

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Aldo Augusto Martinez Neto

**Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho: licitude e direitos
fundamentais**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2012**

Aldo Augusto Martinez Neto

Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho: licitude e direitos fundamentais

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, subárea Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof. Dr. Renato Rua de Almeida.

**SÃO PAULO
2012**

Banca Examinadora

Dedico este trabalho

À minha amada esposa Patrícia, pelo companheirismo e compreensão durante a elaboração desse trabalho. Foi um presente de Deus ter casado com uma mulher tão fantástica.

É impossível traduzir em palavras a dimensão do amor e da gratidão que eu sinto pelos meus pais, Carlos Augusto e Sônia Maria, pois tudo aquilo que sou, certamente devo a eles. Mencioná-los aqui é uma singela forma de agradecê-los.

À minha sogra Maria José, que na simplicidade de ser, esbanja sabedoria de vida e cativa aqueles que convivem ao seu lado.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus pela vida e pelas oportunidades que me foram proporcionadas.

Ao Professor Doutor Renato Rua de Almeida, não apenas pelas excepcionais aulas ministradas durante o curso de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mas pelas reflexões durante a elaboração desse trabalho.

À Professora Doutora Fabíola Marques, que por seu dom e carisma, despertou em mim o interesse pela vida acadêmica.

RESUMO

A superação do positivismo jurídico, bem como o reconhecimento da força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), propiciaram a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, dentre elas as relações trabalhistas, com ênfase no contrato individual do trabalho. Como empregados e empregadores são ambos titulares de direitos fundamentais, há situações em que se verifica a existência de colisão entre os direitos fundamentais opostos. Para solucionar esta antinomia de direitos fundamentais recorre-se ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Aplicou-se o princípio da proporcionalidade para examinar os pressupostos de licitude da cláusula de não concorrência com vigência após o encerramento do contrato individual do trabalho em vistas à colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de trabalho do empregado e de propriedade do empregador. Através do princípio da proporcionalidade chega-se à conclusão da licitude da cláusula de não concorrência desde que observados os seguintes pressupostos: (i) motivação da restrição, (ii) limitação temporal e geográfica, (iii) descrição das atividades objeto da restrição e (iv) compensação financeira.

Palavras-chaves: direitos fundamentais, contrato individual do trabalho, colisão, liberdade de trabalho, propriedade, princípio da proporcionalidade, pressupostos, cláusula de não concorrência, licitude.

ABSTRACT

The overcoming of legal positivism, as well as recognition of the normative force of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, led the incidence of human rights in private relations, among them labor relations with emphasis on employment agreement. As employees and employers are both holders of human rights, there are situations in which it checks for collision between the opposing fundamental rights. In order to solve the contradiction of human rights it is necessary to apply the principle of proportionality (adequacy, necessity and proportionality in the strict sense). We applied the principle of proportionality to reexamine the assumptions of non-compete clause to be effective after employment agreement termination in view of the collision between employees' human rights of freedom of work and employer's human rights of property. Applying the principle of proportionality it is possible to conclude that non-competition clause is in compliance with Brazilian labor legislation if the agreement observes the following assumptions: (i) justification for the restriction cause, (ii) temporal and geographical limitations, (iii) description of the activities and constraint of the object and (iv) financial compensation.

Keywords: human rights, employment agreement, collision, freedom of work, property, principle of proportionality, assumptions, non-competition clause, compliance.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1.1 | Justificativa | 10 |
| 1.2 | Descrição do trabalho..... | 11 |
| 1.3 | Metodologia e técnicas de pesquisa..... | 12 |
| 2 | NEOPOSITIVISMO JURÍDICO | 13 |
| 2.1 | O positivismo jurídico | 13 |
| 2.2 | Neopositivismo jurídico..... | 17 |
| 3 | OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS NO BRASIL | 20 |
| 3.1 | A terminologia adotada nesse trabalho: “direitos fundamentais” | 20 |
| 3.2 | Conceito de direitos fundamentais | 21 |
| 3.3 | O catálogo aberto de direitos fundamentais na Constituição brasileira | 23 |
| 3.4 | Titularidade dos direitos fundamentais | 23 |
| 3.5 | Dúplice dimensão dos direitos fundamentais | 25 |
| 3.6 | Forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas..... | 26 |
| 3.6.1 | Eficácia indireta (ou mediata)..... | 26 |
| 3.6.2 | Eficácia direta (ou imediata)..... | 29 |
| 3.7 | Eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir do artigo 5º, § 1º, da Constituição brasileira..... | 30 |
| 3.8 | Núcleo essencial dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana | 33 |
| 3.9 | Colisão entre direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade | 37 |
| 3.10 | Princípio formal da competência decisória do legislador como limite <i>a priori</i> da atuação do poder Judiciário na conformação de direitos fundamentais | 42 |
| 4 | CONTRATO DE TRABALHO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 46 |
| 4.1 | Teorias sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho | 46 |
| 4.2 | O contrato individual de trabalho como fonte do Direito do Trabalho | 50 |
| 4.3 | O contrato individual de trabalho no Direito contemporâneo | 52 |
| 4.4 | O contrato individual de trabalho como palco propício para a vulnerabilidade de direitos fundamentais do trabalhador. Eficácia imediata dos direitos fundamentais na relação empregatícia..... | 60 |
| 4.5 | Os direitos fundamentais assegurados ao trabalhador no contrato individual de trabalho..... | 62 |
| 4.6 | Limites para o exercício de direitos fundamentais e poder diretivo do empregador no contrato de trabalho | 65 |
| 4.7 | Ponderação de direitos fundamentais no contrato individual de trabalho | 69 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 5 | CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. LICITUDE E DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE..... | 74 |
| 5.1 | Concorrência e concorrência desleal | 74 |
| 5.2 | Concorrência ao empregador durante a vigência do contrato individual de trabalho..... | 76 |
| 5.3 | Não concorrência ao empregador depois da ruptura do contrato individual de trabalho..... | 80 |
| 5.3.1 | Conceito de cláusula de não concorrência | 81 |
| 5.3.2 | Figuras semelhantes: cláusula de confidencialidade, cláusula de exclusividade, cláusula de não solicitação e pacto de permanência..... | 84 |
| 5.3.2.1 | Cláusula de confidencialidade..... | 84 |
| 5.3.2.2 | Cláusula de exclusividade | 86 |
| 5.3.2.3 | Cláusula de não solicitação..... | 87 |
| 5.3.2.4 | Pacto de permanência | 88 |
| 5.3.3 | Cláusula de não concorrência na legislação estrangeira | 90 |
| 5.3.3.1 | Portugal..... | 90 |
| 5.3.3.2 | Espanha | 92 |
| 5.3.3.3 | Itália..... | 94 |
| 5.3.4 | Omissão da legislação trabalhista brasileira a respeito da licitude da cláusula de não concorrência após o encerramento do contrato de trabalho | 96 |
| 5.3.5 | Liberdade de trabalho do empregado | 98 |
| 5.3.6 | O direito de propriedade do empregador | 102 |
| 5.3.7 | Liberdade de trabalho do empregado <i>versus</i> o direito de propriedade do empregador. Princípio da proporcionalidade | 105 |
| 5.3.7.1 | Motivação da contratação da cláusula de não concorrência...108 | |
| 5.3.7.2 | Descrição das atividades objeto da restrição | 110 |
| 5.3.7.3 | Limitação temporal e geográfica | 111 |
| 5.3.7.4 | Compensação financeira..... | 114 |
| 6 | CONCLUSÃO..... | 116 |
| 7 | BIBLIOGRAFIA | 120 |

LISTA DE ABREVIATURAS

- ACT - Acordo Coletivo de Trabalho
- BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*
- CCB - Código Civil brasileiro
- CCT - Convenção Coletiva de Trabalho
- CLT - Consolidação das Leis do Trabalho
- CPPPI - Convenção de Paris para a Proteção de Propriedade Industrial
- CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil
- CRP - Constituição da República Portuguesa
- CTC - Código do Trabalho chileno
- CTP - Código do Trabalho de Portugal
- CTPS - Carteira do Trabalho e Previdência Social
- DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem
- ET - *Estatuto de los Trabajadores*
- OAB - Ordem dos Advogados do Brasil
- OIT - Organização Internacional do Trabalho
- RE - Recurso Extraordinário
- STF - Supremo Tribunal Federal
- STJ - Superior Tribunal de Justiça
- TCFA - Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
- TFTA - Tribunal Federal do Trabalho alemão
- TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
- UBC - União Brasileira dos Compositores

1 INTRODUÇÃO

1.1 Justificativa

A partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) houve um intenso processo de constitucionalização do Direito, propiciado notadamente pela superação do positivismo jurídico e pelo reconhecimento da força normativa da Constituição.

Por essa razão, o Direito do Trabalho sofre a influência imediata dos direitos fundamentais previstos na CRFB. Como empregados e empregadores são ambos titulares de direitos fundamentais no contrato individual de trabalho, surgem, em determinadas situações - como no caso da aferição da licitude da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho - colisões entre os direitos fundamentais opostos na relação jurídica.

Os critérios tradicionais de hermenêutica não são suficientes para solucionar as colisões entre os direitos fundamentais antagônicos no contrato individual de trabalho, razão pela qual o operador do Direito do Trabalho tem de se socorrer ao princípio da proporcionalidade para solucionar a antinomia de direitos fundamentais.

A proposta desse trabalho é examinar os pressupostos de licitude da cláusula de não concorrência com vigência após o término do contrato individual de trabalho elencados pela doutrina a partir do princípio da proporcionalidade (e respectivos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), tendo em vista a colisão entre o direito fundamental de liberdade de trabalho do empregado e o direito fundamental de propriedade do empregador.

O tema é atual e instigante na medida em que a legislação trabalhista brasileira é omissa no tocante ao cabimento e à licitude da cláusula de não concorrência após o encerramento do contrato individual de trabalho. Como a questão envolve a colisão entre direitos fundamentais, mostra-se importante o exame dos pressupostos de licitude da cláusula de não concorrência na perspectiva do princípio da proporcionalidade.

1.2 Descrição do trabalho

Para alcançar o objetivo de examinar os pressupostos de licitude da cláusula de não concorrência a partir do princípio da proporcionalidade, dedicou-se o segundo capítulo à análise da superação do positivismo pelo chamado neopositivismo jurídico, fenômeno que possibilitou o reconhecimento da força normativa da Constituição e a expansão dos direitos fundamentais sobre as relações privadas.

O terceiro capítulo examina os direitos fundamentais e as relações privadas no Brasil. Inicia-se com a análise da terminologia “direitos fundamentais” e sua preferência em detrimento a outras mencionadas pela doutrina. Segue-se com a explanação do conceito e do rol de direitos fundamentais previstos na CRFB. Explora-se o aspecto atinente à titularidade dos direitos fundamentais para se demonstrar que as pessoas naturais, nacionais ou estrangeiras, bem como as pessoas jurídicas de direito privado são titulares de direitos fundamentais. Analisou-se a dupla dimensão dos direitos fundamentais e as teorias acerca da forma de incidência desses direitos fundamentais sobre as relações privadas.

Ainda no terceiro capítulo, examinou-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais (dignidade da pessoa humana). Em seguida, a partir da constatação de que os direitos fundamentais não são absolutos, estudou-se o princípio da proporcionalidade como critério hermenêutico para acomodar casuisticamente a antinomia entre direitos fundamentais. Dedicou-se o último tópico do terceiro capítulo para abordar o princípio da competência decisória do poder Legislativo enquanto limite *a priori* para a atuação do poder Judiciário na conformação dos direitos fundamentais.

Reservou-se ao quarto capítulo um espaço destinado a tratar da questão atinente à aplicação dos direitos fundamentais no contrato individual de trabalho. Examinou-se a natureza jurídica do contrato individual de trabalho, bem como se explorou a ideia de que o trabalhador reúne a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais no contrato individual de trabalho (direitos de cidadania e direitos trabalhistas específicos) e que, em razão da desigualdade material existente entre as partes no interior da relação empregatícia, o contrato individual de trabalho se torna um palco propício para a violação de direitos fundamentais do trabalhador.

O quarto capítulo também foi reservado para tratar do contrato individual de trabalho na perspectiva do Direito contemporâneo, ou seja, permeado por princípios contratuais de natureza liberal (autonomia privada e *pacta sunt servanda*) e princípios contratuais de natureza social (boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio contratual). Enfrentou-se, em seguida, a questão relacionada aos limites do exercício de direitos fundamentais do trabalhador no contrato individual de trabalho face ao poder diretivo do empregador. Por fim, fez-se uma análise da possibilidade de ponderação de direitos fundamentais opostos no contrato individual de trabalho.

Por derradeiro, depois de verificado o critério para a ponderação de direitos fundamentais opostos na relação empregatícia, no quinto capítulo desse estudo examina-se os direitos fundamentais em colisão e os pressupostos de licitude da cláusula de não concorrência com vigência posterior ao término do contrato individual de trabalho sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

1.3 Metodologia e técnicas de pesquisa

Para a elaboração desta dissertação foram conjugados alguns métodos para se atender às exigências da pesquisa científica.

A dissertação foi elaborada, predominantemente, a partir do método dedutivo. Partindo-se da formulação dos problemas gerais foram buscadas razões científicas que sustentassem ou negassem as posições levantadas nos temas examinados.

No último capítulo da dissertação, também empregamos o método indutivo, para, no que concerne ao exame da cláusula de não concorrência, partindo dos princípios específicos que regem o Direito do Trabalho, chegar aos princípios gerais de Direito Constitucional que se aplicam ao caso.

Igualmente, foi empregada a técnica de pesquisa bibliográfica, com a consulta de autores nacionais e estrangeiros a respeito dos temas tratados.

Por fim, foram consultadas leis estrangeiras (Portugal, Espanha, Itália e Chile) e nacionais, bem como a jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

2 NEOPOSITIVISMO JURÍDICO

2.1 O positivismo jurídico

O positivismo jurídico surgiu a partir da superação do jusnaturalismo e vigorou durante o Estado Liberal de Direito¹.

O jusnaturalismo se baseava no Direito natural, ou seja, na crença de que existiam valores que emanavam da condição de ser humano, independentemente das leis promulgadas do Estado. Com a ascensão da burguesia ao poder, o jusnaturalismo cedeu espaço ao positivismo jurídico, modelo que melhor atendia aos interesses da burguesia no Estado Liberal de Direito².

Segundo Luís Roberto Barroso, o positivismo baseava-se nas seguintes premissas filosóficas: (i) a ciência como o único conhecimento verdadeiro, pois as demais indagações teleológicas ou metafísicas não são passíveis de demonstração e apreensão racional; (ii) o conhecimento científico como objetivo, fundando-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que fosse preservado de opiniões, preferências e preconceitos e (iii) o método científico baseado nas ciências naturais e na experimentação, modelo aplicável a todos os campos do conhecimento, inclusive às ciências sociais³.

¹ Delgado identifica três marcos do constitucionalismo ocidental: (i) Estado Liberal de Direito; (ii) Estado Social de Direito e (iii) Estado Democrático de Direito. No tocante ao Estado Liberal de Direito, o autor afirma que foram reconhecidas nas constituições dos Estados e as primeiras liberdades individuais (liberdade de trabalho, de opinião, de locomoção, de reunião, de manifestação do pensamento, de informação, livre concorrência, livre iniciativa, direito de propriedade privada, etc.) e direitos políticos clássicos (direito de votar e de ser votado, direito de participar de partidos políticos, etc.). DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da república, estado democrático de direito e direito do trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 75, out. 2011, p. 1159-71.

² Dantas destaca que "(...) as finalidades do Estado de Direito Liberal cingiam-se a promover o respeito e a conservação dos direitos individuais, notadamente da propriedade, ensejando a previsibilidade e a calculabilidade das relações sociais (...) uma das funções do Estado de Direito no liberalismo era propiciar segurança jurídica consubstanciada em liberdade de tráfego nas relações econômicas (...) assim, segurança externa e interna, preservação da ordem pública e da esfera privada dos cidadãos e segurança jurídica propiciada da calculabilidade e da previsibilidade são os fins do Estado de Direito Liberal (...)". DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239.

O positivismo jurídico aplicou os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito em busca de um conhecimento científico objetivo, tal como ocorre nas ciências exatas. O Direito não se resumia à moral ou aos valores transcendentais do ser humano. O Direito era a lei emanada do Estado⁴.

No liberalismo econômico havia uma rígida separação dos poderes do Estado, cabendo exclusivamente ao poder Legislativo o papel de editar as leis. Ao poder Judiciário restava o papel de revelá-las no caso concreto sem exercer atividade criativa. Ronald Dworkin, ao descrever uma das características do positivismo jurídico, afirmou que “dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que aquele caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa”⁵.

Sob a égide do positivismo jurídico, acreditava-se na existência de um legislador onisciente e onipresente, capaz de antever e regulamentar todas as situações decorrentes das relações sociais. O Direito se resumia ao conjunto de leis em vigor. A densidade normativa é característica marcante do positivismo jurídico, pois o objetivo é justamente o de regulamentar o maior número possível de situações, conferindo-se ao poder Judiciário o menor espectro de atuação⁶.

Além disso, o Direito era visto como algo completo, ou seja, como um sistema de enunciados jurídicos sem lacunas. Lastreava-se no primado da segurança jurídica e na rígida separação dos poderes do Estado, de sorte a limitar a atuação do Estado-Juiz à aplicação do texto de lei editado pelo legislador⁷.

⁴. Segundo Hart “para o pensamento secular moderno, o mundo das coisas inanimadas e vivas, dos animais e dos homens, é um cenário em que determinados tipos de eventos reiteram-se e determinadas mudanças manifestam certas conexões regulares. Os seres humanos descobriram e formularam pelo menos alguns desses eventos e mudanças como leis da natureza. Compreender a natureza é, segundo esse ponto de vista moderno, aplicar a alguma parte dela o conhecimento dessas regularidades”. HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2009, p. 243.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 28.

⁶ BARROSO, op. cit., p. 241.

⁷ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44.

O excesso de formalismo também é marca registrada do positivismo jurídico. Independentemente do seu conteúdo, toda lei emanada de autoridade competente e que observou o respectivo procedimento legislativo é considerada legítima. Legalidade e legitimidade são tratadas como sinônimos.

Esse modelo também não reconhece os princípios gerais como fontes autônomas do Direito. Em realidade, os princípios são reputados mecanismos com a única finalidade de suprir lacunas. E a própria lei preestabelece o processo de integração das lacunas escalonando hierarquicamente os respectivos meios de colmatação⁸.

O positivismo jurídico se baseia no método subsuntivo. Diante da situação que lhe é submetida à análise, o operador do Direito busca no ordenamento a lei que deve prevalecer para aquele determinado caso e, em seguida, procede a um raciocínio lógico de encaixar os fatos do caso concreto à lei. Premissa maior é a lei. Premissa menor são os fatos. Se a premissa menor se amoldar à premissa maior, tem-se a subsunção. André Tavares Ramos designa o juiz como sendo o soldado da lei no positivismo jurídico⁹.

Os métodos de hermenêutica se restringiam à utilização conjugada dos elementos tradicionais de interpretação: gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

As antinomias aparentes eram resolvidas pelos critérios clássicos de hermenêutica, tal como ensina Maria Helena Diniz: (i) *lex superior derogat legi inferiori*; (ii) *lex posterior derogat legi priori* e (iii) *lex specialis derogat legi generali*. Havendo antinomias aparentes de segundo grau, ou seja, conflito entre os próprios critérios clássicos hermenêuticos, resolve-se da seguinte maneira: (i) *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, (ii) *lex posterior inferiori no derogat priori superiori* e (iii) no conflito entre o critério hierárquico e da especialidade, é preciso analisar o caso concreto para se estabelecer qual das leis cederá em face à outra¹⁰.

⁸ Como exemplo, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras de Direito determina que na hipótese de omissão da lei, o juiz decidirá o caso concreto de acordo, primeiramente, com a analogia e, se esta não for possível, com os costumes e princípios gerais de direito, seguindo-se esta ordem. BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas Brasileiras de Direito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm. Acesso em: 29 fev. 2012.

⁹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34-50.

Contudo, o positivismo jurídico do século XIX tem dificuldades em resolver satisfatoriamente os casos em que a decisão judicial não pode ser submetida a uma regra jurídica clara e predefinida. O método subsuntivo puro não se adapta adequadamente às cláusulas abertas e aos conceitos jurídicos indeterminados que surgiram na legislação constitucional na segunda metade do século XIX, pois os fatos a eles não se encaixam de maneira simétrica e mecânica¹¹.

A crise do positivismo jurídico no plano internacional teve como marco histórico o final da Segunda Guerra Mundial, como destaca Ives Gandra Martins Filho:

[...] os horrores dos campos de concentração nazistas, revelados ao final da 2ª Guerra Mundial, mostram onde se pode chegar fundamentando a ordem jurídica apenas na vontade da maioria e na lei positiva, marcando o caso, na Europa, dessa Escola de Pensamento Jurídico: no Julgamento de Nuremberg, os líderes nazistas escudaram-se no cumprimento da lei alemã, votada por um Parlamento legalmente eleito, e só puderam ser condenados com base no reconhecimento do Direito Suprapositivo, calcado na Lei Natural, segundo o qual constituiriam crimes contra a humanidade aqueles praticados no regime nazista, mediante a guerra da conquista, a esterilização em massa e a eliminação dos judeus¹².

Diante das barbáries vividas na Segunda Guerra Mundial, percebeu-se a necessidade de superação do positivismo jurídico. A aproximação incondicionada do Direito à lei conferia ares de legalidade a movimentos políticos como o nazismo e o fascismo. O distanciamento entre o Direito, a moral e a ética já não era mais condizente com o intenso processo civilizatório da humanidade.

Ao mesmo tempo, como o discurso científico já estava impregnado no Direito, o declínio do positivismo jurídico não poderia representar o retorno ao jusnaturalismo. Por isso, foi preciso aprimorar o modelo positivista reintroduzindo as ideias de justiça social e valores éticos humanísticos, sem, contudo, perder-se o discurso científico do Direito.

¹¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81.

¹² MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

Renato Rua de Almeida destaca que, logo após a Segunda Guerra Mundial, surgiu um novo movimento jurídico que permitiu a universalização dos direitos humanos em tratados internacionais que, num segundo momento, provocou a internalização desses direitos humanos nos textos constitucionais como direitos fundamentais¹³.

Assim, como modelo de superação do positivismo jurídico, surge o neopositivismo, também chamado de pós-positivismo jurídico¹⁴.

2.2 Neopositivismo jurídico

O neopositivismo representa uma terceira via entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, pois, ao mesmo tempo em que se preocupa com o caráter científico do Direito (clareza, certeza e objetividade), não o concebe desconectado da moral e da justiça. Vai além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma releitura moral da constituição e das leis, sem incorrer nos erros de um Direito metafísico do jusnaturalismo¹⁵.

Luís Roberto Barroso aponta três mudanças de paradigmas no modelo neopositivista: (i) o reconhecimento da força normativa da constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional e (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional¹⁶.

A primeira mudança de paradigma no século XX foi a superação da ideia de que a constituição é apenas uma carta de recomendações aos poderes do Estado. Durante o positivismo a concretização dos valores inseridos na constituição ficava a cargo dos juízos discricionários de conveniência e oportunidade dos poderes Executivo e Legislativo. O poder Judiciário não contribuía diretamente para a concretização dos valores constitucionais.

¹³ ALMEIDA, Renato Rua de. Direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores. **Revista LTr**. São Paulo, v. 76, jun. 2012, p. 295-6.

¹⁴ A doutrina também utiliza a expressão pós-positivismo. Adota-se a expressão neopositivismo por entender que ela é a mais adequada para representar o fenômeno ora tratado, pois, não se trata de superação completa do positivismo jurídico, mas, ao revés, há um aprimoramento do regime positivista com a inserção dos valores éticos, sociais e morais.

¹⁵ BARROSO, op. cit., p. 248-9.

¹⁶ Idem, *Ibidem*, p. 262.

No final da Segunda Guerra Mundial, os comandos das constituições ganham *status* de normas jurídicas e as suas disposições passam a ter caráter vinculativo e obrigatório. As normas constitucionais ganham imperatividade e o seu desrespeito deflagra mecanismos próprios de cumprimento forçado pelo poder Judiciário. As normas constitucionais deixam de ser “repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional”¹⁷ e passam a ter eficácia social. É a constatação da chamada força normativa da constituição¹⁸.

A segunda mudança de paradigma diz respeito à expansão da jurisdição constitucional. Na década de 1950, foram criados os primeiros tribunais constitucionais na Alemanha e Itália. Gradativamente, há a superação do modelo da supremacia absoluta do poder Legislativo.

No Brasil, embora a Constituição de 1891 já contemplasse forma de controle incidental de constitucionalidade, esse mecanismo foi substancialmente aprimorado em 1988. A CRFB ampliou o rol de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como criou novos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade (ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental)¹⁹.

A terceira mudança de paradigma está diretamente ligada aos efeitos decorrentes do reconhecimento da força normativa da constituição. A partir do momento em que se concebe a constituição como centro irradiador de norma e valores, a hermenêutica tradicional - apoiada na ideia de que princípios seriam apenas instrumentos de supressão de lacunas - sofre um grande impacto.

Os princípios deixam de ter a função secundária de preenchimento de lacunas e passam a ser o próprio fundamento axiológico do Direito. Reconhece-se um sistema aberto com regras e princípios, de sorte que ao aplicador do Direito não

¹⁷ Idem, *Ibidem*, p. 263.

¹⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

¹⁹ De acordo com o artigo 13, da CRFB, estão legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade: (i) o Presidente da República, (ii) a Mesa do Senado Federal, (iii) a Mesa da Câmara dos Deputados, (iv) a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, (v) o Governador de Estado ou do Distrito Federal, (vi) o Procurador Geral da República, (vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, (viii) partido político com representação no Congresso Nacional e (ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. BRASIL, *op. cit.*, 1988.

remanesce apenas a tarefa de subsumir os fatos ao texto normativo, mas, ao revés, interpretá-los, criando a norma jurídica ao caso *sub examem* de sorte a concretizar os valores socioeconômicos vigentes em seu tempo.

A interpretação ganha significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da constituição. Como a sociedade é dinâmica, ao interpretar, o juiz acaba oxigenando a eficácia social da constituição. Os juízes são instados a ultrapassar as barreiras impostas pelo dogma da separação absoluta dos poderes para dar concretude aos valores constitucionais, com atuação política²⁰.

Nas lições de Inocêncio Mártires Coelho:

[...] impõe-se reinterpretar esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado constitucional, que sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Poder Judiciário, sobretudo das modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais²¹.

Os juízes, anteriormente acostumados com leis que traziam comandos definitivos de conduta, se deparam com a difícil tarefa de aplicar o Direito sob as perspectivas do neopositivismo. Princípios e regras se misturam no ordenamento jurídico e os princípios não se submetem aos mesmos métodos tradicionais de hermenêutica jurídica. Surge, então, uma nova hermenêutica jurídica a partir da constatação da força expansiva e normativa da constituição²².

O neopositivismo, primordialmente a partir da força normativa da constituição, contribuiu para acelerar o processo de constitucionalização do direito infraconstitucional, o que levou ao desenvolvimento da teoria da irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas, assunto que será examinado no capítulo seguinte.

²⁰ HESSE, op. cit., 1991, p. 22-3.

²¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental. In MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

²² A doutrina vem se referindo aos seguintes princípios instrumentais dessa nova hermenêutica jurídica constitucional: (i) princípio da supremacia da constituição; (ii) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos; (iii) princípio da interpretação conforme a constituição; (iv) princípio da unidade da constituição; (v) princípio da proporcionalidade e (vi) princípio da efetividade dos direitos e valores constitucionais. Para melhor compreensão dos princípios instrumentais anteriormente referidos dentro do ordenamento jurídico pátrio, sugere-se a leitura de BARROSO, op. cit., p. 298-306 e MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009 p. 357-64.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS NO BRASIL

3.1 A terminologia adotada nesse trabalho: “direitos fundamentais”

Embora a expressão “direitos fundamentais” esteja contemplada em diversos textos constitucionais - dentre eles o da CRFB - e desfrute de ampla aceitação na doutrina, as terminologias “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “direitos individuais”, “direitos naturais”, “direitos civis”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades fundamentais” e “liberdades públicas” também vêm sendo comumente utilizadas para designar o referido instituto.

Foge ao escopo desse trabalho analisar cada uma das terminologias utilizadas pela doutrina para designar os direitos fundamentais, tal como fez Arion Sayão Romita²³. Cabe apenas registrar as duas principais razões de se ter escolhido a expressão “direitos fundamentais” para os fins desse trabalho: (i) trata-se de expressão utilizada pelo próprio constituinte no Título II da CRFB (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) e (ii) a expressão contempla de maneira abrangente o fenômeno dos direitos fundamentais, evitando, assim, as críticas dirigidas às demais expressões que se referem a parcelas isoladas deste instituto²⁴.

²³ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2009, p. 56-60.

²⁴ Não se ignora o fato de o artigo 4º, II, da CRFB empregar a expressão “direitos humanos”. A partir do momento que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos são ratificados pelo Brasil, eles passam a integrar o ordenamento jurídico com força de emenda constitucional (artigo 5º, § 3º, da CRFB). E, uma vez positivados na constituição brasileira, os direitos humanos referidos pelo artigo 4º, II, da CRFB, passam a ser tecnicamente “direitos fundamentais”. Se a diferença entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” reside no fato de os primeiros estarem previstos em tratados ou convenções internacionais e os segundos estarem positivados na Constituição de um determinado Estado, a partir do momento em que referidos documentos são ratificados pelo Brasil, os direitos outrora tido como direitos humanos transmudam-se em direitos fundamentais. Pelas mesmas razões, também não nos parece adequada a expressão “direitos humanos fundamentais” utilizada, dentre outros, por COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 32.

3.2 Conceito de direitos fundamentais

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que os direitos fundamentais são:

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal²⁵.

Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis definem os direitos fundamentais como sendo:

[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, em encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual²⁶.

Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que os direitos fundamentais “em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”²⁷.

Dirley da Cunha Júnior leciona que os direitos fundamentais são “posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna”²⁸.

Para George Marmelstein os direitos fundamentais são:

[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico²⁹.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 77.

²⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

²⁷ BRANCO, Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 271.

²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 522.

²⁹ MARMELESTEIN, op. cit, p. 20.

Entende-se, contudo, que a melhor definição de direitos fundamentais é trazida na doutrina brasileira por Arion Sayão Romita:

[...] pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça³⁰.

A historicidade está ligada ao processo de criação, evolução, reconhecimento e consolidação dos direitos humanos na legislação constitucional. Renato Rua de Almeida destaca que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) de 1948 representou o ápice do fenômeno da universalização dos direitos humanos em tratados internacionais que, em seguida, permitiu a internacionalização desses direitos humanos nos textos constitucionais como direitos fundamentais³¹.

Os direitos fundamentais possuem pretensão de universalidade, pois variam de acordo com a consciência e o nível sociocultural de cada Estado, em certo momento histórico.

Liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça são valores imanentes à sociedade. São valores inalienáveis na medida em que não podem ser transferidos ou negociados por seus titulares. São irrenunciáveis porque seus titulares não podem deles dispor livremente. Também são imprescritíveis, por não se exaurirem com o passar do tempo, renovando-se diuturnamente³².

³⁰ ROMITA, op. cit., p. 51.

³¹ ALMEIDA, op. cit., 2012, p. 648.

³² Os valores mencionados na definição de Arion Sayão Romita também constam do Preâmbulo da CRFB: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil". BRASIL. op. cit., 1988.

3.3 O catálogo aberto de direitos fundamentais na Constituição brasileira

Os direitos fundamentais não são apenas aqueles elencados no artigo 5º, da CRFB, ou seja, há outros direitos fundamentais esparsos.

Uma leitura apressada do disposto no artigo 5º, *caput*, da CRFB, poderia levar o leitor à ideia de que os direitos fundamentais são apenas aqueles elencados nos incisos do referido dispositivo legal.

No entanto, essa assertiva é descartada a partir da leitura do § 2º, do artigo 5º, da CRFB, que prescreve que os direitos fundamentais expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Desse modo, os direitos fundamentais estão esparsos tanto no texto da CRFB, quanto nos tratados e nas normas de direito internacional que foram ratificados pelo Brasil. Por isso, não há um rol taxativo de direitos fundamentais, mas, ao revés, há um leque aberto, uma porta de entrada para outros direitos fundamentais.

3.4 Titularidade dos direitos fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais se aplicam às pessoas naturais, nacionais ou estrangeiras (residentes ou não no País).

Isto porque, no artigo 5º, *caput*, da CRFB há referência expressa no sentido de que “todos” serão beneficiários dos direitos estabelecidos na Constituição, sem distinção entre brasileiros ou estrangeiros. Apesar de o *caput* do artigo 5º da CRFB referir-se a “estrangeiros residentes no País”, a doutrina majoritária defende que ao utilizar a referida expressão o constituinte só quis deixar claro que o exercício dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior adstringe-se ao território brasileiro³³.

³³ NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) corrobora a assertiva de que os direitos e garantias fundamentais previstos na CRFB também se aplicam aos estrangeiros não residentes no Brasil, tal como se depreende dos seguintes julgados: (i) Recurso Extraordinário (RE) nº 21.657/SP, de relatoria da então Ministra Ellen Gracie e (ii) *Habeas Corpus* nº 72.321/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Mas as pessoas jurídicas também são titulares de direitos fundamentais?

A doutrina majoritária entende que os direitos e garantias fundamentais, em geral, podem ter as pessoas jurídicas de direito privado como seu titular³⁴.

Como exemplos de direitos e garantias fundamentais assegurados pela CRFB às pessoas jurídicas, Anelise Coelho Nunes destaca: (i) direito de propriedade (artigo 5º, incisos XXII, XXIII, XXVIII); (ii) direito de as associações representarem seus filiados perante o poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXI), (iii) o direito de os sindicatos defenderem os interesses da respectiva categoria (artigo 8º, inciso III) e (iv) mandado de segurança coletivo (artigo 5º, inciso LXX)³⁵.

Cite-se, ainda, o fato de as pessoas jurídicas serem detentoras dos direitos fundamentais à honra e à imagem, tal como reconheceu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando editou a súmula 227, assegurando o ressarcimento de danos morais por violação à honra da pessoa jurídica.

Em suma, as pessoas naturais, nacionais ou estrangeiras (residentes ou não no Brasil), bem como as pessoas jurídicas de direito privado são titulares de direitos e garantias fundamentais previstos na CRFB.

³⁴ Nesse sentido, confira-se CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 603; SARLET, op. cit., 2009, p. 223 e BRANCO, op. cit., p. 305. Em sendo contrário confira-se as lições de DIMOULIS, op. cit., p. 90-1.

³⁵ NUNESop. cit., p. 95.

3.5 Dúplice dimensão dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem dúplice dimensão: subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à imposição do direito de alguém em face da postura de outrem. Claus-Wilhelm Canaris afirma que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde “à defesa de intervenções por parte do Estado nos bens jurídicos dos seus cidadãos; são designados como proibições de intervenção e direitos de defesa em relação ao Estado”³⁶.

Essa dimensão subjetiva dos direitos fundamentais pode ser negativa, quando impuser uma proibição de lesão (também designado como dever de respeito), ou positiva, quando corresponder à obrigação de uma prestação (também chamado de dever de promoção).

Como exemplo de função negativa cite-se o dever do Estado em respeitar a liberdade de crença do cidadão (artigo 5º, VI, da CRFB) se abstendo de intervir em suas convicções religiosas. Já o acesso obrigatório ao ensino gratuito (artigo 208, §1º, da CRFB) é um claro exemplo do aspecto positivo da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Além da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais também cumprem uma função objetiva, irradiando efeitos por todo o ordenamento jurídico. Essa eficácia irradiante dos direitos fundamentais implica dizer que os valores previstos na constituição “penetram em todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário”³⁷.

Conclui-se que a partir da existência de uma dimensão objetiva, os direitos fundamentais penetram na legislação infraconstitucional e permeiam as relações privadas, condicionando a vida em sociedade à observância dos valores consagrados na CRFB.

³⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito provado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Aldacy Rachid (Orgs.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 216.

³⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124.

3.6 Forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas

A partir da dimensão objetiva, afirmou-se que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas. No entanto, é importante entender a forma e a intensidade com que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas.

No Brasil existem duas teorias acerca da maneira com que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas. A primeira, que reconhece a eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas. A segunda, que reconhece a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas³⁸.

3.6.1 Eficácia indireta (ou mediata)

A teoria da eficácia indireta (ou mediata) dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas foi desenvolvida com mais vigor na Alemanha e teve como grande idealizador Günter Dürig.

De acordo com a teoria da eficácia indireta, os direitos fundamentais irradiariam os seus efeitos sobre as relações privadas por intermédio da legislação civil. Assim, compete ao poder Legislativo acomodar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, pré-estabelecendo as possíveis soluções aos conflitos entre os direitos fundamentais em oposição. Ao Legislativo é confiada a missão de “fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes”³⁹.

Daí o constitucionalista espanhol Juan María Bilbao Ubillos afirmar:

³⁸ Não se ignora a existência da teoria norte americana da *state action*, contudo, no Brasil, tal teoria raramente é defendida pela doutrina. A respeito da *state action* confira-se UBILLOS, Juan María Bilbao. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado**. Madri: McGraw-Hill, 1997.

³⁹ SARMENTO, op. cit., p. 200.

[...] en cuanto a la eficacia a través del legislador, no cabe duda de que a él le incumbe, em primer termino, la función de concretar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones “horizontales”, mediante la regulación del contenido y las condiciones de ejercicio de los mismos⁴⁰.

Contudo, o legislador não tem condições de antever todos os possíveis conflitos entre direitos fundamentais no seio das relações privadas. Por tal razão, a legislação infraconstitucional deve contemplar as chamadas cláusulas gerais (ou conceitos jurídicos indeterminados) suscetíveis de valoração, como, por exemplo, no caso brasileiro, a boa-fé objetiva [artigos 113 e 422, ambos do Código Civil brasileiro (CCB)], o abuso de direito (artigo 187 do CCB) e a função social do contrato (artigo 421 do CCB). Através destes canais abertos, é possível concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas observando-se a peculiaridade inerente ao caso submetido à apreciação.

Na jurisprudência, o julgamento emblemático de aplicação da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas é o famoso caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA) em 15 de janeiro de 1958.

Veidt Harlan, produtor de cinema conhecido por divulgar ideias e pensamentos nazistas (especialmente com o filme *Jud Süß*, em 1941), lançou no final da década de 1940 o filme “Amantes Imortais”. Em 1950, Eric Lüth, então presidente de uma associação chamada Clube da Imprensa da Cidade Livre Hanseática de Hamburgo, defendeu um boicote ao filme “Amantes Imortais” de Veidt Harlan. O produtor de cinema, inconformado com o fracasso do seu filme, ajuizou ação em face de Eric Lüth para que ele se abstinhasse de realizar os boicotes, bem como o indenizasse pelos prejuízos sofridos. Veidt Harlan sagrou-se vencedor nas instâncias ordinárias perante os tribunais de Hamburgo que decidiram a lide a partir do disposto no artigo 826 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) (“aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo”).

⁴⁰ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Aldacy Rachid (Orgs.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 271.

Eric Lüth ajuizou reclamação constitucional perante o TCFA invocando em seu favor o direito de liberdade de expressão enquanto direito fundamental do cidadão alemão. Ao julgar a reclamação constitucional o TCFA cassou a decisão da Corte de Hamburgo ao fundamento que o direito civil deveria ser utilizado como uma “porta de entrada” para a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Dessa maneira, a partir da cláusula geral “bons costumes” referida no artigo 826 do BGB, a TCFA alemã assegurou a Eric Lüth o direito de liberdade de expressão e de criticar o produtor de cinema Veidt Harlan.

Mas a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas não está imune a críticas.

A primeira delas diz respeito à tirania que os direitos fundamentais exerceriam sobre o direito privado, inclusive com a possibilidade de comprometer a própria autonomia deste ramo do Direito. Essa crítica aparentemente está muito mais direcionada à aceitação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais do que propriamente à eficácia indireta destes no âmbito das relações privadas.

A segunda crítica está voltada à insuficiência de cláusulas gerais para a proteção e tutela de todos os direitos fundamentais existentes. É difícil imaginar que o legislador consiga antever cláusulas gerais que se amoldem a todas as situações de conflito e que permitam a infiltração de todos os direitos fundamentais nas relações privadas.

Por fim, a utilização das cláusulas gerais como mecanismo de infiltração dos direitos fundamentais nas relações privadas acarretaria numa hipertrofia de casos de natureza constitucional. Daí a razão de Virgílio Afonso da Silva alertar ao fato de que com a adoção desse modelo “o tribunal constitucional, cuja competência deveria se limitar aos casos verdadeiramente constitucionais, acabaria se transformando em uma superinstância revisora de toda a jurisdição ordinária”⁴¹.

Independentemente das críticas acima referidas, a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares vem prevalecendo nos Países considerados desenvolvidos na economia global, tais como Alemanha, França e Áustria.

⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86.

3.6.2 Eficácia direta (ou imediata)

Segundo a teoria da eficácia direta, os direitos fundamentais incidem nas relações privadas sem que haja a necessidade de intermediação legislativa (cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados), sendo os direitos fundamentais oponíveis *erga omnes*.

Existem outros partícipes na sociedade, assim como o Estado, que exercem poder de dominação através da força. Assim sendo, a incidência imediata dos direitos fundamentais sem necessariamente de existir mediação legislativa seria mais consentânea à ideia de direito fundamental enquanto “normas de valor”, expressão utilizada por José Carlos Vieira de Andrade⁴².

Juan María Bilbao Ubillos afirma que a teoria da eficácia direta dos fundamentais nas relações entre particulares “*implica que, con normativa legal de desarrollo o sin ella, es la norma constitucional que se aplica como razón primaria y justificadora (no necesariamente la única) de una determinada decisión*”⁴³.

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais foi desenvolvida pelo doutrinador e Juiz do Tribunal Federal do Trabalho alemão (TFTA), Hans Carl Nipperdey, a partir da década de 1950.

A doutrina traz exemplos de alguns julgados do TFTA à época em que Nipperdey era o seu presidente. Juan María Bilbao Ubillos, citado por Daniel Sarmiento, exemplifica que em 1957 foi reconhecida a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso estas viessem a contrair matrimônio⁴⁴.

⁴² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Aldacy Rachid (Orgs.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 245.

⁴³ UBILLOS, op. cit., 2010, p. 276.

⁴⁴ SARMENTO, op. cit., p. 205.

Outro julgado é citado por Virgílio Afonso da Silva, que afirma que em 1957 o TFTA também reconheceu a igualdade de salários entre homens e mulheres, a despeito de lei alemã não contemplar expressamente a igualdade salarial entre ambos⁴⁵.

Espanha, Portugal e Argentina são Países que adotaram a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares também não escapou às críticas, dentre as quais se destacam: (i) o risco de extermínio da autonomia privada nas relações entre os particulares; (ii) a insegurança jurídica em razão dos amplos poderes conferidos ao Juiz-Estado; (iii) a constitucionalização das relações privadas com a perda de identidade do direito privado e (iv) a elevação de casos considerados como sendo de natureza constitucional, com o conseqüente inchaço da Corte constitucional que passaria a exercer função de instância revisora das cortes estaduais ordinárias.

3.7 Eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir do artigo 5º, § 1º, da Constituição brasileira

Embora ainda exista alguma resistência, vem prevalecendo na doutrina brasileira a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas⁴⁶.

O fundamento invocado pela doutrina é o disposto no artigo 5º, § 1º, da CRFB: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, deixando clara a desnecessidade da *interpositio legislatoris* para se conferir eficácia prática aos direitos fundamentais.

⁴⁵ SILVA, op. cit., 2008, p. 91.

⁴⁶ Defendendo a aplicação da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, DIMOULIS, op. cit., p. 112, afirmam que “no ordenamento jurídico brasileiro, vale como regra geral que o destinatário dos deveres que correspondem aos direitos fundamentais é o Estado, tanto no sentido de dever de abstenção como no sentido de dever de ação mediante prestações. Os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais (o direito fundamental à vida corresponde à punição do homicídio etc.). No mais, os direitos fundamentais desenvolvem como aludido um efeito de irradiação na interpretação da legislação comum, principalmente de cláusulas gerais”.

Luís Roberto Barroso, tratando da efetividade da CRFB, afirma que “no plano jurídico, atribuiu[-se] normatividade plena à Constituição que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações”⁴⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet, embora pondere que a intensidade da incidência dos direitos fundamentais deva sofrer variações de acordo com as peculiaridades do caso concreto, defende que o artigo 5º, §1º, da CRFB faz gerar uma presunção em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais, afirmando que “negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade”⁴⁸.

Wilson Steinmetz esclarece que a eficácia imediata dos direitos fundamentais está assentada “no princípio da supremacia da constituição, na posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional (CRFB, art. 5º, § 1º, e art. 60, §4º, IV) e no princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB, 1º, III)”⁴⁹.

Daniel Sarmento observa que “não apenas o Estado, mas também as pessoas e entidades privadas encontram-se diretamente vinculadas à Constituição, independentemente da edição de normas ordinárias pelo legislador”⁵⁰.

No âmbito da jurisprudência brasileira, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas ainda vem se desenvolvendo timidamente.

O precedente da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi o RE nº 158.215-4, de relatoria do Ministro do STF, Marco Aurélio de Mello, julgado em 30 de abril de 1996.

Associados de uma cooperativa divulgaram junto aos meios de comunicação algumas irregularidades cometidas pela entidade. Como forma de punição, os associados foram excluídos sem a observância do devido processo legal, porquanto o estatuto da cooperativa lhes assegurava o direito à ampla defesa numa assembleia geral que deveria ser convocada especificamente para a exclusão de

⁴⁷ BARROSO, op. cit., p. 225.

⁴⁸ SARLET, op. cit., 2009, p. 272.

⁴⁹ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 25.

⁵⁰ SARMENTO, op. cit., p. 256.

associados. Inconformados, os associados interpuseram recurso extraordinário alegando violação ao devido processo legal. Ainda que não tenha ocorrido referência expressa à adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o STF deu provimento ao recurso extraordinário para assegurar aos associados o direito à ampla defesa na assembleia geral, ao fundamento de que “uma coisa é a viabilização da defesa e o silêncio da parte interessada, algo diverso é o atropelo das normas próprias à espécie, julgando-se o processo sem a abertura de prazo para produção de defesa e feitura de prova”⁵¹.

Outro exemplo é o RE nº 161.243-6, julgado pelo STF em 7 de outubro de 1996, de relatoria do Ministro Carlos Velloso. Joseph Halfin, empregado da empresa *Air France*, ajuizou ação trabalhista em face da ex-empregadora pleiteando, dentre outros, os direitos previstos no regulamento empresarial. Em instâncias ordinárias entendeu-se que o referido regulamento só se aplicaria ao empregado de nacionalidade francesa, e não ao autor da ação trabalhista, que era brasileiro. Alegando violação ao princípio da isonomia, Joseph Halfin interpôs recurso extraordinário, o qual foi conhecido e provido ao fundamento de que teria ocorrido tratamento não-isonômico entre brasileiros e franceses que prestavam serviços em condições iguais a um mesmo empregador. Adotou-se, ainda que implicitamente, a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, *in casu*, na relação empregado *versus* empregador⁵².

Mas o caso paradigmático na jurisprudência brasileira foi o julgamento do RE nº 201.819/RJ, em 11 de outubro de 2005. A União Brasileira dos Compositores (UBC), sociedade civil, houve por bem excluir sumariamente um de seus sócios do quadro associativo, sem conferir-lhe o direito à ampla defesa, a pretexto de que ele teria causado prejuízos morais e financeiros à entidade. O sócio lesado ganhou perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) o direito de ser reintegrado à associação em razão de o desrespeito ao direito à ampla defesa.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 158215-4 Rio Grande do Sul. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 30 de abril de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161.243-6 Distrito Federal. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 29 de outubro de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em 20 ago. 2011.

Não se conformando com esta decisão, a UBC interpôs recurso extraordinário, tendo a 2ª Turma do STF, por maioria de votos (vencida a Ministra Ellen Gracie), lhe negado provimento nos termos do voto-condutor do Ministro Gilmar Mendes⁵³.

Embora haja jurisprudência escassa sobre o tema, vem prevalecendo perante o STF a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

3.8 Núcleo essencial dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana está prevista expressamente no artigo 1º, inciso III, da CRFB e representa o valor supremo de todo o Direito brasileiro.

Historicamente, a dignidade da pessoa humana está ligada ao preceito do Cristianismo de respeito ao próximo. Os seres humanos são criados à imagem e semelhança de Deus, assim, devem respeitar ao próximo como a si mesmos, sendo todos iguais em humanidade.

Inspirado na filosofia kantiana, José Afonso da Silva afirma que:

⁵³ Confira-se a ementa do acórdão prolatado pelo STF naquela oportunidade: “Sociedade civil sem fins lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (...)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 582965** Rio de Janeiro. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. 30 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28uni%E3o+e+brasileira+e+co+mpositores%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 7 de ago. 2012.

[...] todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores, consciência e vivência de si próprio (...) todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo da sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa, em última análise, desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é o centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar o seu desenvolvimento⁵⁴.

Apesar de haver divergência no tocante à possibilidade de conceituá-la, entende-se que a dignidade da pessoa humana representa um *topoi* do ordenamento jurídico brasileiro e, como tal, é um termo que não admite conceituação⁵⁵.

A dignidade da pessoa humana é composta dos elementos materialmente essenciais para a preservação do patamar mínimo civilizatório do ser humano, notadamente os direitos de personalidade e o respeito à integridade física (direito à vida) e psíquica (direito à honra, à imagem, à felicidade, à privacidade e intimidade).

Trata-se de uma qualidade intrínseca ao ser humano, pois não há como se conceber o indivíduo sem dignidade. O ser humano deixa de ser o objeto e passa a ser a o protagonista do Direito contemporâneo. A dignidade da pessoa humana se tornou o “epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade das relações privadas”⁵⁶.

Como também obtempera Manoel Jorge e Silva Neto:

[...] a dignidade da pessoa humana deixa à mostra a obrigatoriedade de pôr no núcleo central das atenções o indivíduo, quer seja para torná-lo efetivamente destinatário dos direitos de cunho prestacional, quer ainda para demarcar, com precisão, a ideia de que o mais elevado e sublime propósito cometido à sociedade política é enaltecer a dignidade das pessoas que a compõem⁵⁷.

⁵⁴ SILVA, Afonso José da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiro Editores: 2005, p. 37.

⁵⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 23.

⁵⁶ SARMENTO, op. cit., p. 85-6.

⁵⁷ SILVA NETO, op. cit., p. 21.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana “está na origem dos direitos materialmente fundamentais da CRFB e representa o núcleo essencial de cada um deles”⁵⁸.

É a partir da constatação de que todos os direitos materialmente fundamentais se originam da dignidade da pessoa humana é que se faz possível afirmar que ela é o núcleo essencial de todos eles. Por tal razão, a dignidade da pessoa humana assume a condição de princípio de maior hierarquia, representando um verdadeiro valor-guia em nosso ordenamento jurídico⁵⁹.

Como sintetiza Amauri Mascaro Nascimento, a dignidade da pessoa humana é um fundamento axiológico subjacente a inúmeras outras regras e que reconduz o direito positivo ao dever de protegê-la e garanti-la contra quaisquer atos que possam levar à sua violação⁶⁰.

O que se discute na doutrina é se a dignidade da pessoa humana representa um direito fundamental absoluto, ou se, ao revés, se trata de um direito fundamental igual aos demais e, por conseguinte, passível de sopesamento.

Robert Alexy entende que a dignidade da pessoa humana precisa ser sopesada com os demais direitos fundamentais para se estabelecer o conteúdo da regra da dignidade da pessoa humana, de sorte que apenas a norma-regra da dignidade é absoluta. Para Alexy, a impressão de um caráter absoluto da dignidade da pessoa humana provém da constatação de que em inúmeras hipóteses o princípio da dignidade humana prevalecerá em face de outros princípios com ela sopesados⁶¹.

Também defendendo a possibilidade de ponderação da dignidade da pessoa humana, Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior esclarece que o princípio pode ser relativizado pelo juiz quando da análise do caso concreto, especialmente quando houver colisão entre dois valores que possam desaguar na dignidade do indivíduo.

⁵⁸ BARROSO, op. cit., p. 251.

⁵⁹ SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010, p. 44.

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. Ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 462.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 113-4.

Por outro lado, Inocêncio Mártires Coelho afirma que por ser o centro epistemológico dos demais direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana não se sujeita a ponderação:

[...] porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma, naqueles casos limites em que dois ou mais indivíduos - ontologicamente dotados de igual dignidade - entrem em conflitos capazes de causar-lhes lesões mútuas a esse valor supremo⁶².

Endossando a impossibilidade de sopesamento da dignidade da pessoa humana com outros direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta que o “reconhecimento de diversos níveis de dignidade constitui, na verdade, uma *contradictio in terminis*, uma vez que é a dignidade das pessoas que as torna iguais em humanidade”⁶³.

Em que pesem as respeitáveis opiniões em sentido contrário, entende-se que a dignidade da pessoa humana representa o núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais e, dessa maneira, constitui-se princípio absoluto não suscetível a ponderação, exceto naquelas hipóteses em que ela confrontar-se consigo mesma, oportunidade que o juiz, no caso concreto, poderá se valer da boa-fé objetiva para estabelecer qual delas cederá à outra⁶⁴.

⁶² COELHO, op. cit., 2009, p. 174.

⁶³ SARLET, op. cit., 2009, p.109.

⁶⁴ Como critério solucionador para o conflito entre dignidades, Nunes propõe a adoção do *standard* da boa-fé objetiva, ao definir que: “(...) pode-se afirmar que na eventualidade de lide, sempre que o magistrado encontrar alguma dificuldade para analisar o caso concreto na verificação de algum tipo de abuso, deve levar em consideração essa condição ideal apriorística, pela qual as partes deveriam, desde logo, ter pautado suas ações e condutas, de forma adequada e justa. Ele deve, então, num esforço de construção, buscar identificar qual o modelo previsto para aquele caso concreto, qual seria o tipo ideal esperado para que aquele caso concreto pudesse estar adequado, pudesse fazer justiça às partes e, a partir desse *standard*, verificar se o caso concreto nele se enquadra, para daí extrair as consequências jurídicas”. NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

3.9 Colisão entre direitos fundamentais. Princípio da proporcionalidade

Os direitos fundamentais trazem significativa carga axiológica de valores protegidos constitucionalmente, motivo pelo qual, em determinadas situações da vida cotidiana, podem entrar em conflito. Como não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, muito menos direitos fundamentais absolutos (ressalvado o princípio da dignidade da pessoa humana), é preciso valer-se de critérios hermenêuticos objetivos e racionalmente apreensíveis para solucionar casuisticamente a colisão entre direitos fundamentais, limitando-os reciprocamente⁶⁵.

Considerando que os critérios clássicos de hermenêutica jurídica não são suficientes para solucionar o conflito entre direitos fundamentais opostos, faz-se necessário examinar, em breves linhas, a nova hermenêutica jurídica dos direitos fundamentais.

A distinção entre regras e princípios é a chave-mestra para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, pois sem ela não é possível estabelecer parâmetros racionalmente apreensíveis sobre as restrições e colisões de direitos fundamentais⁶⁶.

As regras são normas que contêm determinações preestabelecidas, é dizer, são “determinações cujos efeitos já se encontram definidos em seu comando e as diversas condutas necessárias para a realização desses efeitos decorrem deles de forma substancialmente lógica”⁶⁷. Elas se aplicam no modelo “tudo ou nada”, representando mandamentos definitivos que se sujeitam à subsunção.

O conflito entre regras que possuem comandos antagônicos se resolve, primordialmente, pela aplicação dos critérios *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Ocorrendo

⁶⁵ Ferreira Filho sustenta que “o pacto social, para estabelecer a vida em sociedade de seres humanos naturalmente livres e dotados de direitos, há de definir os limites que os pactuantes consentem aceitar para esses direitos. A vida em sociedade exige o sacrifício que é a limitação do exercício de direitos naturais. Não podem todos ao mesmo tempo exercer todos os seus direitos naturais sem que daí advenha a balbúrdia, o conflito”. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

⁶⁶ ALEXY, op. cit., p. 90.

⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 104.

antinomias aparentes de segundo grau, o conflito deve ser resolvido pelos seguintes critérios *lex posterior generalis non derogat priori speciali* e *lex posterior inferiori no derogat priori superiori*.

Já os princípios, segundo Robert Alexy, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Prossegue Alexy afirmando que os princípios são mandamentos de otimização na medida em que podem ser satisfeitos em graus variados e a sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas⁶⁸.

O problema da colisão entre princípios não pode ser resolvido através da simples subsunção. Na subsunção o intérprete se utiliza das técnicas tradicionais de solução de antinomias para isolar uma única premissa maior aplicável àqueles fatos. Porém, como no conflito entre princípios há a oposição entre duas proposições finalísticas, ou seja, existe divergência entre duas premissas maiores de mesma hierarquia, ambas igualmente válidas e vigentes, emanadas do mesmo texto normativo, não é possível resolver a antinomia pelos critérios tradicionais.

Nesse esteio, para resolver o problema de colisão entre princípios, recorre-se à técnica da ponderação como mecanismo alternativo à subsunção.

No âmbito da colisão entre princípios há razões opostas que, individualmente tomadas “constituem boas razões para determinada decisão, e só não levam de imediato a uma decisão definitiva porque também existe outra boa razão a levar a uma decisão distinta”⁶⁹.

Com a ponderação é possível especificar e valorar as condições fáticas e jurídicas que determinam a precedência de um dos princípios. O resultado da ponderação é a formulação de uma “norma de direito fundamental atribuída” que terá estrutura de regra e, como tal, permitirá a subsunção dos fatos⁷⁰.

Marcelo Freire Sampaio Costa elenca quatro pressupostos para a utilização da técnica da ponderação: (i) presença de pluralidade de direitos igualmente válidos,

⁶⁸ ALEXY, op. cit., p. 90.

⁶⁹ COSTA, op. cit., p.45.

⁷⁰ ALEXY, op. cit., p. 102.

(ii) impossibilidade do exercício simultâneo e completo desses direitos, (iii) presença de enunciados normativos abstratamente válidos e *a priori* colidentes e (iv) necessidade de solução de casos difíceis ou duvidosos⁷¹.

Humberto Ávila destaca que a ponderação percorre três etapas distintas. A primeira delas é a preparação da ponderação, oportunidade na qual o intérprete reúne os elementos e argumentos inerentes a cada um dos princípios em questão. A segunda etapa é a da realização da ponderação, na qual o intérprete fundamentará a escolha de um princípio em detrimento ao outro. Por fim, tem-se a fase de reconstrução da ponderação, etapa que se destina a estabelecer regras de relação de precedência para além dos muros do caso concreto examinado⁷².

Durante o processo de ponderação dois elementos devem ser levados em consideração: (i) a concordância prática e a (ii) proibição do excesso. A concordância prática significa que o interprete deve harmonizar os valores inerentes aos princípios antagônicos, protegendo-os, concomitantemente, ao máximo. Já a proibição do excesso corresponde à vedação de restrição exacerbada do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais em colisão, ou seja, os direitos devem ser preservados naquilo que lhes for essencial, primordial, crucial, inafastável.

Quando não for possível acomodar concomitantemente os dois direitos fundamentais antagônicos, caberá ao operador do Direito se socorrer à técnica da ponderação (ou sopesamento), não se olvidando do dever de preservar ao máximo o núcleo essencial do direito fundamental preterido no caso concreto.

Ana Paula de Barcellos alerta que a utilização do sopesamento deve ser reservada apenas àquelas hipóteses que realmente exijam e a sua utilização, cabendo ao intérprete fundamentar detalhadamente as razões que o levaram à adoção de um princípio em detrimento ao outro⁷³.

Destarte, caberá ao intérprete motivar a escolha da norma de direito fundamental atribuída, tal como determina o artigo 93, inciso IX, da CRFB. Essa fundamentação deverá se pautar em critérios objetivos e racionalmente

⁷¹ COSTA, op. cit., p.43.

⁷² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 132.

⁷³ BARCELLOS, op. cit., p.118.

apreensíveis. Ganha importância a argumentação jurídica, ou seja, o processo racional e discursivo de fornecer razões para sustentar um determinado ponto de vista⁷⁴.

Então, qual é o critério hermenêutico racionalmente apreensível para justificar a escolha de um direito fundamental em detrimento a outro? A resposta é o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade encontra-se previsto implicitamente na CRFB. Existem duas correntes acerca dos fundamentos que embasam o princípio em questão. A primeira, de origem alemã, vislumbra que o princípio da proporcionalidade está ligado ao próprio Estado de Direito (Preâmbulo da CRFB). A segunda, de origem norte americana, entende que a proporcionalidade decorre do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da CRFB). Apesar da divergência quanto à origem, parece não haver controvérsia quanto à sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da proporcionalidade parte da premissa de que não existem direitos fundamentais absolutos no ordenamento jurídico (exceto o princípio da dignidade da pessoa humana), sendo possível restringi-los casuisticamente a partir de certas condições fáticas, de sorte a conferir-se unidade à constituição. Nessa medida, a proporcionalidade se torna um critério objetivo para controlar a extensão e o alcance da limitação aos direitos fundamentais e interesses opostos na relação jurídica⁷⁵.

O princípio da proporcionalidade se desdobra em três subprincípios: (i) princípio da adequação; (ii) princípio da necessidade e (iii) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

⁷⁴ BARROSO, op. cit., p. 340.

⁷⁵ Segundo as lições de Bonavides “poder-se-á, enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado (...) sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado para legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 436.

De acordo com o princípio da adequação, a restrição a um direito fundamental deve ser apta a proteger outro bem garantido constitucionalmente. O meio - restrição ao direito fundamental - deve ser apropriado para se atingir a finalidade perseguida - proteção de outro direito constitucional. O meio empregado deverá ser adequado e pertinente para se atingir aos fins desejados, subsistindo utilidade e conformidade da medida escolhida⁷⁶.

Tratando do princípio da necessidade, Júlio Ricardo de Paula Amaral explica que o meio escolhido deve ser o “mais suave” entre todas as opções existentes. Havendo um meio alternativo menos gravoso para se chegar ao mesmo resultado, a restrição ao direito fundamental não atende ao subprincípio da necessidade⁷⁷.

Virgílio Afonso da Silva resume os princípios acima referidos lançando a seguinte assertiva: “uma medida é adequada se, com ela, os fins perseguidos são fomentados; ela é, além disso, necessária, se não houver outra medida que seja, ao mesmo tempo, restritiva de direitos e tão eficiente quanto a medida adotada”⁷⁸.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito será atendido quando houver equilíbrio entre os fins e os meios utilizados, ou seja, quando o meio a ser empregado se revela o mais vantajoso promovendo certos valores com o mínimo de desrespeito a outros que a ele se contraponham⁷⁹.

Assim, havendo a colisão entre direitos fundamentais *a priori* inconciliáveis, caberá ao operador do Direito se socorrer ao princípio da proporcionalidade para acomodar os direitos e valores em oposição.

⁷⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005, p. 81.

⁷⁷ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007, p. 95.

⁷⁸ SILVA, op. cit., 2008, p. 161.

⁷⁹ GUERRA FILHO, op. cit., p. 81-2.

3.10 Princípio formal da competência decisória do legislador como limite *a priori* da atuação do poder Judiciário na conformação de direitos fundamentais

A partir do momento em que os direitos fundamentais passaram ser vistos como normas-princípios com incidência direta nas relações privadas e, conseqüentemente, na legislação infraconstitucional, viu-se um crescente fenômeno de ampliação dos poderes do Judiciário no neopositivismo, o que se convencionou designar de “ativismo judicial”.

Percebendo a necessidade de frear o ativismo judicial, sem, contudo, prejudicar a eficácia dos direitos fundamentais pela letargia legislativa, Robert Alexy desenvolveu estudos a respeito do chamado “princípio formal da competência decisória do legislador”⁸⁰.

A constituição possui uma “ordem-moldura” e nela são perceptíveis dois espaços distintos: (i) o primeiro, um espaço rígido daquilo que é obrigatório ou proibido por força da constituição e, (ii) o segundo, um vazio, ou seja, aquilo que não é nem obrigatório, nem proibido, mas, sim, facultativo. Os contornos rígidos daquilo que é obrigatório ou proibido representam uma ordem-moldura que não pode ser alterada pelo poder Legislativo. Lado outro, o espaço daquilo que é facultativo viabiliza a discricionariedade de atuação do legislador.

Robert Alexy afirma que “a questão acerca da existência de uma discricionariedade epistêmica surge quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultativo em virtude dos direitos fundamentais”. Segundo o autor essa incerteza possui primordialmente duas razões: insegurança das premissas empíricas ou insegurança das premissas normativas⁸¹.

Sem conhecer de forma profunda os fatos sociais, há um risco de se fazer opção legislativa equivocada. A falta de conhecimento empírico pode comprometer diretamente o resultado do sopesamento a ser realizado pelo legislador quando da edição de uma norma que restrinja certo direito fundamental, notadamente com relação aos subprincípios de adequação e necessidade. Sem o conhecimento

⁸⁰ ALEXY, op. cit., p. 611.

⁸¹ Idem, Ibidem, p. 612.

empírico o legislador pode partir de premissas equivocadas para avaliar se a restrição ao direito fundamental é adequada e necessária aos fins colimados. Contudo, as constituições geralmente reconhecem ao legislador um poder discricionário de cognição dos fatos socialmente relevantes, o que Robert Alexy chamou de “discricionariade epistêmica de tipo empírica”.

Por seu turno, a insegurança em relação às premissas normativas diz respeito à incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo. Reconhece-se ao Legislativo a chamada “discricionariade epistêmica normativa”, ou seja, o poder de o legislador tomar decisões no interior da ordem-moldura com base em suas próprias valorações que, em regra, representam a vontade da sociedade, pois se trata de um poder eleito democraticamente pelo povo.

É justamente nesse contexto que surge o chamado “princípio formal da competência decisória do legislador”. Trata-se de princípio formal na medida em que não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir os conteúdos. Tal princípio retoma a ideia de que as decisões socialmente relevantes devem ser definidas pelo legislador que foi eleito democraticamente pelo povo. Portanto, é um princípio que objetiva preservar as discricionariades conferidas ao legislador, primordialmente as empíricas em situações nas quais subsistem dúvidas acerca da extensão do conhecimento dos fatos socialmente relevantes.

A partir do princípio formal da competência do legislador, Robert Alexy traz a segunda lei de sopesamento: “quanto mais pesada for a intervenção [*da lei*] em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção [*legal*] se baseia”⁸².

Denota-se que o princípio formal da competência decisória do legislador é um instrumento jurídico profícuo para preservar a harmonia do ordenamento jurídico e o respeito aos princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica.

Já se afirmou que os direitos fundamentais se aplicam de forma direta nas relações privadas. No entanto, os direitos fundamentais não podem pretender ocupar todo o espaço jurídico reservado às relações sociais num Estado Democrático de Direito. As normas-regras editadas pelo poder Legislativo, mesmo

⁸² Idem, *Ibidem*, p. 617.

aquelas que restrinjam certos direitos fundamentais - ressalvados os casos de inconstitucionalidade - devem ser respeitadas pelo Estado-Juiz.

O uso abusivo da discricionariedade judicial traz pelo menos duas consequências negativas à estabilização das relações sociais⁸³.

A primeira, de ordem política, corresponde ao esvaziamento do poder da maioria a partir da significativa redução do espectro de atuação do poder Legislativo. Como adverte Luís Roberto Barroso respeitadas as regras constitucionais “o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu”. E complementa o doutrinador afirmando que é preciso respeitar as discricionariedades conferidas ao poder Legislativo, sob pena de o poder Judiciário transgredir o princípio da separação dos poderes do Estado, comprometendo a própria legitimidade democrática da função judicial⁸⁴.

Atento à necessidade de frear a discricionariedade judicial, Konrad Hesse dissemina em suas lições que:

[...] a vontade e a conduta do legislador democrático gozam de uma presunção de constitucionalidade; a ele, legislador, corresponderá em primeira linha a conformação jurídica das relações sociais; ao tribunal constitucional está vedado discutir essa primazia do legislador, pois isso acarretaria um deslocamento das funções constitucionalmente atribuídas⁸⁵.

O segundo efeito negativo do uso abusivo da discricionariedade judicial está associado ao problema da insegurança jurídica a partir do decisionismo judicial.

⁸³ A propósito, Lenio Luiz Streck, destaca que “(...) o calcanhar-de-aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas - reside no deslocamento da hierarquização “ponderativa” em favor da “subjetividade” (assujeitadora) do intérprete (...) em tempos de pós-positivismo, se, de um lado, ocorre um aumento do espaço de poder do judiciário (justiça constitucional), ao mesmo tempo ocorre a diminuição do espaço do legislador (liberdade de conformação). Consequentemente, parece inexorável que tenhamos, na mesma proporção, que controlar as decisões judiciais. Afinal, não tem sentido que, depois de tantas lutas, deixemos a interpretação/aplicação do direito, fruto de uma revolução copernicana que veio para resgatar as promessas incumpridas da modernidade, a cargo de um sujeito solipsista, que, a partir de sua consciência de si do pensamento pensante (...) resolva os problemas decorrentes da indeterminabilidade dos textos jurídicos”. STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Élcio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. São Paulo: Método, 2008, p. 285-315.

⁸⁴ BARROSO, op. cit., p. 392-3.

⁸⁵ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Tradução Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120.

Como lembra Luís Roberto Barroso “é indispensável que os juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados” e sacramenta o constitucionalista que “princípios como a dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas”⁸⁶.

Mesmo defendendo a eficácia direta dos direitos fundamentais, se já existe norma válida emanada pelo poder Legislativo no particular, e se o legislativo representa o interesse da sociedade, não pode o poder Judiciário avocar para si a escolha das premissas empíricas. O poder Legislativo possui discricionariedade empírica e discricionariedade normativa, de sorte que leis por ele editadas devem ser aplicadas pelo Estado-Juiz, salvo, repita-se, quando inconstitucionais.

Para controlar as disfunções da discricionariedade exacerbada da atuação do poder Judiciário na promoção dos direitos fundamentais, é possível se socorrer aos dois parâmetros preferenciais sugeridos por Luís Roberto Barroso: (i) preferência pela lei, ou seja, onde existir manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o poder Judiciário de tomar decisão diversa que lhe pareça mais correta ou convincente e (ii) preferência pela regra, de modo que deve prevalecer a regra descritiva de conduta validamente editada em detrimento ao princípio de igual hierarquia diretamente relacionado àquela matéria⁸⁷.

Com a menção aos dois critérios preferenciais, criam-se parâmetros jurídicos objetivos e racionalmente apreensíveis para a atuação do poder Judiciário quando da promoção ou ponderação dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais devem ser promovidos sem fundamentalismo e, principalmente, dentro das regras concernentes ao Estado Democrático de Direito, pois, caso contrário, estar-se-á caminhando para uma onipotência judicial ou para um governo dos juízes⁸⁸.

⁸⁶ BARROSO, op. cit, p. 393.

⁸⁷ Idem, Ibidem, p. 393-4.

⁸⁸ Tais expressões foram utilizadas por COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 177.

4 CONTRATO DE TRABALHO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Teorias sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho

Podem-se distinguir dois grupos de teorias que pretendem classificar a natureza jurídica do vínculo de trabalho: (i) as teorias tradicionais civilistas (locação, compra e venda, sociedade e mandato) e (ii) as teorias do próprio Direito do Trabalho (anticontratualistas e contratualistas).

A primeira das teorias tradicionais, influenciada pelo Direito Romano, definia o vínculo de trabalho como sendo um contrato de locação de serviços (*locatio operarum*). O empregador seria o locatário e o empregado o locador dos serviços. A coisa locada era a própria força de trabalho do empregado.

Contudo, a teoria da locação de serviços não prevaleceu. A locação se distingue do contrato de trabalho em razão da natureza da prestação prometida. Finda a locação, restitui-se a coisa locada ao locador. Como a força de trabalho é inseparável da figura do empregado, ao final da relação jurídica não é possível restituir-se ao locatário a coisa locada (força de trabalho).

Ensina Amauri Mascaro Nascimento que alguns doutrinadores, dentre eles Pothier, Carnelutti e Bureau, entendiam que o vínculo de trabalho entre empregado e empregador teria natureza jurídica de contrato de compra e venda. Segundo tal concepção, o trabalho humano seria equiparado a uma mercadoria e, como tal, passível de comercialização. O trabalhador venderia a sua força de trabalho por um preço (salário)⁸⁹.

A teoria da compra e venda também sofreu duras críticas em razão da impossibilidade de se equiparar o trabalho a mercadoria. O trabalho é uma das principais formas de se alcançar a dignidade humana e, como tal, não pode ser comercializado⁹⁰.

⁸⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso ...** op cit., p. 585.

⁹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 340.

Alguns doutrinadores (especialmente Chatelain, Canalejas e Valverde) buscaram identificar o vínculo de trabalho a um contrato de sociedade (ou associação), ao argumento que o empregador e os trabalhadores teriam o mesmo propósito na relação jurídica, qual seja, o de produzir riqueza. Com a geração de riquezas o empregado receberia salário e o empregador os lucros do negócio⁹¹.

Entretanto, o vínculo que une as partes na relação de emprego não pode ser equiparado a um contrato de sociedade, por lhe faltar a *affectio societatis*. Enquanto o empregador recebe lucro, o empregado, ordinariamente, recebe salário. O empregado não concorre com o empregador para a formação da vontade social, mas, ao revés, se sujeita ao empregador. Diferentemente do empregador, o empregado não assume os riscos do negócio⁹².

Sintetizando as críticas à teoria do contrato de sociedade, Amauri Mascaro Nascimento afirma que:

[...] entre os sujeitos da sociedade há uma posição de igualdade, quando entre os sujeitos do contrato de trabalho há uma relação de subordinação e o empregado está sob dependência do empregador, portanto, ambos achando-se em plano de desigualdade e não igualdade. Na sociedade, o *animus* que vivifica a atuação dos sujeitos é a *affectio societatis*, quando no contrato de trabalho o *animus contrahendi* é o da prestação de serviços subordinados a serem aproveitados por alguém⁹³.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, Troplong, Mercade e Duranton, defenderam que o vínculo trabalhista seria um contrato de mandato, sendo o empregado mandatário do empregador. Essa teoria também não vingou, pois o contrato de trabalho se dissocia da ideia de representatividade. Além disso, no mandato há participação de um terceiro na relação jurídica, o que não ocorre na relação de emprego. No mandato há a substituição do mandante pelo mandatário no exercício da atividade representada, ao passo que no contrato de trabalho, excepcionados os casos de cargos de confiança, não há a substituição do empregador pelo empregado. Ainda, o mandato geralmente é gratuito e o contrato de trabalho é necessariamente oneroso⁹⁴.

⁹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso ...** op cit., p. 588.

⁹² MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução do direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 325.

⁹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito ...** op. cit., 2011, p. 341.

⁹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso ...** op cit., p. 594.

Ao longo do tempo as teorias tradicionais civilistas acerca da natureza jurídica do vínculo de trabalho cederam espaço às chamadas teorias próprias do Direito do Trabalho, anticontratalistas e contratualistas.

Por ocasião da Revolução Industrial, surgem na Alemanha e na França movimentos anticontratalistas, desvinculando a relação jurídica do contrato. Para essa corrente, a vontade das partes não tem relevância, bastando o trabalhador estar inserido na estrutura da sociedade e prestar serviços em favor de outrem para que surjam os direitos e as obrigações trabalhistas que, inclusive, já estão preestabelecidos em leis e normas coletivas⁹⁵.

Subdivide-se a teoria anticontratalista em dois movimentos: teoria da relação de trabalho e teoria do institucionalismo.

Para a teoria da relação de trabalho, a constituição e o desenvolvimento do contrato de trabalho prescindem da vontade das partes, bastando a prática de atos de emprego para que deles resultem direitos e obrigações. Essa corrente substitui a expressão “contrato” por “relação de trabalho”, para dissociar o liame jurídico da convergência de vontades entre empregador e empregado. O acordo de vontades cede espaço para a ideia de engajamento, ocupação, inserção do trabalhador na empresa. Os direitos e obrigações provêm do fato objetivo que é estar inserido na sociedade. Ao iniciar a prestação de serviços o trabalhador já está protegido pela legislação trabalhista.

A teoria do institucionalismo concebe que o empregado submete-se a uma situação fundamentalmente estatutária, sujeitando-se às regras e condições de trabalho previamente estabelecidas pelo empregador. A relação independe da vontade e se assemelha a uma instituição. Situações de fato se transformam em situações de direito independentemente da vontade das partes, pois, ao ingressar na empresa o empregado nada cria ou constitui, mas, ao revés, apenas se sujeita aos ditames institucionais.

⁹⁵ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2009, p. 30.

A principal crítica formulada às teorias da relação de trabalho e institucionalismo é no sentido de que o vínculo de trabalho subordinado não pode prescindir da vontade ou do consentimento das partes. O trabalhador ingressa na empresa somente através de um contrato, ainda que tácito. Ademais, durante a execução do contrato, só é permitida a alteração das cláusulas pactuadas se houver a concordância expressa do trabalhador e dela não resultarem prejuízos ao obreiro. Por isso, seja na constituição, seja no desenvolvimento, é imprescindível a manifestação de vontade das partes contratantes para a formação do negócio jurídico.

No Brasil, embora existam respeitadas opiniões em sentido contrário⁹⁶, atualmente vem prevalecendo na doutrina a teoria contratualista.

De acordo com o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Ainda, o artigo 443 do mesmo diploma legal prevê que “o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”.

Embora João de Lima Teixeira Filho defenda que o artigo 442 da CLT corresponde a um “misto de contratualidade e institucionalismo”, entende-se que os dispositivos acima mencionados denotam a opção do legislador pátrio pela teoria contratualista⁹⁷.

Tanto o artigo 442, quanto o artigo 443 da CLT fazem referência expressa no sentido de que o contrato é “acordo”. Em razão de pressupor o acordo de vontades entre as partes, reveste-se o contrato individual de trabalho de natureza contratual. A essência do contrato de trabalho está ligada à vontade dos contratantes, pois, “ninguém trabalha para outra pessoa a não ser por sua vontade e ninguém admite outra pessoa para trabalhar a não ser que o queira”⁹⁸.

⁹⁶ Por exemplo, Baracat entende que o contrato de trabalho é um fato social concreto e que prescinde da vontade das partes, defendendo que “não existe vontade real do trabalhador, muito menos livre, quando este não tem a possibilidade de discutir o valor do salário quando da contratação, nem qualquer outra condição de trabalho (...)” BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 107. No mesmo sentido, confira-se REIS, Nélío. **Alteração do contrato de trabalho**, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, p.16.

⁹⁷ TEIXEIRA FILHO. João de Lima. Contrato de trabalho. In SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. v. I, São Paulo: LTr, 2005, p. 241.

⁹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito ...** op. cit., p. 351.

Em outras palavras, a liberdade de assentir e firmar representa condição *sine qua non* da relação de emprego⁹⁹.

Ademais, vale lembrar que ao retirar o elemento volitivo da formação do vínculo de trabalho, subtrai-se da relação jurídica o importante instituto da autonomia privada¹⁰⁰.

Nelson Mannrich sacramenta a discussão a respeito da natureza jurídica da relação de emprego ao afirmar que é “inegável a supremacia do contrato, a partir de simples constatação, pois está presente no mundo das relações trabalhistas, tanto individuais quanto coletivas e na própria jurisprudência”¹⁰¹.

Conclui-se, pois, que é contratual a natureza jurídica do vínculo que une empregado e empregador.

4.2 O contrato individual de trabalho como fonte do Direito do Trabalho

Fonte, em sentido amplo e na linguagem corriqueira, significa aquilo de onde se origina ou nasce alguma coisa, de onde parte, jorra, nasce algo que começa a existir, mas que não existia antes. Fonte do Direito, portanto, é uma metáfora empregada para designar a origem de direitos, deveres e obrigações.

Existem diversas classificações no tocante às fontes do Direito do Trabalho. A classificação mais difundida na doutrina brasileira é aquela que divide as fontes de Direito do Trabalho em materiais ou formais¹⁰².

Materiais são aquelas fontes relacionadas aos fundamentos históricos, sociológicos e filosóficos que antecederam o surgimento do Direito do Trabalho.

As fontes formais do Direito do Trabalho, por seu turno, correspondem aos processos de manifestação da norma jurídica pelos quais se reconhece a sua

⁹⁹ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual ...** op. cit., p. 30.

¹⁰⁰ TRINDADE, Rodrigo. **Função social do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2008, p. 101.

¹⁰¹ MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p.106.

¹⁰² Nesse sentido, confira-se SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. v. I, São Paulo: LTr, 2005, p. 148-67 e MORAES FILHO, op. cit., p. 218-235.

positividade. Subdividem-se em (i) fontes formais heterônomas (lei, regulamento, sentença normativa e regulamento de empresa, quando unilateral), aquelas cujo comando normativo se encontra fora da vontade das partes, e (ii) fontes formais autônomas (costume, convenção coletiva de trabalho e regulamento de empresa, quando bilateral), aquelas construídas a partir da vontade dos interessados.

Foge ao escopo do presente trabalho analisar cada uma das fontes do Direito do Trabalho. Entretanto, não se pode deixar de criticar a classificação acima referida, pois se entende que o contrato individual de trabalho representa fonte formal autônoma do Direito do Trabalho.

O contrato individual de trabalho corresponde a uma manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, fazendo lei entre as partes em tudo aquilo que não contravenha os termos da legislação vigente e as normas de ordem pública. Nesse espeque, o fato de as disposições contratuais não serem dotadas de efeitos gerais e abstratos não retira do contrato individual a sua característica de fonte do Direito de Trabalho.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk asseveram que é no contrato que nasce o vínculo de trabalho e as obrigações essenciais da relação jurídica, destacando que o contrato é única e exclusiva fonte voluntária da relação de emprego¹⁰³.

Sergio Pinto Martins, com apoio nos artigos 8º e 444 da CLT, reconhece que as disposições contratuais são fontes do Direito do Trabalho, afirmando que as determinações inseridas no contrato “irão dar origem a direitos e deveres do empregado e do empregador”¹⁰⁴.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia também defende que o contrato de trabalho é fonte do Direito do Trabalho, ainda que não preenchidos os requisitos da generalidade e abstração. Segundo o referido doutrinador, o conceito de fonte do Direito do Trabalho deve ser analisado de forma mais ampla de sorte a englobar todos os modos de materialização de direitos e obrigações na relação empregatícia¹⁰⁵.

¹⁰³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso elementar de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 45.

¹⁰⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 75.

¹⁰⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 63.

Portanto, em que pesem os respeitáveis posicionamentos em sentido contrário¹⁰⁶, entende-se que o contrato de trabalho é fonte formal autônoma do Direito do Trabalho.

4.3 O contrato individual de trabalho no Direito contemporâneo

Na faceta do Estado Liberal, os princípios basilares que regiam o contrato individual de trabalho eram o da igualdade formal entre as partes e a necessidade de preservar a liberdade dos indivíduos na relação jurídica.

A autonomia corresponde ao direito de os indivíduos regerem-se por suas próprias leis, atuando dentro de um espectro de liberdade que lhes é conferido. A autonomia da vontade é a liberdade que o agente possui de praticar um ato jurídico. Já a autonomia privada é o poder que o Direito confere aos indivíduos de regularem os seus próprios interesses. A autonomia da vontade possui conotação subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada representa o poder objetivo da vontade dentro do Direito, de um modo real e concreto.

Diversos fatores de ordem moral, política, econômica e jurídica relacionam-se à autonomia privada durante o Estado Liberal. Sob o aspecto moral, a autonomia privada está relacionada ao individualismo do ser humano, à ideia de que indivíduo é a única razão de ser de todo o Direito. Politicamente, representava forma de antagonismo à intervenção do Estado nas relações sociais. Na vertente econômica, a autonomia privada ligava-se ao liberalismo econômico (*laissez-faire* e *laissez-passer*), contrapondo-se ao dirigismo estatal. Juridicamente, os particulares criariam suas próprias normas que passam a conviver com outras emanadas do Estado.

Acreditava-se que todos os indivíduos eram iguais perante a lei e que, em razão dessa igualdade formal, detinham uma esfera de soberania individual para autorregulamentar os próprios interesses através do contrato. E, uma vez firmado o contrato, salvo nas hipóteses de vício do consentimento, o contrato fazia lei entre as partes sem possibilidade de intervenções externas.

¹⁰⁶ Entendendo que o contrato de trabalho não representa fonte do Direito do Trabalho, confira-se DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. Ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 162 e CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 74.

A liberdade de contratar correspondia ao direito de a parte (i) escolher se quer ou não firmar um contrato; (ii) definir a pessoa com quem pretende firmar o contrato e (iii) delimitar o conteúdo do contrato que será firmado.

A liberdade de contratar propriamente dita corresponde ao direito atribuído às partes de escolherem se querem ou não firmar um contrato. Trata-se do “arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, quando se estabelecerá com outrem um negócio jurídico contratual”¹⁰⁷.

A liberdade de escolher o outro contratante diz respeito ao poder subjetivo conferido ao indivíduo de escolher com quem quer firmar o contrato.

Já a liberdade de definir o conteúdo do contrato implica no direito de as partes estipularem os direitos e obrigações recíprocas do contrato que será firmado, definindo as cláusulas do contrato de acordo com as suas próprias conveniências.

Uma vez firmado o contrato, ele representava lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), conferindo estabilidade e previsibilidade às relações jurídicas.

A estabilidade seria assegurada pela certeza de que aquilo que foi avençado será cumprido à risca pela contraparte, por representar ato jurídico perfeito. Humberto Theodoro Júnior afirma que “contrato é ato jurídico perfeito, cuja força, no Direito brasileiro, é protegida por garantia constitucional”¹⁰⁸.

A previsibilidade associa-se à ideia de que as partes, valendo-se da autonomia privada, já regulamentaram as suas próprias relações jurídicas projetando as respectivas condições e definindo de antemão os contornos futuros do seu objeto.

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 19.

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 23.

A intervenção do poder Judiciário no contrato era mínima e praticamente só ocorria quando havia nulidade por vício de consentimento (erro, dolo, coação, fraude, simulação, estado de perigo ou estado de necessidade) ou violação às normas de ordem pública e aos bons costumes¹⁰⁹.

Entretanto, com a superação do Estado Liberal, percebeu-se que a igualdade meramente formal representava um artifício para a propagação do desequilíbrio e da injustiça contratual nas relações sociais, favorecendo apenas os detentores do poder econômico. A suposição de que a igualdade formal entre os indivíduos asseguraria o equilíbrio entre os contratantes foi desacreditada na vida real.

Viu-se a necessidade de intervenção do Estado nas relações contratuais como forma de minimizar os efeitos danosos da liberdade contratual. O Estado passou a intervir na vida econômica e o fez através da limitação da vontade das partes dentro das relações jurídicas, primordialmente aquelas com latente desigualdade material entre os contratantes. Lacordaire, citado por Orlando Gomes, afirmou que “entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”¹¹⁰.

Para coibir as disfunções provenientes dos dogmas individualistas puros, o Estado se utilizou, inicialmente, de dois recursos técnicos: (i) conversão de leis supletivas em leis imperativas e (ii) discussão corporativa.

Prevaleciam no ordenamento jurídico as denominadas leis supletivas, ou seja, normas que atuavam para suprir a ausência de manifestação de vontade das partes, ou complementá-la, quando insuficiente. Com o propósito de restabelecer o equilíbrio e a justiça contratual, em superação ao liberalismo, as leis supletivas foram gradativamente substituídas por leis coativas. Leis coativas são aquelas que ordenam ou proíbem certos atos. Quando ordenam, são chamadas leis imperativas. Ao revés, quando proíbem, são denominadas leis

¹⁰⁹ Amaral define a ordem pública como sendo o “conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica”. Quanto aos bons costumes, Francisco Amaral afirma que eles representam o “conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo, etc.” AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 339.

¹¹⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 35.

proibitivas. As leis coativas reduzem o espectro conferido à autonomia privada nas relações contratuais. O contrato deixa de ser simplesmente expressão da autonomia privada e passa a ter uma estrutura híbrida de disposições voluntárias e compulsórias de sorte a se restabelecer o equilíbrio da relação jurídica que havia se esvaído no liberalismo econômico¹¹¹.

Renato Rua de Almeida esclarece que o Direito do Trabalho adotou um conjunto de normas que conferem um tratamento desigual em favor do trabalhador na relação jurídica, intervindo na ordem social com uma legislação de natureza imperativa e de ordem pública¹¹².

Além disso, o Estado também interveio na autonomia privada para corrigir o desequilíbrio contratual valendo-se da chamada discussão corporativa. Orlando Gomes assevera que as pessoas “organizam-se, fortalecendo-se, para, na formação do contrato, em que são interessadas, discutir as condições contratuais em pé de igualdade com a outra parte”¹¹³.

O exemplo mais comum no Direito do Trabalho é o poder conferido aos sindicatos que contratam acordos coletivos de trabalho com as empresas. A discussão corporativa corrige a desigualdade de poderes no interior da relação jurídica e favorece a justiça contratual.

Para reforçar o restabelecimento do equilíbrio contratual nas relações jurídicas entre atores materialmente desiguais, somem-se às inovações técnicas mencionadas anteriormente, os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual, concernentes aos valores éticos e sociais que vigoram no Estado Democrático de Direito.

O conceito de boa-fé é ambivalente, compondo-se da boa-fé subjetiva e da boa-fé objetiva.

Boa-fé subjetiva relaciona-se ao estado de consciência do agente por ocasião de um dado comportamento. Representa um pressuposto de fato para a

¹¹¹ Idem, *Ibidem*, p. 26-7.

¹¹² ALMEIDA, op. cit., 2012, p. 295-6.

¹¹³ GOMES, op. cit., 2007, p. 37.

aplicação da norma jurídica, ou seja, um estado de consciência ou ignorância anterior à própria celebração do negócio jurídico¹¹⁴.

Lado outro, a boa-fé objetiva corresponde a um dever de conduta ético, objetivo, alheio às boas ou más intenções das partes contratantes. Caio Mário da Silva Pereira ensina que a boa-fé objetiva vai além do simples dever negativo de abstenção para não prejudicar a contraparte, compreendendo, também, o dever positivo de cooperação para a consecução dos efeitos práticos que justificam o próprio contrato, ponderando que “o agente deve fazer o que estiver ao seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham convencionado”¹¹⁵.

A boa-fé objetiva possui tríplice função: (i) atuar como cânnon interpretativo-integrativo, ou seja, auxiliar o operador do direito a não permitir que o contrato extrapole os respectivos interesses econômicos e/ou sociais, lícita e razoavelmente esperados para aquela relação jurídica; (ii) criar deveres jurídicos colaterais, como, por exemplo, os deveres de lealdade, deveres de informação e deveres de proteção; e, ainda, (iii) limitar o exercício de direitos subjetivos no interior da relação jurídica, confundindo-se, aqui, com a própria figura do abuso de direito¹¹⁶.

A função social do contrato exige que os interesses individuais sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais. O contrato não se sustenta se estiver escorado apenas em interesses individuais das partes, pois os interesses individuais estão sujeitos ao crivo da justiça social. A função primordial dos contratos na perspectiva social é reduzir as desigualdades materiais e a exploração dos vulneráveis, promovendo a justiça comutativa¹¹⁷.

A justiça contratual (ou equilíbrio) pressupõe a reciprocidade e a comutatividade de direitos e obrigações. A toda prestação assumida por uma das partes deve corresponder uma contraprestação igual ou semelhante, sem onerosidade excessiva para uma das partes, pois o contrato deve assentar-se em

¹¹⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Célia Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 16.

¹¹⁵ PEREIRA, op. cit., 2011, p. 18.

¹¹⁶ TEPEDINO, op. cit., p. 17.

¹¹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

vantagens mútuas para ambos os contratantes. Busca-se a equivalência material entre a prestação e a contraprestação correlacionada¹¹⁸.

Pondere-se, finalmente, que muito embora no Direito contemporâneo o contrato esteja umbilicalmente ligado aos valores sociais de eticidade, sociabilidade e operabilidade, isso não significa a eliminação dos interesses individuais e econômicos do contrato. A propósito, assinala Paulo Lôbo que:

[...] os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios individuais do contrato, a saber, o princípio da autonomia privada negocial, o princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) e o princípio da relatividade dos efeitos do contrato; mas limitam e conformam, profundamente, seu alcance e conteúdo. [...] a compreensão que se tem hoje dos princípios sociais do contrato não é mais um antagonismo radical aos princípios individuais, pois estes como aqueles refletiram etapas da evolução do direito contratual e do próprio Estado moderno¹¹⁹.

Tecidas essas breves considerações a respeito do contrato, retoma-se a análise do contratual individual de trabalho na perspectiva do Direito do Trabalho.

A liberdade contratual está contemplada no *caput* do artigo 444 da CLT que enuncia:

“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 lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

A lei determina que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas”, denotando a adoção do princípio da autonomia privada e da liberdade de contratar. Contudo, essa liberdade de estipular o conteúdo do contrato individual de trabalho está condicionada à observância das normas cogentes de “proteção ao trabalho”, aqui entendidas as normas, direitos, deveres e obrigações provenientes das fontes autônomas e/ou heterônomas do Direito do Trabalho.

Percebe-se que as leis trabalhistas são normas coativas e de ordem pública. O piso mínimo de direitos (e as obrigações básicas) concernentes ao contrato

¹¹⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 273-8.

¹¹⁹ LÔBO, op. cit., p. 67.

individual de trabalho está contemplado de maneira imperativa, ou proibitiva, na legislação trabalhista, não se sujeitando a derrogação pela vontade das partes através do contrato individual de trabalho. Portanto, mesmo escudando-se no princípio da autonomia privada, não podem as partes, através do contrato individual de trabalho, por exemplo, definir uma jornada de trabalho superior a 15 horas diárias, sem descanso semanal remunerado. Ou ainda, reduzir o direito a férias para 10 dias, retirando-lhe o adicional de um terço previsto na CRFB.

As partes não podem contratar aquém daquilo que está previsto na lei, porém, sendo a legislação omissa ou insuficiente para regulamentar determinadas situações, as partes detêm liberdade para autorregulamentar os seus próprios interesses.

Estêvão Mallet obtempera que apesar de o legislador ter limitado a liberdade de contratar na relação de emprego:

[...] a imposição de limites à liberdade de contratar, ainda que se manifeste particularmente intensa no campo trabalhista, tanto mais no âmbito das relações individuais de trabalho, não chega a desnaturar a relação jurídica que se estabelece entre empregado e empregador¹²⁰.

Ampliando o debate atinente ao espaço reservado à liberdade contratual, não se pode furtar em mencionar os artigos 421 e 2035, ambos do CCB e analisar em que medida os referidos dispositivos afetam as disposições contidas no artigo 444 da CLT e o contrato individual de trabalho.

De acordo com o artigo 421 do CCB “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O artigo 2035 do CCB complementa que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

A constitucionalização do direito privado fica visível nos referidos dispositivos legais, pois o legislador encampou o princípio da função social do contrato como “limite” e “razão” para o exercício da liberdade de contratar. A função social do

¹²⁰ MALLET, Estêvão. **Prática de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 16-7.

contrato foi erigida à condição de preceito de ordem pública insuscetível de afastamento pela vontade das partes contratantes.

De plano, não parece possível afastar a aplicação dos artigos 421 e 2035 do CCB a pretexto do disposto no parágrafo único, do artigo 8º, da CLT.

O fato de as normas de direito comum se aplicarem subsidiariamente à CLT, naquilo em que não for incompatível com o regramento trabalhista, não tem o condão de afastar a incidência direta e imediata de um direito fundamental previsto na CRFB. A função social do contrato, intimamente ligada ao princípio constitucional da função social da propriedade, é um direito fundamental e, como tal, aplica-se de maneira imediata ao contrato de trabalho, *ex vi* do artigo 5º, § 1º, da CRFB.

O fato de se reconhecer a aplicação dos artigos 421 e 2035 do CCB ao Direito do Trabalho, contudo, não significa retirar do contrato individual de trabalho o espaço reservado à liberdade contratual e a validade dos deveres e obrigações pactuados em consonância aos limites estabelecidos nas normas de proteção ao trabalho.

É sabido que o contrato individual de trabalho ostenta dupla função: individual e social.

A função individual está diretamente ligada ao princípio da autonomia privada e ao poder conferido ao empregado e ao empregador de regulamentarem as suas próprias relações jurídicas de acordo com os juízos de conveniência e oportunidade de cada um. Judith Martins-Costa lembra que “a função primordial do contrato é, pois, viabilizar a circulação de riquezas de um patrimônio para outro, circulação essa que se dá por ato voluntário lícito”¹²¹.

O contrato de trabalho não escapa a essa função individual. Trata-se de um contrato em que há circulação de riquezas. O trabalho do empregado gera lucro ao empregador. Por sua vez, o trabalho rende salário ao empregado que, com esta remuneração, consome produtos e serviços, também fazendo circular riquezas na sociedade.

¹²¹ LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 31.

Por seu turno, a função social corresponde à necessidade de conformação dos interesses individuais das partes no contrato de trabalho aos interesses socialmente relevantes, sempre que estes estiverem presentes.

Francisco Amaral destaca que:

[...] consagrada assim a função econômico-social dos institutos jurídicos e, implicitamente, da autonomia privada, temos que o exercício deste poder jurídico deve limitar-se, de modo geral, pela ordem pública e pelos bons costumes e, em particular, pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade, com vistas ao desenvolvimento econômico e ao seu bem estar social¹²².

Portanto, não pode o contrato individual de trabalho servir de escudo para escravizar a parte mais fraca da relação jurídica impondo-lhe obrigações e deveres manifestamente excessivos ou onerosos sob a bandeira da liberdade contratual. Os interesses econômicos devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais e os ditames da justiça contratual, mas nada impede que ambos convivam de maneira harmoniosa no contrato de trabalho, pois há que se buscar o meio-termo entre os interesses conflitantes.

4.4 O contrato individual de trabalho como palco propício para a vulnerabilidade de direitos fundamentais do trabalhador. Eficácia imediata dos direitos fundamentais na relação empregatícia

O empregado é o elo mais fraco da relação jurídica e, nesse sentido, se sujeita às imposições do empregador. Empregador, como a própria lei define (artigo 2º, *caput*, da CLT), é aquele que “assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços”.

O empregador exerce poder de direção sobre a atividade do seu empregado, determinando como, quando, onde e sob quais condições ele deverá empreender a sua força de trabalho. Como o empregador exerce poder social que coloca em xeque a liberdade e a autonomia da vontade do trabalhador, potencializam-se os riscos de desrespeito a direitos fundamentais do empregado.

¹²² AMARAL, op. cit., 2000, p. 358.

Como destaca Júlio Ricardo de Paula “o trabalhador está inserido numa organização alheia e submetido a uma autoridade que, mesmo situada no campo privado, não deixa de ser um poder social com relevância jurídica”¹²³.

Diante desse cenário de vulnerabilidade do empregado e de exercício de poder social do empregador é que se faz possível sustentar a incidência imediata dos direitos fundamentais no contrato individual de trabalho.

João Caupers afirma que, apesar de não ser possível generalizar todas as situações, “não há igualdade material entre os outorgantes de um contrato individual de trabalho, encontrando-se o trabalhador, pela dependência econômica, em situação desvantajosa” o que acarreta, segundo o doutrinador português, “na vinculação das entidades patronais às normas que reconhecem direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga dos trabalhadores e, em geral, os direitos, liberdades e garantias de todos os cidadãos”¹²⁴.

Joselita Nepomuceno Borba também confirma que no Direito do Trabalho há “real situação de poder do empregador sobre o trabalhador e, por isso, a eficácia dos direitos fundamentais tem plena aplicação”¹²⁵.

Sérgio Gamonal, em vistas à intensidade da desigualdade material das partes no contrato individual de trabalho, chega a afirmar que não haveria uma eficácia horizontal propriamente dita, já que os sujeitos não estão no mesmo patamar, mas, sim, uma eficácia diagonal dos direitos fundamentais, ante a disparidade de poderes econômico e jurídico do empregador na relação empregatícia¹²⁶.

No atual contexto, diante da redação do artigo 5º, § 1º, da CRFB, é possível reconhecer a incidência imediata dos direitos fundamentais no contrato individual de trabalho.

Ao firmar o contrato individual de trabalho o empregado se sujeita ao poder diretivo do empregador. Essa sujeição potencializa a desigualdade de poderes de negociação. Retrai-se a autonomia da vontade do trabalhador que, no mais das

¹²³ AMARAL, op. cit., 2007, p. 81.

¹²⁴ CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 174-5.

¹²⁵ BORBA, Joselita Nepomuceno. Eficácia dos direitos fundamentais e a revalorização do contrato de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 75, nov. 2011, p. 1353.

¹²⁶ CONTRERAS, Sérgio Gamonal. **Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais**. Tradução de Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTr, 2011, p. 28.

vezes, ficará limitada à liberdade de aceitar ou rejeitar integralmente o bloco de condições de trabalho que lhe são propostas e, mesmo assim, por necessitar do emprego, acabará se sujeitando às possíveis arbitrariedades do empregador.

Situações de poder de fato, como geralmente é a posição do empregador no caso do contrato individual de trabalho, reconduzem à proteção dos direitos fundamentais do contratante vulnerável, até porque “a capacidade das normas legais para protegerem os cidadãos uns dos outros no seu relacionamento recíproco, estaria limitada aos casos em que se verificasse um mínimo de igualdade material”¹²⁷, igualdade esta que em regra não existe na relação empregatícia.

Basta verificar que o próprio constituinte já preestabeleceu ferramentas para reequilibrar os poderes de empregados e empregadores na relação jurídica. Por exemplo, reconheceu-se aos trabalhadores o direito de greve, mas proibiu-se aos empregadores o exercício do *lock out*. Ainda, relegou-se à negociação coletiva a flexibilização de direitos trabalhistas que seriam facilmente aniquilados no contrato individual de trabalho (redução de salário e compensação de jornada).

Em resumo, direitos fundamentais incidem diretamente no contrato individual de trabalho e exercem, primordialmente, a função de proteção do trabalhador face à potencialidade lesiva do empregador que detém o poder diretivo.

4.5 Os direitos fundamentais assegurados ao trabalhador no contrato individual de trabalho

Durante a execução do contrato individual de trabalho o empregado depende a sua força laborativa física e mental em favor do empregador, não sendo possível separar o trabalho da pessoa que o presta. Mesclam-se no contrato individual de trabalho a vida privada e a vida profissional do empregado, daí se afirmar que o empregado “reúne a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais que lhe assistem como cidadão e de titular de direitos fundamentais aplicáveis estritamente no âmbito da relação de emprego”¹²⁸.

¹²⁷ CAUPERS, op. cit., p. 172.

¹²⁸ ROMITA, op. cit., p. 211.

O fato de estar inserido numa organização empresarial não retira do empregado a sua condição de cidadão e, por conseguinte, titular de certos direitos fundamentais inerentes à cidadania. José João Abrantes esclarece que “a conclusão de um contrato de trabalho não implica, de modo algum, a privação de direitos que a Constituição reconhece ao trabalhador como cidadão”. E prossegue o autor reconhecendo que “a ideia base é a de que, na empresa, o trabalhador é um cidadão igual a qualquer outro” e conclui que “os poderes do empregador e a liberdade negocial têm por limite intransponível a intangibilidade do conteúdo essencial de qualquer dos direitos fundamentais do trabalhador”¹²⁹.

Na Espanha, esse fenômeno de reconhecimento do direito de cidadania do empregado foi chamado por Antonio Baylos como a “democratização da empresa como democracia industrial”. A propósito, transcrevem-se as lições do doutrinador espanhol a respeito do assunto:

[...] La versión a través de la que se incorpora la expresión ciudadanía en la empresa es la que se expande em los años 1970 del pasado siglo, que se refiere al goce en los lugares de trabajo de los derechos clásicos de libertad (...) se enuncia así una manera de estar democrática, la de considerar que los derechos ciudadanos no deben perderse por el hecho de estar sometido a una situación de subordinación técnica, económica, social, en un círculo em el que la conducta de las personas está determinada y ordenada por outra desde una posición de dominio¹³⁰.

Os direitos de cidadania do empregado são primordialmente direitos de defesa do cidadão-trabalhador contra as potenciais ingerências excessivas do empregador. Os direitos de cidadania do empregado operam como limite ao poder diretivo do empregador no interior da relação jurídica. Aldacy Rachid Coutinho afirma que o caráter protetor do Direito do Trabalho está vinculado à ideia de hipossuficiência do trabalhador e o que reconhecimento da desigualdade dos sujeitos da relação jurídica representa “uma garantia do cidadão-trabalhador diante do poder diretivo do empregador”¹³¹.

¹²⁹ ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005, p. 196-7.

¹³⁰ BAYLOS, Antonio. Ciudadanía em el trabajo. **Revista Relações de trabalho: justiça e equilíbrio**. São Paulo, dez. 2010, p. 13.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Aldacy Rachid (Orgs.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 162.

Os exemplos de direitos de cidadania do empregado no contrato de trabalho são os mais variados possíveis na CRFB, dentre os quais se destacam os seguintes: (i) igualdade de tratamento entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I), (ii) liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IV), (iii) liberdade de consciência e crença religiosa (artigo 5º, inciso VI), (iv) respeito à esfera da intimidade e vida privada (artigo 5º, inciso X), (v) sigilo de correspondência e comunicações (artigo 5º, inciso XII), (vi) liberdade de trabalho, ofício ou profissão (artigo 5º, inciso XIII), (vii) direito de informação (artigo 5º, inciso XIV), (viii) direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII), dentre outros.

Renato Rua de Almeida sintetiza a questão ao afirmar que:

[...] pode-se afirmar que os direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores, exercidos como direitos de cidadania no âmbito das relações de trabalho e expressados, por exemplo, como direitos de personalidade, direito à informação, direito à presunção de inocência, direito à ampla defesa e ao contraditório, são garantidos em razão da eficácia dos direitos constitucionais fundamentais (...)¹³².

Ademais, dentro da relação de emprego, o trabalhador mantém direitos fundamentais trabalhistas específicos, inerentes à sua condição de prestador de serviços. Tratam-se dos chamados direitos fundamentais trabalhistas propriamente ditos que a pessoa natural ostenta não em razão da sua qualidade de cidadão, mas, sim, pelo fato de estar inserido numa relação trabalhista.

Os direitos fundamentais trabalhistas específicos estão concentrados primordialmente nos artigos 7º, 8º e 9º todos da CRFB: (i) proteção da relação de emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa¹³³ (artigo 7º, inciso I); (ii) limitação da jornada de trabalho (artigo 7º, incisos XIII e XIV), (iii) reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (artigo 7º, inciso XXVI), (iv) o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (artigo 7º, inciso XXI), (v) proteção aos

¹³² ALMEIDA, op. cit., 2012, p. 295-6.

¹³³ Almeida afirma que “a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa é, no texto constitucional, um direito fundamental social que exige aplicação imediata e vincula as entidades públicas e privadas”, concluindo, com maestria, que “na verdade, a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa vincula negativamente o empregador, na busca da eficácia horizontal desse direito fundamental social, ao passo que o direito ao emprego vincula positivamente as entidades estatais na promoção de políticas públicas de pleno emprego, tendo em vista a eficácia vertical desse gênero de direito fundamental”. ALMEIDA, Renato Rua de. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: CALVO, Adriana; ROCHA, Andrea Presas (Orgs.). **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 143-4.

deficientes contra práticas discriminatórias (artigo 7º, inciso XXXI), (vi) liberdade e unicidade sindical (artigo 8º, *caput* e inciso II), (vii) direito de greve (artigo 9º).

Embora a função primordial dos direitos fundamentais no contrato individual de trabalho seja a de preservar a esfera de liberdade do empregado face às intromissões do empregador, há também uma função diversa que é a de promoção de direitos sociais de caráter programático, como, por exemplo, o direito ao lazer¹³⁴ (artigo 217, § 3º, da CRFB), saúde (artigo 196 da CRFB) e educação (artigo 205, inciso I, da CRFB).

Sintetizando, os direitos fundamentais incidem de forma direta no contrato de trabalho. Ao ingressar na relação de emprego, o trabalhador ostenta a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais, vale dizer, direitos fundamentais inerentes à sua condição de cidadão-trabalhador e direitos fundamentais inerentes à sua condição de empregado.

4.6 Limites para o exercício de direitos fundamentais e poder diretivo do empregador no contrato de trabalho

Afirmou-se que os direitos fundamentais incidem diretamente na relação de emprego e que os trabalhadores, durante a execução do contrato de trabalho, ostentam a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais.

Mas no contrato individual de trabalho, estando sujeito ao poder diretivo do empregador, o trabalhador pode exercer seus direitos fundamentais da mesma forma como os exerceria em face do Estado ou diante de outros setores da vida privada?

¹³⁴ Tratando da função social do direito ao lazer nas relações de trabalho, Lunardi afirma “Uma solução apresentada seria utilizar o direito ao lazer como um critério interpretativo de lei, ou como forma de preencher lacunas legislativas, isso significa que ao realizar a interpretação de uma norma que entre em conflito com o período de descanso, devem-se prestigiar a existência do direito ao lazer e a força de norma fundamental. É possível pensar também que, diante do § 1º, do art. 5º, deve-se aplicar o direito ao lazer (...)”. LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 127.

Arion Sayão Romita responde ao questionamento acima formulado afirmando que o empregado não exerce seus direitos fundamentais da mesma maneira que os exerceria em face do poder público ou como se estivesse em outros setores da vida privada¹³⁵.

Faz-se necessário relembrar que uma das características marcantes do contrato individual de trabalho é o seu caráter sinalagmático. Ao firmarem o contrato individual de trabalho, empregado e empregador se comprometem reciprocamente um como o outro, assumindo a posição de credores e devedores de direitos e obrigações na relação jurídica. Com efeito, uma das obrigações principais do empregado é a de prestar serviços pessoalmente, de maneira eficiente, desempenhando o trabalho no lugar, tempo e condições convencionadas com o empregador. Ao firmar livremente o contrato de emprego, o trabalhador deverá honrar com os compromissos assumidos perante o empregador, dentre os quais se encontra o dever de prestar os serviços na forma pactuada, agindo, por conseguinte, dentro dos ditames da boa-fé objetiva que permeia as relações contratuais na sociedade contemporânea.

A propósito, Arion Sayão Romita ensina que o exercício de direitos fundamentais dos trabalhadores na empresa “pode ser objeto de limitações específicas em atenção ao adequado cumprimento das obrigações que o empregado assume por força do contrato” e conclui afirmando que “atender às exigências da boa-fé contratual deve ser considerado um dever acessório assumido pelo empregado, agregado ao dever essencial, de prestar serviços pela forma pactuada”¹³⁶.

Ante a impossibilidade de o trabalhador exercer seus direitos fundamentais no contrato individual de trabalho da mesma maneira que os exerceria em face do poder público ou dos demais atores sociais, surge a dificuldade de se estabelecer o limite entre exercício regular e exercício abusivo do poder diretivo do empregador.

Maria do Rosário Palma Ramalho afirma que os direitos fundamentais dos trabalhadores sofrem três tipos de limites no contexto da relação de trabalho: (i) limites imanentes, são limites inerentes a todos os direitos, já que nenhum direito é ilimitado ou absoluto; (ii) limites extrínsecos, pois existem no ordenamento jurídico outros interesses ou direitos socialmente relevantes que podem, em certos casos,

¹³⁵ ROMITA, op. cit., p. 216.

¹³⁶ Idem, *Ibidem*, p. 216-7.

entrar em colisão com os direitos dos trabalhadores e (iii) limites voluntários, que decorrem da própria vontade das partes no contrato individual de trabalho¹³⁷.

No tocante aos limites imanentes, convém salientar que todo o direito deve ser exercido dentro do respectivo limite, pois o exercício abusivo do direito representa ato ilícito no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o disposto no artigo 187 do CCB comete ato ilícito “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Edilton Meireles esclarece que os pressupostos para a ocorrência de abuso de direito são: (i) a prática de um ato que é permitido pelo ordenamento jurídico, (ii) ato comissivo ou omissivo do agente agressor e (iii) o ato (ou a inação) deve exceder os limites normais do exercício regular de um direito¹³⁸.

Logo, se o empregador, titular do poder diretivo, exceder manifestamente os limites impostos pelos seus fins econômicos - dentre os quais o de zelar pelo bom funcionamento em geral da empresa - e sociais - decorrentes da função social do contrato -, ter-se-á ato ilícito por abuso de direito.

Em relação aos limites extrínsecos, entende-se que em qualquer relação empregatícia o poder diretivo do empregador necessariamente deverá respeitar a dignidade do trabalhador. Francisco das C. Lima Filho tem razão ao afirmar que “o princípio-valor da dignidade humana constitui uma das balizas para o exercício do poder diretivo do empregador”¹³⁹.

Desse modo, extrapolado o limite concernente à dignidade do trabalhador, o empregado poderá exercer o seu direito de resistência, sem prejuízo de reaver os danos materiais e morais porventura sofridos em virtude da extrapolação do poder diretivo do empregador.

Além disso, existem os limites voluntários que decorrem da própria autonomia privada exercida por empregado e empregador durante a vigência do

¹³⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho: Parte I - Dogmática geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 176-9.

¹³⁸ MEIRELES, Edilton. **Abuso de direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 32.

¹³⁹ LIMA FILHO, Francisco das C. O princípio da dignidade humana como baliza ao exercício do poder diretivo empresarial. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, HS Editora, a. 28, n. 335, nov. 2011, p. 80.

contrato de trabalho. Cabe advertir, porém, que a liberdade de contratar tem como limite a observância das normas de proteção ao trabalho, as normas coletivas de trabalho [Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) e Acordo Coletivo de Trabalho (ACT)] e as decisões proferidas pelas autoridades competentes, tal como determina o artigo 444 da CLT.

Outra limitação interessante ao exercício do poder diretivo do empregador está prevista na legislação trabalhista chilena. Na perspectiva do artigo 485, inciso III, do Código do Trabalho chileno (CTC), a limitação de direitos fundamentais dos trabalhadores através do poder diretivo do empregador só será juridicamente admissível se cumprir os seguintes requisitos: (i) deve existir uma justificação que seja suficiente para autorizar a restrição ao direito fundamental do trabalhador; (ii) a medida que limitar o exercício de direitos fundamentais não pode ser arbitrária ou desproporcional; (iii) a limitação não pode ocasionar violação ao conteúdo essencial do direito fundamental do trabalhador e (iv) a medida não pode ser utilizada com o propósito de represália ao trabalhador¹⁴⁰.

Trata-se de dispositivo legal extraído do direito comparado que mescla os requisitos da vedação ao abuso de direito previstos no artigo 187 do CCB, com os elementos inerentes aos subprincípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

A medida utilizada pelo empregador deve ser apta a atingir o fim perseguido com a restrição ao direito fundamental do trabalhador (adequação), para que não haja uma restrição arbitrária.

O meio usado pelo empregador deve ser o menos agressivo ao direito fundamental do trabalhador (necessidade), pois, caso contrário, haverá ilicitude na utilização do poder diretivo por falta de justificação suficiente, ou ainda, por limitação desproporcional para a restrição do direito fundamental do trabalhador.

Ao exigir que a limitação do direito fundamental do trabalhador preserve o conteúdo essencial do direito restringido, preenche-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois o meio utilizado pelo empregador se

¹⁴⁰ CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social - Subsecretaría del Trabajo. **Código del trabajo**. 2011. Disponível em: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articles-59096_recurso_1.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2012.

mostrará o mais vantajoso no sentido da promoção dos valores empresariais com desrespeito mínimo e em limites toleráveis ao direito fundamental do trabalhador.

Ainda, a restrição a direitos fundamentais do trabalhador com fins meramente persecutórios, desvirtua o poder diretivo do empregador das finalidades econômicas e sociais, violando a função social do contrato individual de trabalho e boa-fé objetiva que permeiam as relações trabalhistas.

4.7 Ponderação de direitos fundamentais no contrato individual de trabalho

Face às razões históricas que fundamentam o surgimento do Direito do Trabalho, Jorge Luiz Souto Maior defende a impossibilidade de ponderação de direitos fundamentais no contrato individual de trabalho, por entender que não há ponderação possível nessa seara.

As leis trabalhistas surgiram como mecanismos de o Estado frear o capitalismo selvagem e a exploração do trabalho humano, primordialmente a partir da Revolução Industrial. O Direito do Trabalho desvencilhou-se do Direito Civil, constituindo-se um ramo autônomo do direito privado, com normas e princípios próprios. Reduziu substancialmente o espaço reservado à autonomia privada em vistas a minimizar as desigualdades subjacentes no interior da relação jurídica, criando-se um piso vital mínimo de direitos trabalhistas inseridos em normas cogentes, voltadas, substancialmente, a proteger e melhorar a condição de vida do trabalhador.

Aliás, o *caput* do artigo 7º da CRFB determina serem direitos dos trabalhadores urbanos e rurais aqueles elencados nos incisos e no parágrafo único do referido dispositivo legal, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, deixando clara a adoção do princípio protetor.

Carlos Zangrando assinala que o princípio protetor orienta que:

[...] o Direito Individual do Trabalho deve servir como um instrumento de intervenção do Estado na relação jurídica de emprego, promovendo a compensação da desigualdade econômica por meio de uma desigualdade jurídica, a qual é propícia por um conjunto de regras interpretativas, princípios derivados e normas cogentes¹⁴¹.

¹⁴¹ ZANGRANDO, Carlos. **Princípios jurídicos do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011, p. 246.

Como ensina Américo Plá Rodriguez o princípio da proteção se expressa de três maneiras distintas: (i) na regra do *in dubio, pro operario*, critério que o intérprete deve utilizar para escolher dentre os vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador; (ii) a regra da norma mais favorável, ou seja, subsistindo mais de uma norma aplicável ao caso concreto, o operador do Direito deve se valer daquela que for mais benéfica ao trabalhador, ainda não seja hierarquicamente a norma superior; e (iii) a regra da condição mais benéfica, segundo a qual uma nova norma trabalhista não deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava o trabalhador anteriormente¹⁴².

Verifica-se que o Direito do Trabalho contempla um conjunto de normas imperativas que tem por escopo, predominantemente, proteger o trabalhador. Esse cenário, contudo, permitiria rechaçar a ponderação de direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade no contrato individual de trabalho?

Sustentando que o Direito do Trabalho não representa um pacto de harmonia entre concepções de natureza capitalista e socialista, Jorge Luiz Souto Maior nega a possibilidade de ponderação de direitos fundamentais no contrato individual de trabalho, averbando que:

[...] quando se pensa estar criando formas avançadas de análise, ademais, acaba-se atraindo para o Direito do Trabalho problematizações que não lhe são próprias. É o que se dá, por exemplo, com a afamada teoria pós-positivista. A rejeição à teoria de Alexy impõem-se porque não há possibilidade do Direito Social conviver com princípios que sejam contrapostos aos seus postulados fundamentais. Do modo como se costuma aplicar a teoria em questão, seria o mesmo que dizer que o Direito do Trabalho tem por princípio a melhoria da condição social do trabalhador e ao mesmo tempo ser instrumento a serviço da autonomia da vontade. As proposições principiológicas de natureza liberal, postas a serviço do individualismo, para favorecimento da formação do capitalismo, estão em contraposição incontornável com os princípios do Direito Social, que foram desenvolvidos exatamente para a superação desses valores. Não há ponderação possível a respeito, portanto¹⁴³.

Em que pesem os fundamentos trazidos à discussão por Jorge Luiz Souto Maior, entende-se possível a ponderação de direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade no contrato individual de trabalho.

¹⁴² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 42-3.

¹⁴³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. v. I: Parte I. São Paulo: LTR, 2011, p. 648.

Empregados e empregadores são ambos titulares de direitos fundamentais no contrato individual de trabalho. Com efeito, sendo os direitos fundamentais proposições principiológicas edificadas no mesmo plano constitucional, não é possível estabelecer-se hierarquia entre eles. Assim, os direitos fundamentais dos trabalhadores não se sobrepõem abstrata e aprioristicamente aos direitos fundamentais dos empregadores, e vice-versa, pois ambos devem conviver harmonicamente. Colisões casuísticas podem ocorrer e devem ser solucionadas a partir das peculiaridades do caso concreto, observando-se o princípio da proporcionalidade e a preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais em jogo.

O fato de os direitos trabalhistas terem sido alçados à condição de direitos fundamentais de natureza social durante a vigência do Estado Social de Direito, não altera a conclusão de que é possível a ponderação de direitos fundamentais no contrato individual de trabalho.

Os direitos sociais, classificados como direitos fundamentais de segunda dimensão, não se sobrepõem de maneira incontornável aos direitos fundamentais de primeira dimensão reconhecidos durante o Estado Liberal de Direito. O passar do tempo faz com que os direitos fundamentais se acumulem, mas não se substituam, de sorte que não é possível sustentar que os direitos fundamentais sociais teriam sepultado definitivamente os direitos de natureza liberal que impulsionaram o capitalismo durante a vigência do Estado Liberal de Direito.

Aliás, a alternância e a acumulação de direitos fundamentais são os motivos comumente invocados pela doutrina pátria para empregar a expressão “dimensões” em detrimento a “gerações” quando da classificação dos direitos fundamentais¹⁴⁴.

Além disso, o princípio protetor não deve ser invocado como recurso hermenêutico para a solução da colisão entre direitos fundamentais de empregados e empregadores. Aplicar-se a regra da norma mais benéfica ao trabalhador na

¹⁴⁴ Sarlet ensina que “num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional (...) não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”. SARLET, op. cit., 2009, p. 45.

colisão entre direitos fundamentais significaria reconhecer uma hierarquia entre os eles, criando-se, pois, uma regra de precedência dos direitos fundamentais dos trabalhadores em detrimento aos direitos fundamentais dos empregadores.

Essa linha de raciocínio traria pelo menos dois inconvenientes: (i) legitimaria o exercício abusivo de direitos fundamentais dos trabalhadores e (ii) desprestigiaria o comando normativo previsto na parte final do *caput* do artigo 8º da CLT, que proíbe a prevalência dos interesses de classe ou particular sobre o interesse público que, no caso, é a própria preservação da boa-fé objetiva nas relações sociais.

Daí porque Maria do Rosário Palma Ramalho vem defendendo a aplicação do princípio da compensação no Direito do Trabalho português, ao argumento de que ele representa um ponto de equilíbrio entre o princípio protetor e o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador:

[...] não só o princípio da protecção do trabalhador como também o da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador devem ser considerados como valorações fundamentais específicas do sistema jurídico laboral. Como quaisquer princípios jurídicos, o princípio da protecção do trabalhador e o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador e as respectivas projecções não se excluem nem entram sistematicamente em oposição, mas limitam-se reciprocamente e podem ser valorizados em alternativa ou em conjunto pelo sistema jurídico. De outra parte, a perspectiva adotada sobre o princípio da compensação tem implícita a recusa da visão clássica do Direito Laboral como uma área jurídica predestinada à protecção dos trabalhadores subordinados e, conseqüentemente, a negação da característica da sua unilateralidade, em favor da sua visão como um direito compromissório (...). Por fim, esta visão bipolar do princípio da compensação confirma a dimensão relativa da actual crise dogmática imputada do Direito Laboral: esta crise não é apenas a crise do seu valor da protecção, mas apenas na vertente da tutela do trabalhador. Contudo, este valor não é único sustentáculo do Direito do Trabalho, e, na sua ponderação com outros valores, cabe à Ciência Jurídica desbravar os caminhos que permitem a renovação dogmática da área jurídica¹⁴⁵.

No Brasil, Amauri Mascaro Nascimento também vem se posicionando nesse sentido quando defende que o Direito do Trabalho não exerce apenas uma função de tutelar o trabalhador, mas também desempenha um papel de realização de valores econômicos:

¹⁴⁵ RAMALHO, op. cit., p. 519-20.

[...] O direito do trabalho realiza uma função social e econômica na medida em que se esforça para equacionar devidamente os interesses contrapostos do trabalho e do capital, mas também não é destinado à realização dos valores econômicos, salvo se essa realização puder coincidir com os seus objetivos sociais, pois se assim não fosse seria parte do direito econômico. Contudo, a realização de valores sociais no confronto entre interesses contrapostos não coincide sempre com o atendimento das reivindicações sociais que dependem, também, das possibilidades do desenvolvimento econômico, daí ser melhor exprimir o papel do direito do trabalho na sociedade como um setor do direito que tem por incumbência normatizar as relações de trabalho e compor os conflitos entre empregadores e trabalhadores. Trata-se, assim posta a questão, de atribuir-lhe uma função coordenadora dos interesses (...)"¹⁴⁶.

Estêvão Mallet vai mais além e afirma que o princípio do *in dubio, pro operario*, apesar do grande relevo no plano da doutrina, nem mesmo teria sido acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, não poderia servir de critério hermenêutico no momento da decisão judicial¹⁴⁷.

Portanto, os direitos fundamentais em oposição no contrato individual de trabalho se sujeitam à ponderação, sendo a proporcionalidade o meio-termo, o ponto de equilíbrio na ponderação entre os direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador¹⁴⁸.

¹⁴⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso ...** op cit., p. 471.

¹⁴⁷ MALLET, Estêvão. **Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais**. São Paulo: LTr, 2009, p. 70-1.

¹⁴⁸ BIALESKI, Roseli de Fátima; VILLATORE, Marco Antônio César. Novas considerações sobre a ponderação entre os direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador à luz da ordem econômica constitucional. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. a. 36, jul-set. 2010, p. 177.

5 CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. LICITUDE E DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

5.1 Concorrência e concorrência desleal

Para se compreender corretamente o teor da cláusula de não concorrência após a ruptura do contrato individual de trabalho, faz-se necessário, inicialmente, distinguir os conceitos de concorrência e concorrência desleal.

O termo concorrência é derivativo do latim *concurrentia*, que significa disputar alguma coisa. Em seu sentido genérico, designa a luta, a competição existente entre duas ou mais pessoas que pretendem alcançar o mesmo objetivo ou vantagem¹⁴⁹.

Na terminologia jurídica, a palavra concorrência é polissêmica e seu significado varia de acordo com o ramo do Direito.

Para o Direito Econômico, por exemplo, a concorrência é a luta travada entre vários produtores ou comerciantes que, concomitantemente, procuram introduzir ou expor à venda mercadorias de mesma natureza e qualidade. Representa a oferta de produtos iguais ou similares entre produtores ou negociantes¹⁵⁰.

No âmbito do Direito Civil, a concorrência é o ato pelo qual uma pessoa procura estabelecer uma competição de preços para, ao final, obter melhores condições para a concretização do negócio almejado.

Por seu turno, no âmbito do Direito Comercial, segundo Maria Helena Diniz, a concorrência é a ação desenvolvida entre comerciantes ou produtores para disputar clientela, um mercado específico ou a venda de determinado bem ao consumidor¹⁵¹.

Já na área do Direito Administrativo, a concorrência é uma das modalidades utilizadas pela Administração Pública para contratar produtos ou serviços. Através

¹⁴⁹ FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Tomo 17. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 209.

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 734.

¹⁵¹ Idem, *Ibidem*.

da concorrência a Administração Pública convoca por editais eventuais interessados em aquisições, alienações, obras e serviços de natureza pública.

Finalmente, para o Direito Penal, a concorrência realizada além dos parâmetros traçados na legislação vigente e praticada com o objetivo de prejudicar os concorrentes, constitui crime de concorrência desleal (artigo 195 da Lei nº 9.279/96). Dentre as figuras delitivas, cabe apenas destacar os fatos típicos que podem se relacionar com o contrato individual de trabalho: (i) dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem; (ii) recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador ou (iii) 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.

Carlos Alberto Bittar explica que concorrência desleal é “toda ação de concorrente que se aproveita indevidamente de criação ou elemento integrante do aviamento alheio, para captar, sem esforço próprio, a respectiva clientela”¹⁵².

Ainda, de acordo com o artigo 10 da Convenção de Paris para a Proteção de Propriedade Industrial (CPPPI), ratificada parcialmente pelo Brasil através do Decreto nº 1.263/94, constituem-se atos de concorrência desleal todos aqueles contrários aos usos honestos em matéria industrial ou comercial, especialmente: (i) os atos que, por qualquer meio, possam estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; (ii) atos de denigração de concorrente, tais como falsas afirmações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, ou produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; e (iii) os atos de induzimento dos consumidores em erro quanto à natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias dos concorrentes.

¹⁵² BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 45.

Com efeito, a CRFB tem por fundamentos, dentre outros, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV). A ordem econômica, também fundada nesses dois valores, tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios elencados nos incisos do artigo 170 da CRFB, dentre os quais se encontra o princípio da livre concorrência.

Marco Antônio Marcondes Pereira destaca que “o regime de concorrência é próprio do ambiente de livre iniciativa, o qual implica na liberdade que todos possuem de se apropriarem dos meios de produção e desenvolver atividade econômica”¹⁵³. Destarte, promover a concorrência significa estimular o ingresso de novos agentes no mercado, criando forma de competição entre eles¹⁵⁴.

Em síntese, a CRFB assegura a todos a livre concorrência como direito fundamental, mas, ao mesmo tempo, proíbe o abuso desse direito sancionando a chamada concorrência desleal.

5.2 Concorrência ao empregador durante a vigência do contrato individual de trabalho

Tecidas algumas considerações acerca da concorrência em geral para os demais ramos do Direito, centramo-nos no exame da concorrência do empregado ao empregador perante o Direito do Trabalho.

Na vigência do contrato individual de trabalho o empregado se submete ao poder diretivo do empregador e se obriga a prestar serviços dentro dos ditames concernentes à boa-fé objetiva.

Os principais deveres do empregado no curso da relação empregatícia podem ser resumidos da seguinte forma: (i) dever de pessoalidade, pois sendo o contrato de trabalho *intuitu personae* o empregado não pode se fazer substituir durante a

¹⁵³ PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 5.

¹⁵⁴ SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 44.

execução das suas atividades; (ii) dever de obediência, que se consubstancia na obrigação de o empregado acatar as determinações legítimas e razoáveis que lhe são passadas pelo superior hierárquico; (iii) dever de cooperação (ou colaboração), cumpre ao empregado envidar os esforços necessários para auxiliar o empregador no desenvolvimento do seu negócio, praticando todos os atos necessários para auxiliá-lo no atingimento desse propósito; (iv) dever de diligência, entendendo-se, aqui, o dever de o empregado não agir de maneira negligente, desidiosa ou desleixada no exercício das suas atividades; e (v) dever de fidelidade, na medida em que o empregado deve prestar serviços com probidade, correção e honradez, mantendo diuturnamente a confiança indispensável à preservação da relação jurídica¹⁵⁵.

Tendo em vista o escopo desse trabalho, convém examinar mais detalhadamente o dever de fidelidade do empregado durante a vigência do contrato de trabalho.

Nilson de Oliveira Nascimento preleciona que o dever de fidelidade enceta o compromisso profissional, moral e ético assumido pelo empregado de não divulgar informações ou notícias do seu empregador que possam resultar em prejuízos de ordem material ou moral à empresa para a qual presta serviços¹⁵⁶.

Compete ao empregado guardar sigilo sobre as informações que tomou conhecimento durante a execução do contrato de trabalho, principalmente se tais informações revelarem segredo de empresa, comprometendo o sucesso da atividade empresarial ou, ainda, acarretarem em informações privilegiadas que possam afetar, por exemplo, o mercado de ações.

Uma forma comum de violação do dever de fidelidade é a divulgação, pelo empregado, de segredo ou de informação confidencial a que teve acesso no exercício do seu mister, mas em relação às quais deveria manter segredo.

A quebra do dever de fidelidade por parte do empregado enseja o direito de o empregador rescindir o contrato de trabalho por justa causa.

¹⁵⁵ ENGEL, Ricardo José. **O *jus variandi* no contrato individual de trabalho: estudo teórico-crítico em face de princípios gerais de direito aplicáveis ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 85-91.

¹⁵⁶ NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual ...** op. cit., p. 39.

Com efeito, constituem-se hipóteses para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador por justa causa cometida pelo empregado, a “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” (artigo 482, alínea “c”, da CLT), bem como a “violação de segredo da empresa” (artigo 482, alínea “g”, da CLT).

Cesarino Júnior explica que a justa causa por negociação habitual pressupõe: (i) a negociação habitual por conta própria ou alheia; (ii) a falta de permissão do empregador para que o trabalhador realize os atos de concorrência; (iii) a existência efetiva de ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado ou a constatação de concorrência prejudicial ao serviço¹⁵⁷.

Para que fique caracterizada a justa causa prevista no artigo 482, alínea “c”, da CLT, a negociação deve ser habitual, permanente, reiterada.

Além disso, o empregado deve realizar a negociação habitual sem que exista a permissão do empregador, pois, “havendo o consentimento tácito ou expresso do empregador, a negociação habitual por conta própria ou alheia não constitui ilícito contratual, nem quebra do dever de fidelidade”¹⁵⁸.

Não há necessidade de se configurar ato de concorrência desleal para aplicar-se a justa causa ora examinada. A quebra da confiança se dá pelo simples fato de o empregado exercer atividade empresarial igual ou semelhante à de seu empregador traíndo-lhe a confiança¹⁵⁹.

Ainda que porventura não fique caracterizado o ato de concorrência ao empregador, se a negociação habitual for prejudicial ao serviço do empregado, também estará caracterizada a falta grave prevista na alínea “c” do artigo 482 da CLT. Entende-se como sendo prejudicial ao serviço a negociação que interfira nos horários de trabalho ou no nível de produtividade do empregado.

¹⁵⁷ JÚNIOR, Cesarino. **Direito social brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 233.

¹⁵⁸ GOMES, op. cit., 1964, p. 329.

¹⁵⁹ Em sentido contrário, registre-se a opinião de Maranhão no sentido de que a justa causa só se caracteriza se a negociação habitual representar ato de concorrência desleal do empregado. MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978, p. 230.

Já a violação de segredo da empresa, justa causa prevista no artigo 482, alínea “g”, da CLT, também ocorre quando há a infringência ao dever de fidelidade e “poderá configurar-se quando o empregado violar patentes de invenção, métodos de trabalho, segredos de fabricação ou informações comerciais”¹⁶⁰.

Dentro da perspectiva da livre concorrência, o empregador utiliza-se de todo o seu conhecimento para desenvolver métodos ou recursos alternativos para expandir os negócios, captar mais clientes, melhorar a qualidade dos produtos e serviços e/ou aumentar o volume do processo produtivo.

Nesse contexto, os métodos devem ser guardados em segredo para que não caiam no conhecimento dos concorrentes. Os empregados que têm acesso ao segredo de empresa devem guardá-lo em sigilo, sob pena de violação do dever de fidelidade inerente ao princípio da boa-fé objetiva que permeia a relação de emprego¹⁶¹.

Eduardo Milléo Baracat resume a questão ao afirmar:

[...] considerando-se que o risco do empreendimento é sempre do empregador (CLT, art. 2º), e que no sistema capitalista vigora o princípio da livre concorrência, consagrado na Constituição (art. 170), é lógico que o empregado que viola segredo da empresa, deixando vaziar informação secreta ao concorrente, ou tornando-a pública, descumpra importante dever decorrente do princípio da boa-fé (CLT, art. 482, “g”)¹⁶².

Homero Batista Mateus da Silva também lembra que a manipulação de informações privilegiadas por empregados que trabalhem com o mercado de ações, a despeito de caracterizar crime de *insider trading*, também implica em cometimento de justa causa por violação de segredo de empresa¹⁶³.

¹⁶⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 905.

¹⁶¹ A propósito, confira-se ementa extraída de acórdão prolatado pelo TRT de Minas Gerais: “JUSTA CAUSA - VIOLAÇÃO DE SEGREDO DA EMPRESA - O envio de informações de cunho sigiloso, pelo reclamante, à funcionária da empresa concorrente de sua empregadora configura quebra de fidúcia contratual, apta a ensejar a ruptura do liame empregatício, de imediato, por justa causa, com fundamento no artigo 482, alínea g, da CLT” (Processo 0001367-35.2010.5.03.0023, Desembargador Relator Jorge Berg de Mandonça, 6ª Turma, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 18/07/2011).

¹⁶² BARACAT, op. cit., p. 209.

¹⁶³ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho**. 2. ed. v. 6, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 290.

Em suma, a concorrência ao empregador durante a vigência do contrato individual de trabalho caracteriza falta grave e, como tal, autoriza a dispensa do trabalhador por justa causa.

5.3 Não concorrência ao empregador depois da ruptura do contrato individual de trabalho

Até o momento tratou-se do dever de não concorrência do empregado durante a vigência do contrato individual de trabalho. Agora, convém examinar se subsiste tal dever de não concorrência depois do encerramento do contrato individual de trabalho.

Mesmo que a boa-fé objetiva deva vigorar nas relações jurídicas na fase pós-contratual (artigos 113 e 422, ambos do CCB), o fato é que não há na legislação trabalhista brasileira proibição para que o trabalhador venha a prestar serviços a uma empresa concorrente do seu antigo patrão.

Invocando-se o princípio da legalidade disposto no artigo 5º, inciso II, da CRFB - que enuncia que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei -, tem-se que o empregado regido pelo regime da CLT não tem impeditivo legal para, uma vez rompida a relação empregatícia, firmar novo contrato de trabalho com entidade concorrente do seu antigo empregador.

Essa assertiva é ratificada a partir de disposto no artigo 5º, inciso XIII, da CRFB, dispositivo legal que assegura ao cidadão a liberdade de trabalho que, numa de suas principais vertentes, corresponde ao direito de a pessoa escolher para quem quer prestar serviços. O princípio da liberdade de trabalho será examinado com mais vagar no item 5.3.5 dessa dissertação.

Como o ex-empregado não está proibido de firmar contrato de trabalho com o concorrente do antigo patrão, a segunda questão que surge é saber, então, se a liberdade de trabalho pode ser restringida contratualmente pelas partes com vistas ao princípio da liberdade contratual previsto no artigo 444 da CLT. Em caso positivo, convém estabelecer quais seriam os limites aceitáveis para tal restrição.

Para responder a essas questões, seguir-se-á com a análise da licitude da inserção de cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho. Antes, porém, é preciso verificar o conceito de cláusula de não concorrência e o que dispõe a legislação estrangeira a respeito do assunto.

5.3.1 Conceito de cláusula de não concorrência

A cláusula de não concorrência é também conhecida como “cláusula de proibição negocial de não concorrência”, “pacto de não concorrência”, “cláusula de não restabelecimento” ou ainda “quarentena”.

Para os fins desse trabalho, optou-se pela utilização da expressão “cláusula de não concorrência” em detrimento às outras mencionadas pela doutrina, por entender-se que tal expressão melhor designa os efeitos da referida cláusula no contrato individual de trabalho.

A doutrina diverge com relação ao conceito de cláusula de não concorrência.

Na Itália, Umberto Borsi afirma que:

[...] questa espressione è qui intensa in senso particolare e restrittivo, riferendosi a quelle clausole volti a limitare, a favore di industriali o di commercianti, l'attività professionale di loro dipendenti, soprattutto per quando il contratto ad essi relativo sia venuto a termine, e in previsione della stipulazione di nuovi contratti di lavoro con altre aziende dedicate allo stesso gênero di attività produttiva”, complementando que o objetivo da cláusula de não concorrência é resguardar o empregador “contro qualsiasi esportazione presso imprese concorrenti, il così detto patrimonio immateriale dell'azienda, nei suoi elementi interni (organizzazione tecnica e amministrativa, metodi e processi di lavoro, ecc.) ed esterni (avviamento, clientela); patrimonio, a cui di frequente l'impresa deve la sua resistenza ed il suo successo di fronte alla concorrenza de impresi similari¹⁶⁴.

¹⁶⁴ BORSI, Umberto; PERGOLESI, Ferruccio. **Trattato di Diritto del lavoro. Introduzione II contratto individuale di lavoro**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938, p. 203.

Na Espanha, Manuel Carlos Palomeque López entende que a cláusula de não concorrência “configura un acuerdo de voluntades para articular la no competencia postcontratual del trabajador com antiguo empresário”¹⁶⁵.

Mario de La Cueva, escorado em Henri Velge, preleciona que se entende por cláusula de não concorrência “la clausula por virtud de la cual se obliga el trabajador, para el tiempo posterior a la terminación del contrato, a no hacer concurrencia a su patrono y a no servir a uma empresa competidora”¹⁶⁶.

No Brasil, Cesarino Júnior define a cláusula de não concorrência como sendo:

[...] a condição estabelecida no contrato individual de trabalho de não poder o empregado, durante certo tempo e em certa região, exercer, após a rescisão do contrato de trabalho, para outra empresa, as mesmas funções do seu contrato de trabalho¹⁶⁷.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk, citados em artigo escrito por Cássio de Mesquita Barros, ensinam que a cláusula de não concorrência:

[...] é a obrigação em virtude da qual o empregado se compromete, mediante remuneração, a não praticar, por conta própria ou alheia, após a vigência do contrato de trabalho, dentro de limites de objeto, tempo e espaço, ação que implique desvio de clientela de seu empregador, sob pena de responder por perdas e danos¹⁶⁸.

Cibele Andrade Pessoa de Freitas conceitua o instituto ora em comento da seguinte maneira:

[...] a cláusula de não concorrência consiste num conjunto de dispositivos nos quais se pactua com o empregado um *non facere*, uma abstenção da prática de atos que possam prejudicar a atividade econômica do empregador, ressaltando-se que a eficácia do pactuado fica suspensa até o término do contrato de trabalho¹⁶⁹.

¹⁶⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ, Manuel de La Rosa, **Derecho del trabajo**. 13. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, p. 593.

¹⁶⁶ CUEVA, Mário de La. **Derecho mexicano del trabajo**. 8. ed. Cidade do México: Editorial Porruá, 1964, p. 577.

¹⁶⁷ JÚNIOR, op. cit., p. 92.

¹⁶⁸ BARROS, Cássio de Mesquita. Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 8, jul/2001, DTR\2001\326.

¹⁶⁹ PESSOA, Cibele Andrade de Freitas. Cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, vol. 132, out/2008, DRT 2008/620.

Por sua vez, Sergio Pinto Martins destaca que a cláusula de não concorrência “envolve a obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o empregador”¹⁷⁰.

Regiane Teresinha de Mello João conceitua a cláusula de não concorrência como sendo “a pactuação da abstenção do empregado de ativar-se por conta própria ou para outro empregador em atividade igual ou semelhante, após o término do contrato de trabalho”¹⁷¹.

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante destacam que no Direito do Trabalho, a cláusula ou pacto de não concorrência “estabelece para o empregado a proibição de prática de atos que prejudique, ou que possa prejudicar, a atividade econômica do empregador”¹⁷².

Extraem-se das definições mencionadas anteriormente os elementos necessários para se compreender o conceito exato da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho.

A cláusula de não concorrência tem por objetivo restringir parcialmente a liberdade de trabalho do empregado após o encerramento do contrato. Em razão dessa cláusula, por conta própria ou por intermédio de outrem, o empregado ficará proibido de prestar serviços na mesma atividade do seu antigo patrão. Traduz-se numa obrigação de não fazer com efeitos diferidos, uma vez que a restrição parcial à liberdade de trabalho do empregado se torna exigível com o encerramento do contrato de trabalho.

¹⁷⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não concorrência inserida no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 107, jul. 2002, DTR 2002/703.

¹⁷¹ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

¹⁷² JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Cláusula da não-concorrência no contrato de trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS Editora a. 23, n. 266, fev. 2006, p. 8.

5.3.2 Figuras semelhantes: cláusula de confidencialidade, cláusula de exclusividade, cláusula de não solicitação e pacto de permanência

Embora se tratem de figuras semelhantes, a cláusula de não concorrência não deve ser confundida com as cláusulas de confidencialidade, exclusividade, não solicitação e permanência.

5.3.2.1 Cláusula de confidencialidade

A cláusula de confidencialidade corresponde ao dever do empregado, antes, durante ou após o encerramento do contrato individual de trabalho, de não divulgar dados confidenciais decorrentes da relação jurídica.

No Brasil, alguns profissionais - como, por exemplo, médicos, advogados, administradores de sociedades anônimas e contadores - já possuem em seus respectivos estatutos de classe a determinação expressa de sigilo das informações confidenciais obtidas durante a prestação de serviços¹⁷³.

Para os demais empregados, o sigilo corresponde a um dever geral inerente à boa-fé objetiva. O empregado está proibido de divulgar qualquer informação confidencial relacionada a segredo empresarial, sob pena de incorrer em falta grave punível com aplicação de justa causa, tal como visto anteriormente.

¹⁷³ O sigilo profissional dos médicos está previsto no artigo 11 da Resolução n. 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Os advogados devem guardar sigilo por força do disposto nos artigos 25 e 26 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados (CEDOAB). Já os administradores de companhias abertas não podem divulgar informações que ainda não tenham sido divulgadas para conhecimento do mercado, sob pena de infringência do disposto no artigo 155, § 1º, da Lei n. 6.404/76. Finalmente, os contadores são obrigados a guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício do seu mister, tal como determina o artigo 2º, inciso II, do Código de Ética Profissional do Contabilista (CEPC).

Cláusula de não concorrência e cláusula de confidencialidade, embora semelhantes, não se confundem¹⁷⁴.

Na cláusula de não concorrência o empregado sofre restrição à sua liberdade de trabalho, ficando proibido de prestar serviços em empresa concorrente à do seu antigo empregador. O objeto da restrição parcial é a própria liberdade de trabalho do empregado.

Por outro lado, na cláusula de confidencialidade o empregado não estará proibido de trabalhar para o concorrente do antigo patrão, sendo suficiente que ele não divulgue as informações confidenciais ou sigilosas adquiridas na relação jurídica anterior.

Em resumo, a cláusula de confidencialidade visa restringir os conhecimentos objetivos adquiridos pelo empregado (relacionados aos segredos de indústria ou métodos específicos de captação de clientela), ao passo que a cláusula de não concorrência procura limitar, temporariamente, os conhecimentos subjetivos do trabalhador (habilidades manuais ou intelectuais adquiridas pela experiência profissional)¹⁷⁵.

Apesar da distinção teórica, na prática, os contratos de trabalho firmados com os empregados de alto escalão contemplam concomitantemente as cláusulas de não concorrência e confidencialidade. É restringindo os conhecimentos objetivo e subjetivo do trabalhador que o empregador minimiza o risco de sofrer prejuízos quando do encerramento do contrato de trabalho de uma pessoa chave na sua estrutura empresarial.

¹⁷⁴ Em sentido contrário, tratando as duas cláusulas como expressões sinônimas do mesmo instituto jurídico, Jair Aparecido Cardoso afirma que “a cláusula de lealdade profissional, pactuada para vigorar após o término da relação de emprego, normalmente trás em seu bojo condições que obrigam somente uma parte, no caso o empregado, a condição de não fazer, no sentido de que ele não poderá praticar pessoalmente, ou por meio de terceiro, nenhum ato que fira a lealdade e a confiança nele depositada por ocasião da relação de emprego, por seu ex-empregador (...) entendemos, portanto, que na seara do Direito do Trabalho o termo mais adequado para a pactuação dessa lealdade profissional para vigorar após a relação de emprego, seja a cláusula de confidencialidade, por traduzir a qualidade de confiável, de confidencial e trazer em seu âmago valores morais e éticos, que transcendem os interesses das partes”. CARDOSO, Jair Aparecido. Pacto de confidencialidade e compromissos recíprocos no contrato de trabalho, para vigorar após a relação de emprego. **Revista Justiça do Trabalho**. n. 308, ago 2009, p. 33.

¹⁷⁵ BARROS, op. cit., 2001.

5.3.2.2 Cláusula de exclusividade

A cláusula de exclusividade enceta o dever de o empregado trabalhar para uma única pessoa física ou jurídica, abdicando de prestar quaisquer outros serviços, por conta própria ou alheia.

De acordo com o artigo 3º da CLT, empregado é toda pessoa natural que presta serviços não eventuais, sob dependência do empregador e mediante salário. A exclusividade não representa elemento imprescindível para a formação do contrato de emprego, mas, ao revés, trata-se de cláusula acessória na relação jurídica.

Normalmente, a cláusula de exclusividade é utilizada nos contratos firmados com artistas e jornalistas, notadamente aqueles que trabalham em rádios e emissoras de televisão¹⁷⁶.

Na Espanha, de acordo com o disposto no artigo 21, item III, do *Estatuto de los Trabajadores* (ET), a cláusula de exclusividade no contrato individual de trabalho só será válida se o trabalhador receber uma remuneração correspondente.

A legislação brasileira é omissa no tocante à necessidade de remuneração específica da exigência de exclusividade durante a vigência do contrato de emprego.

Edilton Meireles defende a necessidade de remuneração específica na hipótese de inserção dessa cláusula no contrato individual de trabalho argumentando que a cláusula de exclusividade “sem qualquer compensação para o empregado é abusiva por criar um desequilíbrio contratual exagerado, afastando-se de sua função econômica”¹⁷⁷.

Em que pesem os fundamentos suscitados por Edilton Meireles, não parece ser essa a conclusão que se extrai da legislação vigente no Brasil. As partes são livres para estabelecer as condições que regerão o contrato individual de trabalho, portanto, podem contratar a exclusividade. A exclusividade não representa uma condição contrária às normas de proteção ao trabalho, muito menos avilta a dignidade do trabalhador.

¹⁷⁶ MEIRELES, op. cit., p. 137.

¹⁷⁷ Idem, *Ibidem*, p. 138.

O fato de o trabalhador não receber uma remuneração específica pela exclusividade, não caracteriza abuso de direito ou manifesto desequilíbrio contratual. Não há abuso de direito porque a cláusula de exclusividade não dissociará o contrato de trabalho da sua função econômica. O empregador paga o salário como forma de contraprestação dos serviços realizados por seu empregado, razão pela qual não parece crível lhe tolher o direito de se cercar das condições necessárias para garantir que a prestação dos serviços seja a melhor possível. Nos períodos de descanso previstos em lei, o empregado com exclusividade não gasta suas energias física e mental trabalhando para outro empregador. O desequilíbrio ocorreria se o empregador desse ao trabalhador uma remuneração justa, mas recebesse, ao revés, um trabalho não tão justo. Daí se entender que não há necessidade de remuneração específica pela exclusividade.

Finalmente, convém ressaltar que a cláusula de exclusividade não se confunde com a cláusula de não concorrência. Nessa, o empregado fica proibido de exercer qualquer atividade em concorrência ao seu antigo empregador, ao passo que, naquela, o empregado fica obrigado a trabalhar somente para determinada pessoa física ou jurídica. Além disso, enquanto a cláusula de exclusividade tem eficácia durante a vigência do contrato, a cláusula de não concorrência só entra em vigor depois da rescisão do contrato individual de trabalho.

5.3.2.3 Cláusula de não solicitação

A cláusula de não solicitação corresponde à proibição destinada ao empregado de aliciar clientela, fornecedores ou empregados ativos do antigo patrão após o rompimento do contrato de trabalho.

A cláusula de não solicitação tem escopo mais reduzido do que a cláusula de não concorrência, pois não impede o trabalhador de prestar serviços a um concorrente, ou a estabelecer concorrência por conta própria, mas, ao revés, impede o ex-empregado de aliciar os clientes do antigo patrão para oferecer os mesmos serviços¹⁷⁸.

¹⁷⁸ JOÃO, op. cit., p. 51.

A legislação brasileira é omissa no tocante à validade da cláusula de não solicitação no contrato individual de trabalho, mas, em geral, se tem aceitando a validade dessa cláusula desde que observados os seguintes parâmetros: (i) constatação de legítimo interesse do empregador, (ii) limitação temporal e geográfica da proibição de solicitação; e (iii) observância do princípio da proporcionalidade na contratação da cláusula.

5.3.2.4 Pacto de permanência

O pacto de permanência corresponde ao dever do empregado de permanecer na empresa por um período mínimo previamente definido pelas partes, renunciando ao direito de pedir demissão, em contrapartida de cursos ou treinamentos que recebeu do empregador durante o contrato de trabalho.

A legislação portuguesa contempla o pacto de permanência no artigo 137 do Código do Trabalho de Portugal (CTP), item I: “as partes podem convencionar que o trabalhador se obriga a não denunciar o contrato de trabalho, por um período não superior a três anos, como compensação ao empregador por despesas avultadas feitas com a sua formação profissional”. Além disso, o item II deixa claro que o empregado pode se livrar do pacto de permanência caso venha a reembolsar o empregador pelas despesas incorridas na formação profissional do empregado.

A ideia principal do pacto de permanência é a de coibir o abuso do direito para evitar o enriquecimento sem causa por parte do empregado que foi beneficiado com cursos ou treinamentos subsidiados pelo empregador. Trata-se de um meio hábil a fidelizar o empregado, por determinado período, ao empregador que lhe propiciou incremento profissional. É razoável que o empregador retenha o empregado por certo período minimamente suficiente para recuperar o investimento realizado no trabalhador.

O pacto de permanência não está regulamentado na lei brasileira e, portanto, suscita divergências. A jurisprudência brasileira vem entendendo pela validade do pacto de permanência, observadas determinadas premissas, tais como a limitação

temporal da permanência não superior a três anos e a possibilidade de o empregado reembolsar o empregador pelas despesas incorridas e retomar a sua liberdade de trabalho¹⁷⁹.

O pacto de permanência difere da cláusula de não concorrência. Enquanto essa representa uma obrigação de não fazer com efeitos diferidos ao término do contrato individual de trabalho, aquela traz consigo uma obrigação de fazer, qual seja, a de o empregado continuar prestando serviços pessoalmente por certo período. Ademais, a cláusula de não concorrência é um mecanismo para se preservar o direito de propriedade do empregador, ao passo que com o pacto de permanência busca-se coibir o enriquecimento sem causa por parte do empregado, vedado pelo artigo 884 do CCB.

¹⁷⁹ Nesse sentido, transcreve-se duas ementas extraídas de julgados prolatados pelos Tribunais Regionais do Trabalho brasileiros: “PACTO DE PERMANÊNCIA - CONTRAPARTIDA AO SUBSÍDIO PARCIAL (50%), PATROCINADO PELO EMPREGADOR, AO CURSO DE WEB DESIGNER - ADENDO CONTRATUAL QUE FIXA PRAZO DE 2 ANOS DE PERMANÊNCIA, SOB PENA DE REEMBOLSO DOBRADO DO SUBSÍDIO, NÃO INIBE O PODER POTESTATIVO DE RESILIR, NEM A CESSAÇÃO, A QUALQUER TEMPO, DO SUBSÍDIO CUSTEADO. Hipótese em que a cláusula seria válida, se a permanência de dois anos fosse contada do início da pactuação. A limitação ao direito de resiliir do empregado por mais dois anos, a partir do término do curso, sem estar ligado a um projeto em marcha ou a um trabalho específico ou sem a garantia de melhoria de condição de trabalho na empresa, é abusiva, e, neste sentido, viola os arts. 187 do NCC e o 468 da CLT. Como reforço exegético, podem ser citados o princípio do antropocentrismo (Convenção 142 e Recomendação 150 da OIT) segundo o qual, por decorrer da dignidade da pessoa humana, o eixo de todo o sistema de formação técnico-profissional é o trabalhador, e o Direito comparado Espanhol (art. 8º, CLT), afóra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” (TRT 2ª Região, Acórdão n. . 20070639226, Desembargadora Relatora Ivani Contini Bramante, 6ª Turma, publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 24/08/2007) e “CLÁUSULA DE PERMANÊNCIA NO EMPREGO. VALIDADE. E válida a cláusula contratual que estabelece o dever de o trabalhador permanecer no emprego por determinado lapso de tempo ou a reembolsar as despesas com a realização de cursos de aperfeiçoamento ou treinamento realizado as custas do empregador, porquanto o ajuste esta em plena harmonia com o nosso ordenamento jurídico e com o princípio da boa-fé, que inspira o Direito do Trabalho” (TRT 3ª Região, Processo n. 01435-2008-023-03-00-4, Desembargador Relator Márcio José Zebemde, 3ª Turma, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 16/12/2010).

5.3.3 Cláusula de não concorrência na legislação estrangeira

5.3.3.1 Portugal

A legislação portuguesa regulamentou de maneira expressa a não concorrência no contrato individual de trabalho.

A não concorrência durante a vigência do contrato individual de trabalho corresponde a um dos deveres inerentes à boa-fé objetiva. Segundo o item primeiro do artigo 126 do CTP “o empregador e o trabalhador devem proceder de boa fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações”, dentre as quais, para o empregado, se encontra o dever “guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios” (artigo 128, 1, “f”, CTP).

Por outro lado, a não concorrência após o término do contrato de trabalho decorre da conjugação de dois dispositivos da legislação portuguesa.

O artigo 58 da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP), assegura a todos o direito ao trabalho e prescreve que incumbe ao Estado promovê-lo através da “igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais”.

O artigo 136 do CTP regulamentou a cláusula de não concorrência após o término do contrato individual de trabalho. No *caput* do referido dispositivo percebe-se, inicialmente, a opção do legislador português pela expressão “pacto de não concorrência” ao invés de cláusula de não concorrência.

O item primeiro do artigo 136 do CTP traz a regra geral no sentido de ser nula a inserção em contrato individual de trabalho ou em norma coletiva de trabalho de cláusula que contenha restrição genérica à liberdade de trabalho após a cessação da relação empregatícia. Assim, como regra geral, proíbe-se na legislação portuguesa a restrição à liberdade de trabalho após o término do contrato de emprego.

Mas o item segundo do artigo 136 do CTP traz a exceção à regra geral e, observados três requisitos cumulativos, autoriza a inserção da cláusula de não concorrência naquelas atividades cujo exercício da concorrência pode acarretar prejuízos ao empregador.

O primeiro requisito é que o pacto de não concorrência deve ser firmado por escrito, não se admitindo a contratação verbal. O pacto pode ser firmado tanto no momento da celebração do contrato de trabalho, quanto no momento da sua rescisão.

O segundo requisito relaciona-se ao limite temporal. O prazo de vigência do pacto de não concorrência será de até dois anos, exceto para aqueles empregados cuja atividade “suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência”, hipóteses em que a lei autoriza o pacto de não concorrência por até três anos.

Por fim, exige-se o pagamento de uma compensação durante o período de restrição. Destarte, o ex-empregador é obrigado a pagar ao ex-empregado uma compensação financeira durante o período de não concorrência. A legislação portuguesa é silente com relação o valor da compensação financeira devida durante a restrição. Só existe autorização expressa para que o empregador reduza equitativamente o valor da compensação para abater proporcionalmente eventuais despesas avultadas que teve para a formação do profissional.

A legislação portuguesa também determina que nas hipóteses de reversão da dispensa por justa causa ou de rescisão indireta do contrato de trabalho (justa causa do empregador), a compensação pelo período de restrição será elevada ao valor da remuneração que o trabalhador recebia no momento da rescisão contratual, sob pena de o pacto de não concorrência perder a sua exigibilidade. Trata-se de um interessante artifício para evitar que o ex-empregador que praticou ato ilícito durante a relação contratual utilize da cláusula de não concorrência como forma de vingança contra o trabalhador.

Por fim, durante o período de restrição, se o ex-empregado conseguir se recolocar no mercado de trabalho em outra atividade profissional, a lei autoriza o ex-empregador a deduzir da compensação paga durante o período de restrição as importâncias auferidas pelo ex-empregado. O limite dessa dedução é o mesmo

referido para os gastos com despesas avultadas, ou seja, exige-se dedução equitativa dos valores recebidos pelo ex-empregado em seu novo trabalho.

5.3.3.2 Espanha

O artigo 35 da Constituição espanhola, dentre o rol de direitos fundamentais, elenca que todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, com livre possibilidade de escolher uma profissão que lhe propicie remuneração suficiente a satisfazer suas necessidades pessoais e de sua família. A Constituição espanhola definiu o trabalho como um dever e um direito de todos os cidadãos, relegando à legislação infraconstitucional a tarefa de regulamentá-lo.

A questão atinente à restrição da liberdade de trabalho está regulamentada em dois dispositivos distintos: (i) artigo 21 do ET, aplicável aos trabalhadores em geral¹⁸⁰ e (ii) artigo 8º do Decreto Real nº 1.382, de 1º de agosto de 1985, aplicável apenas aos empregados de “alta direção”¹⁸¹.

¹⁸⁰ “Artículo 21. Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa. 1. No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan. 2. El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada. 3. En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en outro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación. 4. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios”

¹⁸¹ “Artículo 8. Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa. Uno. El trabajador de alta dirección no podrá celebrar otros contratos de trabajo con otras empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario. La autorización del empresario se presume cuando la vinculación a otra entidad fuese pública y no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato especial de trabajo. Dos. Cuando el alto directivo haya recibido una especialización profesional con cargo a la empresa durante un período de duración determinada, podrá pactarse que el empresario tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios si aquel abandona el trabajo antes del termino fijado. Tres. El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato especial de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, solo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello; b) Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada”.

Segundo o disposto no item 1 do artigo 21 do ET, os empregados comuns não podem prestar serviços para mais de um empregador toda vez que isso acarretar em ato de concorrência desleal ou quando for incluída no contrato de trabalho uma cláusula específica de exclusividade. É curioso notar que o item 3 do artigo 21 do ET confere ao empregado o direito de rescindir unilateralmente a cláusula de exclusividade pactuada, desde que faça a comunicação da sua vontade por escrito e com antecedência mínima de trinta dias. A legislação é silente a respeito da possibilidade de o empregador valer-se do mesmo expediente.

Especificamente no que tange ao pacto de não concorrência após a extinção do contrato de trabalho, o artigo 21, item 2, do ET, prescreve três requisitos para a sua licitude: (i) efetivo interesse industrial, comercial ou econômico do empregador; (ii) fixação de um limite temporal máximo de dois anos para os técnicos e de seis meses para os demais empregados e (iii) que durante o período de restrição o ex-empregado receba uma compensação financeira adequada.

Carlos Palomeque López assevera que “evidentemente este pacto es una obligación bilateral y no puede ser rescindido por decisión unilateral, STS 2-7-2003, A. 3805”¹⁸².

Já o Decreto Real nº 1.382/85 regulamenta as condições de trabalho dos empregados de alta direção, entendidos como sendo aqueles que:

“ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

De acordo com o artigo 8º do Decreto Real nº 1.382/85, em regra, durante a vigência do contrato especial de trabalho, não se permite a concorrência, pois o trabalhador de alta direção deve guardar exclusividade na prestação de serviços. Já o pacto de não concorrência após o término do contrato especial de trabalho só será válido se for contratado por prazo não superior a dois anos e desde que sejam preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos: (i) que o empregador tenha um efetivo interesse industrial ou comercial no trabalhador de alta direção e (ii) que

¹⁸² PALOMEQUE LÓPEZ, op. cit., p. 593.

durante o período de restrição o ex-empregado de alta direção receba uma compensação financeira adequada para prover o seu próprio sustento.

Em síntese, os espanhóis preferiam a expressão pacto de não concorrência e estipularam de seis meses a dois anos o período de vigência da restrição à liberdade de trabalho após o término do contrato de emprego. Além disso, condicionaram a validade da cláusula da não concorrência à concessão de uma compensação financeira adequada e à existência de um interesse empresarial. Tal como na legislação portuguesa, não há delimitação dos limites geográficos da não concorrência do trabalhador. Por se tratar de cláusula bilateral, o pacto de não concorrência só poderá ser rescindido de comum acordo pelas partes, não se admitindo a rescisão unilateral pelo empregador.

5.3.3.3 Itália

A postergação do dever de não concorrência após o término do contrato de trabalho vem regulamentada pelo *Codice Civile* nos artigos 2105, 2125 e 2596.

O artigo 2105 do *Codice Civile* determina que o trabalhador não deverá realizar negócios em nome de terceiros, atuando em concorrência com o seu empregador, nem divulgar informações sobre a organização e os métodos de produção da empresa, ou usá-los com o propósito de causar danos ao empregador. Portanto, durante a vigência do contrato de trabalho, o dever de não concorrência corresponde a um dos deveres anexos à boa-fé objetiva na relação de emprego, qual seja, o dever de fidelidade.

O artigo 2125 traz o conceito do pacto de não concorrência definindo-o como a cláusula pela qual se limita o desenvolvimento da atividade do trabalhador no período posterior ao encerramento do contrato de trabalho.

A partir da conjugação dos artigos 2125 e 2596 do *Codice Civile* é possível extrair três diferentes ordens de condições de validade da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho: (i) forma escrita, (ii) onerosidade e (iii) limitação por matéria, espaço e tempo.

A cláusula de não concorrência só será lícita se for pactuada por escrito, ou seja, não se admite a contratação verbal. Luisa Riva Sanseverino explica que:

“[...] a forma escrita tem caráter excepcional em matéria de contrato de trabalho; todavia, no caso em exame, tal formalidade afirma-se particularmente oportuna, tratando-se de pactos que, em última análise, cuidam de limitar a liberdade de trabalho; e, como nos outros casos em que é exigida, a forma escrita tem caráter constitutivo, não podendo a parte interessada provar por outra forma a estipulação de uma cláusula de não concorrência”¹⁸³.

Em segundo lugar, exige-se que a restrição à liberdade de trabalho seja remunerada com uma contraprestação adequada. Ao mesmo tempo em que os interesses do empregador estão em jogo, o empregado não pode ficar sem uma remuneração que lhe permita subsistir em condições dignas. A lei italiana é omissa no tocante ao valor da remuneração mínima a ser paga no período de não concorrência. Tem-se relegado à negociação coletiva o papel de fixar o valor mínimo da remuneração a ser paga no período de restrição à concorrência.

O pacto de não concorrência não pode representar um obstáculo absoluto à liberdade de trabalho do empregado, razão pela qual a legislação italiana prescreve a necessidade de se estabelecerem limites materiais, geográficos e temporais.

Faz-se imperioso discriminar no pacto de não concorrência a matéria que interessa ao empregador, ou seja, é preciso descrever minuciosamente as atividades que o empregado ficará impossibilitado de exercer, por conta própria ou alheia, após a ruptura do contrato de emprego.

Além disso, é preciso delimitar a área geográfica (Município, Estado, País ou Continente) na qual o ex-empregado ficará impossibilitado de exercer as atividades objeto da não concorrência.

Ainda, deve ocorrer a limitação temporal da restrição à liberdade de trabalho, uma vez que a restrição não poderá ser superior a cinco anos para os empregados que exerçam cargo de confiança ou gerência e três anos para os demais empregados.

¹⁸³ SANSEVERINO, Riva Luisa. **Curso de direito do trabalho**. Tradução Elson Guimarães Gottshalk. São Paulo: LTr, 1976.

Diferentemente das legislações portuguesa e espanhola, a lei italiana condiciona a validade da cláusula de não concorrência após a extinção do contrato de trabalho à delimitação de uma área geográfica de restrição. Além disso, amplia a duração do pacto de não concorrência para até cinco anos para os empregados que exercem cargo de confiança ou de gerência.

5.3.4 Omissão da legislação trabalhista brasileira a respeito da licitude da cláusula de não concorrência após o encerramento do contrato de trabalho

Traçado o panorama geral da legislação estrangeira, é preciso retomar a análise da licitude da cláusula de não concorrência no Direito do Trabalho brasileiro.

Verificou-se ao longo desse capítulo que a concorrência praticada pelo empregado ao empregador durante a vigência do contrato individual de trabalho caracteriza-se falta grave (artigo 482, alíneas “c” e “g”, da CLT) e, como tal, autoriza a dispensa do empregado por justa causa.

Igualmente, constatou-se que, uma vez rescindido o contrato individual de trabalho, não há óbice legal para que o trabalhador firme contrato com um concorrente do seu antigo empregador (princípios da legalidade e da liberdade de trabalho). Cogitou-se, todavia, a respeito da possibilidade de se limitar a liberdade de trabalho do empregado por meio da cláusula de não concorrência.

Fixado o conceito de cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho, verificadas as principais diferenças com outras cláusulas semelhantes e examinada a legislação estrangeira, resta perquirir a sua licitude perante o Direito do Trabalho brasileiro. Afinal, é lícita a contratação de cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho?

A legislação trabalhista é omissa no particular, pois não há previsão expressa na CLT a respeito da possibilidade de empregador e empregado contratarem cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho. Existe, portanto, uma lacuna normativa¹⁸⁴.

¹⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

Uma vez constatada a existência de uma lacuna normativa, e a partir do que determina o *caput* do artigo 8º da CLT, o ordenamento jurídico brasileiro poderá ser complementado por dois métodos distintos: (i) a autointegração, que é feita através da analogia ou (ii) a heterointegração, hipótese na qual o operador do Direito se vale de fontes diversas da norma legal, tais como a jurisprudência, os princípios gerais de Direito e o Direito comparado¹⁸⁵.

Como o objetivo do presente trabalho é analisar a licitude da cláusula de não concorrência sob a perspectiva dos direitos fundamentais, adotar-se-á o método de heterointegração do ordenamento através do exame dos princípios gerais de Direito.

Maria Helena Diniz explica que para conseguir atingir os princípios aplicáveis ao caso concreto, o operador do Direito deve mesclar os métodos dedutivo (localizando os princípios aplicáveis ao ramo do Direito ao qual pertence o instituto objeto na análise) e indutivo (subindo gradativamente do princípio particular para o geral)¹⁸⁶.

Por dedução, a cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho é um instituto que está contido no âmbito do Direito do Trabalho, aplicando-se, portanto, o princípio contido no artigo 444 da CLT. Vale dizer, as partes possuem liberdade para contratar tudo aquilo que não desrespeite as normas de proteção ao trabalho e as disposições previstas em ACT ou CCT. Ainda, deve ser preservado o interesse público em detrimento a qualquer interesse particular ou de classe.

Se houver proibição expressa nas normas coletivas de trabalho aplicáveis ao empregado, não será lícita a contratação da cláusula de não concorrência.

Não havendo empecilho nas normas coletivas de trabalho, resta examinar se a cláusula de não concorrência representaria uma afronta às normas de proteção ao trabalho ou se ela violaria o interesse público. Para tanto, há que se perquirir os princípios que embasam os interesses de empregados e empregadores quando da contratação da cláusula de não concorrência e verificar em que medida, ou sob quais condições, a cláusula passa pelo crivo das normas de proteção ao trabalho e do interesse público.

¹⁸⁵ BARROS, op. cit., 2009, p. 145-72.

¹⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas ...** op. cit., p. 247.

Com o auxílio do método indutivo, deixando-se momentaneamente de lado os princípios específicos do Direito do Trabalho e ingressando-se no plano dos princípios de Direito Constitucional, verifica-se que o exame da licitude da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho depende da harmonização de dois direitos fundamentais que estão previstos na CRFB: de um lado, o direito fundamental de liberdade de trabalho assegurado ao empregado e, de outro, o direito fundamental de propriedade do empregador.

5.3.5 Liberdade de trabalho do empregado

Esclareça-se, de antemão, que a liberdade de trabalho não se confunde com direito ao trabalho. O direito ao trabalho é um direito social e corolário da própria subsistência digna do ser humano (*in sudore vultus tui vesceris pane*)¹⁸⁷, ao passo que a liberdade de trabalho é um direito individual que corresponde à “faculdade de escolher e exercer a profissão nas condições que convenham ao interessado”¹⁸⁸.

Existem diversos dispositivos de documentos internacionais que asseguram a liberdade de trabalho: (i) artigo 1º, da Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (“todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificam a presente convenção se obrigam a suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas no mais curto prazo possível”) e artigo 1º da Convenção nº 105 da OIT (“Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, e a não recorrer ao mesmo sob forma alguma”); (ii) artigo 23, da DUDH (“todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis ao trabalho e à proteção contra o desemprego”); (iii) artigo 6.1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem o direito de trabalhar, que compreende o direito de toda pessoa a ter oportunidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas para

¹⁸⁷ Trata-se da expressão utilizada na Bíblia Sagrada, livro de Genesis, capítulo 3, versículo 19, cuja tradução é “do suor do teu rosto, comerás o teu pão”. **BÍBLIA SAGRADA**. Tradução João Ferreira de Almeida. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/biblia.htm>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

¹⁸⁸ JÚNIOR, op. cit., p. 10.

garantir este direito”); e (iv) artigo 6, itens 1 e 2, do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como “Protocolo de São Salvador” (“toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa, pelo desempenho de atividade lícita, livremente escolhida ou aceita” e “os Estados-Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes”, respectivamente).

No Brasil, as Constituições anteriores à CRFB já asseguravam o direito ao trabalho e a liberdade de trabalho, confira-se: (i) artigo 179, inciso XXIV, da Constituição de 1824 (“nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos Cidadãos”); (ii) artigo 72, § 24, da Constituição de 1891 (“é garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”); (iii) artigo 121, *caput*, da Constituição de 1934 (“A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País”); (iv) artigos 122, § 8º e 136, *caput*, ambos da Constituição outorgada de 1937 (“a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei” e “o trabalho é um dever social (...) a todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa”); (v) artigo 145, *caput* e parágrafo único, da Constituição de 1946 (“a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano” e “a todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna (...) trabalho é obrigação social”) e (vi) artigos 150, § 23 e 157, inciso II, ambos da Constituição de 1967 (“é livre o exercício de qualquer, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer” e “valorização do trabalho como condição da dignidade humana”).

Atualmente, a liberdade de trabalho está prevista no Capítulo I (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”), do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”), artigo 5º, inciso XIII, da CRFB e vem enunciada nos seguintes termos: “é o livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais a que a lei estabelecer”.

A liberdade de trabalho é expressão que contempla diversos significados.

O primeiro deles é o direito à livre escolha da profissão. Cada pessoa tem o direito de escolher a sua profissão sem que haja interferência do Estado, salvo nas aquelas hipóteses em que o seu exercício estiver condicionado ao preenchimento de certas qualificações profissionais prescritas em lei, como é caso da advocacia, pois os bacharéis em Direito só podem exercê-la após a aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

A liberdade de trabalho compreende o direito de a pessoa escolher a forma e o modelo de prestação de serviços. O cidadão pode escolher entre prestar serviços na iniciativa privada ou seguir carreira pública. O trabalhador também pode prestar serviços com registro em Carteira do Trabalho e Previdência Social (CTPS) ou trabalhar por conta própria, como prestador de serviços autônomos.

Compreende, também, o direito de a pessoa escolher para quem quer prestar serviços e, se exercerá cumulativamente mais de uma profissão. Em regra, o trabalhador pode mudar de emprego a qualquer tempo. E, mais, salvo disposição contratual em sentido contrário, nada impede que um trabalhador exerça concomitantemente mais de uma profissão.

Igualmente, a liberdade de trabalho confere à pessoa o direito de alterar a sua profissão. Hoje o trabalhador exerce a função de carpinteiro, mas nada impede que amanhã ele mude de profissão e passe a ser, por exemplo, auxiliar administrativo.

A liberdade de trabalho também significa o direito de a pessoa não trabalhar. Se a pessoa é livre para exercer uma determinada profissão, também o será para, em querendo, não trabalhar.

Durante a vigência da Constituição de 1967, Cesarino Júnior defendeu que o trabalho era um dever de todo cidadão¹⁸⁹.

Contudo, a partir da promulgação da CRFB, a obrigatoriedade de trabalhar virou apenas um dever moral do cidadão, de sorte que é possível sustentar o direito de não trabalhar dentro da perspectiva da liberdade de trabalho¹⁹⁰.

O exercício do direito fundamental de liberdade de trabalho é passível de restrições legais e convencionais (ou contratuais).

As restrições legais à liberdade de trabalho estão contempladas tanto na CRFB, quanto na legislação infraconstitucional esparsa. Como exemplos transcrevem-se as seguintes restrições legais: (i) proibição do trabalho noturno, insalubre ou perigoso a menores de dezoito anos e a proibição de qualquer trabalho para os menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos (artigo 7º, XXXIII, da CRFB); (ii) proibição do trabalho de menor de dezesseis anos em locais (ii.1) perigosos ou insalubres, constantes de quadro da Secretaria da Segurança e Saúde do Ministério do Trabalho e Emprego, (ii.2) prejudiciais à sua moralidade, (ii.3) públicos, tais como ruas e praças, sem prévia autorização do Juízo da Infância e Juventude (artigo 405, da CLT); e (iii) proibição de exercer algumas profissões como, por exemplo, a advocacia, a medicina e a engenharia, sem estar previamente inscrito nos conselhos de classe (artigo 1º, da Lei nº 8.906/94, artigos 17 e 18, da Lei nº 3.268/57, artigo 2º, da Lei nº 5.194/66, respectivamente).

A liberdade de trabalho também sofre limitações *contrario sensu* de outros dispositivos legais. Por exemplo, a partir da jornada de trabalho estabelecida no artigo 7º, inciso XIII, da CRFB, infere-se que o trabalhador não poderá prestar serviços por mais de dez horas consecutivas ainda que assim queira.

As restrições à liberdade de trabalho também podem ser convencionadas, ou seja, estabelecidas em contrato individual de trabalho ou norma coletiva (ACT ou CCT). Nessa toada, é possível restringir-se o exercício da liberdade de trabalho do empregado através da cláusula de não concorrência com vigência pós-contratual.

¹⁸⁹ Idem, *Ibidem*, p. 10.

¹⁹⁰ KELLER, Werner. **O direito ao trabalho como direito fundamental: instrumentos de efetividade**. São Paulo: LTr, 2011, p. 40.

Em síntese, a liberdade de trabalho é um direito fundamental assegurado a todos os cidadãos e, como tal, goza de eficácia direta nas relações privadas. Logo, ao firmar o contrato individual de trabalho, o empregado mantém o direito fundamental de liberdade de trabalho que lhe é assegurado em razão de ostentar a condição de cidadão mesmo durante a relação empregatícia.

5.3.6 O direito de propriedade do empregador

Propriedade, do latim *proprietas*, de *proprius*, genericamente designa qualidade que é inseparável de uma coisa, ou que a ele pertence em caráter permanente. No âmbito jurídico, propriedade corresponde ao direito que se tem sobre a coisa que nos pertence¹⁹¹.

Jorge Miranda explica que os particulares detêm o direito de ter bens em propriedade e, em geral, também gozam do direito de se tornarem titulares de quaisquer outros bens de valor pecuniário¹⁹².

Durante a vigência do Código Civil de 1916, diploma legal fortemente influenciado pelas concepções liberais da burguesia, a propriedade representava um direito real praticamente absoluto do seu titular, pois o proprietário poderia usar (*ius utendi*), gozar (*ius fruendi*) e dispor (*ius abutendi*) livremente de seus bens, com ínfima intervenção do Estado nas relações privadas. A propriedade privada era vista como um mecanismo destinado exclusivamente a assegurar a subsistência individual do homem, sem conotação ou eficácia social.

Mas o conceito de propriedade foi substancialmente alterado com a superação do Estado Liberal de Direito. Tratando a respeito da superação da visão tradicional do direito de propriedade, José Afonso da Silva explica que o caráter absoluto do direito de propriedade foi sendo superado pela evolução “desde a aplicação da teoria do abuso de direito, do sistema de limitações

¹⁹¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 650.

¹⁹² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, tomo IV, 2000, p. 526.

negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se à concepção de propriedade como função social (...)"¹⁹³.

Destarte, a visão tradicional do direito de propriedade está absolutamente superada pelas normas do direito público, com ênfase à CRFB e o CCB. Atualmente, o exercício do direito de propriedade privada (artigo 5º, inciso XXII e artigo 170, inciso II) está condicionado ao atendimento da sua função social (artigo 5º, incisos XXII e XXIII, artigo 170, inciso III e artigo 1.228, §1º, do CCB). A propriedade deixou de ser um direito real absoluto dos particulares e passou a ser um direito individual com inexorável função social. Além disso, a função social da propriedade é norma de ordem pública e, como tal, não pode ser afastada por convenção entre as partes na relação jurídica.

Nelson Nery Júnior assinala que do princípio do respeito à propriedade emanam duas consequências: (i) a primeira, que o direito de propriedade corresponde a um direito fundamental do homem e (ii) a segunda, que a partir do direito de propriedade surge para o Estado um dever positivo de adotar todas as medidas necessárias para assegurar ao proprietário o gozo efetivo do seu direito fundamental¹⁹⁴.

Dada a multiplicidade de bens e de titulares, o direito de propriedade subdivide-se em diversos outros direitos na CRFB, dentre os quais se destacam, ilustrativamente: (i) o direito de propriedade autoral (artigo 5º, inciso XXVII) e (ii) o direito de propriedade de inventos, de marcas e indústrias e de nome empresarial (artigo 5º, inciso XXIX).

Tecidas essas breves considerações a respeito do direito de propriedade, cabe examinar qual é a importância desse direito fundamental para o Direito do Trabalho especialmente levando-se em consideração o contrato individual de trabalho.

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 275.

¹⁹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 938.

Empregador, segundo a legislação trabalhista, é a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos do negócio, admite, dirige e assalaria a prestação de serviços de uma pessoa natural. Nota-se, pois, que a legislação reuniu, para os fins do Direito do Trabalho, os conceitos de empregador e empresa ao definir que empregador é a própria empresa.

Empresa, segundo o disposto no artigo 966 do CCB, é a “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, que, segundo José Martins Catharino, no ângulo do Direito do Trabalho, representa, mais precisamente “uma universalidade integral (de pessoas, bens e relações), equiparada a sujeito de direitos e obrigações, e que assume o risco da produção, ou da circulação de bens e serviços”¹⁹⁵.

Sendo uma atividade econômica, além da organização do trabalho das pessoas naturais, para atingir a sua finalidade, a empresa também deve organizar e zelar pela administração dos seus bens. Daí a ligação umbilical entre empresa e estabelecimento empresarial, aqui definido, segundo o artigo 1142 do CCB, como sendo “todo o complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Integram o estabelecimento empresarial bens corpóreos (móveis e imóveis) e bens incorpóreos (ponto empresarial, nome empresarial, marca, modelo de utilidade, invenção, patente de invenção, desenho industrial, tecnologia, créditos, direito de personalidade, direitos autorais, etc.). Aviamento e clientela, por serem instrumentos do exercício da atividade empresarial, também são considerados atributos do estabelecimento, constituindo elementos de vital importância para a empresa.

José Martins Catharino reconhece que o contrato individual de trabalho também representa patrimônio da empresa e que os poderes assegurados ao empregador no contrato individual de trabalho (poder hierárquico, poder diretivo e poder disciplinar) representam mecanismos imprescindíveis para a organização do trabalho e para a consecução dos fins empresariais¹⁹⁶.

¹⁹⁵ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 109.

¹⁹⁶ Idem, *Ibidem*, p.113-4.

Nos dias de hoje, com a globalização e a revolução tecnológica, o conhecimento passou a ser fator essencial do processo de produção e da geração de riqueza para as empresas. Nesse passo, cresceu o interesse do empregador em proteger o seu patrimônio imaterial através da contratação de cláusulas específicas, como é o caso da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho.

5.3.7 Liberdade de trabalho do empregado *versus* o direito de propriedade do empregador. Princípio da proporcionalidade

Já foi dito durante a exposição do conceito de cláusula de não concorrência que o objetivo primordial dessa disposição contratual é limitar o direito de o empregado, após a cessão do vínculo empregatício, prestar serviços em empresa concorrente à do seu antigo empregador. Com isso, restringe-se o direito de o empregado livremente escolher para quem ele quer prestar serviços depois do encerramento do contrato para proteger-se o patrimônio material e imaterial do empregador.

Nesse contexto, há uma colisão entre dois princípios fundamentais, pois, de um lado, o empregado detém o direito de liberdade de trabalho (artigo 5º, inciso XIII, da CRFB) e, de outro, o empregador possui o direito de propriedade privada (artigo 5º, inciso XXII e artigo 170, inciso II, da CRFB).

Constatando-se a colisão entre dois direitos fundamentais no contrato individual de trabalho, resta-nos valer-se do princípio da proporcionalidade para solucionar a antinomia entre os princípios fundamentais, pois, como visto anteriormente, não existem direitos fundamentais absolutos e ilimitados, sendo certo que uma das funções contemporâneas do Direito do Trabalho é a de harmonizar os interesses econômicos e sociais na tensão natural existente entre capital e trabalho, preservando-se, em qualquer hipótese, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, designadamente a dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, deve-se harmonizar os direitos fundamentais antagônicos, protegendo-os, concomitantemente, ao máximo (concordância prática). Além disso, não se pode olvidar que a restrição deve ser realizada de maneira a se preservar o conteúdo mínimo dos dois direitos fundamentais (proibição do excesso)¹⁹⁷.

A cláusula de não concorrência com vigência a partir do término do contrato individual de trabalho não permite, em razão do seu próprio objetivo, a preservação integral de ambos os direitos fundamentais. Uma das facetas do princípio da liberdade de trabalho corresponde ao direito de o empregado escolher livremente para quem vai prestar serviços. Ao proibir que o empregado escolha um, ou alguns empregadores após o término da relação empregatícia, a cláusula de não concorrência limita o exercício pleno do direito fundamental de liberdade de trabalho do obreiro.

Ao mesmo tempo, ao exercer o direito de propriedade visando preservar o seu patrimônio, o empregador também terá alguns limites, pois o direito de propriedade privada, segundo a CRFB e o CCB, também deve atender à sua função social.

Não sendo possível preservar integralmente os direitos fundamentais de liberdade de trabalho do empregado e de propriedade do empregador dentro da perspectiva da cláusula de não concorrência com vigência a partir da ruptura da relação de emprego, é necessário sopesá-los sob a ótica do princípio da proporcionalidade, sempre tendo em mente que devem ser feitas concessões

¹⁹⁷ Confira-se ementa extraída do julgado recente prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: “TERMO DE CONFIDENCIALIDADE E NÃO-CONCORRÊNCIA. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DOS PARTICULARES. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. Vedação ao exercício de trabalho ligado à atividade econômica da empresa após o desligamento do autor por um prazo de 24 meses que constitui restrição severa ao direito fundamental de liberdade de trabalho. Eficácia dos direitos fundamentais em face dos particulares que exige sua observância por forças econômicas e sociais de poder. Violação da justiça contratual que autoriza o controle judicial do conteúdo das cláusulas do contrato de emprego. Colisão entre o direito ao livre exercício de trabalho ou profissão e o direito de propriedade: exigência de concordância prática, de sorte que o exercício de um dos direitos não leve ao aniquilamento do outro. Recurso não provido. (Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Processo n. 0000278-80.2010.5.04.0303. Relator Desembargador JOSÉ FELIPE LEDUR publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 07/12/2011).”

recíprocas e que, ao final, deve ser mantido intacto o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais em colisão¹⁹⁸.

O princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para realizar-se a acomodação dos direitos fundamentais opostos em vistas às peculiaridades inerentes a cada caso concreto, pois é extremamente difícil estabelecerem-se regras fixas e imutáveis de precedências válidas para certas situações de colisão entre direitos fundamentais.

Nesse sentido, está além da pretensão desse trabalho utilizar-se do princípio da proporcionalidade para, acomodando-se a colisão entre os direitos fundamentais de liberdade de trabalho do empregado e direito de propriedade privada do empregador, estabelecer pressupostos de licitude da cláusula de não concorrência válidos para todas as situações concretas da vida cotidiana.

O que se pretende nesse trecho é examinar os pressupostos de licitude da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho elencados pela doutrina nacional a partir do princípio da proporcionalidade (e seus elementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Entendendo que a limitação à liberdade de trabalho do empregado após a rescisão do contrato individual de trabalho representaria uma afronta inexorável ao princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, não estaria respaldada pelo ordenamento jurídico brasileiro, transcreve-se a ementa extraída do acórdão nº 20020079847, prolatado pelo então Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, José Carlos Arouca: “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” (Processo nº 20010487101, 8ª Turma, decisão publicada no Diário Oficial do Estado em 05/03/2002).

¹⁹⁹ Considerando que o objetivo do presente trabalho é o de examinar os pressupostos de licitude da cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho sob a perspectiva dos direitos fundamentais, não serão analisadas questões adjacentes ao tema previstas na legislação infraconstitucional (como, por exemplo, o momento e a forma da contratação da cláusula de não concorrência, a indenização em caso de descumprimento do pactuado, etc.). Para o exame de tais questões, sugere-se a leitura do artigo escrito por MALLET, Estêvão. Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo; a. 69, out. 2005.

Embora não exista consenso, são elencados os seguintes pressupostos de licitude da cláusula de não concorrência: (i) motivação da contratação; (ii) identificação da atividade objeto da restrição; (iii) limitação temporal e geográfica; e (iv) compensação financeira.

5.3.7.1 Motivação da contratação da cláusula de não concorrência

O primeiro requisito é o da motivação que levou as partes a firmarem a cláusula de não concorrência para momento ulterior ao encerramento do contrato individual de trabalho.

Cibele Andrade Pessoa de Freitas afirma que a cláusula de não concorrência “somente se justifica se for, de fato, indispensável, o que significa dizer que o labor em uma empresa concorrente terá de ter um significado potencial de risco para os interesses do empregador”²⁰⁰.

Estêvão Mallet também explica que a limitação da liberdade de trabalho do empregado tem que ser necessária para resguardar um legítimo interesse empresarial do empregador²⁰¹.

A escolha pelo direito de propriedade do empregador em detrimento à liberdade plena de trabalho do empregado deve ser fundamentada de maneira que terceiros possam reconstruir as razões que motivaram a contratação da cláusula de não concorrência naquela dada circunstância fática.

É imperioso examinar com vagar a natureza da atividade desempenhada pelo trabalhador, os conhecimentos objetivo e subjetivo que ele adquiriu durante a contratualidade e os efeitos potencialmente lesivos do uso desses conhecimentos junto aos correntes do empregador. Somente a partir da análise conjunta desses elementos é que será possível realizar um correto juízo de valor acerca da necessidade de se restringir a liberdade de trabalho do empregado.

²⁰⁰ PESSOA, op. cit., 2008.

²⁰¹ MALLET, op. cit., 2005, p. 1161.

A motivação da contratação é pressuposto de licitude da cláusula de não concorrência diretamente ligado ao subprincípio da adequação.

No caso concreto, a medida restritiva ao direito fundamental de liberdade de trabalho do empregado - ou seja, a contratação da cláusula de não concorrência - deve representar o meio apto, útil, idôneo e apropriado para se atingir o fim pretendido - que é a não concorrência do trabalhador após o encerramento do contrato individual de trabalho de sorte a se preservar o patrimônio do empregador. Em outras palavras, é através da motivação que se verifica casuisticamente se a contratação da cláusula de não concorrência é adequada para a preservação do direito de propriedade do empregador sobre o seu patrimônio empresarial.

Com efeito, viola o subprincípio da adequação a contratação de cláusula de não concorrência com empregados que exerçam atividades rotineiras, com conhecimentos técnicos básicos e amplamente divulgados no meio empresarial. Nessas hipóteses, ao invés de salvaguardar o legítimo direito fundamental de propriedade do empregador, a cláusula de não concorrência só teria o propósito de limitar a liberdade de trabalho do empregado para satisfazer um capricho do empregador. Seria revestida de caráter persecutório, desarrazoado.

A contratação da cláusula de não concorrência pautada com o único propósito de prejudicar o exercício da liberdade de trabalho do obreiro sem que essa condição satisfaça um legítimo interesse do empregador, não passa pelo crivo do subprincípio da adequação e, aliás, inclusive, representa ato ilícito por abuso do direito de propriedade (artigo 1228, § 2º, do CCB).

5.3.7.2 Descrição das atividades objeto da restrição

A doutrina preleciona que a cláusula de não concorrência precisa descrever quais são as atividades profissionais que o empregado ficará proibido de exercer durante o período de não concorrência. Além disso, a restrição deve se limitar àquelas atividades profissionais que o empregado exercia durante a vigência do contrato individual de trabalho²⁰².

Considerando-se o direito fundamental à informação assegurado pelo artigo 5º, inciso XIV, da CRFB, o empregador precisa informar expressamente ao empregado quais são as atividades que ele ficará proibido de exercer no período de restrição assinalado na cláusula de não concorrência.

Restringir o objeto da não concorrência às atividades que o empregado efetivamente realizava durante a vigência do contrato de trabalho também se justifica diante da ideia de proibição do excesso e em vistas aos subprincípios da adequação e da necessidade.

Elencar na cláusula de não concorrência atividades estranhas àquelas que o obreiro ordinariamente realizava durante a contratualidade, implica em restringir excessivamente a liberdade de trabalho, o que encontra óbice na perspectiva de proibição do excesso e na necessidade de preservação do núcleo essencial do direito fundamental do trabalhador.

Um rol extenso de proibições acabaria por invadir o núcleo essencial do direito fundamental de liberdade de trabalho do empregado, o que culminaria no desrespeito ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana insculpido no artigo 1º, inciso III, da CRFB.

Além disso, restringir o direito de o trabalhador exercer outras atividades que não aquelas executadas durante a vigência do contrato, não representa um mecanismo apropriado para evitar a concorrência e salvaguardar o direito de propriedade do empregador. Ao revés, ter-se-ia um ato meramente persecutório contra o empregado, revelando-se abuso de direito.

²⁰² JORGE NETO, op. cit., p. 13.

Se o propósito da cláusula é limitar o uso do conhecimento adquirido pelo empregado, não há justificativa idônea para cercear o direito de o ex-empregado prestar serviços em atividades diversas daquelas desenvolvidas durante a contratualidade e para as quais os conhecimentos adquiridos junto ao antigo empregador nada acrescentaram ou pouco contribuíram.

Finalmente, se o objetivo do ex-empregador é salvaguardar o seu patrimônio por meio da limitação do uso do conhecimento do trabalhador, basta restringir a liberdade de trabalho do obreiro àquelas atividades que lhe propiciaram o efetivo acúmulo de conhecimento. Aceitar a limitação de outras atividades que não aquelas realizadas pelo obreiro durante o contrato, representaria convalidar-se uma restrição mais gravosa ao direito fundamental de liberdade de trabalho do empregado em detrimento à utilização de outra medida restritiva menos gravosa, conduta rechaçada pelo subprincípio da necessidade.

5.3.7.3 Limitação temporal e geográfica

O pacto de não concorrência, segundo a doutrina, deve ser firmado por um prazo determinado, bem como deve especificar a amplitude geográfica da restrição.

A doutrina vem defendendo que o pacto de não concorrência só será válido se for firmado por um prazo determinado, não se admitindo cláusula de não concorrência permanente ou indefinida. Há, contudo, grande celeuma acerca do prazo máximo de vigência da cláusula de não concorrência.

Sergio Pinto Martins, fazendo alusão ao prazo máximo de duração do contrato de trabalho por prazo determinado a que se refere o artigo 445 da CLT, sustenta que “o ideal é que fosse estabelecida por um prazo máximo de dois anos”²⁰³.

Cibele Andrade Pessoa de Freitas também entende que o limite temporal da cláusula de não concorrência é de no máximo dois anos, todavia, o faz se socorrendo do disposto no artigo 608 do CCB²⁰⁴.

²⁰³ MARTINS, op. cit., 2002.

²⁰⁴ PESSOA, op. cit., 2008.

Escorando-se no disposto nos artigos 95, parágrafo único, inciso V e 128, § 6º, ambos da CRFB - dispositivos que proíbem ex-magistrados e ex-promotores de justiça de exercerem a advocacia no juízo ou tribunal que se afastaram - Homero Batista Mateus da Silva defende o prazo máximo de três anos de vigência do pacto de não concorrência²⁰⁵.

Finalmente, com arrimo no artigo 1.147 do CCB - que fixa um período de não concorrência em caso de venda de estabelecimento empresarial -, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante sugerem que a cláusula de não concorrência poderá ser de até cinco anos²⁰⁶.

Relativamente à amplitude geográfica, a doutrina vem destacando não serem admissíveis restrições espaciais desarrazoadas. A fórmula comumente aceita é de que a restrição deve coincidir com a dimensão espacial da atividade econômica do empregador, pois “não terá valor a cláusula em locais em que a empresa não venha a competir com outros do mesmo mercado”²⁰⁷.

Homero Batista Mateus da Silva sugere que no pequeno comércio ou na industrial regional o sensato seria limitar a concorrência do ex-empregado num raio de duzentos a quinhentos quilômetros²⁰⁸.

A exigência de limitação temporal e espacial da não concorrência está em harmonia com o princípio da proporcionalidade.

A restrição perpétua da liberdade de trabalho, bem como a ausência de delimitação geográfica, de plano, representam condições que violam o conteúdo mínimo do direito fundamental do trabalhador e, portanto, não observam a regra da proibição do excesso. Restrições sem limites temporais ou espaciais não são adequadas, muito menos necessárias para o atingimento da finalidade perseguida com a cláusula de não concorrência.

²⁰⁵ SILVA, op. cit., 2011, p. 292.

²⁰⁶ JORGE NETO, op. cit., p. 8.

²⁰⁷ MARTINS, op. cit., 2002.

²⁰⁸ SILVA, op. cit., 2011, p. 292.

Restringir a liberdade de trabalho do empregado delimitando uma zona geográfica condizente com a dimensão espacial da atividade econômica do empregador atende à finalidade da cláusula de não concorrência e, ao mesmo tempo, representa uma restrição menos gravosa ao direito do trabalhador.

O grande problema é que, na era revolução tecnológica e da globalização, a concorrência entre as empresas tende cada vez mais a ultrapassar as fronteiras geográficas que separam cidades, Estados, Países e até mesmo continentes. Portanto, há uma tendência ao alargamento das bases geográficas nas quais o empregado ficará proibido de prestar serviços.

A cláusula de não concorrência deve ser fixada por um prazo determinado, até porque a proibição perpétua, além de representar medida extremamente gravosa, também implica em desrespeito ao conteúdo mínimo do direito fundamental de liberdade de trabalho, afetando a própria dignidade do trabalhador.

Diferentemente do que defende a doutrina, não nos parece possível fixar de antemão um prazo máximo de vigência válido de maneira uniforme para todas as cláusulas de não concorrência.

Os motivos que levaram as partes a firmar a cláusula de não concorrência são decisivos para se avaliar a necessidade e a adequação do lapso temporal da restrição. A limitação temporal deve ser condizente ao ramo de atividade econômica que o trabalhador e o empregador atuam.

Ilustrativamente, uma restrição de dois, três ou cinco anos para empregados que atuam no ramo de tecnologia da informação desenvolvendo *softwares* provavelmente não atenderá ao subprincípio da necessidade, pois, com um período menor de restrição, o empregador também atingirá a finalidade perseguida na cláusula de não concorrência. Prazos longos nesse segmento profissional podem, inclusive, aniquilar o empregado do mercado de trabalho, pois corre-se o risco dele ficar obsoleto em relação às tecnologias utilizadas.

Portanto, de acordo com o princípio da proporcionalidade, não se deve fixar aprioristicamente um prazo máximo de vigência para a cláusula de não concorrência.

5.3.7.4 Compensação financeira

Durante o período de restrição, a doutrina assevera que o empregado deve receber uma compensação financeira. As controvérsias surgem com relação ao valor mínimo e a natureza jurídica dessa compensação financeira.

Sergio Pinto Martins²⁰⁹, Cibele Andrade Pessoa de Freitas²¹⁰ e Regiane Teresinha de Mello João²¹¹ defendem que a compensação financeira deve ser igual ao valor do salário recebido pelo empregado durante a vigência do contrato de trabalho.

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante vão além e defendem que a compensação financeira compreende não apenas o salário percebido pelo empregado quando da ativa, mas também outras vantagens não pecuniárias, tais como o salário *in natura*²¹².

Estêvão Mallet advoga que “a compensação há de ser proporcional à restrição imposta”, pois, para o autor, “o importante é que não exista desequilíbrio entre as obrigações das partes”. Assim, Estêvão Mallet entende que a compensação financeira não está necessariamente vinculada ao salário recebido pelo empregado durante a vigência do contrato de emprego²¹³.

Sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade, a compensação financeira é requisito essencial de licitude da cláusula de não concorrência. Se a restrição ao direito fundamental puder ser feita de mais de uma forma, esta deve ser a mais suave, ou seja, a menos lesiva ao direito fundamental sacrificado. Assim, remunerar o período de não concorrência representa a forma menos lesiva de se restringir o direito fundamental de liberdade de trabalho do empregado, pois, auferindo remuneração, o trabalhador terá condições de subsistir.

²⁰⁹ MARTINS, op. cit., 2002.

²¹⁰ PESSOA, op. cit., p. 14.

²¹¹ JOÃO, op. cit., p. 60.

²¹² LIMA FILHO, op. cit., p. 8-12.

²¹³ MALLET, op. cit., 2005, p. 1164-5.

Além disso, se a restrição ao direito fundamental do trabalhador deve ser a mais suave possível, a compensação financeira também deve ser em valor igual ao salário percebido pelo empregado quando da ativa, até mesmo como forma de se preservar a dignidade do trabalhador propiciando-lhe uma remuneração que lhe permita manter o mesmo padrão de vida anterior.

Ainda, devem ser convencionados reajustes para que os valores pagos durante o período de restrição não percam o respectivo poder aquisitivo.

Finalmente, discute-se uma questão de somenos importância, ou seja, se a compensação financeira paga ao empregado durante o período de restrição possui natureza jurídica salarial ou indenizatória.

Entende-se que a compensação financeira paga durante a vigência da cláusula de não concorrência reveste-se de natureza jurídica indenizatória, e não salarial. Salário é remuneração paga em razão da contraprestação de serviços. O salário pressupõe a existência de trabalho efetivamente prestado. Assim, como durante a vigência do pacto de não concorrência não existe trabalho, não há se falar em salário. A compensação financeira possui natureza jurídica indenizatória, porquanto visa ressarcir o trabalhador pela impossibilidade dele exercer plenamente a sua liberdade de trabalho. Revestindo-se de natureza indenizatória, a compensação financeira não possui encargos fiscais ou previdenciários.

6 CONCLUSÃO

O neopositivismo jurídico propiciou o reconhecimento da força normativa das constituições, acelerando o processo de irradiação dos direitos fundamentais sobre as relações privadas.

Os direitos fundamentais incidem de forma imediata nas relações privadas, por força do disposto no artigo 5º, § 1º, da CRFB.

No Brasil, tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas de direito privado ostentam a qualidade de titulares de direitos fundamentais. Como não existem direitos fundamentais absolutos no ordenamento jurídico, havendo colisão entre eles, recorre-se ao princípio da proporcionalidade (e respectivos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para solucionar-se a antinomia de princípios. Em qualquer situação, a dignidade da pessoa humana, por representar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, deve ser preservada.

Os direitos fundamentais incidem de forma direta sobre a legislação trabalhista, tornando empregados e empregadores titulares de direitos fundamentais no contrato individual de trabalho.

O empregado, ao se sujeitar ao poder de direção do empregador, não perde a qualidade de titular de direitos fundamentais, sejam eles direitos fundamentais inerentes à condição de cidadão-trabalhador, sejam eles direitos fundamentais trabalhistas específicos.

No entanto, no contrato individual de trabalho o empregado não pode exercer os direitos fundamentais da mesma maneira que os exerceria em face dos poderes públicos, uma vez que está sujeito ao poder diretivo do empregador.

Por tal razão, existem três limites para o exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores na relação empregatícia, quais sejam: (i) limites imanentes, são limites inerentes a todos os direitos, já que nenhum direito é ilimitado ou absoluto; (ii) limites extrínsecos, pois existem no ordenamento jurídico outros interesses ou

direitos socialmente relevantes que também devem ser preservados e (iii) limites voluntários, que decorrem da própria vontade das partes no contrato individual de trabalho.

O empregador também é titular de direitos fundamentais e, ao assumir o risco do seu próprio negócio, utiliza-se do poder diretivo para organizar a atividade empresarial. Como o trabalhador é a parte geralmente hipossuficiente da relação jurídica, as normas de Direito do Trabalho assumem um caráter de proteção do empregado, ou seja, são normas imperativas e de ordem pública que impõem certos limites ao poder diretivo do empregador.

Havendo colisão entre direitos fundamentais dos trabalhadores e direitos fundamentais dos empregadores, recorre-se ao princípio da proporcionalidade (e subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) como critério hermenêutico para a solução da antinomia, já que é possível a ponderação de direitos fundamentais no contrato individual de trabalho.

O princípio da proteção do trabalhador não serve de recurso hermenêutico para a solução da antinomia entre direitos fundamentais no contrato de trabalho. Entender-se de maneira diversa seria reconhecer uma hierarquia entre os direitos fundamentais, estabelecendo-se uma regra de precedência dos direitos fundamentais dos trabalhadores em detrimento aos direitos fundamentais dos empregadores. Na sociedade contemporânea o papel do Direito do Trabalho é o de coordenar os interesses contrapostos na relação jurídica, preservando-se a ordem pública.

Quando se examina a não concorrência do empregado ao empregador, deve-se ter em mente que ela pode ser exigida em dois momentos distintos. Durante a vigência do contrato individual de trabalho, os atos de concorrência do empregado ao empregador são passíveis de punição com a dispensa do trabalhador por justa causa (artigo 482, alíneas “c” e “g” da CLT).

Uma vez encerrado o contrato individual de trabalho, não existe lei que proíba o trabalhador de prestar serviços ao concorrente do antigo empregador. Tal proibição do direito de concorrência ao empregador após o término do contrato de trabalho só é possível mediante a pactuação de cláusula de não concorrência.

A cláusula de não concorrência corresponde à pactuação da abstenção do empregado de ativar-se para outro empregador em atividade igual ou semelhante, após o encerramento da relação empregatícia.

O ordenamento jurídico brasileiro não contém previsão expressa acerca da licitude da cláusula de não concorrência. No plano infraconstitucional a licitude da cláusula de não concorrência decorre do princípio da autonomia privada contido no artigo 444 da CLT. No entanto, no plano constitucional tem-se o problema da colisão entre dois direitos fundamentais: de um lado, a liberdade de trabalho do empregado (artigo 5º, inciso XIII, da CRFB), de outro, o direito de propriedade do empregador (artigo 5º, inciso XXII e artigo 170, inciso II, ambos da CRFB).

Uma das facetas do princípio da liberdade de trabalho é o direito de a pessoa escolher para quem ela quer prestar serviços e em qual atividade ela quer trabalhar. Ao restringir tais direitos, o empregador está limitando o direito fundamental de liberdade de trabalho.

Por outro lado, o conhecimento passou a ser fator essencial do processo de geração de riqueza para as empresas. Portanto, valendo-se do seu direito de propriedade, o empregador busca através da cláusula de não concorrência proteger o seu patrimônio imaterial.

Como não existem direitos fundamentais absolutos, aplicando-se o princípio da proporcionalidade (e subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), chega-se à conclusão de que os pressupostos de licitude da cláusula de não concorrência são os seguintes: (i) motivação que levou as partes a firmarem a cláusula, pois é necessário investigar a natureza da atividade desempenhada pelo trabalhador, os conhecimentos objetivo e subjetivo que ele adquiriu durante a vigência do contrato de trabalho e os efeitos potencialmente lesivos do uso desses conhecimentos junto aos correntes do empregador; (ii) descrição pormenorizada das atividades objeto da restrição, pois a limitação à liberdade de trabalho deve ficar adstrita às atividades que o empregado exercia no curso da relação de emprego; (iii) limitação temporal, não são admissíveis restrições perpétuas, mas, ao mesmo tempo, não é possível fixar-se de antemão um prazo máximo de vigência válido uniformemente para todas as situações de não

concorrência, especialmente porque um lapso temporal que é adequado para um determinado ramo de negócio, pode não ser para o outro; (iv) limitação geográfica, pois a restrição deve ser condizente com a dimensão espacial da atividade econômica do empregador; e (v) o período de restrição deve ser remunerado e esta paga não pode ser inferior ao valor do salário mensal que o empregado recebia quando da ativa, com os respectivos reajustes combinados.

7 BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Renato Rua de. Direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores. **Revista Ltr**. São Paulo, v. 76, jun. 2012.

_____. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: CALVO, Adriana; ROCHA, Andrea Presas (Orgs.). **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Aldacy Rachid (Orgs.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Cássio de Mesquita. Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 8, jul/2001, DTR\2001\326.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAYLOS, Antonio. Ciudadanía em el trabajo. **Revista Relações de trabalho: justiça e equilíbrio**. São Paulo, dez. 2010.

BIALESKI, Roseli de Fátima; VILLATORE, Marco Antônio César. Novas considerações sobre a ponderação entre os direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador à luz da ordem econômica constitucional. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo. a. 36, jul-set. 2010, p. 177.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e prática da concorrência desleal**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Eficácia dos direitos fundamentais e a revalorização do contrato de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 75, nov. 2011.

BORSI, Umberto; PERGOLESI, Ferruccio. **Trattato di Diritto del lavoro. Introduzione Il contratto individuale di lavoro**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1938.

BRANCO, Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 271

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito provado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Aldacy Rachid (Orgs.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CARDOSO, Jair Aparecido. Pacto de confidencialidade e compromissos recíprocos no contrato de trabalho, para vigorar após a relação de emprego. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, n. 308, ago. 2009.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental. In MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONTRERAS, Sérgio Gamonal. **Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais**. Tradução de Jorge Alberto Araújo. São Paulo: LTr, 2011.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

CUEVA, Mário de La. **Derecho mexicano del trabajo**. 8. ed. Cidade do México: Editorial Porruá, 1964.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da república, estado democrático de direito e direito do trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 75, out. 2011.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 8. Ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Conflito de normas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Dicionário jurídico**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelso Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGEL, Ricardo José. **O *jus variandi* no contrato individual de trabalho: estudo teórico-crítico em face de princípios gerais de direito aplicáveis ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Tomo 17. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 209

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso elementar de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Tradução Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Cláusula da não-concorrência no contrato de trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS Editora a. 23, n. 266, fev. 2006.

JÚNIOR, Cesarino. **Direito social brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1970.

KELLER, Werner. **O direito ao trabalho como direito fundamental: instrumentos de efetividade**. São Paulo: LTr, 2011.

LIMA FILHO, Francisco das C. O princípio da dignidade humana como baliza ao exercício do poder diretivo empresarial. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, HS Editora, a. 28, n. 335, nov. 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

MALLET, Estêvão. Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo; a. 69, out. 2005.

_____. **Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais**. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Prática de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

MANNRICH, Nelson. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não concorrência inserida no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 107, jul. 2002, DTR 2002/703.

_____. **Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELES, Edilton. **Abuso de direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, tomo IV, 2000.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução do direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ, Manuel de La Rosa, **Derecho del trabajo**. 13. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PESSOA, Cibele Andrade de Freitas. Cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho brasileiro. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, vol. 132, out/2008, DRT 2008/620.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho: Parte I - Dogmática geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

REIS, Nélío. **Alteração do contrato de trabalho**, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2009.

SANSEVERINO, Riva Luisa. **Curso de direito do trabalho**. Tradução Elson Guimarães Gottshalk. São Paulo: LTr, 1976.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência: doutrina e jurisprudência**. Salvador: Jus Podivm, 2008.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Aldacy Rachid (Orgs.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho**. 2. ed. v. 6, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiro Editores: 2005.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. v. I: Parte I. São Paulo: LTR, 2011.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Élcio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?**. São Paulo: Método, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. v. I, São Paulo: LTr, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Contrato de trabalho. In SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. v. I, São Paulo: LTr, 2005

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Célia Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

TRINDADE, Rodrigo. **Função social do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2008.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Aldacy Rachid (Orgs.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado**. Madri: McGraw-Hill, 1997.

ZANGRANDO, Carlos. **Princípios jurídicos do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

Pesquisa de internet

BÍBLIA SAGRADA. Tradução João Ferreira de Almeida. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/biblia.htm>>. Acesso em: 29 fev. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 26 jan. 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas Brasileiras de Direito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 29 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 582965** Rio de Janeiro. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. 30 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28uni%E3o+e+brasileira+e+compositores%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 7 de ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 158215-4** Rio Grande do Sul. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 30 de abril de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 161.243-6** Distrito Federal. Relator Ministro Carlos Veloso. Brasília, DF. 29 de outubro de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>>. Acesso em 20 ago. 2011.

CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social - Subsecretaría del Trabajo. **Código del trabajo**. 2011. Disponível em: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articulos-59096_recurso_1.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2012.

PORTUGAL. **Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009**. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c58526c6548524263484a76646938794d4441354c3078664e3138794d4441354c6e426b5a673d3d&fich=L_7_2009.pdf&Inline=true>. Acesso em: 7 ago. 2012.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BRASIL. **Código de ética e disciplina da Ordem dos Advogados**. São Paulo: OAB-SP, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. Volume III - Arts. 138 a 200**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberto e os direitos fundamentais: o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada. Volume II - Arts. 121 a 188**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GOTTSCHALK, Egon Felix. A cláusula de não concorrência nos contratos individuais de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, nov. 1970.

MASSIMO, Bianca Cesare. **Codice civile e leggi complementari**. Roma: Giuridica Editrice, 2011.

Revista Justiça do Trabalho, Ano 23, n. 266, fev. 2006. Porto Alegre: HS Editora, 2006.

Revista Justiça do Trabalho, Ano 28, n. 335, nov. 2011. Porto Alegre: HS Editora, 2011.

Pesquisa de internet

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: < http://www.normaslegais.com.br/legislacao/contabil/lei6404_1976.htm>. Acesso em 20 fev. 2012.

CALVO, Adriana Carreira. **A cláusula de não-concorrência no Brasil**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 11 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22389>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

CÓDIGO DE ÉTICA PROFISSIONAL DO CONTABILISTA. Disponível em: <http://www.crcrs.org.br/arquivos/livros/livro_etica.PDF>. Acesso em: 29 fev. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.246 de 8 de janeiro de 1988**. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=a&ficha=1&id=2940&tipo=RESOLU%C3%87%C3%83O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1246&situacao=VIGENTE&data=08-01-1988>>. Acesso em: 9 fev. 2012.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 fev. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.com.br>. Acesso em: 29 fev. 2012.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 29 fev. 2012.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 29 fev. 2012.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 29 fev. 2012.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt4.jus.br>. Acesso em: 29 fev. 2012.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO. Disponível em: <www.trt9.jus.br>. Acesso em: 29 fev. 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 29 fev. 2012.