ao aludir a livre concorrência. Assim, mesmo estando a economia do nosso país

fundada em um regime capitalista e na livre iniciativa, é indiscutível a possibilidade da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho.

Acrescenta-se a isso, o entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite (1999, p. 285) quando leciona a favor da cláusula de não concorrência:

Importa ressaltar que a cláusula de não concorrência não viola o princípio que assegura a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), na medida em que o próprio dispositivo, em sua parte final, fixa limitações ao princípio ao mencionar “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Com as considerações já feitas, cumpre analisar o posicionamento de Ari Possidonio Beltran (2002, p. 424) ao tratar do tema “entendemos que o pacto de não concorrência pode, lícitamente, ser estipulado no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, consoante observado no direito comparado e nas lições doutrinárias”.

Há que se investigar, portanto, o critério de razoabilidade quando da estipulação da cláusula de não concorrência, de modo que não haja uma situação de desequilíbrio nas obrigações. Para a restrição da concorrência deve haver uma delimitação de tempo e espaço, pois a sua ausência acarretaria um ônus excessivo ao empregado.

4.2. Pressupostos e formalidades

Como visto, diante da omissão legislativa no que tange à cláusula de não concorrência, para traçarmos seus pressupostos devemos buscar fundamento em outros ramos do Direito, em especial, no Direito Civil.

Prevê o artigo 425 do Código Civil que “É lícito às partes estipular contratos observadas as normas gerais fixadas neste código”. Depreende-se que os contratantes podem dispor de contrato atípico para a estipulação da cláusula de não concorrência.

Sobre isso, Oris de Oliveira (2003,p. 153) afirma:

Obedecidos os limites de possibilidade do exercício da profissão, de tempo, espaço, não há no contrato de não concorrência que fira as normas gerais dos contratos, os dispostos constitucionais sobre a liberdade de iniciativa, de exercício da profissão, os princípios do direito do trabalho.

Seria importante que a cláusula de não concorrência estivesse disposta de forma escrita, porém, ainda que não esteja, ela deve ser obedecida, fazendo surtir seus efeitos.

Isso não significa que elegemos a cláusula de não concorrência implícita, sendo inegável a importância da forma escrita. Estevão Mallet (2005, p. 1165), ao falar sobre a desnecessidade da forma escrita, ressalta que:

No tocante a cláusula de não concorrência, torna-se não obrigatória a forma escrita, conclusão referendada pela regra do artigo 442, da CLT e não prejudicada pelo disposto no art. 29, *caput* da CLT.

Ao contrário da legislação brasileira, o Direito Português impõe, como condição para a estipulação de cláusulas de não concorrência nos contratos de emprego, a forma escrita, que por sua vez, se mostra de grande prudência.

Nesse sentido, Regiane Teresinha de Mello João (2003, p. 78):

A primeira condição de validade é a de que o pacto de não concorrência seja escrito e conste do contrato de trabalho. Admite a doutrina, entretanto, que o acordo seja incluído em adiantamento, não sendo imprescindível que tenha constatado desde a admissão. (JOÃO, 2003, p.78)

Frisa-se a natureza bilateral da cláusula de não concorrência, pois, como é sabido, a pactuação da cláusula importa em obrigações recíprocas para empregado e empregador.

É possível ainda, vislumbramos a hipótese em que, através de acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, são implementados limites para a instituição da cláusula de não concorrência. Dada, todavia, essa oportunidade, deve-se ressaltar o caráter personalíssimo da obrigação, o que nos permite dizer que não é possível que o empregado pactue diante de condições impostas coletivamente com os demais membros da categoria.

Na perspectiva de Estevão Mallet (2005, p. 1165):

É lícito, por exemplo, que a norma coletiva estabeleça padrões mínimos relacionados com os direitos devidos ao empregado por conta da restrição ao trabalho e com o âmbito territorial ou período máximo de tempo para essa restrição.

E continua o citado autor “Não cabe, no entanto, estabelecer, por meio de negociação coletiva, diretamente e sem adesão individual do empregado, cláusula geral de não concorrência” (2005, p. 1166).

Isso importa dizer que o empregado, diante da ausência de restrição à concorrência junto ao seu empregador após findo contrato de emprego, não se encontra livre para praticar atos que prejudiquem a atividade de seu ex-empregador.

Ora, para a elucidação do caso em análise, devemos nos remeter à Lei de Propriedade Industrial, onde reforçamos a tese de que o ex-empregado continua sujeito a infrações previstas no artigo 195, XI da LPI, bem como as diretrizes da boa-fé contratual.

4.3. Limites, restrições e exorbitância da cláusula de não-concorrência

Tomando por premissa que a cláusula de não concorrência não foi prevista no contexto do ordenamento jurídico brasileiro e sabendo que a sua estipulação preserva os interesses do empregador, deve-se atentar para que a sua inserção no contrato de emprego não torne desequilibrada a obrigação contraída.

A cláusula de não concorrência deve obedecer à razoabilidade, como forma de não ocasionar um gravame ao empregado no cumprimento da obrigação.

Diante de tal situação, é imprescindível que as partes, ao pactuarem a cláusula de não concorrência, estabeleçam certos limites para que o empregado não seja submetido a um ônus excessivo.

Neste ponto, Ari Possidonio (2002, p. 424) enumera os limites para a estipulação da cláusula de não concorrência:

Consoante observado no direito comparado e nas lições doutrinárias, a aplicação da cláusula deverá ser balizada por alguns parâmetros, a saber: a) delimitação quanto ao objeto da restrição do exercício da atividade b) impõe-se à limitação no tempo c) delimitação do espaço territorial d) durante o período de abstenção, deverá o trabalhador receber indenização justa, previamente avançada.

Explica-se que o empregador estipulante pretende que os conhecimentos ou habilidades do empregado, adquiridas anteriormente, não venham prejudicar o seu negócio, seja trabalhando para terceiros, como autônomo ou até mesmo integrando uma sociedade.

Com efeito, deve-se atentar para o objeto de restrição, uma vez que o empregador, ao estipular uma quantidade enorme de atividades proibitivas para o empregado, estará desvirtuando a finalidade da estipulação da cláusula de não concorrência no contrato de emprego do seu (ex) empregado.

Nesse sentido, Oris de Oliveira (2005, p. 138), aborda exemplos da aplicação da cláusula em comento:

Um técnico operador pode ter na empresa uma atuação restrita à sua área de competência à sua área sem acesso a setores de venda, da mercadologia; já um advogado que dá pareceres sobre diversas atividades empresariais, pode ter um leque bem maiores de informações confidenciais.

Com tais dados o empregado pode engajar-se em outras atividades, que não aquelas que colidam com o interesse do empregador. “A precisão é indispensável para que o trabalhador saiba quais atividades são proibidas e, atuar mais tarde, sem preocupações, nas que lhe são permitidas”. (OLIVEIRA, 2005, p.138)

Ao mesmo tempo, é imprescindível que assim como o objeto de restrição, as partes delimitem o período de abstenção do empregado de não concorrer com o seu ex-empregador.

Assim, uma vez ex-funcionário de empresas de *know-how*, este deve manter sigilo em as informações a que teve acesso, pelo prazo determinado na cláusula contratual. É evidente que, como a lei não determina o prazo a que o empregado torna-se obrigado em não concorrer com seu (ex) empregador, deve-se deixar ao livre arbítrio das partes o tempo razoável para a sua estipulação.

Indaga-se sobre a validade da cláusula de não concorrência que não prevê a sua duração. O problema é apontado pela doutrina que assim se manifesta:

Restrição permanente ou mesmo indefinida afigura-se, seja qual for a atividade considerada ou o empregado envolvido, ilícita, conclusão a que se chega sem

nenhuma dificuldade. Cerceia, de modo desmedido a liberdade de trabalho do empregado. (MALLET, 2005, P.1163)

Há, desta forma, uma limitação parcial da atividade do empregado, que deverá exercer outra atividade. Com isso, será considerada abusiva e, em consequência, ilícita a cláusula de não concorrência que disponha sobre a proibição total do empregado.

É imprescindível aqui, o posicionamento de Cesarino Júnior, citado por Carlos Henrique Bezerra Leite (1999, p. 286):

Cláusula de não concorrência – É a condição do contrato individual de trabalho de não poder o empregado após a sua rescisão, durante certo tempo e em certa região, exercer, para outra empresa, as mesmas funções nele contratadas. A jurisprudência francesa a admite, desde que não haja uma proibição total do trabalho empregado, a qual seria evidentemente absurda.

Na França, diante da ausência absoluta sobre regulamentação da cláusula de não concorrência, é necessário o auxílio das negociações coletivas e jurisprudência.

Para tanto, as convenções coletivas determinam uma duração máxima de dois anos, na qual o empregado se vê vinculado. Porém, nada impede que os Tribunais estabeleçam um prazo superior, desde que observado o período geográfico (JOÃO, 2003, p. 84).

No direito italiano, a cláusula de não concorrência ficou sob responsabilidade do Código Civil que tratou em seu artigo 2.215 da exclusão de não concorrência. Nesse país, é indispensável a delimitação do objeto, do lugar, bem como do tempo de duração. Isso porque, segundo a doutrina italiana, o empregado poderá exercer alguma outra atividade, na qual se considera apto e, em consequência, não se veja obrigado a mudar o ramo de sua atividade.

Ora, dada à ausência de tratamento legal, cabe aos contraentes estabelecerem a sua delimitação em tempo e local, de modo que não se deve admitir cláusula perpétua no contexto do contrato individual de emprego.

Vale ressaltar, ainda, que alguns doutrinadores sugerem uma aplicação analógica ao prazo estabelecido para os contratos com prazo determinado, isto é, de dois anos, conforme preceitua o artigo 445 da Consolidação das Leis do Trabalho. Registra-se, contudo, que há posição em sentido contrário, conforme se observa nas anotações de Estevão Mallet (2005, p. 1164):

Significa, apenas, que a validade dos limites temporais pactuados fica sujeita a revisão judicial segundo parâmetros mais fluidos, não estabelecidos previamente pelo legislador, afasta – sublinhe-se – a aplicação analógica do prazo máximo mencionado no art. 445, caput, da CLT, que não guarda nenhuma relação com o caso.

É notório que, muitas vezes, o empregado obtém informações que não precisam ser mantidas em sigilo, através da cláusula de não concorrência, por um período muito longo.

Isso ocorre em casos cujas informações se tornam indiferentes diante do conhecimento de terceiros, podemos destacar, como exemplo, as empresas que com um período relativamente pequeno de tempo ficam com o seu processo de produção obsoleto.

Já a delimitação do espaço territorial necessita ser norteadada pelo princípio da razoabilidade, de forma que o empregador deve delimitar o espaço para a exclusão da não concorrência do empregado, pois não há que se falar em concorrência perante lugares ou clientes distintos. Assim, é preciso que se leve sempre em consideração o princípio da razoabilidade.

Para Estevão Mallet (2005, p. 1163) “a imposição de limite espacial à restrição – que se compreende perfeitamente – não significa, todavia, exclusão peremptória de cláusula com âmbito de validade superior ao território nacional”.

4.4. Compensação pela não-concorrência

Com base no que foi dito a respeito da cláusula de não concorrência, se faz necessário, ainda, que o empregador compense o ex-empregado pela sua conduta de não concorrer após a vigência do contrato de emprego. O fato se justifica pela obrigação imposta ao empregado, já que este ficará, de certa forma, impedido de executar os diversos conhecimentos adquiridos quando da prestação do serviço para o empregador.

Não obstante a cláusula de não concorrência ser resultado da aplicação analógica do artigo 8º da CLT, não podemos concordar com algumas legislações estrangeiras, em especial, o Direito Francês, que acolhendo as lições da doutrina e da jurisprudência, deixou à mera liberalidade do empregador a contraprestação paga ao empregado.

Todavia, contrariando aquele direito, observa-se o Direito Português que, de modo salutar, dispõe sobre a inquestionável importância de se compensar o empregado durante o período do encargo assumido. Como ressaltou Regiane Teresinha de Mello João (2003, p. 78), ao observar o Direito Português, “a compensação econômica durante o período de limitação da atividade é outro requisito essencial de validade da cláusula”.

Não há razão para não aceitarmos em nosso Direito a compensação paga pelo ex-empregador ao ex-empregado diante da sua vinculação obrigacional, principalmente consoante as lições do Direito comparado.

Questão a ser observada diz respeito à natureza jurídica desse pagamento que, conforme lições doutrinárias, desdobra-se ora em salário, ora em indenização.

Para a grande maioria da doutrina, a compensação retribuída ao empregado não pode ser considerada salário, uma vez que não há a contraprestação do trabalhador e, em consequência, descaracterizado estaria o salário.

Mozart Victor Russomano (2003, p. 359) explica o conceito de salário “O valor pago, diretamente, pelo empresário ao trabalhador, como contraprestação do serviço realizado”.

Oportuna, também, é a lição de Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 325):

Salário é o conjunto de percepções econômicas devidas pelo empregador ao empregado não só como contraprestação do trabalho, mas, também, pelo períodos em que estiver à disposição daquele aguardando ordens, pelos descansos remunerados, pelas interrupções do contrato de trabalho ou por força de lei.

Entretanto, não se pode concordar, como alguns o fazem, em admitir que o “período em que estiver à disposição do empregador” seja considerado o período a que o empregado compromete-se a não concorrer com o seu ex-empregado, daí o entendimento de que o período citado não configura salário.

Os argumentos ora apontados encontram respaldo legal na disposição do artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, que, como se pode notar:

Considera-se como de serviço o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Assim, falar que o empregado, mesmo após o encerramento do vínculo contratual, encontra-se a disposição do empregador, cumprindo o pacto de não concorrência, não nos parece o mais correto.

Ocorre que o empregado, diante da ausência do contrato de trabalho, pode valer-se de outro emprego, seja por conta própria ou por conta alheia, desde que tais atividades não venham a concorrer com a atividade de seu ex-empregador.

Ademais, o empregado não está sujeito às ordens emanadas do seu antigo empregador e nem precisa acatá-las, não devendo ser considerado, portanto, como período em que esteja à disposição do ex-empregador.

Por outro lado, considera-se indenização o valor pago ao ex-empregado a título do pacto de não concorrência. É o que se infere da lição de Oliveira Viana, citado por Oris de Oliveira (2005, p. 146):

Na verdade esta interdição começa a ser considerada como uma lesão do patrimônio do empregado, lesão que impõe uma reparação. Em certas legislações mais recentes já prevalece, por isto mesmo, o princípio de uma obrigação de indenização imposta ao patrão em favor do empregado renunciante.

Desta feita, cabe aqui a lição de Alice Monteiro de Barros (2005, p. 706) que aborda a diferença entre salário e indenização:

Salário é uma retribuição devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, de forma habitual, pelos serviços prestados e pelo fato de encontrar-se à sua disposição. Já a indenização é uma importância devida na relação de emprego quando há perda ou lesão de um direito provocada de forma dolosa ou culposa pelo empregador (...).

Neste passo, o empregado que está sujeito ao pacto de não concorrência, compromete-se a não praticar atos que possam redundar em concorrência com seu ex-empregador, o que, por sua vez, limita a sua liberdade em fixar-se em um novo emprego. Por essa razão, não há como se distanciar do caráter indenizatório que recebe a compensação devida em razão da estipulação da cláusula de não concorrência.

O valor a ser pago reside precisamente no âmbito de restrição a que foi atribuído ao trabalhador. Posto isto, deve haver correspondência entre a necessidade que o empregador pactuou para preservar os seus interesses e a retribuição devida ao empregado. Não se admite, portanto, um desequilíbrio entre as obrigações assumidas pelas partes.

Oris de Oliveira (2005, p. 149) aponta dois parâmetros a serem observados para a estipulação do valor da cláusula de não concorrência:

No que se refere ao *quantum* da indenização há dois parâmetros extremos que servem de balizas entre as quais pode situar-se uma estipulação razoável do valor da compensação pecuniária: de um lado afastar uma quantia meramente simbólica, de outro, exigir que seja proporcional à vantagem auferida pelo estipulante.

Ademais, nada impede que as partes convençionem o pagamento referente à obrigação de não concorrer do ex-empregado de forma diversa do que em dinheiro, como, por exemplo, através de utilidade, porém, é necessário que haja a concordância expressa do trabalhador e o valor atribuído seja significativo.

Deve-se atentar para a forma desse pagamento. É preciso que o empregado faça jus à sua contraprestação no momento em que se impõe a restrição, de outra forma, nada impede que a mesma seja quitada em uma só vez, bem como sendo paga mensalmente. Contudo, não nos parece o mais correto aceitarmos o pagamento sendo efetuado depois de cessado o período de restrição, uma vez que se estaria onerando excessivamente o empregado pela sua prestação.

Questão a ser observada diz respeito ao valor pago pelo ex-empregado ao ex-empregador, quando aquele descumprir a obrigação de não concorrência assumida.

No Brasil, não existe previsão legal que possibilite a aplicação de sanções pecuniárias ao trabalhador, em relação a tal descumprimento, contudo a CLT em seu artigo 462, § 1º, permite a aplicação de indenização contratual por danos.

Para Regiane Teresinha de Mello João (2003, p. 63) “o valor estipulado nesse caso constitui mais uma reparação dos prejuízos ao ex-empregador que propriamente uma sanção. O direito do trabalho brasileiro condena a aplicação de multa”.

Então, por conseguinte, como a aplicação de multa ao trabalhador importa em desconto ou redução salarial e como na vigência da cláusula de não concorrência o empregado não recebe salário, não se conceber a configuração de um ilícito, uma vez que, não há o pagamento do salário.

Neste passo, faz-se necessário aplicar o disposto no §1º do artigo 462 da CLT, pois, como vimos, diante da impossibilidade de aplicação de multa como sanção a ser paga

pelo ex-empregado, este deve suportar uma reparação. É sabido que o Direito do Trabalho nega a possibilidade de aplicação de multa, permitindo, contudo, a estipulação contratual de indenização a ser paga pelo ex-empregado.

De qualquer modo, deve-se ressaltar que o pagamento será devido quando o ex-empregado incidir em descumprimento da cláusula de não concorrência, isto é, ativando-se por conta própria ou de outrem, no qual se comprometeu com a obrigação de não fazer. Posto isto, em consonância com o que estabelece o § 1º do artigo 462 reveste-se tal prestação de caráter indenizatório.

4.5. Impugnação da cláusula de não-concorrência

Vimos que, em se tratando do descumprimento da cláusula de não concorrência, é plenamente possível que à parte prejudicada venha a ser ressarcida pelos prejuízos suportados.

São várias as hipóteses que podem ocasionar o descumprimento do acordado, como exemplo, apresentamos a denúncia da cláusula pelo empregador quando o empregado quebra o compromisso de não concorrer ou diante da ausência de pagamento à que se comprometeu o empregador.

Estevão Mallet (2005, p.1169) acrescenta que:

A validade e a adequação da cláusula de não concorrência podem ser discutidas em reclamação ajuizada pelo empregado, com pedido de anulação do ajuste ou pagamento das parcelas pactuadas, acrescidas

de valores adicionais, por conta do caráter desproporcional da limitação estabelecida, como, igualmente, em reclamação proposta pelo empregador, para recebimento de indenização (...).

Indaga-se sobre a competência para dirimir possíveis impugnações feitas acerca da cláusula de não concorrência. Importa, no entanto, enfatizar que somente o contrato individual de trabalho justifica a impugnação de uma das partes.

O artigo 114, da Constituição Federativa da República, estabelece a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, bem como eventuais controvérsias decorrentes da relação de emprego.

É notório que, na relação de emprego, em que pese os princípios norteadores dessa relação, que tem início com o contrato individual de trabalho, é inegável a competência outorgada a Justiça do Trabalho para a solução dos conflitos que lhe sejam apresentados.

Outro ponto importante refere-se ao foro competente para apreciar o exame da causa.

Assim reza o art. 651, *caput*, da CLT, que:

A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, presta serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou estrangeiro.

Trata o dispositivo de delimitar a competência do juízo do local em que o empregado presta os serviços ao tempo de rescindido o contrato individual de trabalho. Não será, portanto, o local em que se deu o descumprimento da obrigação, mas sim onde se verificou a pactuação da cláusula de não concorrência.

Ademais, não se pode distanciar à origem da cláusula de não concorrência do próprio contrato individual de trabalho, que se justifica pela preservação dos conhecimentos e segredos aos quais o empregado passa a ter conhecimento. E ainda, é inconcebível afirmar que tal cláusula é uma obrigação autônoma, ou até mesmo paralela ao contrato individual de trabalho, pois este é o fundamento daquela.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso propósito, neste trabalho, foi o de analisar a validade da cláusula de não concorrência no Direito Brasileiro frente à omissão legislativa sobre o assunto. Para tanto, foi imprescindível apoiarmos nas lições doutrinárias, jurisprudenciais e, em especial, no Direito Comparado.

Como restou demonstrado, é clarividente a enorme importância da exploração de atividades empresariais, consubstanciadas principalmente na livre iniciativa e concorrência, a fim de assegurar a sua atividade no mundo globalizado.

O empregado encontra-se vinculado a executar o contrato individual de trabalho seguindo os parâmetros que norteiam a boa-fé contratual, dentre outras obrigações, tais como a lealdade, o sigilo e a não concorrência.

Perceba-se que o empregado, ao tomar conhecimento das informações sigilosas da empresa durante a execução do pacto laboral, encontra-se inibido de repassá-las a terceiros, uma vez que pode ter o seu contrato individual de trabalho rescindido com base no artigo 482, “c” e “g” da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por outro lado, a questão ganha relevo quando, após findo o vínculo empregatício de um titular de vastos conhecimentos confidenciais da empresa, este detém total liberalidade para explorá-los, seja por conta própria, seja beneficiando o concorrente de seu ex-empregador.

Em consequência dessa flagrante vulnerabilidade, o ex-empregador dispõe de importante mecanismo a fim de assegurar o sigilo de tais conhecimentos, isto é, a cláusula de não concorrência que, por sua vez, pretende garantir a preservação de informações e, em consequência, o sucesso da empresa.

Diante do alegado, conclui-se que não há no Direito Brasileiro vedação que importe a proibição para a adoção da cláusula de não concorrência. Pelo contrário, a sua aplicação é perfeitamente cabível em consonância com o artigo 444 da CLT que outorga as partes a livre estipulação do objeto das relações contratuais, desde que não contravenha as disposições de proteção ao trabalho.

Como já foi dito, a cláusula de não concorrência é utilizada largamente em países como, por exemplo, França e Portugal, e, para adequarmos ao ordenamento jurídico brasileiro, basta observarmos o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho que, ao dispor sobre as fontes do Direito do Trabalho, elege o direito comparado.

Importa estabelecer requisitos indispensáveis para a aplicação da cláusula de não concorrência, tais como limitação de prazo e região de abstenção do empregado em engajar-se em determinada atividade, e, principalmente, a verificação de existência de legítimos interesses do empregador.

Sem dúvida, é irrefutável a importância da cláusula de não concorrência no ordenamento pátrio, e tendo em vista a sua omissão não se pode conceber com a sua falta de validade e eficácia, mormente tenha o empregado a sua devida compensação econômica.

Necessário se faz, então, diagnosticar a real necessidade atual da Consolidação das Leis do Trabalho sobre o assunto. Nossa doutrina e jurisprudência já se manifestaram em sentido favorável à regulamentação que necessita a instituição da cláusula de não concorrência. É nesse mesmo sentido a posição do doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite (1999, 286) “sugere-se a edição de lei disciplinadora da cláusula de não concorrência, podendo o direito comparado servir como paradigma, mas, sem perder de vista a realidade sócio-econômica brasileira”.

Recomenda-se a edição de norma legislativa sobre o assunto, tendo em vista a contingência de informações a que os empregados têm acesso em razão de suas funções. Com efeito, o direito não pode manter-se inerte por muito tempo, ao contrário, deve caminhar ao lado das reais necessidades da sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Ísis. **Manual de Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, 615p.
- ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 2.ed. São Paulo: Rideel, 2004. 1211p. (Coleção de Leis Rideel 2005).
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2003. 1268p.
- _____. **Know how e Segredos de Empresa**. 2002. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com>>. Acesso em 15 de abril. 2006.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006. 1.318 p.
- BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 328p.
- BELTRAN, Ari Possidonio. **Dever de fidelidade, dever de não-concorrência e cláusula de não concorrência**. São Paulo: Revista LTR, ano 66, 2002. 424p.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4º ed. São Paulo: Forense Universitária, 2003. 188p.
- _____. **Direito Civil Constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. 229p.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto, n.º 75.572, de 08 de Abril de 1975. **Institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)**.
- CAMPELO, Dyle. **O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 553p.
- CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1388p.
- _____. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1.248p.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 10º ed. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2006.509p.
- DALLEGRAVE. José Affonso Neto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: LTR, 2005. 244p.
- DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade Intelectual**. 2º. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 363p.

- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3º ed. São Paulo: LTr, 2004. 1471p.
- _____. **Curso de Direito do Trabalho**. 5º. São Paulo: LTr, 2006 1471p.
- DINIZ, Davi Monteiro. **Propriedade Industrial e segredo de comércio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 185p.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 4 v. São Paulo: Saraiva, 1998. 799p.
- FEKETE, Elisabeth Kasznar. **O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 489p.
- GIGLIO, Wagner D. **Justa Causa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 434p.
- GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998. 598p.
- _____. **Curso de Direito do Trabalho**. 16º. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, 690p.
- JEVEAUX, Geovany; CRUZ, Marcos Pinto; AREOSA, Ricardo. **Manual de Direito Individual de Trabalho**. São Paulo: Forense, 2002. 510p.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. 747 p.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, n. 13/99, julho/1999. 287p.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. **Justa Causa**. Cuiabá: Oásis Jurídico, 2001, 96p.
- MALLET, Estevão. **Cláusula de Não-Concorrência em Contrato Individual de Trabalho**. São Paulo: Ltr, n.69/10, outubro/2005. 1159p.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Ltr, 2001.p.677
- OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de Concorrência no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 2005. 181p.
- PLÁ RODRIGUES. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1993, 315p.
- PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Industrial (As funções do Direito de Patentes)**. Porto Alegre: Síntese, 1999. 278p.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. Curitiba: Juará, 2003, 497p.
- SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. **CLT Comentada**: São Paulo, LTr, 2006, 1184p.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26º ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 924p.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2004. 643 p.

SCHUARTZ, Luís Fernando. **Razões do Direito de Concorrência**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil. N.118, 2000, 254p.

TORRÊS, Heleno Taveira. **Propriedade Industrial e Transferência de Tecnologia no Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômica e Financeira, n. 134, p.108, abril. 2004.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **A Justa Causa no Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo:Malheiros, 2001. 192p.