PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO-PUC/SP
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO DE EMPREGO:
efeitos do princípio da proporcionalidade

MESTRADO EM DIREITO DO TRABALHO

SÃO PAULO

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO-PUC/SP
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO

**CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO DE EMPREGO:
efeitos do princípio da proporcionalidade**

MESTRADO EM DIREITO DO TRABALHO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Sérgio João.

SÃO PAULO

2013

CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO

**CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA NO CONTRATO DE EMPREGO:
EFEITOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Sérgio João.

Aprovado em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Paulo Sérgio João. Primeiro, por ter acreditado em mim, desde os tempos da COGEAE, concedendo-me a oportunidade ímpar de participar da turma de mestrado de 2.011 da PUC/SP. Segundo, pelos ensinamentos e a amizade durante o curso.

Agradeço aos doutores com os quais tive o privilégio de apreender durante o Mestrado: Professores Doutores, Maria Helena Diniz, Renato Rua de Almeida, Pedro Paulo Teixeira Manus, Antonio Carlos da Ponte e Maria Garcia.

Agradeço aos colegas de todas as diferentes turmas com quem tive oportunidade de conviver e apreender em debates profícuos.

Agradeço ao meu grande mestre na vida profissional, Luiz Felipe Haj Mussi (*in memoriam*).

Agradeço ao meu pai Lucas, pela educação rígida, e por ter me ensinado o caminho da dedicação e da perseverança. Agradeço à minha mãe Judy, por sempre demonstrar confiança e orgulho nas atividades que exerço.

Agradeço à minha esposa Anna e aos meus filhos Arthur e Laura, pela compreensão quanto aos períodos em que estive ausente, e quando não os dispensei a atenção que merecem.

RESUMO

Embora inexista regra específica no direito pátrio, a aplicação da cláusula de não concorrência goza de amparo constitucional, fundado na livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência, direito de propriedade, defesa do consumidor e direito geral de liberdade. Por irradiação constitucional, usufrui igualmente de amparo nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva e função social do contrato, além da presunção de licitude do contrato. Por outro lado, há diretrizes que não podem ser desconsideradas quando se trata de limitar o direito de liberdade ao trabalho. Com efeito, a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano, bem como na redução das desigualdades sociais, e na busca do pleno emprego. Ademais, a propriedade privada é estabelecida com base no livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão – ou seja, deve ser observado o direito social do trabalhador de escolher a atividade desenvolvida, o que significa que qualquer ato que desrespeite a valorização do trabalho poderá ser entendida como inconstitucional. Há nítido confronto, pois, entre a cláusula de não concorrência e a liberdade ao trabalho – ambas com amparo constitucional nos arts. 5º e 170 da CF. A resolução desse conflito é enfrentada à luz do princípio da proporcionalidade, que justifica e limita a aplicação da cláusula de não concorrência.

Porém, para se chegar a tal ponto, antes se faz necessária passagem constitucional, acerca dos tradicionais métodos de interpretação constitucional chegando ao momento pós-positivista, cuidando-se da leitura dos princípios de interpretação constitucional como vetores de todo o ordenamento, diferenciando-os das regras, e relacionando-os com o uso do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Daí se observa que a Constituição Federal preserva ambos os bens, e a interpretação constitucional deve ser levada a efeito de modo a harmonizar o conflito, de sorte que um direito ceda ao outro no caso concreto, sem que isso represente a completa exclusão do direito preterido, conservando-se a unidade do sistema e promovendo-se a concordância prática através da ponderação de bens. O princípio da proporcionalidade passa a ser conceituado e aferido em todas as suas nuances, demonstrando-se os prós e contras de seu uso como critério para resolução de conflitos na sociedade contemporânea. Passa-se à análise do direito contratual contemporâneo, em que a autonomia da vontade é mitigada frente à defesa dos direitos sociais, e a responsabilidade pós-contratual é inserida com fulcro nas cláusulas gerais. Com o uso de todos os fundamentos apontados, torna-se ao debate original, justificando e limitando a cláusula de não concorrência, apresentando as possibilidades de uso da cláusula de não concorrência *pós pactum finitum* em uma relação de desigualdade – como é o caso da relação de emprego, valendo-se do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, indicando-se as posições da doutrina e jurisprudência, sem olvidar do direito estrangeiro.

Palavras Chave: Cláusula de não concorrência, Liberdade ao trabalho, Colisão, Interpretação, Constitucional, Princípio da Proporcionalidade, Ponderação.

ABSTRACT

Although there isn't a specific rule in the native law, the application of the non concurrence clause profits from the constitutional protection, which is based on the free initiative, private property, free concurrence, property law, consumer defense and general freedom law. Due to constitutional propagation, it enjoys equally of protection in the general clauses of the objective good faith and social function, besides the lawfulness presumption of the contract. On the other hand, there are some directives that can't be disregarded when having to limit the freedom right of the work. Indeed, the economical order must be based on the importance of the human work, as well as the reduction of the social inequalities and in the search of the perfect job. Moreover, the private property is established on the basis of the free exercise of any work, occupation or profession, that is to say, it must be observed the social right of the worker in choosing the developed activity, this means that any act that disrespect the importance of the work can be understood as unconstitutional. There is a clear confront between the non concurrence clause and the freedom work – both under the constitutional protection in the articles 5° and 170 of the CF. The solution of this conflict is coped with the principles of proportionality, which it justifies and limits the application of the non concurrence clause.

However, to reach such point, it's necessary the constitutional passage about the traditional methods of constitutional interpretation getting to the pos-positivist moment, taking care of the constitutional's principles of interpretation reading as a leading of the whole arrangement, differing from the rules relating them with the principle of proportionality use and its sub-principles of adequacy, necessity and proportionality in the strict way.

Key-words: non concurrence clause, freedom to work, collision, interpretation, constitutional, principle of proportionality, pondering.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA.....	12
1.1 Conceito.....	12
1.2 Breve histórico	14
1.2.1 Livre iniciativa.....	14
1.2.2 Preservação da concorrência e cláusula de não concorrência.....	16
1.3 Objeto de proteção.....	20
1.4 Fundamentos.....	23
1.5 Direito estrangeiro.....	30
1.5.1 Europa.....	30
1.5.2 Estados Unidos da América.....	38
1.6 Figuras Complementares.....	40
1.6.1 Concorrência desleal.....	40
1.6.2 Cláusula de confidencialidade.....	42
1.7 Figuras similares.....	45
2. LIBERDADE AO TRABALHO.....	51
2.1 Breve histórico.....	51
2.1.1 Evolução no Mundo.....	51
2.1.2 Evolução constitucional no Brasil.....	58
2.2 Fundamentos.....	62
2.3 Possibilidade de limitação a direitos fundamentais.....	67
2.4 Constituições estrangeiras.....	69
2.4.1 Europa.....	69
2.4.2 América do Sul.....	74
2.4.3 América do Norte.....	77
2.4.4 Ásia.....	78
2.4.5 Pactos.....	80
2.5 Colisão.....	81

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	83
3.1 Hermenêutica e Interpretação Constitucional.....	83
3.2 Diferenças entre Regras e Princípios.....	91
3.3 Princípios de Interpretação Constitucional.....	96
3.4 Princípio da Proporcionalidade.....	102
3.5 Direito Estrangeiro.....	110
3.6 Constituição Federal de 1988.....	112
3.7 Subprincípios da proporcionalidade.....	114
3.7.1 Adequação.....	114
3.7.2 Necessidade.....	119
3.7.3 Proporcionalidade em sentido estrito.....	120
3.8 Precedência <i>prima facie</i>	123
3.9 Conteúdo essencial.....	128
4 CONDIÇÕES DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA.....	131
4.1 Limitação do direito de livre exercício ao trabalho.....	131
4.1.1 Escolha da profissão ou atividade.....	135
4.2 Sujeitos.....	140
4.3 Aspectos formais.....	143
4.4 Requisitos.....	148
4.4.1 Período de tempo.....	149
4.4.2 Área geográfica.....	150
4.4.3 Área de atuação.....	151
4.4.4 Compensação.....	153
4.5 Extinção e descumprimento.....	155
4.6 Resumo das condições.....	159
4.7 Projetos de lei.....	160
4.7.1 Comentários ao PL 986/2011.....	160
4.7.2 Comentários ao PL 16/2007.....	166
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	170
BIBLIOGRAFIA.....	174
ANEXOS.....	181

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a análise da validade da cláusula de não concorrência, que sempre diz respeito a uma situação pós-encerramento do contrato de emprego. Para tanto, utiliza-se do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios como justificadores e limitadores do pacto de não concorrência.

A escolha do tema se deu em razão do valor que as sociedades contemporâneas emprestam aos bens imateriais que compõem os segredos do negócio, ou *know how* da atividade empresarial. Com efeito, a riqueza das empresas já não se mede pelas sedes próprias e demais bens materiais – o que, aliás, é cada vez mais incomum, dado o volume de recursos que ficam estagnados em operações de aquisição de portentosas sedes - mas, sim, pelo potencial de mercado, capacidade de faturamento, e *know how* no negócio.

Para construir esses bens imateriais, as sociedades empresariais investem recursos cada vez mais vultosos em treinamento de pessoas, desenvolvimento de produtos e software, criação de processos, consultorias e pesquisas. Porém, esse *know how* não pode ser escondido de seus empregados, a quem via de regra é dado o processo de conhecimento das atividades, especialmente em posições estratégicas de direção ou de alta especialização.

O empregado, aliás, de fato deve ser efetivamente inserido no cenário da empresa, tendo ciência do que está fazendo, e se sentindo parte da operação em uma relação sinérgica para com todos os setores da atividade empresarial. Nesse contexto, se insere a cláusula de não concorrência, a fim de que o empregado que toma ciência das políticas da empresa, planos de marketing, transações, segredos comerciais, estratégias do negócio, segredos de indústria e de negócios, fórmulas e técnicas de produção, novos inventos, métodos de fabricação e produção, mantenha essas informações resguardadas, livre do alcance da concorrência, e não as use em desfavor do ex-empregador.

A aplicação da cláusula de não concorrência no contrato de emprego, no

direito pátrio, embora não regulamentada, goza de amparo constitucional, fundado na livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência, direito geral de liberdade e defesa do consumidor. Por irradiação constitucional, usufrui igualmente de amparo nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva e função social do contrato, além da presunção de licitude do pacto.

Por outro lado, ao firmar a cláusula de não concorrência, o empregado está sendo limitado em seu direito de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, já que não poderá exercer junto ao concorrente as mesmas atividades que executava perante o ex-empregador durante determinado tempo, em determinada região.

De ambos os lados, há direitos assegurados pela Carta Magna, de modo a operar-se a colisão de interesses. É bem verdade que a própria Constituição Federal de 1988 prevê limitações à liberdade de trabalho. Todavia, a questão é se as partes no uso da autonomia privada podem negociar pactos dessa natureza, e qual o limite das restrições ao livre exercício do trabalho.

Diante dos interesses opostos, há de se ponderar qual direito prevalece, em que circunstâncias; se essa escolha é abstrata ou no caso concreto; e também se a opção é definitiva, ou não.

De igual modo, o presente estudo abordará se a desigualdade material entre as partes influencia ou não no resultado final, para efeito de reconhecimento ou invalidação da cláusula de não concorrência no contrato de emprego.

Através de uma leitura à luz da hermenêutica e interpretação constitucional, os subprincípios da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são analisados individualmente, e utilizados para a solução do embate entre a liberdade de se contratar a cláusula de não concorrência e a liberdade ao trabalho, e à escolha da profissão, ofício ou atividade.

Para o desenvolvimento do acima exposto, esta dissertação inicia com o histórico, conceito e fundamentos para aplicação da cláusula de não concorrência,

confrontando com a liberdade ao trabalho, como sua limitadora. Nesse diapasão, estudam-se os limites dos direitos e o núcleo essencial a ser protegido quando da colisão de direitos constitucionalmente assegurados.

1 CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

O primeiro capítulo inicia com o conceito de cláusula de não concorrência, passando em seguida para o breve histórico – o que se justifica, pois, o narrado no breve histórico introduz a importância do objeto de proteção da cláusula de não concorrência, que será tratado logo em seguida.

1.1 Conceito

Regiane Teresinha de Mello João ensina que, para efeitos de direito do trabalho, “a cláusula de não concorrência consiste na 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.”¹

Na definição de Catia Guimarães Raposo Novo, trata-se de:

[...] acordo celebrado na vigência ou após o término da relação de emprego, para produzir seus efeitos após a rescisão contratual, a qual o empregado qualificado se compromete a não praticar atos de concorrência e desvio de clientela durante determinado período, mediante o recebimento de uma remuneração, sem que fique coibido de exercer funções diversas às quais exercia na empresa.²

Representa, pois, o compromisso assumido pelo empregado, de não gerar concorrência com o ex-empregador, após o contrato, mediante compensação financeira, com limitação de tempo, local e atividade.

Nos dizeres de Ari Possidonio Beltran, a cláusula de não concorrência no contrato de trabalho se refere à “obrigação em virtude da qual o empregado se compromete a não praticar por conta própria ou alheia, após a vigência do contrato

¹ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

² NOVO, Catia Guimarães Raposo. **Da Cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho**. 2007. 208f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 129.

de trabalho, ação que implique desvio de clientela de seu antigo empregador.”³

Trata-se de obrigação de não fazer, que tem por objeto a limitação temporal de área geográfica e setorial do exercício da liberdade ao trabalho pelo empregado, e objetiva proteger o empregador da concorrência gerada pelo seu antigo empregado em favor de outrem ou em nome próprio.

Na acepção de Oris de Oliveira, o contrato de não concorrência é:

[...] contrato, em virtude do qual o empregado (promitente) se compromete, mediante contra-prestação prevalentemente pecuniária, a não praticar, por conta própria ou alheia, após a vigência do contrato de trabalho, dentro de limites de possibilidade de exercício de sua profissão, de objeto, de tempo e de espaço, ação ou entabular negócios que potencialmente possam desviar, em proveito próprio ou de terceiros, clientela de seu ex-empregador (estipulante), sob pena de estipulante ou promitente, em hipótese de descumprimento, responder por perdas e danos.⁴

Através de pactos dessa natureza - na explicação de Maria do Rosário Palma Ramalho - passam os empregados a ter o dever de “não desenvolver a sua actividade profissional na área de actividade do empregador, durante um período de tempo determinado, subsequente à cessação do contrato de trabalho.”⁵

Consiste em cláusula pactuada que pode ser pactuada em momentos diversos - antes do contrato de emprego, no início, durante ou após - tendo por escopo resguardar os segredos do negócio do empregador, por meio da limitação da amplitude da área de atuação geográfica e da atividade do empregado, quando, por si ou por terceiros, mediante concorrência, houver risco de lesão ao patrimônio imaterial do empregador, em razão do uso ou divulgação das informações obtidas por força do cargo desempenhado pelo empregado no curso da relação de emprego.

³ BELTRAN, Ari Possidonio. Dever de fidelidade, dever de não-concorrência e cláusula de não-concorrência. **Revista LTr**, São Paulo, v. 66, n. 4, p. 422, abril. 2002.

⁴ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p.168.

⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 932.

1.2 Breve Histórico

Para falar em cláusula de não concorrência, primeiramente é necessário tecer breve histórico sobre a liberdade de iniciativa e livre concorrência, e isso porque a cláusula de não concorrência está umbilicalmente ligada com aquelas.

Com efeito, a cláusula de não concorrência tem por objetivo imediato a preservação dos segredos próprios do negócio do empregador, tendo por escopo mediato e macro a manutenção de um equilíbrio formal na competição por uma fatia de mercado, procurando evitar que um dos competidores obtenha vantagens por conta de informações obtidas de ex-empregado do concorrente.

1.2.1 Livre iniciativa

O princípio da liberdade de iniciativa econômica tem as suas origens no édito de Turgot, de 1776, que determinou o fim das monopolistas corporações de ofício.

Com a Revolução Francesa, de 1789, definitivamente a indústria e o comércio ficaram liberados das velhas restrições – período em que se incrementou substancialmente a produção em razão do uso das máquinas industriais, impondo a necessidade de escoamento da produção, provocando acentuada concorrência, o que causou barateamento dos preços dos produtos, obrigando as indústrias a diminuir custos com o escopo de se manterem competitivas frente à concorrência instaurada.

Em 1791, foi editado o decreto d'Allarde, que reafirmava o princípio da liberdade de iniciativa econômica, ao enunciar a liberdade ao exercício de qualquer negócio, ofício, profissão ou arte, desde que mediante a paga de um imposto, taxas aplicáveis e sujeição aos regulamentos de polícia, suprimindo com isso as corporações de ofício.

A Lei Le Chapelier promulgada ainda naquele ano tem as mesmas bases,

proibindo as corporações de ofício. O que se constata é que, mesmo na origem, inexistia liberdade absoluta ao exercício da atividade econômica, que ficava sujeita aos regulamentos aplicáveis.

Com a segunda fase⁶ da Revolução Industrial, entre 1860 e 1960, há uma mudança de paradigma, pois, passou-se a perceber a importância dos inventos como forma de riqueza, não se exaurindo no produto acabado⁷, tanto que a Convenção de Paris⁸, de 1886, regulou a proteção da propriedade industrial, tendo por objeto as patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, marcas de serviço, nome comercial e as indicações de procedência ou denominações de origem, bem como a expressa repressão da concorrência desleal.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁹, de 2002, trata da livre iniciativa, sob o título “Liberdade de empresa”, consoante se extrai do art. 16º, que reconhece a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário, e as legislações e práticas nacionais.

No que tange ao cenário constitucional nacional, a Constituição Federal de 1934¹⁰ foi a primeira a dedicar capítulo à ordem econômica e social, estabelecendo os limites de exercício da liberdade econômica, no sentido de que a ordem econômica deveria ser organizada de acordo com os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, a fim de possibilitar a vida digna a todos.

A Carta de 1937 trazia capítulo atinente à Ordem Econômica, e dispunha que a riqueza nacional se fundava na iniciativa individual, criação, organização e invenção do indivíduo. Essa iniciativa deveria ser exercida nos limites do poder

⁶ A primeira fase da Revolução Industrial ocorreu entre 1760 e 1860, porém, limitou-se à Inglaterra, onde começaram a funcionar as primeiras indústrias têxteis, e o desenvolvimento da máquina a vapor. Da Segunda Fase, participaram Alemanha, França, Inglaterra e Rússia.

⁷ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7.

⁸ ratificada, por meio do Decreto 1.263, de 1994, através do qual o Brasil aderiu aos artigos 1º a 12 e ao art. 28, alínea 1, do texto da revisão de Estocolmo da Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial.

⁹ REVISTA PORTUGUESA DE SAÚDE PÚBLICA. Lisboa, v. 20, n. 1, jan/jun. 2002.

¹⁰ Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

público, embora, o Estado não pudesse intervir no domínio econômico, salvo para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção.¹¹

A Constituição de 1946 voltou a intitular capítulo relativo à Ordem Econômica e Social, prevendo em seu art. 145, que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

Disciplinou, ainda, nos termos do art. 148, que “ a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.” A Carta de 1946 foi a primeira a enunciar a repressão ao abuso do poder econômico e a preservação da concorrência.

A Constituição de 1967, se aproximou da redação atual, ditando que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, observadas: I) a livre iniciativa; II) a valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III) a função social da propriedade; IV) a harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V) o desenvolvimento econômico; VI) a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

1.2.2 Preservação da concorrência e cláusula de não concorrência

O embrião da concorrência no Brasil data de 1807, ano em que teve início fase econômica e cultural que propiciou o desenvolvimento do comércio e das pequenas indústrias, motivado pela chegada da Corte de D. João VI e estrangeiros

¹¹ Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

que a acompanhavam, bem como em razão da abertura dos portos.¹²

Em 1.850, através da Lei nº 556, foi criado o Código Comercial, que tinha por escopo regular as relações dos comerciantes, agentes auxiliares do comércio e outras relações de comércio e empresa.

O primeiro caso de repercussão nacional em que se defendeu a preservação do concorrente foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal em 1914. O conde Antonio Álvares Leite Penteado alienou a Companhia Nacional de tecidos de Juta, no entanto, pouco tempo após, o Conde Penteado construiu nova fábrica (Companhia Paulista Aniagem) para atuar exatamente no mesmo ramo da Cia Juta e, ainda vizinha desta.

Na época, o contrato nada previa quanto à possibilidade do alienante constituir novo fundo de comércio vindo a concorrer com a fábrica que alienou. Advogando para a Cia Juta estava José Xavier Carvalho de Mendonça, e atuando em favor da Companhia Paulista Aniagem, Rui Barbosa.¹³

Dada a ausência de previsão contratual de não concorrência, a demanda foi julgada em favor do Conde Penteado. Pouco tempo depois, a doutrina começou a defender majoritariamente o contrário, tendo a frente José Xavier Carvalho de Mendonça, que advogava “fazer boa ao comprador a coisa vendida”, ou seja, a venda teria de aproveitar ao comprador, e evidentemente a fundação de novo estabelecimento em concorrência ao adquirente, no mínimo, lhe privaria parcialmente da coisa vendida. Hoje o tema é pacífico, até mesmo porque positivado nos termos do art. 1.147 do Código Civil Brasileiro.

Nos dias atuais, com espeque na boa-fé que deve reger as relações comerciais, a atitude do Conde não guardaria consonância nos deveres de lealdade e informação. A vedação de não concorrer, todavia, é limitada ao período de cinco anos, pois, a legislação infraconstitucional não poderia vedar *ad perpetuum* o

¹² JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

¹³ Que ingressou nos autos somente em sede de embargos infringentes em nome do Conde e da Cia Paulista de Aniagem.

desenvolvimento de negócios no mesmo ramo de atividade e localização geográfica, sob pena de jogar por terra o princípio da livre concorrência e da livre iniciativa. Com efeito, uma situação é limitar o desenvolvimento da atividade no tempo e no espaço, outra é vedá-la de modo permanente.

Em 1.916, através da Lei 3.071, foi promulgado o Código Civil. Tanto o Código Comercial, quanto o Código Civil, apresentavam preocupação com o aliciamento de trabalhadores, prevendo multas elevadas aos infratores.

Em 1.943, após a criação da Justiça do Trabalho, foi promulgada a Consolidação das Leis do Trabalho, até hoje vigente, com inúmeros acréscimos. O Anteprojeto do Código do Trabalho, de 1963, de autoria de Evaristo de Moraes Filho, trazia disposição expressa acerca da cláusula de não concorrência. Embora não tenha se transformado em lei, vale conhecer o teor do Anteprojeto, já que este se aproxima bastante do que tem se compreendido por aceitável pela doutrina e jurisprudência, lembrando o disciplinado na legislação portuguesa, espanhola e italiana, no que tange à diferenciação entre dirigentes e demais trabalhadores, consoante será verificado no tópico que trata do direito estrangeiro.

O art. 581¹⁴ do Anteprojeto previa as seguintes condições para o pacto de não concorrência: a) forma escrita; b) duração máxima de 4 anos para dirigentes, e 2 anos para os demais casos; c) a limitação de trabalho: c1) se referia ao desempenho de funções iguais ou análogas às exercidas perante o empregador; c2) abrangia determinada área geográfica; c3) deveria ser determinada quanto ao objeto, tempo e lugar; c4) não poderia anular a liberdade de trabalho; c5) deveria vir acompanhada de indenização ou compensação mensal durante o prazo da vigência do pacto.

¹⁴ “Art. 581 – O pacto de exclusão de concorrência celebrado entre empregador e empregado é nulo de pleno direito se não for celebrado por escrito, dele constando uma indenização ou compensação mensal durante o prazo de sua vigência a favor do empregado e conforme certos limites de objeto, tempo e lugar.

§1º - A duração do compromisso não poderá ser superior a 4 (quatro) anos para os dirigentes e a 2 (dois) anos nos demais casos.

§2º - O objeto do compromisso deve cingir-se ao desempenho de funções iguais ou análogas às exercidas anteriormente, dentro de uma certa área geográfica, tudo de maneira a não anular a liberdade de trabalho, assegurado no art. 2º deste Código.”

Egon Felix Gottschalk¹⁵, em 1970, apontou que na ausência de proibição legal, poder-se-ia sustentar a validade da cláusula de não concorrência no contrato de emprego, “desde que observe, quanto ao alcance, lugar, tempo e compensação pecuniária, os limites razoáveis ainda computáveis com a liberdade do exercício da profissão do empregado.” Porém, ainda assim apontou sérias dúvidas quanto à validade da cláusula de não concorrência, aos argumentos de que: a) a CLT repudia contratos de prazo relativamente extenso, tanto que em 1967 reduziu o prazo do contrato de experiência de quatro para dois anos (ainda que prorrogáveis); b) são condicionados os contratos de experiência a requisitos restritivos e prazos exíguos.

Concluiu Egon Felix Gottschalk, que a empresa já possuía tutela contra atos de concorrência desleal e violação de seus segredos, responsabilizando o infrator cível e criminalmente. Todavia, diante da omissão legislativa, inexistia fundamento sólido para limitação do exercício da atividade do empregado pós-contrato de emprego. Para o autor, a aplicação da cláusula de não concorrência carecia de regulamentação, embora reconhecesse ser justificável a proteção da empresa contra atividades do empregado que explorasse acervo componente do patrimônio imaterial da empresa.

De modo diverso, no ano de 1976, Celio Goyatá¹⁶ pronunciou que, embora ausente legislação nacional a tratar do assunto, havia a possibilidade de que fossem firmados pactos de não concorrência pós-contrato de emprego, com espeque nos artigos 8º e 444 da CLT, combinados com os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), desde que houvesse vantajosa compensação financeira para o empregado.

Também reconhecendo a legalidade da cláusula de não concorrência, no ano de 1977, João Batista dos Santos e Juary C. Silva¹⁷, aduziram que as cláusulas restritivas da liberdade de trabalho são admitidas, desde que relativas a um contrato

¹⁵ GOTTSCHALK, Egon Felix. A cláusula de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 34, p. 785-786, nov. 1970.

¹⁶ GOYATÁ, Celio. **O contrato de estágio e a cláusula compromissória no direito do trabalho**. São Paulo: LTr 41, p. 1408.

¹⁷ SANTOS, João Batista dos; SILVA, Juary C. Cláusulas restritivas à liberdade de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 41, p. 600, jan. 1977.

individual de trabalho, bem como obedecendo a certos limites de objeto, tempo e lugar.

Na época em que a respeitável doutrina acima mencionada se manifestou sobre o tema, antes ainda da atual Carta Magna, não havia uso difundido de computador pessoal, quanto menos da internet, redes sociais, e uso crescente das ferramentas da telemática. Não é difícil perceber o quanto as transformações da sociedade contemporânea fizeram com que boa parte das vezes, a preservação dos bens materiais já não represente a segurança do patrimônio maior do empregador.

Com efeito, em regra, uma empresa de software tem por bem maior os seus inventos; um escritório de advocacia tem como maior patrimônio a sua clientela e o seu *know how*; uma indústria farmacêutica possui como maior patrimônio as suas fórmulas, e assim por diante. Em princípio, pois, nos exemplos citados, não são os bens materiais que representam a maior riqueza do empregador.

1.3 Objeto de proteção

O sistema capitalista tem a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência como pilares. Nesse cenário, o empregador possui o poder diretivo, organiza os sistemas produtivos, e necessita ser competitivo, bem como flexível de modo a ajustar-se às condições do mercado, protegendo a sua propriedade intelectual e também seus segredos industriais, operacionais e comerciais.

O fator conhecimento assume destaque, mantendo a empresa em condições de concorrer junto aos demais competidores. Assim, desde a admissão, durante o curso e após a relação de trabalho, há pressuposição de respeito absoluto aos direitos do empregador, no que tange às suas informações estratégicas, haja vista que o vazamento destas pode implicar a inviabilidade da própria atividade econômica desenvolvida.

Nesse contexto, o objeto de proteção da cláusula de não concorrência é o

know how da empresa – entendido como tal, nos dizeres de Egon Felix Gottschalk¹⁸, como “tudo que é a alma de certos negócios ou o verdadeiro segredo da atividade empresarial sem que os seus elementos no conjunto ou separado ainda sejam incabíveis de qualquer modalidade de propriedade industrial”.

Os avanços da tecnologia se multiplicaram, elevando a propriedade intelectual a um degrau de substancial valor agregado, e cobrando do empregado a compreensão e domínio dos processos produtivos. Essa sociedade diminuiu consideravelmente a mão de obra braçal, obrigando ao cidadão desenvolver-se para atuar com processos de tecnologia, sob pena de ficar desatualizado e despreparado para a assunção de postos de trabalho.

Daí surge justa preocupação com os bens imateriais, e isso porque não se pode pensar em alcançar os objetivos organizacionais sem o efetivo comprometimento e participação dos principais atores, no caso os empregados e empresários.

Mal comparando, é como uma equipe de futebol - não basta dizer que a meta é fazer o gol. Dado o alto grau de competitividade instaurado, e a cada vez menor diferença de nível entre as equipes, é necessário traçar estratégias, e instruir a cada um dos comandados, que, a seu turno, necessitam saber não só das suas atribuições, mas também as dos demais, formando uma agremiação coesa e com plano tático definido a ser cumprido. A técnica individual já não mais garante títulos, é necessário trabalho em conjunto.

No campo organizacional, para que uma empresa seja competitiva, não é nem um pouco diferente, faz-se necessária a sinergia entre os diversos setores, de modo que todos têm de estar envolvidos nos processos, afinal não basta que a equipe de vendas supere todas as metas, se a produção não entregar o objeto da venda; ou se estabelecer uma belíssima estratégia de marketing, e não treinar os vendedores explicando os diferenciais do produto.

¹⁸ GOTTSCHALK, Egon Felix. A cláusula de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 34, p. 782, nov. 1970.

Pois bem, o que se quer dizer é que, na empresa contemporânea as partes interagem, de modo que há uma interdependência de funções, a fim de se alcançar os resultados almejados. A isso se alia o alto grau de especialização para diversas atividades, a presença diuturna de tecnologia de ponta tanto na produção, quanto na criação e comunicação, onde se incluem o trabalho remoto, o teletrabalho e a telemática, perfazendo um cenário onde a proteção de bens imateriais deixa de ser opção para tornar-se obrigação do empregador que deseja manter-se no mercado, mormente se pretende ser competitivo.

Nessa condição, em decorrência da relação de emprego, tem o empregado acesso às diversas fases da atividade empresarial, que propiciam o conhecimento não só do sistema de produção, mas também de valores concorrenciais, que representam a alma do negócio. Não se pode permitir que o concorrente tenha acesso às informações que são próprias da empresa, e que foram obtidas após considerável volume de trabalho, dedicação e envolvimento dos partícipes nos processos de planejamento, criação, produção e distribuição, além de recursos financeiros.

O *know how*, no entanto, não se revela sem investigação técnica, e não transparece com o produto final. Mesmo não sendo objeto da tutela da propriedade industrial, representa bem de valor patrimonial. E tanto assim o é que parte das vezes figura como parte do capital para ingresso em sociedade empresarial.

Cada vez mais, ao empregador torna-se difícil demonstrar o que se sujeita à confidencialidade, e quais os bens imateriais a serem protegidos, fazendo-se imperiosa a adoção de política preventiva, mediante a proposição da cláusula de não concorrência combinada com a política de confidencialidade, visando ao resguardo, a título exemplificativo, dos seguintes bens: lista de clientes; informações pessoais de clientes; banco de dados, política de preços; planos de marketing; transações, segredos e dados comerciais; estratégias do negócio; segredos de indústria e de negócios; fórmulas e técnicas de produção; novos inventos; métodos de fabricação e produção.

Desse modo, e a fim de não enfrentar um concorrente que tenha acesso às

suas informações estratégicas, o empregador visa à preservação de seu *know-how*, o que pode ser alcançado por meio da cláusula de não concorrência, preferentemente combinada com política de confidencialidade definida.

1.4 Fundamentos

Não há disposição expressa na CLT tratando da cláusula de não concorrência. Tão somente o há no curso do contrato de emprego, consoante o art. 482, alínea “c” da CLT, que considera a concorrência ao empregador durante o contrato, motivo para rescisão por justa causa, haja vista a quebra da relação de confiança pela violação dos deveres de lealdade, fidelidade e boa-fé inerentes ao contrato de trabalho. Não significa, todavia, que o direito material do trabalho fique alijado da aplicação da cláusula de não concorrência.

A aplicação do pacto de não concorrência após o encerramento do contrato de emprego goza de amparo constitucional, fundado na iniciativa privada (art. 1º, inciso IV, CF), direito geral de liberdade (art. 5º, caput, CF), livre iniciativa (170, caput, CF), propriedade privada (art. 170, II, CF), livre concorrência (art. 170, inciso IV, CF), direito de propriedade (art. 5º, caput e inciso XXII, CF), defesa do consumidor (art. 170, V, CF), e até mesmo na busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF).

Com efeito, em um sistema capitalista, o mercado se desenvolve a partir da livre iniciativa, livre concorrência, liberdade contratual, direito de propriedade e defesa do consumidor, razão pela qual, no momento, o presente estudo se dedicará aos fundamentos e breve visão dos impactos da livre iniciativa na formação da livre concorrência e na defesa do consumidor.

A livre iniciativa é princípio fundamental a ser observado, inserido no art. 1º, inciso IV, da CF/88, juntamente com os valores sociais do trabalho.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios do Distrito Federal, constitui-se em Estado

Democrático de Direito e tem como fundamentos:
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

As prescrições do art. 170 da CF também revelam que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e visa, dentre outros, garantir a livre concorrência e a defesa do consumidor. O Parágrafo Único do art. 170 assegura expressamente o livre exercício de qualquer atividade econômica, ressalvados os casos previstos em lei, para os quais há a necessidade de autorização dos órgãos públicos.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

...

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A observância da livre iniciativa de cunho constitucional consagra a liberdade de iniciativa econômica, consubstanciada na liberdade de instituir e explorar atividade econômica, não estando sujeita a restrições, se não em virtude de lei – o que possibilita o acesso do fornecedor ou prestador ao mercado, e traz ínsita a livre concorrência e a liberdade contratual.

A livre concorrência, a seu turno, se caracteriza pela faculdade de conquistar uma fatia do mercado, em uma competição aberta aos que dela desejem participar desde que atuem de modo leal e ético, ou seja, desde que não exerçam concorrência desleal ou atuem de modo a minar a livre concorrência no mercado, contando, para tanto, com a atuação neutra do Estado. É claro que a livre concorrência possui caráter de igualdade formal, mas não material. Daí o porquê inclusive a norma constitucional prevê tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte.

A concorrência se caracteriza, pois, pela liberdade: de acesso das empresas ao mercado; de tomada de decisões empresariais; e de escolha por parte dos

consumidores. Sua origem se encontra na livre iniciativa da organização empresarial, e se estabelece quando o produto ou serviço é posto no mercado.¹⁹

Trata-se da disputa entre aqueles que exercem a mesma atividade, e goza de expressa garantia constitucional. Figura como elemento essencial para o almejado crescimento econômico, na medida em que força o desenvolvimento das empresas de um modo geral, desde os produtos, serviços, tecnologia empregada, atendimento prestado, até o incremento de produtos, serviços, tecnologias e outras melhorias visando à obtenção de maior parcela do mercado objeto de competição.

Nas relações concorrenciais, o elemento boa-fé deve se fazer obrigatoriamente presente, ficando vedadas práticas abusivas ou que visem o ganho de fatia de mercado de modo ilegal. A competição livre é condição sem a qual o mercado não sobrevive, e serve como escudo ao consumidor. Isso porque não só impede a prática abusiva de preços, como também fomenta a entrega de produtos e serviços de melhor qualidade.

A defesa do consumidor é elemento indissociável da ordem econômica, visando à justiça social. Em uma economia contemporânea, é evidente que aquele que oferece produtos ou serviços de baixa qualidade e com preço elevado não sobrevive, de modo que exposto à competição obriga-se a aperfeiçoar-se. Exemplo clássico é a abertura do mercado nacional na era Collor, que forçou amplo desenvolvimento da indústria automobilística brasileira, se comparada com o período anterior.

Ademais, o art. 219 da Carta de 1988 reconhece que o mercado nacional integra o patrimônio nacional, e que será incentivado para a viabilização do desenvolvimento econômico, bem estar da população, dentre outros.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

¹⁹ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 17-18.

Possível ainda a fundamentação com base no direito geral de liberdade inserido no art. 5º, caput da CF como preceito para a liberdade contratual, e também com fulcro na autonomia privada.

Insere-se também o inciso VIII do art. 170 da CF, que trata da busca do pleno emprego, e isso porque a violação à cláusula de não concorrência pode ter efeitos desastrosos, colocando em risco a continuidade do negócio da empresa atingida, e por evidente consequência os empregos por esta produzidos.

Com efeito, o vazamento de informações estratégicas para os concorrentes diretos, coloca a empresa em situação de evidente desvantagem concorrencial. A depender do tipo de concorrência em que a empresa está inserida, esta pode ser levada à bancarrota.

Soma-se ainda que a ciência e tecnologia ganharam capítulo próprio dentro do título *Da Ordem Social*, junto à Carta Magna (capítulo IV), o que revela a preocupação do constituinte com o desenvolvimento do país, atribuindo às empresas o papel de buscar incremento tecnológico, e ao mesmo tempo garantindo que estas possam se valer economicamente das suas descobertas por força da proteção oferecida aos bens imateriais relativos à propriedade industrial.

Nesse contexto, a proteção das informações estratégicas, políticas empresariais e outros elementos que compõe o *know how* dos competidores é uma das formas de permitir uma concorrência justa e equilibrada, ao menos sob o ponto de vista formal. Portanto, é adequado, necessário e justo que as sociedades empresariais se protejam se houver um potencial risco de lesão a esses bens imateriais.

Essas considerações e fundamentos quanto à liberdade de iniciativa e livre concorrência são imprescindíveis para a compreensão da cláusula de não concorrência, pois, lhe emprestam fundamento social, na medida em que esta representa forma eficaz de tutela do *know how* do empregador, a fim de que o ex-empregado não gere um desequilíbrio concorrencial por conta de informações confidenciais obtidas no curso do contrato de emprego, e repassadas após o término

da relação laboral em favor de concorrente – o que prejudica até mesmo o consumidor, quando conduz à diminuição ou ausência de concorrência.

No cenário infraconstitucional, seguindo os ditames da Carta Maior, a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que revogou inúmeros dispositivos da Lei 8884/94, estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

O capítulo II, art. 36 da Lei 12.529 trata das infrações à ordem econômica, destacando-se para fins do presente estudo, o inciso I que trata da infração decorrente de qualquer forma prejudicial a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Por irradiação constitucional, a cláusula de não concorrência goza de amparo nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva (art. 422, CC) e função social do contrato (art. 421, CC), além da presunção de licitude do contrato (art. 122, CC). Acresça-se ainda a possibilidade das partes firmarem contratos atípicos (425, CC).

Aliás, a boa-fé objetiva e a função social do contrato se encontram no rol dos princípios que estruturam o direito contratual contemporâneo, ao lado do equilíbrio econômico, e da eticidade. Tais princípios estão presentes em todas as relações contratuais, e irradiam os preceitos constitucionais.

Com efeito, no Código Civil de 2002, a boa-fé é trazida como regra de conduta imposta aos contratantes em todas as fases, ou seja, desde a fase pré-contratual até o momento pós-contratual.

Sobre a cláusula geral da boa-fé sob a perspectiva contratual, escreve Luiz Daniel Rodrigues Haj Mussi, “haverá ilicitude sempre que se configurar ofensa ao princípio da boa-fé ou abuso de direito. O intérprete não perquire acerca dos efeitos pró ou anti competitivos, mas se houve oportunismo.”²⁰

²⁰ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. **Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São

A cláusula geral da boa-fé objetiva impõe comportamento correto, equilibrado, ético e honesto em todas as fases das relações contratuais, ou seja, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.²¹ Nesse diapasão, a boa-fé objetiva prevista pelo art. 422 do CC fundamenta a responsabilidade pré e pós-contratual, e se divide em dever de proteção e lealdade. Da boa-fé objetiva derivam deveres colaterais, tais como de cuidado, aviso e esclarecimento, informação e proteção nas relações contratuais.

O dever de proteção consiste na vinculação das partes a não provocar danos ao outro contratante, mesmo após a extinção do vínculo. O dever de lealdade implica que, mesmo após extinto o pacto laboral, permanece o dever das partes de não atuarem de modo a diminuir as vantagens ou causar danos ao antigo contratante. “Sobressaem-se do dever de lealdade, o de não concorrência e o dever de sigilo perante as informações obtidas na constância da relação havida.”²²

Destacam-se os deveres de guardar sigilo acerca das informações sobre as quais se teve acesso no curso de uma relação contratual, ou em fases preliminares de negociações. A boa-fé objetiva fundamenta, pois, a responsabilidade pré e pós-contratual – está última em que se insere a cláusula de não concorrência no contrato de emprego.

Com efeito, o empregado deve se abster de utilizar ou repassar as informações estratégicas e confidenciais que lhe foram passadas por força do contrato de emprego, também ao final deste, dada especialmente a boa-fé que rege as relações contratuais, mantendo-se o equilíbrio contratual, ficando vedado ao empregado concorrer com o ex-empregador, por si ou por terceiros.

Paulo – USP, São Paulo, 2007, p. 140.

²¹ DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Civil Pós-Contratual no Direito Civil, no Direito do Consumidor, no Direito do Trabalho e no Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62, 115-116. Há quem sustente que a redação do art. 422 seria inaplicável nas fases pré e pós-contratual, na medida em que o dispositivo em referência faz menção expressa à conclusão e execução do contrato. Rogério Ferraz Donnini abordando o assunto diz que, de fato, a redação do art. 422 não prima pela clareza, todavia, o dever de boa-fé se faz presente em todas as fases do contrato (inclusive pré e pós), haja vista que se trata de cláusula geral, que exige probidade e correção não somente nas relações contratuais, mas, também em qualquer relação jurídica, por força do comando de ordem pública do parágrafo único do art. 2.035 do novo Código Civil. *Ibidem*, p. 116.

²² BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 264-265.

A responsabilidade pós-contratual, assim, consiste na responsabilidade do contratante que não agiu de acordo com a boa-fé, após o término do contrato, mesmo que tenha cumprido com todos os seus deveres durante o contrato. Caracteriza-se, pois, pela existência de deveres para os contratantes, mesmo após a extinção do contrato.

A função social do contrato prevista pelo art. 421 do CC não só limita a autonomia privada, como também tem por objeto a busca de comportamento ético, com exata comutatividade e boa-fé, mesmo após a extinção do contrato. E ainda, o art. 122 do CC enuncia serem lícitas as condições não contrárias à lei, à ordem ou aos bons costumes.

A irradiação dos direitos constitucionalmente previstos via cláusulas gerais encontra abrigo seguro nos seguintes dispositivos da legislação celetária: a) art. 8º da CLT que permite a aplicação, dentre outros, da equidade, dos princípios de direito, do direito comparado e do direito civil como fontes subsidiárias de aplicação do direito do trabalho; b) art. 444 da CLT, que enuncia a liberdade para estipulação das condições contratuais, se não contrárias às disposições de proteção ao trabalho. Nesse sentido tem entendido os Tribunais pátrios:

II- CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA – VIGÊNCIA APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO – VALIDADE – É válida a cláusula de não-concorrência que tenha vigência mesmo após a extinção do contrato de trabalho, embora tal modalidade não encontre disciplina jurídica no Direito do Trabalho. Assim, constatada a lacuna, possibilita-se, por força do art. 8º da CLT, a aplicação do art. 122 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que "São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.". Desse modo, seria lícita, em tese, a pactuação de cláusula de não-concorrência após a cessação do contrato de trabalho. (TRT 09ª R. – RO 18154/2009-002-09-00.8 – 1ª T. – Rel. Edmilson Antonio de Lima – DJe 17.08.2010 – p. 147)

Desse modo, as normas de proteção previstas pelo art. 444 da CLT não representam óbice à estipulação de regras que sejam adequadas às partes, e sim representam livre manifestação dos sujeitos pactuantes, de sorte que, em se tratando de cláusula de não concorrência, a presunção é pela inexistência de

coação ao empregado²³. Entretanto, isso não significa dizer que a cláusula presume-se válida, consoante será abordado nos capítulos 3 e 4. Por ora, é importante conhecer o teor da legislação estrangeira que aborda o tema.

1.5 Direito estrangeiro

O conhecimento da legislação estrangeira ganha contornos especiais diante da omissão legislativa pátria quanto ao assunto. Com efeito, considerando a porta de entrada do artigo 8º da CLT, é possível buscar a aplicação da cláusula de não concorrência também no direito estrangeiro.

Com algumas limitações, a legislação estrangeira tem autorizado a inserção de cláusula de não concorrência, *v.g.*, Itália, Espanha, Portugal e Alemanha. Na França, o uso da cláusula é fruto de normas coletivas, e tem sido validado por força de entendimento jurisprudencial, enquanto nos Estados Unidos, se observa tanto a previsão regulada em norma coletiva em alguns Estados, quanto os usos e costumes em outros. Vê-se, pois, que no direito estrangeiro, a cláusula de não concorrência deriva de fontes diversas.

1.5.1 Europa

As legislações da Itália, Espanha e Portugal não só tratam de modo expreso da matéria, como também apresentam diferenciação quanto ao número de anos em que o pacto de não concorrência pode vigorar, de acordo com o grau hierárquico dos trabalhadores.

O **Código Civil Italiano**, através do livro V, trata da legislação trabalhista, onde se pode constatar a existência de dispositivos acerca da não concorrência, tanto na vigência quanto após o contrato de trabalho. Durante o contrato - se refere ao pacto de fidelidade - regrado pelo art. 2105 do Código Civil. Após o contrato de

²³ Consoante aplicação analógica da OJ 160 da SDI-1 do TST.

trabalho, o art. 2.125 autoriza o *patto di non concorrenza*²⁴, de sorte a limitar a atividade do empregado.

Para tanto, a cláusula deverá ser escrita, acompanhada de contraprestação, e ser limitada quanto ao objeto, lugar e tempo, sob pena de nulidade. E ainda, não poderá ser superior a cinco anos para dirigentes (entendidos como tais os que ocupam cargo de confiança, com poderes de gestão diretivos e disciplinares, ou altos cargos técnicos aos quais cabem as decisões técnico-produtiva)²⁵, e a três anos para os demais trabalhadores. Se pactuada com duração superior, poderá ser reduzida nos termos do dispositivo legal.

Na **Espanha**, a matéria também é regulamentada de modo distinto entre os empregados de alto escalão e os demais empregados, sendo estes subdivididos em empregados com e sem conhecimento técnico. Os empregados de alto escalão estão regrados pelo Real Decreto 1.382/85, ao passo que os demais empregados tem suas relações disciplinadas no *Estatuto de los Trabajadores*.

Empregado de alto escalão tem seu conceito traçado no artigo 12 do Real Decreto²⁶ 1.382/85. Trata-se de empregado que ocupa cargo de comando e gestão, e que tem o dever de não concorrer com o empregador, no curso do contrato de emprego, e pode ser sujeito da cláusula de não concorrência pós-contrato, desde que haja efetivo interesse industrial ou comercial a ser protegido, mediante adequada compensação financeira, e com limitação de dois anos²⁷. Inexiste obrigatoriedade de

²⁴ Art. 2125. Patto di non concorrenza

Il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto, è nullo se non risulta da atto scritto (2725), se non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo. La durata del vincolo non può essere superiore a cinque anni, se si tratta di dirigenti, e a tre anni negli altri casi. Se è pattuita una durata maggiore, essa si riduce nella misura suindicata (2557, 2596; att. 198).

²⁵ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 82.

²⁶ Art. 12. Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejerciten poderes inherente a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo 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 ocupen aquella titularidad.

²⁷ Art. 8º. Pacto de no concurrencia y permanencia em la empresa.

1. El trabajador de alta dirección no podrá celebrar otros contratos de trabajo com otras Empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario. La autorización del empresario presume cuando la vinculación a otra Entidad fuese pública y no hibiese hecho exclusión de ella em

limitação geográfica, bem como ausente vinculação ao salário anteriormente percebido.

O *Estatuto de Los Trabajadores*²⁸, em seu artigo 21, disciplina a não concorrência para os empregados comuns, subdividindo-os em trabalhadores técnicos e os demais. Após o contrato, a cláusula de não concorrência não poderá ter duração superior a dois anos para os técnicos e seis meses para os demais trabalhadores, sendo válida somente se houver efetivo interesse do empregador – seja interesse industrial, seja comercial - bem como compensação econômica adequada ao empregado.

Clama atenção que o direito espanhol prevê a possibilidade do empregado renunciar à cláusula de não concorrência, nos termos do art. 21.3. - com o que fica a Empresa desprotegida contra eventual má-fé de seus empregados, correndo o risco de exposição de informações estratégicas durante a vigência do contrato de trabalho.

el contrato especial de trabajo.

2. Cuando el cargo 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 aquél abandona el trabajo antes del término fijado.

3. El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, sólo 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.”

²⁸ Art. 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 concurrencia 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 válida 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 otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica y 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 pactar 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.

A **Constituição da República Portuguesa** garante a liberdade de trabalho, consoante será tratado no capítulo seguinte. O que interessa de momento, é que diante dessa vedação, parte da doutrina entende que a redação da Constituição, pela sua natureza principiológica, veda qualquer imposição de restrição ao trabalho.

O Decreto-Lei²⁹ 49.408, de 24 de novembro de 1969, através do art. 36, que trata da liberdade de trabalho e pacto de não concorrência, também, de início, declara nula qualquer cláusula individual ou coletiva que prejudique o exercício do direito ao trabalho, após o encerramento do contrato. Todavia, passa a admitir a aplicação da cláusula de não concorrência, com restrições.

Há previsão infraconstitucional, que, mesmo reiterando a liberdade de trabalho constitucionalmente prevista, impõe a não concorrência, não só durante o contrato, mas também no pós-contrato de trabalho - diferentemente do Brasil, onde inexistente tal previsão, ressalvada a concorrência desleal.

A jurisprudência portuguesa tem admitido a aplicação da cláusula de não concorrência. Trata-se de paradigma de admissão da cláusula de não concorrência, mesmo em havendo expressa determinação de nulidade de cláusulas que pactuem a restrição ao livre exercício do trabalho.

No exemplo oferecido, em verdade, a legislação infraconstitucional seguiu a mesma diretriz traçada pela Carta Maior, tanto que, de forma bastante técnica, iniciou a redação do Decreto 49.408 tratando da nulidade das cláusulas atentatórias ao livre exercício do trabalho. Com isso, o legislador demonstrou que sabia bem o

²⁹ Art.36. Liberdade de trabalho; pacto de não concorrência.

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

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

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

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

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

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

que estava fazendo, e que não olvidou do comando constitucional, ao permitir, em seguida, a limitação do direito ao livre exercício do trabalho, de modo condicionado.

O art. 146 do Código do Trabalho³⁰ admite o pacto de não concorrência pós-contrato de trabalho, mediante o cumprimento de uma série de requisitos, de modo que a cláusula de não concorrência só será admitida no direito português, mediante as seguintes condições cumulativas: a) o tempo de limitação não exceda dois anos após o contrato, podendo chegar a três anos em se tratando de trabalhador que ocupe cargo de confiança ou execute atividade em que tenha acesso a informações sensíveis do ponto de vista da concorrência; b) a cláusula tem que constar de modo escrito do contrato ou do acordo de cessação do vínculo; c) a vedação não pode ser genérica e tem de possuir o condão de causar efetivo prejuízo ao empregador, ainda que em determinada área; d) o trabalhador deve receber compensação a ser ajustada pelas partes durante o tempo de limitação da sua atividade.³¹

Existem disposições que dizem respeito à redução da indenização pós-contrato, mediante dedução do novo salário caso o trabalhador ingresse em outra atividade profissional, e em razão dos investimentos realizados pelo empregador na formação profissional do empregado no curso do contrato. Nota-se, pois, que, o direito lusitano prevê a dedução de valores investidos em formação profissional, enquanto, no Brasil, a jurisprudência prega o uso do pacto de permanência em

³⁰ Art. 146º. Pacto de não concorrência

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

a) constar tal cláusula, por forma escrita, do contrato ou do acordo de cessação deste;
b) tratar-se de actividade cujo exercício possa efectivamente causar prejuízo ao empregador;
c) atribuir-se ao trabalhador uma compensação durante o período de limitação de sua actividade, que pode sofrer redução equitativa quando o empregador houver despendido somas avultadas com sua formação profissional.

2.- Em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em acto ilícito do empregador o montante referido na alínea c) do número anterior é elevado até ao equivalente à retribuição base devida no momento da cessação do contrato, sob pena de não poder ser invocada a cláusula de não concorrência.

3. São deduzidas no montante da compensação referida no número anterior as importâncias percebidas pelo trabalhador no exercício de qualquer actividade profissional iniciada após a cessação do contrato de trabalho até ao montante fixado nos termos da alínea c) do nº 2.

4. Tratando-se de trabalhador afecto ao exercício de actividades cuja natureza suponha especial relação de confiança ou com acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, a limitação a que se refere o nº 2 pode ser prolongada até três anos.

³¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho Parte II** – Situações Laborais Individuais. São Paulo: Almedina, 2012, p. 933.

situação análoga.

A redação, todavia, é ambígua, pois não se compreende de modo claro qual o valor da indenização nas hipóteses ventiladas, consoante reconhecido pela própria doutrina portuguesa.

Nos apontamentos de Maria do Rosário Palma Ramalho,

[...] “a norma levanta uma dúvida na sua aplicação, porque a previsão da redução da compensação a pagar ao trabalhador até ao montante fixado nos termos da al. c) do art. 2º não é compreensível, uma vez que esta norma não refere qualquer montante para a referida compensação, mas apenas um montante relativo às despesas do empregador com a formação profissional do trabalhador. Contudo, a ser este o montante a ter em conta, a norma perde utilidade, porque estas despesas já permitem, por si sós, uma dedução equitativa na compensação ao abrigo do art. 146º nº 2 c).”

Aventurando-se em terrenos de direito estrangeiro, quer parecer, pela redação do dispositivo em comento, que o valor pecuniário da compensação, no direito português, não poderá ser inferior ao último salário recebido, na hipótese de rescisão indireta, mesmo deduzidos os valores de eventual investimento em formação do trabalhador.

Ao romper com a cláusula de não concorrência, não só o trabalhador pode responder civilmente, sem prejuízo da cláusula penal, como também, em se admitindo a eficácia externa das obrigações, responsabiliza-se ainda o novo empregador.³²

Na **Alemanha**, consoante lições de Catia Raposo Novo³³, há previsão legal expressa quanto ao pacto de não concorrência, definindo quanto às obrigações das partes, requisitos de validade, hipóteses de exclusão da indenização e de exclusão da obrigação de não fazer. O Código Industrial aplicável às relações de indústria (GewO), em seu art. 133f, disciplina que o acordo entre empresário e empregado,

³² JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

³³ NOVO, Catia Guimarães Raposo. **Da Cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho**. 2007. 208f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 94-99.

para restrição de atividade após o contrato de trabalho, só é vinculante se as restrições de tempo, lugar e objeto não ultrapassarem de limites que dificultem de modo não equitativo o progresso profissional do empregado.

O art. 74 do HGB (Código Comercial alemão) prevê que o pacto de não concorrência pós-contrato de trabalho deve ter obrigatoriamente forma escrita e descritivo das limitações, bem como prazo máximo de dois anos. Para a validade dos pactos, estes devem prever indenização a ser paga todo final de mês, mesmo quando o empregado já não ofereça condições de concorrer. Essa indenização deve guardar relação com a limitação imposta, de modo que haja a observância da proporcionalidade do valor da indenização com a restrição.

Caso o empregado não honre com o pactuado, poderá ser multado consoante valores previstos no instrumento de não concorrência. Tais valores estão sujeitos à revisão do órgão julgador, na hipótese de exagero.

O direito alemão prevê expressamente a possibilidade de renúncia do empregador quanto à cláusula de não concorrência, desde que o faça por escrito antes do término do contrato – obedecendo a carência de um ano antes de estar desobrigado.

O art. 75 do Código Comercial Alemão traz previsões de quando a cláusula de não concorrência é inválida, elencando as seguintes hipóteses: a) empregado requer a rescisão do contrato por ausência de cumprimento do pactuado por parte do empregador, de modo semelhante à rescisão indireta prevista pelo art. 483 da CLT; b) quando o empregador rescinde o contrato sem justa causa.

Em havendo justa causa para rescisão do contrato em razão de falta cometida pelo empregado, permanece o pacto, embora o empregador possa se recusar a pagar a indenização nos termos em que foi estipulada, consoante previsão do art. 75a do HGB.

Na **França**, inexistente disposição legal que regule a aplicação da

cláusula de não concorrência, nem mesmo no curso da relação de trabalho. Coube à jurisprudência oferecer contornos ao tema, previsto em sede de negociações coletivas.

As convenções coletivas têm adotado duas posições distintas: a) interdição de concorrência; ou b) oferecer balizamentos, fora dos quais as cláusulas de não concorrência podem ser substituídas ou invalidadas. Normalmente as convenções preveem o tempo máximo de dois anos, em que pese possa ser estipulado período superior, desde que haja restrição da área geográfica.³⁴

Consoante decisão da Corte de Cassação³⁵ de 12 de janeiro de 2000, foi admitida a inserção de cláusula de não concorrência, “desde que necessária à proteção dos legítimos interesses da empresa e não obstasse o empregado de assumir outro emprego, de acordo com sua formação e experiência profissional.”

Na hipótese em tela é necessário, pois, que o judiciário examine se a empresa, de fato, tem interesse em se prevenir, e se ela tem concorrentes perigosos capazes de recrutar o empregado. Na avaliação do risco deverá ser levada em consideração a função que o empregado exerce na empresa, tomando-se três indicadores por base: “contato com clientela, acesso às informações específicas sobre a empresa, aquisição de *know how* da empresa”.³⁶

Segundo Alice Monteiro de Barros, os autores franceses criticam a decisão da Corte de Cassação, na medida em que – diferentemente da jurisprudência – não houve limitação da aplicação da cláusula no tempo e no espaço.³⁷

Oportuna questão a salientar é que, diferentemente do entendimento jurisprudencial brasileiro, na França os valores pagos em razão do pacto de não concorrência não têm sido entendidos como indenizatórios, e sim com caráter

³⁴ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83-84.

³⁵ Esclareça-se que o Tribunal de Cassação é um órgão do judiciário francês, que funciona como espécie de anexo do legislativo, tendo por escopo cassar as decisões proferidas em dissonância com a lei, sem entrar no mérito das questões postas à sua apreciação. COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição**. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 145.

³⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 258.

³⁷ *Ibidem*, p. 258.

salarial, o que traz ônus ao empresário.³⁸

1.5.2 Estados Unidos da América

Em que pese o direito norte-americano se funde no sistema de *common law*, para efeitos do presente trabalho, é interessante conhecer o modo como a legislação e jurisprudência tem entendido a cláusula de não concorrência.

Com apoio em Regiane Teresinha de Mello João³⁹, observa-se que legislação trabalhista dos Estados Unidos da América prevê direitos mínimos, cabendo aos Estados membro legislar sobre as condições de trabalho. Nesse diapasão, alguns Estados disciplinam a matéria, e outros se valem dos usos e costumes para validar ou não a aplicação da cláusula, através da análise do caso concreto pelo Judiciário. A título de exemplo, os Estados do Texas, Flórida e Wisconsin possuem disciplina normativa para a cláusula de não concorrência.

Curiosa situação envolve os Tribunais texanos, pois, mesmo com a *Convenant not to Compete Statue*, de 1989, a jurisprudência se recusou a validar a cláusula de não concorrência. Foi preciso editar a “1993 Act”, seguindo a linha das orientações deixadas pela jurisprudência, para que se validasse a aplicação da cláusula de não concorrência, com base nos seguintes requisitos: a) acordo entre as partes; b) real interesse do empregador, face o potencial lesivo; c) razoabilidade das restrições.

Legislação que chama atenção é a californiana, que rejeita qualquer cláusula que restrinja o trabalho, ao argumento de que se trata de violação a direito fundamental. Porém, possui uma legislação bastante rígida no que tange à confidencialidade e proteção intelectual, resguardando, com isso, as inúmeras empresas de tecnologia da informação naquele Estado instaladas.

³⁸ NOVO, Catia Guimarães Raposo. **Da Cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho**. 2007. 208f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 78.

³⁹ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 89.

Com escopo ilustrativo, citam-se os Estados de Nebraska e New York, onde não há legislação específica para tratar da cláusula de não concorrência pós-contrato de trabalho. No Nebraska, não tem sido validada a aplicação da cláusula de não concorrência, a não ser quando da existência de concorrência desleal pelo empregado. Os Tribunais de New York acatam a cláusula de não concorrência, desde que obedecidos os seguintes requisitos: a) a restrição não pode ir além do necessário; b) não impor injusta opressão ao empregado; c) não trazer prejuízos ao público. Ponto central para os Tribunais nova-iorquinos é a descrição do alcance da restrição, v.g., restrição de relacionamento com antigos clientes, sendo lícito que o ex-empregado procure novos clientes.

No que tange à cobrança da obrigação de não fazer, releva apontar decisão proferida em 1998 pelo Tribunal Distrital de Maryland, no caso Intelus x Barton. Para entender o caso, a Intelus opera no ramo de softwares para empresas médicas, e Barton atuava desde 1993 como gerente de contas. O contrato de trabalho firmado, em síntese, previa confidencialidade, proibição de concorrência direta e indireta, bem como vedação ao assédio a clientes da Intelus, e não aliciamento de empregados ou prestadores de serviços da Intelus, por seis meses após a ruptura contratual.

Barton pediu demissão da Intelus, e menos de uma semana após, já estava trabalhando para a concorrente MedPlus Inc, o que motivou a Intelus a provocar a tutela jurisdicional, a fim de que Barton cumprisse as obrigações assumidas, tendo o Tribunal concluído pela existência de risco irreparável de danos para a Intelus, declarando o ex-empregado impedido de manter contatos com clientes do antigo empregador em favor do novo empregador, e proibindo Barton de trabalhar para a MedPlus por seis meses.

Adriana Calvo⁴⁰ menciona dois casos interessantes. O primeiro ocorreu em 1994. O Diretor Geral das Operações Californianas da Pepsi foi para a Gatorade

⁴⁰ CALVO, Adriana Carrera. Os aspectos legais e a validade da cláusula de não-concorrência no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 616, 16 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6450>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

Quaker Oats, como Diretor Executivo Operacional da divisão mundial. A Pepsi Co. ajuizou ação em razão de contrato de confidencialidade e não-concorrência. O executivo era co-responsável pelo plano de marketing de refrigerantes da empresa. A sentença o obrigou a não trabalhar para a Gatorade durante 6 (seis) meses, e o proibiu que fossem revelados os planos da PepsiCo. aos novos patrões.

O outro *case* envolve empregado de cargo de alta gestão da Campbell Soup, que foi para a H. J. Heinz Co. A Campbell processou-o, invocando cláusula de não concorrência, e o empregado teve que esperar 7 (sete) meses antes de assumir o novo cargo, e foi proibido de manter contato com o novo empregador.

1.6 Figuras Complementares

Para este tópico, foi selecionada a concorrência desleal e a cláusula de confidencialidade, haja vista a complementaridade que esses institutos oferecem à cláusula de não concorrência, na proteção dos segredos e *know how* do empresário.

1.6.1 Concorrência desleal

A livre iniciativa e a livre concorrência figuram como propulsores do desenvolvimento econômico, e estão expressamente previstas na CF, consoante se infere do disposto no art. 1º, inciso IV e art. 170, inciso IV da CF. Proteger o regime de livre concorrência significa combater exercícios de concorrência desleal. A cláusula de não concorrência também tem por finalidade macro a manutenção da igualdade formal entre os competidores, conforme já abordado. Neste escopo insere-se que o tipo penal da concorrência desleal é figura que tem similar escopo ao da cláusula de não concorrência, sendo complementar a esta.

Ademais, o Brasil se obriga a coibir atos de concorrência desleal, por força da Convenção da União de Paris⁴¹, de 1883, para a proteção da propriedade

⁴¹ “Art. 10. I – Les pays contractants son tenus d’assurer aux ressortissants de l’Union une protection effective contre le concurrence déloyale.

industrial, que foi revista em Bruxelas, Washington e Haya, respectivamente nos anos de 1900, 1911 e 1925. O artigo 10 da Convenção enuncia em suma, que os países da União se obrigam a assegurar proteção efetiva em seus países contra a concorrência desleal, bem como que será considerada concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos e costumes em matéria industrial ou comercial.

Há de se proteger a empresa, afinal a concorrência desleal tem o condão de excluir a empresa da disputa do mercado, gerando, por conseguinte, desemprego, e prejuízo ao consumidor que fica mais volúvel à ganância das empresas que dominam um mercado sem competição.

A boa-fé deve estar presente em qualquer relação, de modo que não seria diferente em relações concorrenciais. Todavia, nem sempre é o que ocorre, ensejando a punição do infrator, que comete o crime de concorrência desleal, de acordo com a tipificação do artigo 195 da Lei 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual.

No que diz respeito ao direito do trabalho, merecem atenção os incisos IX, X e XI do art. 195, consoante redação que segue:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

...

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

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

XI – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

Para os fins do presente estudo, o destaque especial fica por conta do inciso XI do artigo 195 da Lei 9.279/96, que trata da tipificação da concorrência desleal, mesmo após o encerramento do contrato de trabalho, se o empregado, sem autorização, divulgar, explorar ou utilizar conhecimentos, informações ou dados confidenciais, passíveis de utilização na indústria, comércio ou prestação de serviços, a que teve acesso no curso da relação de trabalho ou emprego. A excludente do tipo legal configura-se quando o conhecimento, informação ou dado já for de conhecimento público ou evidente para um técnico no assunto.

Não se confunde concorrência desleal com não concorrência. Com efeito, no curso do contrato de emprego, a concorrência ao empregador é tida por desleal, e tem por condão gerar a rescisão do contrato por justa causa, se o empregador assim desejar; a concorrência desleal está tipificada no Código Penal e na Lei de Propriedade Industrial e enseja punição mesmo após encerrado o contrato de trabalho. Não há necessidade, pois, de qualquer pacto para tanto.

Durante o contrato de trabalho, a cláusula de não concorrência também não precisa ser pactuada, e pode ensejar a rescisão do contrato de trabalho, por justa causa, se violada. Porém, necessariamente há de ser ajustada, caso se deseje aplicá-la pós-contrato de emprego.

Contudo, mesmo sendo figuras diversas, a concorrência desleal é uma forma de violação dos deveres da boa-fé, pois, a ausência de lealdade, proteção e sigilo de informações, de modo indene de dúvidas, pode ensejar concorrência com o empregador, tanto no curso da relação de emprego, quanto após. Com efeito, o empregado toma ciência de elementos que compõe o *know how* da empresa, o que ocorre por força do contrato de emprego, onde a confiança e a lealdade recíprocas devem ser mantidas em todas as suas fases, ou seja, antes da celebração do pacto, durante e após o término da relação laboral.

1.6.2 Cláusula de confidencialidade

A cláusula de confidencialidade visa ao resguardo de dados confidenciais da

empresa, impedindo a divulgação de segredos empresariais, tais como segredos de fábrica, informações gerenciais, técnicas de produção, estratégias do negócio, transações e dados comerciais, fórmulas e técnicas de produção, inventos e métodos de produção e fabricação, relação e dados de clientes e parceiros, políticas de preço, planos de marketing, segredos de negócio aos quais tenha o empregado obtido acesso por força da relação de emprego, seja acidentalmente, seja por necessidade de serviço, seja pela confiança inerente ao vínculo laboral.

Por divulgação de segredo de empresa, nas palavras de Nascimento, entende-se:

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

Depois de indicar os bens protegidos, normalmente, os contratos que contemplam cláusula de confidencialidade, consignam previsões em que o empregado se compromete nos seguintes termos: a) não revelar, nem divulgar, a qualquer pessoa, seja física ou jurídica, e nem tampouco utilizar, direta ou indiretamente, em proveito próprio ou de outrem, qualquer informação que venha a receber ou tomar conhecimento em razão de suas funções, ou do exercício das atividades objeto do contrato, ou que venha a ter conhecimento no curso do contrato de emprego; b) não utilizar as informações obtidas no curso do contrato de emprego para qualquer propósito diverso da realização das atividades para a qual foi contratado; c) envidar seus melhores esforços a fim de prevenir o extravio de quaisquer documentos ou quaisquer informações relativas à empresa que o contratou, ou os clientes, parceiros e fornecedores desta.

Vale um parêntese para ressaltar que, atualmente, é comum fechar contrato com grandes empresas envolvidas em processos produtivos, que exigem a manutenção da confidencialidade de suas informações, de modo que, deve-se preocupar não só com os bens imateriais próprios do negócio, mas também com a salvaguarda dos segredos industriais e modos de produção de terceiros, clientes da sociedade empresária.

A divulgação de segredo de empresa não provoca, por si só, ato de concorrência com o empregador, seja no curso do contrato de emprego, seja após. Porém, essa prática isenta de boa-fé, que consiste no ato ilícito de revelação de um segredo que lhe foi confiado, pode conduzir a uma concorrência desleal, tomando um potencial de lesão ainda maior quando os beneficiários forem concorrentes do empregador.⁴²

No curso do contrato de emprego, a confidencialidade é cláusula implícita, que pode levar ao despedimento, nos termos do artigo 482, alínea “g” da CLT, que considera justa causa a violação ao segredo de empresa. A violação de segredo de empresa, todavia, só tem previsão de punição trabalhista no curso da relação de emprego. Isso não quer dizer que o segredo de empresa não tenha qualquer proteção pós-contrato de emprego. Com efeito, este deve ser resguardado, sob pena de violação ao art. 154 do Código Penal.

Art. 154 – Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, mistério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

Ademais, a violação de segredo de empresa também importa em violação da boa-fé objetiva previsto pelo art. 422 do CC, pois fere os deveres colaterais de proteção, lealdade e sigilo que devem vigorar em todas as fases do contrato, inclusive após o seu encerramento.

Embora a cláusula de confidencialidade seja complementar à cláusula de não concorrência, a principal diferença é que esta é mais abrangente, na medida em que impõe completa abstenção de atividades concorrenciais, impedindo até mesmo o ex-empregado de trabalhar nas mesmas atividades em empresa concorrente pós-contrato de emprego, mediante indenização; ao passo que a violação de segredo de empresa, por si só, não tem o condão de impedir o livre exercício do trabalho, acarretando somente a cobrança de perdas e danos. De toda sorte, percebe-se a íntima relação entre as cláusulas de não concorrência e confidencialidade.

⁴² BELTRAN, Ari Possidonio. Dever de fidelidade, dever de não-concorrência e cláusula de não-concorrência. **Revista LTr**, São Paulo, v. 66, n. 4, p. 420, abr 2002.

Para que a política de confidencialidade tenha validade, basta que seja escrita, definindo-se de modo claro o que é informação confidencial, e que o empregado está tomando ciência desta por força do contrato de trabalho, em razão de sua inserção na empresa, obrigando-se a usar tão somente em tal mister a serviço do empregador, ficando proibida a divulgação ou uso por qualquer meio para terceiro ou si próprio sem autorização do empregador, bem como fixando-se prazo razoável na medida do necessário para manutenção do segredo, sob pena de indenização por parte do empregado em razão dos danos que vierem a ser causados.

Salutar, pois, que, em havendo interesse de preservar informações estratégicas, seja firmada expressa política de confidencialidade, combinada com cláusula de não concorrência. Isso quando o caso assim justificar, afinal, a cláusula de não concorrência não pode ser usada ao bel prazer do empresário, mas sim de modo justificado, razoável, limitada no tempo e no espaço, bem como indenizada de modo proporcional à limitação sofrida pelo trabalhador – ou seja, cumprindo aos subprincípios da proporcionalidade em sentido lato, consoante será exposto ao longo da presente dissertação.

1.7 Figuras Similares

O **dever de não concorrência** se opera no curso do contrato de emprego, é inerente ao próprio contrato, na medida em que decorre da confiança recíproca que rege a relação de emprego, de onde se espera lealdade, fidelidade, proteção e sigilo de informações. Sua desobediência, como já visto, pode levar ao rompimento do pacto laboral por justa causa, nos termos do art. 482, alínea “c” da CLT. Já a cláusula de não concorrência tem de ser necessariamente pactuada, e se opera após a rescisão do contrato de emprego.

A **cláusula de permanência** consiste em ajuste firmado entre empresa e trabalhador, a fim de garantir que o empregado permaneça determinado tempo laborando em prol do empregador que custeou ou custeará despesas, mediante investimento na formação profissional ou especialização do empregado.

Tem por escopo evitar que o empregado, após ter sido qualificado pelos investimentos do empregador, deixe-o, trocando de emprego, sob pena de indenizar a empresa com base nos valores investidos para a formação profissional ou especialização, salvo se ocorrer a rescisão indireta prevista pelo artigo 483 da CLT, em decorrência de falta grave cometida pelo empregador.

Celio Goyatá⁴³, respondendo a uma consulta, em 1976, já ofereceu parecer em que entendia por válida a avença de permanência. O empregado não pode ser impedido de laborar para outro empregador, mas se o fizer no curso do pacto de permanência, terá de indenizar ou restituir à Empresa pelos custos acarretados pela sua formação profissional, dentre os quais, exemplificativamente, elencam-se, valores do curso, despesas com viagens e estadia para o curso, quando arcados pelo empregador.

A doutrina tem validado esse tipo de pacto, até porque entendimento diverso representaria desestímulo ao investimento em aperfeiçoamento profissional. Não necessariamente o curso deve ser realizado em outra cidade, estado ou país – basta que o empregador ofereça ajuda financeira em troca do pacto de permanência.

O pacto de permanência difere, pois, da cláusula de não concorrência, na medida em que: a) decorre de investimento efetuado pelo empregador na formação profissional ou especialização do empregado, ao passo que a cláusula de não concorrência deriva das informações privilegiadas de que o empregado tomou ciência no curso da relação de emprego; b) a obrigação é de permanência no emprego, sob pena de indenização, enquanto que, na cláusula de não concorrência, a obrigação é de não laborar em prol de concorrente ou em concorrência ao ex-empregador na mesma atividade que anteriormente exercia e durante determinado tempo.

⁴³ “A mim me parece legítimo o direito da Consultante de se ressarcir dos vultuosos gastos, que fez e tem, com as bolsas de treinamento prévio e pós-graduação, oferecidas aos técnicos recém-formados, referidos na Consulta, e toda a vez que os mesmos após o término das respectivas bolsas, não se engajam no seu quadro de empregados.” GOYATÁ, Celio. **O contrato de estágio e a cláusula compromissória no direito do trabalho**. São Paulo: LTr 41, p. 1408.

A **cláusula de não solicitação** consiste em pacto firmado a fim de que o empregado se abstenha de procurar os clientes que atendia junto ao antigo empregador, nem alicie ex-colegas de trabalho ou procure fornecedores, na hipótese de vir a trabalhar para o concorrente, durante período determinado.

Impõe restrição. Contudo, a priori, não há restrição a direito fundamental, pois, se diferencia da cláusula de não concorrência na medida em que não impede o ex-empregado de se vincular a novo empregador no mesmo ramo de atividade do antigo empregador. Portanto, em princípio, sequer se estabelece relação de conflito entre direitos fundamentais. Outra diferença é que a cláusula de não solicitação não enseja retribuição ou indenização econômica por conta dessa abstenção.

Por essas razões, a cláusula de não solicitação – ainda pouco utilizada no cenário pátrio – merece mais atenção com o escopo de resguardar especialmente as empresas que têm a base de suas receitas em vendas realizadas por vendedores externos.

O uso da cláusula de não solicitação tem sido objeto de decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que tem entendido, conforme aponta Regiane Teresinha de Mello João⁴⁴, que:

[...] “o aliciamento de empregados e clientela de concorrente configura ‘criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento da empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços’ (inciso V do art. 21 da Lei 8.884/94 – Lei Antitruste – ou art. 2º, I, g, da Lei 4.137, de 1962).”

Nesse sentido:

“Criação de dificuldades – aliciamento de representantes de empresa concorrente – reconhecimento. O aliciamento de representantes de empresa concorrente constitui uma das formas de criação de dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento de empresa, nos termos do artigo 2º, inciso I, alínea g, da Lei 4.137, de 1.962” (Referência: Decisão nas Averiguações Preliminares 146, de 7-4-88: Representantes: Cia. São Paulo

⁴⁴ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51-52.

Distribuidora de Derivados de Petróleo; Representadas: Arcobrasil Participações Ltda. e outras; Conselheira-Relatora: Ana Maria Ferraz Augusto – DOU de 11-4-88, Seção I, p. 6117).

A **Clawback** é uma cláusula oriunda do direito norte-americano, inserida nos programas de stock options e outros relativos à distribuição de ações para empregados, que tem por escopo obstaculizar o empregado no cometimento de atos prejudiciais à empresa, sob pena de perder os bônus (na forma de ações) que conquistou.

Largamente utilizada pelas empresas norte-americanas – veda ao empregado: a) exercer atividades concorrentes ao empregador; b) aliciar clientes ou empregados do empregador; c) violar sigilo e dados confidenciais do empregador. Amplamente aceita pelos Tribunais dos Estados Unidos, que têm condenado os empregados violadores à devolução da quantia correspondente ao benefício trazido pelo programa de bônus. A validade varia entre seis meses a dois anos, contados da data da adesão ao programa ou da rescisão contratual.⁴⁵

Representa, pois, figura análoga à cláusula de não concorrência, com as seguintes diferenças: a) está inserida em um programa de distribuição de ações aos empregados, e não em pacto de não concorrência; b) não enseja indenização, mas sim, perda de valores relativos às ações repassadas pelo empregador no curso do contrato de emprego; c) não tem natureza de indenização, mas, pelo contrário, na prática, importa em sanção.

A **negociação habitual** consiste em meio utilizado pelo empregado a fim de obter acréscimo em seus proventos mensais, mediante a prática reiterada de atividades comerciais, no curso da relação de emprego.

Esta prática pode representar concorrência ao empregador no curso do contrato de emprego. Nessa hipótese, além de quando for prejudicial ao serviço, está sujeita à punição que consiste na demissão por justa causa, nos termos do

⁴⁵ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 52-53.

artigo 482, alínea “c” da CLT, eis que viola os deveres de fidelidade e lealdade, colaterais da boa-fé, e quebra a relação de confiança própria do vínculo empregatício.

A mera negociação habitual, fora dos horários de trabalho, sem prejuízo às atividades laborais, que não faça concorrência ao empregador, e sem prejuízo à este, não constitui motivo para a aplicação de justa causa em desfavor do empregado. De igual modo, se o empregador toma ciência da negociação habitual pelo empregado – mesmo que em prejuízo ao trabalho - e a autoriza, ou queda-se inerte, não haverá que se pensar na aplicação da justa causa, até porque se configuraria o perdão tácito.

O **pacto de não concorrência**, no direito civil, é matéria tratada no artigo 1.147 do Código Civil⁴⁶, que regulamenta contratos de compra e venda de estabelecimento comercial, e exige cláusula expressa, para que o vendedor possa fazer concorrência ao adquirente.

Em não havendo previsão, vedada está a concorrência no prazo de 5 (cinco) anos, no mesmo ramo de atividade que possa concorrer com o comprador do estabelecimento. Toma-se como exemplo a vedação a um hipotético dono de restaurante de massa, que vende o estabelecimento, e abre nova casa de massa no mesmo bairro do bem alienado, concorrendo com o comprador.

Trata-se de raciocínio análogo à que a jurisprudência pátria e estrangeira tem se utilizado para validar os pactos de não concorrência pós-contrato de trabalho, como ocorre, em especial, em Portugal e no Brasil, cujas constituições democráticas são expressas ao garantir a livre escolha do trabalho. Ou seja, considerando a inexistência de direito absoluto, um direito cede ao outro, desde que não seja atingido em seu núcleo essencial.

No que tange ao direito societário, há vedação implícita à que se estabeleça concorrência com a atividade da empresa, em se tratando de sócio, razão pela qual

⁴⁶ Art. 1147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

é vedado ao sócio de uma empresa que se torne sócio de outra, na hipótese de concorrência direta entre ambas. E isso por não ser razoável admitir-se que o sócio de uma das empresas concorrentes tome ciência de questões estratégicas e confidenciais próprias do negócio de outra empresa concorrente, estando tal proibição implícita nos deveres de boa-fé.⁴⁷

Como se nota, em se tratando de direito societário e civil, as cláusulas de não concorrência são bem aceitas, sopesadas as limitações impostas. Ou seja, a restrição imposta ao alienante tem de ser na medida do necessário, de modo que observe limite temporal, territorial, e quanto ao objeto. Assim, e tomando-se, por exemplo, a alienação de estabelecimento, inexistirá justificativa que valide a limitação da constituição de novo negócio pelo alienante em local distinto e distante do alienado, ainda que no mesmo ramo de atividade, se não houver qualquer interferência no negócio do adquirente.

No capítulo seguinte, será tratada da liberdade de exercício do trabalho, que representa contra-ponto à aplicação irrestrita da cláusula de não concorrência.

⁴⁷ BELTRAN, Ari Possidonio. Dever de fidelidade, dever de não-concorrência e cláusula de não-concorrência. **Revista LTr**, São Paulo, v. 66, n. 4, p. 421, abr 2002.

2 LIBERDADE AO TRABALHO

Primeiramente, é importante dizer que este tópico não tem por objetivo, e nem fará menção às condições de trabalho, ao trabalho digno, ao trabalho mediante justa retribuição, ao salário mínimo que propicie uma vida com dignidade, ao trabalho em ambiente saudável, nem mesmo quanto à necessidade de políticas eficazes para o pleno emprego como instrumento de concretização do direito fundamento ao trabalho.

Todos esses direitos derivam do próprio direito ao trabalho, e são tão relevantes que não se poderia passá-los de sobrevoos, e ainda escapando do objeto deste estudo. Nesse diapasão, o escopo é tratar do direito de livre exercício ao trabalho somente como contraponto ao tema proposto, que é a cláusula de não concorrência no contrato de emprego.

2.1 Breve histórico

Para tratar do breve histórico, o presente estudo foi separado em evolução do trabalho a nível global, mediante a apresentação dos fatos mais marcantes, e o desenvolvimento da proteção ao trabalho junto às diversas constituições nacionais.

2.1.1 Evolução no Mundo

Na Idade Média, o trabalho não era valorizado – muito ao contrário. O momento era de escravidão, de sorte que o homem não era livre, tratado como mercadoria negociável, desprovido de direitos, sequer podendo contrair obrigações.

Diferentemente dos dias atuais, o trabalho era visto como algo de “seres inferiores”. Na Grécia antiga, justificava-se a escravização pela necessidade de labor, que seria inerente às condições da vida humana, e a liberdade só se alcançava quando o homem ficava livre do trabalho, podendo, a partir de então, se

dedicar à contemplação.⁴⁸

Os escravos – tratados como coisas – eram arrendados para outros senhores. Com o passar do tempo, até mesmo cidadãos mais simples, porém livres, passaram a arrendar escravos.⁴⁹

Durante o período feudal, a partir dos séculos V a IX, surge a figura do servo, que prestava serviços ao seu senhor, porém, diferentemente do escravo, possuía a reconhecida qualidade de pessoa, na medida em que poderia constituir família. É bem verdade, contudo, que não gozava de ampla liberdade, vez que entregava toda a sua produção ao senhor feudal em troca de pseudo proteção.

Surge, então, a necessidade de aquisição de produtos fora dos limites dos feudos, mediante trocas, com o que se evolui para as corporações de ofício, que, ao início, eram constituídas por mestres – reconhecidos como tais pelas aptidões profissionais ou por terem executado uma obra-prima.

As corporações passaram a monopolizar a profissão, a ponto de impedir os que destas não fossem membros de desenvolver atividades no seio urbano. Esse quadro caminhou para uma restrição da liberdade ao trabalho, na medida em que foi limitado o número de aprendizes e alongado o prazo de aprendizado – sem falar na restrição ao trabalho do artesão estrangeiro.

Nem mesmo a contraprestação pelo trabalho poderia ser livremente fixada, mas, sim, determinada pelas corporações - a quem cabia toda a regulamentação das condições de trabalho, como também o monopólio da fabricação e da comercialização, neutralizando a concorrência.

O Édito de Turgot, de 1776, ao mesmo tempo em que representa a origem da livre iniciativa, também proclama de igual modo a liberdade ao trabalho.

⁴⁸ MEIRELES, Edilton. **A constituição do trabalho**: o trabalho na Constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal, São Paulo: LTr, 2012, p. 21-23.

⁴⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 50.

A Revolução Francesa, de 1789, não só acentuou a concorrência conforme já exposto, como também trouxe os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade. Dentro do ideal de liberdade, se inseria o trabalho sem restrição, o que era incompatível com o regime de manutenção das corporações de ofício.

Com a revolução industrial, insere-se marco na liberdade de escolha do trabalho, rompendo com a ideologia das corporações de ofício.⁵⁰

O já mencionado decreto d'Allarde, de 1791, enunciava a liberdade de exercício não só de qualquer negócio, mas também de ofício, profissão ou arte, desde que mediante a paga de um imposto, taxas e sujeição aos regulamentos de polícia aplicáveis.

A Constituição Francesa de 1848, garantia a liberdade de trabalho, e enunciava que a sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, consoante disposição inserida em seu art. 13.⁵¹

A Carta Encíclica Rerum Novarum, de autoria do Papa Leão XIII em 1891, trata do trabalho em sentido amplo, aduzindo que não se pode exigir do homem labor além das suas forças. No que diz respeito ao presente estudo, destaca-se que:

- a) o meio universal de buscar comida e vestimenta está no trabalho⁵²;
- b) nem o capital pode subsistir sem o trabalho, nem o inverso⁵³;
- c) o trabalho, por sua natureza, implica em pessoalidade, e o fruto do trabalho é necessário ao homem para a defesa de sua vida,⁵⁴

⁵⁰ KELLER, Werner. **O direito ao trabalho como direito fundamental**: instrumentos de efetividade. São Paulo: LTr, 2011, p. 37.

⁵¹ art. 13. A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito profissional, a igualdade nas relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento, pelo Estado, os Departamentos e os Municípios, de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recurso e que não podem ser socorridos por suas famílias. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/fran1848.htm>>. Acesso em: 14 out. 2012.

⁵² 6. Los que carecen de propiedad, lo suplen con el trabajo; de modo que cabe afirmar con verdad que el medio universal de procurarse la comida y el vestido está en el trabajo, el cual, rendido en el fundo propio o en un oficio mecánico, recibe, finalmente, como merced no otra cosa que los múltiples frutos de la tierra o algo que se cambia por ellos.

⁵³ 14. ni el capital puede subsistir sin el trabajo, ni el trabajo sin el capital

⁵⁴ Luego el trabajo implica por naturaleza estas dos a modo de notas: que sea personal, en cuanto la

d) em nenhum momento falte trabalho ao obreiro.⁵⁵

Em 1917, a Constituição do México⁵⁶ representou importante baliza, pois, foi a primeira constituição a tratar do constitucionalismo social, versando expressamente acerca da liberdade de trabalho, que só pode ser vedada por determinação judicial quando coloque direitos de terceiro em risco, ou por resolução governamental nos termos da lei. De igual modo, dispõe que cabe à lei determinar quais profissões necessitam de título para seu exercício.

Em 1919, através do Tratado de Versalles, parte XIII, foi criada a Organização Internacional do Trabalho, tendo por escopo, em apertada síntese, buscar a realização de direitos mínimos indispensáveis, próprios da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de buscar a paz, que deve se assentar sobre a justiça social.

No mesmo ano, na Alemanha, é proclamada a Constituição de Weimar, que reconheceu diversos direitos fundamentais aos cidadãos, inclusive dedicando uma parte exclusiva à esses direitos, junto à parte segunda, denominada direitos e deveres fundamentais dos alemães - reconhecendo o direito ao trabalho de modo expreso.

Em 1948, passados os horrores da Segunda Grande Guerra, foi firmada a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵⁷, que consagra a dignidade da

energía que opera es inherente a la persona y propia en absoluto del que la ejerce y para cuya utilidad le ha sido dada, y que sea necesario, por cuanto el fruto de su trabajo le es necesario al hombre para la defensa de su vida, defensa a que le obliga la naturaleza misma de las cosas.

⁵⁵ 40. También se ha de proveer diligentemente que en ningún momento falte al obrero abundancia de trabajo y que se establezca una aportación con que poder subvenir a las necesidades de cada uno, tanto en los casos de accidentes fortuitos de la industria cuanto en la enfermedad, en la vejez y en cualquier infortunio

⁵⁶ **Artículo 5º** - A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La Ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo...

⁵⁷ **Artigo 23º** - 1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

pessoa humana, consignando em seu bojo que toda pessoa tem direito ao trabalho, e à livre escolha do trabalho, bem como a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, assim como proteção contra o desemprego.

Possui natureza de declaração, o que lhe retiraria o caráter normativo a vincular os Estados Membro. Pensa-se, contudo, que, inobstante o caráter de recomendação, por trazer em seu bojo princípios que são inerentes à própria essência da Organização das Nações Unidas, e por se relacionarem diretamente à dignidade da pessoa humana, possuem valor de preceito a ser observado, de valor inestimável, devendo, portanto, ser recebidos na ordem jurídica internacional, vinculando ao países membro da ONU, tal como se pretende vincular os Estados-membro da OIT ao cumprimento de suas diretrizes ainda que não tenham ratificado a convenção relativa ao tema.

Não olvida-se ainda que, em razão do caráter formal de declaração, e portanto, em tese não vinculante, foram firmados pactos com o escopo de reconhecer os direitos humanos, no sentido de buscar a sua efetividade.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, de 1948, em Bogotá, em seus considerandos, no que interessa ao presente trabalho, aponta que: a) os povos americanos dignificaram a pessoa humana; b) os direitos essenciais do homem não derivam do fato dele ser cidadão de determinado Estado, mas sim decorrem dos atributos da pessoa humana.

O art. XIV da Declaração⁵⁸ trata do Direito ao Trabalho e a uma justa retribuição, e enuncia não só direito ao trabalho, mas o trabalho em condições dignas, e a liberdade para seguir sua vocação, observadas as oportunidades de emprego. E esse direito está fundado na dignidade da pessoa humana, na medida em que o direito ao trabalho, na qualidade de mega direito, se tornou razão de reconhecimento do ser perante a sociedade, de modo que se atrela diretamente ao

⁵⁸ Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes.

Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.

direito de reconhecimento da personalidade e exercício de direitos fundamentais, relacionado no art. XVI⁵⁹ da Declaração Americana dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Representa igualmente um dever, consoante relacionado no art. XXXVII⁶⁰ da Declaração, que enuncia o dever que a pessoa tem de trabalhar, observadas as suas capacidades e possibilidades, com o escopo de obter recursos para sua subsistência ou em benefício da coletividade.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁶¹, de 1966, reforça os princípios da Carta das Nações Unidas, baseando-se no reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família e de seus direitos iguais e inalienáveis, e aduzindo que os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem não podem se realizar sem o desfrute das liberdades civis e políticas.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José, da Costa Rica, de 1969, reafirma no preâmbulo, o respeito aos direitos essenciais do homem, os atribuindo em decorrência da qualidade de pessoa humana.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como “Protocolo de

⁵⁹ Artigo XVII. Toda pessoa tem direito a ser reconhecida, seja onde for, como pessoa com direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais.

⁶⁰ Dever do trabalho. Artigo XXXVII. Toda pessoa tem o dever de trabalhar, dentro das suas capacidades e possibilidades, a fim de obter os recursos para a sua subsistência ou em benefício da coletividade.

⁶¹ **Preâmbulo**

Los Estados Partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana, Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado Del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de SUS derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos, Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación.

San Salvador”, traz disposição expressa relativa ao trabalho, ao prescrever o direito de toda pessoa ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obtenção de uma vida digna e decorosa através do exercício de uma atividade lícita, e livremente escolhida ou aceita, e ainda, o comprometimento dos Estados Parte a adotar medidas que garantam a plena efetividade do direito ao trabalho.⁶²

A Declaração sobre o Progresso e Desenvolvimento Social da ONU, contida na Resolução 2.542 (XXIV), de 11.12.1969, também trata da garantia de exercício do direito ao trabalho, e da livre escolha do trabalho⁶³. A Resolução 34/46 da ONU, de 1979, reconhece o direito ao trabalho para efeito de alcançar a dignidade da pessoa humana.⁶⁴

Em 1998, a OIT aprovou documento denominado Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, onde se reafirma – dentre outros - em seus considerandos, que o crescimento econômico é essencial, mas insuficiente para assegurar a equidade, progresso social e erradicação da pobreza.

A Conferência Internacional do Trabalho lembrou que ao se incorporar à OIT o Estado-Membro se obriga a cumprir os princípios desta, e mesmo os Países que não ratificaram suas convenções, se forçam a cumprir os preceitos fundamentais da OIT: reconhecimento sindical e reconhecimento efetivo da negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; abolição efetiva do

⁶² Artigo 6. Direito ao trabalho.

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.
2. 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. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

⁶³ Artigo 6.º

O desenvolvimento social exige que se assegure a todas as pessoas o direito ao trabalho e à livre escolha do emprego.

O progresso e desenvolvimento social exigem a participação de todos os membros da sociedade num trabalho produtivo e socialmente útil e o estabelecimento, em conformidade com os direitos humanos e liberdades fundamentais e com os princípios da justiça e da função social da propriedade, de formas de propriedade da terra e dos meios de produção que impeçam qualquer exploração do Homem, garantam a todos a igualdade de direitos em matéria de propriedade e criem condições conducentes a uma genuína igualdade entre os povos.

⁶⁴ “Recognizes that, in order fully to guarantee human rights and complete personal dignity, it is necessary to guarantee the right to work...” -

trabalho infantil; eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶⁵, de 2002, em seu preâmbulo, declara que se baseia nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade: assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Em seu art. 1º trata da dignidade do ser humano, enunciando a sua inviolabilidade, respeito e proteção.

O art. 15º da Carta trata da liberdade profissional e do direito ao trabalho, declarando o direito ao livre exercício do trabalho e de escolha de profissão, ou concordância para com o trabalho exercido.⁶⁶

2.1.2 Evolução constitucional no Brasil

Desde a Constituição Imperial de 1824⁶⁷, o princípio da liberdade de trabalho está inserido na Carta Maior, no Capítulo atinente aos Direitos e Garantias Individuais. O art. 179, item 24, garantia o livre exercício de qualquer trabalho, restringindo, contudo, essa liberdade, quando em oposição aos costumes públicos, segurança e saúde dos cidadãos. Nessa mesma Constituição, foram abolidas as corporações de ofício, consoante disciplinado no item 25 do art. 179.⁶⁸

A Constituição de 1891⁶⁹ não fez qualquer restrição ao livre exercício da profissão, de acordo com a redação do art. 72, §24. Nota-se que a Constituição de

⁶⁵ REVISTA PORTUGUESA DE SAÚDE PÚBLICA. Lisboa, v. 20, n. 1, jan/jun. 2002.

⁶⁶ 1. Todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite.

2. Todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado membro.

3. Os nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados membros têm direito a condições de trabalho equivalentes àquelas de que beneficiam os cidadãos da União.

⁶⁷ Artigo 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, são garantidas pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

(XXIV) Nenhum gênero de trabalho, de cultura, industria, ou comercio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos Cidadãos.

⁶⁸ (XXV) Ficam abolidas as Corporações de Offícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

⁶⁹ Artigo 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: (§24) É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

1891 já não se preocupou com as corporações de ofício (por desnecessário) após a abolição proclamada na Carta de 1824, e nem estabeleceu limitação ao exercício da profissão na defesa de costumes públicos, saúde e segurança do trabalhador.

A Carta Magna de 1934⁷⁰, em seu art. 113, no que interesse ao presente tema, tratava do exercício profissional do seguinte modo: a) de forma semelhante à Carta Magna de 1824, o livre exercício do trabalho poderia sofrer restrições; b) a capacidade técnica e as determinações legais, no interesse público, eram fatores aptos a restringir o amplo exercício de escolha da profissão; c) o trabalho honesto é previsto como meio de subsistência.

A Constituição de 1937, no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, em seu art. 122⁷¹, tratava da liberdade de escolha de profissão. A redação tinha a mesma essência da Constituição de 1934. No entanto, é de se observar que a Carta de 1937, inseriu o critério da nacionalidade como meio de restrição do livre exercício da atividade econômica, e também para a ocupação de cargos diretivos – quando se tratasse de empresas jornalísticas, nos termos das letras “c” e “g”⁷² do art. 122 da Constituição.

A Constituição de 1946 tratou da liberdade de exercício da profissão no art. 141, item 14⁷³, garantindo o livre exercício de qualquer profissão, restringindo esse

⁷⁰ Artigo 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(13) É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras leis estabelecer, ditados pelo interesse publico.

(34) A todos cabe o direito de prover á própria subsistência e à da sua família, mediante trabalho honesto. O poder publico deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência.

⁷¹ Artigo 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(8) 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.

⁷² (c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem estar do povo e segurança do Estado. A imprensa regular-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

(g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedados tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos.

⁷³ Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(§14) É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

direito, contudo, às condições de capacidade legais. O art. 161 disciplinou que “a lei regulará o exercício das profissões liberais e a revalidação de diploma expedido por estabelecimento estrangeiro de ensino.”

A Constituição de 1967, no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, enunciou a liberdade de trabalho, em seu art. 150, parágrafo 23⁷⁴. Seguindo à de 1946, garantiu o livre exercício de qualquer profissão, observadas as restrições legais quanto às condições de capacidade para o exercício, e foi expressa ao prever o livre exercício de qualquer ofício ou trabalho.

A CF/88 assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, consoante será exposto no subitem seguinte. Na sociedade atual, o trabalho é tido como fator de dignificação, impulsionando o progresso pessoal e da sociedade como um todo. Nos dias de hoje, é difícil pensar em dignidade humana sem a presença do fator trabalho, afinal é este o responsável pela melhoria das condições sociais dos indivíduos e da sociedade, como um todo.

Tanto assim o é que as normas infraconstitucionais buscam a efetivação desse direito constitucional para todos, visando à inclusão das pessoas com deficiência, e também a formação de profissionais, por meio de leis relativas ao cumprimento de cotas.

O trabalho representa forma eficaz de concretização de direitos fundamentais, afinal, com os recursos advindos da atividade exercida, pode o trabalhador satisfazer direitos essenciais como saúde e educação, que não são fornecidos a contento pelo Estado.

Tem condições o trabalhador igualmente de adquirir bens de necessidade e de consumo, seja para a melhora do seu conforto pessoal, seja para galgar degraus na sociedade capitalista de consumo, onde em grande parte, “é preciso ter para ser”.

⁷⁴ Artigo 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a individualidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 23 - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

Porém, a dignidade humana não se resume a possibilidade de ganho para subsistência e melhoria das condições sociais. Mais do que isso, representa fator de orgulho para o trabalhador (no sentido lato) de ter a sua ocupação profissional, passar esse ensinamento para seus descendentes, e contribuir dentro de uma visão social para a melhora da sociedade contemporânea.

O homem (gênero) atual se insere na sociedade através do trabalho, de sorte que o valor do trabalho não se limita aos resultados econômicos daí advindos. E essa afirmação é importante para compreender o sentido que uma limitação absoluta ao trabalho poderia gerar na pessoa excluída, que não se sentiria como parte integrante da sociedade, podendo levar a um estado de patologia.

O homem na sociedade contemporânea, a partir do trabalho, não só obtém sua subsistência e de sua família, mas também desenvolve sua autoestima e autonomia. E isso ocorre pela satisfação de estar produzindo, fazendo algo útil, sendo parte de algo, trazendo algo de proveitoso para a sociedade, como também em razão do orgulho que sente de prover as suas necessidades e de seus familiares, desde as mais básicas até outras que representam degraus na escala social. Trata-se do binômio necessidades-reconhecimento.

Ou seja, através do trabalho provê as suas necessidades e, ao mesmo tempo é reconhecido pela sociedade. Mais do que isso, se sente reconhecido como parte dessa sociedade.

O trabalho representa sonhos, ambições e desejos. Não se trata de uma visão romântica, mas sim real, afinal, desde cedo se sonha com a profissão a ser exercida, com a possibilidade da própria manutenção, com o constituir de família. Depois, sonha-se com casa própria, carro, possibilidade de dar uma educação de qualidade aos filhos, e por aí vão aumentando as necessidades e/ou vontades de acordo com a escala na pirâmide social.

A imposição de ausência total de trabalho é inadmissível. O risco de patologias gerado pela ausência de labor na atual sociedade pode até ser

considerado superior ao risco de desenvolvimento de doenças no ambiente de trabalho.

Leonardo Vieira Wandelli tratando dos impactos da ausência do trabalho na saúde do trabalhador, discorre que:

[...] “ser privado do trabalho é não ter mais a possibilidade de aportar uma contribuição à constituição da sociedade. E, por via de consequência, ser privado de todo reconhecimento social. É uma situação psicologicamente perigosa, pois, a maioria dos seres humanos têm necessidade do reconhecimento dos outros para construir e consolidar sua identidade, da qual se sabe, ademais, que é a armadura da saúde mental. Em outros termos, ser privado do trabalho constitui um risco maior para a saúde mental”⁷⁵

O sentimento de fato, em regra, seria de exclusão. Vedar o exercício do direito ao trabalho é atacar a dignidade da pessoa humana, muito embora inexista direito ou liberdade absoluta.

2.2 Fundamentos

A CF/88 assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, nos termos do art. 5º, inciso XIII, limitado às qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade privada, nos seguintes termos:
XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

O trabalho é um direito social, previsto pelo art. 6º da CF, que assim está redigido:

“São direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e

⁷⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012, p. 222.

à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Trata-se, pois, de direito fundamental de 2ª geração. Constitui-se em condição para uma vida digna. O princípio da dignidade da pessoa humana, a seu turno, é condição fulcral do Estado Democrático de Direito, revelando-se como norma hipotética fundamental, na linguagem kelseniana.

Para uma vida digna, é necessário o mínimo que o Estado Democrático de Direito assegura, tal como alimentação, educação, lazer, trabalho, saúde, moradia, integração social, entre outros.

No art. 170 da CF⁷⁶, há diretrizes que não podem ser desconsideradas.

Com efeito, a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano (caput), bem como na redução das desigualdades sociais (inciso VII) e na busca do pleno emprego (inciso VIII). Ou seja, a ordem econômica deve se desenvolver respeitando e valorizando ao trabalho humano.

Vê-se, pois, que o art. 5º garante a propriedade privada, todavia, a funda no livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão – ou seja, observado o direito social do trabalhador de escolher a atividade a ser inserida.

Não é à toa que o art. 170 da Constituição Federal reza que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano, o que significa que qualquer ato que desrespeite a valorização do trabalho será inconstitucional.⁷⁷

Se o texto constitucional declara que a valorização do trabalho é fundamento da ordem econômica, isto significa que o direito ao trabalho possui a qualidade de

⁷⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... III – função social da propriedade; ...VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; ... Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37.

princípio que requer observância. Acresça-se ainda que o art. 193 da CF enuncia que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

Nota-se, aliás, que o inciso VII do art. 170 da Carta Magna contempla a “redução das desigualdades regionais e sociais”. O reconhecimento dos direitos sociais não tem tido a eficácia necessária na tutela dos menos favorecidos. Todavia, não se pode aceitar a convivência em uma sociedade desigual, de sorte que o reconhecimento dos direitos sociais deve ser utilizado como instrumento a promover o efetivo exercício dos direitos fundamentais.⁷⁸

Em suma, o trabalho na sociedade contemporânea tem caráter de direito inerente à dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, é fundamento da República, consoante se extrai do art. 1º, inciso III da CF.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:
III – a dignidade da pessoa humana

Além da dignidade da pessoa humana constar como fundamento logo no art. 1º da CF, também se encontra expressamente inserida quando se trata da ordem econômica, conforme se observa do art. 170 caput, que enuncia que a ordem econômica tem por fim assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.

De todo o exposto, a correta leitura do art. 170 da CF, no que se refere ao presente estudo é de que, a ordem econômica deve respeitar e valorizar o trabalho humano e a livre iniciativa; e a ordem econômica tem por fim assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, observado o direito de propriedade, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.141.

Fica nítido, pois, que o direito ao livre exercício do trabalho goza de amparo constitucional, assim como a não concorrência – conforme disposições dos arts. 5º e 170 da CF. Mais não fosse, o art. 1º, inciso IV da CF traz os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos conjuntos do Estado Democrático de Direito, ao lado da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e pluralismo político.

Nesse contexto, a cláusula de não concorrência deve ser avaliada mediante leitura do direito privado à luz da Constituição, visando à efetividade dos direitos fundamentais.⁷⁹

A liberdade de contratar a não concorrência condiciona-se, pois, às regras e princípios constitucionais, de modo que o pacto passa a preocupar-se com a dignidade da pessoa humana, diversamente da visão de que o princípio da autonomia da vontade tudo pode, de modo que o espaço para pactuar se mantém, porém, de modo mais solidário e ético, voltado às funções sociais.

Consoante dispõe o art. 421 do Código Civil, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” A função social do contrato implica considerar os aspectos sociais no pacto de não concorrência, limitando a liberdade de contratar, e valorizando o bom-senso, a razoabilidade e equilibrando as relações se houver abuso de direito.⁸⁰ Nesse contexto, o contrato deve ser analisado em um perfil mais solidário, voltado à proteção da dignidade da pessoa humana.

Durante a Jornada de Direito Civil, foi editada a Jornada STJ 23, com o seguinte conteúdo:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do Novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 50.

⁸⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 361.

metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência trabalhista também faz uso da cláusula geral da função social do contrato, a exemplo da ementa que segue, cujo entendimento foi pela defesa da função social do contrato, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho frente à proibição de contratação de empregados que já tinham anteriormente atuado em favor do mesmo tomador de serviços.

135000019443 – PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS – PREVISÃO EM CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO – NULIDADE – DANO MORAL – CONFIGURAÇÃO – A existência de cláusula contratual proibitiva de contratação de funcionários da empresa prestadora de serviços pela sucessora ou mesmo pela tomadora de serviços em contrato civil de terceirização restringe a busca pelo pleno emprego e viola os princípios da função social do contrato, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Portanto, cláusula contratual que, por qualquer forma, discrimina o empregado no ato de admissão, é nula de pleno direito por ofender os princípios legais e constitucionais acima mencionados. Recurso não provido. (TRT 24ª R. – RO 351-51.2010.5.24.0091 – Rel. Des. Ricardo G. M. Zandona – DJe 20.08.2012 – p. 35)v97⁸¹

Fica relativizada a autonomia privada no pacto de não concorrência, já que se deve atentar para que não seja ferida a dignidade da pessoa humana, observadas as regras da equidade, do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Ainda, na defesa da aplicação da conservação do contrato sob a visão social e da boa-fé objetiva, durante a Jornada de Direito Civil foi editada a STJ 22, com o seguinte conteúdo:

“A função social do contrato, prevista no art. 421 do Novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.”

Cabe avaliar a situação concreta e, após, dar a função social ao contrato, concretizando a enunciação do art. 421 do CC. Assim, o pacto de não concorrência estará conformado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores

⁸¹ Extraído do repositório eletrônico autorizado Juris Síntese – IOB.

da solidariedade (CF, 3º, I), da justiça social (CF, 170, *caput*), da livre-iniciativa, e for respeitada a dignidade da pessoa humana (CF, 1º, III). Já não estará em conformidade com a função social, quando a prestação contratual exigida do empregado for exagerada ou desproporcional.

Nesse diapasão, o direito deixa de ser instrumento de conservação do existente, passando a funcionar como instrumento de justiça, de equilíbrio contratual, de inclusão social, de garantia à dignidade da pessoa humana, e de combate ao abuso do poder econômico e de toda atuação contrária à boa fé, no aspecto social e mercadológico. E, nesse contexto, voltado à construção de uma sociedade mais justa, livre, ética e solidária, deve-se negar validade à cláusula de não concorrência quando esta não estiver em conformidade com a função social do contrato.

Na busca dessa ética da solidariedade entre os contratantes, o princípio da boa-fé (art. 422, CC) atua desde a fase da negociação pré-contratual alcançando inclusive o pós-contrato, a fim de aferir a validação da aplicação da cláusula de não concorrência, como fonte de deveres e limitador de direitos.⁸²

Na análise concreta da validade da cláusula de não concorrência frente à liberdade ao trabalho, deve-se decidir, pois, de acordo com os valores éticos, sociais, econômicos ou jurídicos, de modo a concretizar os direitos constitucionalmente previstos.

2.3 Possibilidade de limitação a direitos fundamentais

Esse subitem foi aqui inserido para introduzir a investigação que se fará nos textos constitucionais estrangeiros que tratam do livre exercício de qualquer trabalho, e expressamente da preservação do mínimo existencial na hipótese de limitação de direitos fundamentais. Será, contudo, explorado com a atenção que merece no capítulo 4, após o estudo do princípio da proporcionalidade.

⁸² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 118.

Diante da dinâmica da sociedade contemporânea, cada vez mais, no exercício de um direito há o risco de afetação do direito de outro, afinal, consoante Karl Loewenstein, “a dinâmica da sociedade moderna de massas tem estreitado, inevitavelmente, o marco dentro do qual o indivíduo pode exercer suas liberdades sem prejudicar os direitos de outros.”⁸³

Nos ensinamentos de Dimitri Dimolius e Leonardo Martins, “do ponto de vista dogmático, os direitos fundamentais tornam-se relevantes somente quando ocorre uma intervenção em seu livre exercício”⁸⁴, de sorte que a questão passa a ser investigar a licitude na limitação de um direito fundamental.

Adianta-se que inexistente direito absoluto, de modo que se admite a limitação ao livre exercício de qualquer trabalho. Contudo, deve ser respeitado o conteúdo mínimo ou essencial desse direito fundamental, representado pelo direito ao trabalho, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre os conflitos decorrentes do direito ao trabalho, Edilton Meireles escreve,:

[...] “a partir das características da sociedade capitalista, o direito ao trabalho entra em conflito com outros direitos constitucionais e, conseqüentemente se verá diante de certas limitações, o que, aliás, ocorre igualmente com outros direitos fundamentais.” O que se impõe, então, é resolver esses conflitos a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.”⁸⁵

O trabalho pelo dinheiro não gera a plena satisfação, e esse é outro aspecto fulcral do presente trabalho, pois, quando se trata de cláusula de não concorrência deve-se investigar se é possível, e até que ponto esta pode cercear o livre exercício do trabalho escolhido.

⁸³ la dinamica de la sociedad moderna de masas ha estrechado, inevitavelmente, el marco dentro del cual el individuo puede ejercer sus libertades sin perjudicar los derechos de los otros.” LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ed. Ariel, 1986, p. 412 – tradução livre.

⁸⁴ DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 129.

⁸⁵ MEIRELES, Edilton. **A constituição do trabalho**: o trabalho na Constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal, São Paulo: LTr, 2012, p. 47.

Durante o presente trabalho também se avaliará se o trabalho eleito se insere no núcleo essencial do direito, que, a priori, é tido por inviolável, visando à preservação do mínimo para que o direito preterido não seja ferido de morte, em caso de colisão com outros direitos constitucionais ou de índole constitucional.

O entendimento pela preservação do mínimo essencial nas teorias de direitos fundamentais descende da difusão provocada pelo art. 19, II, da Constituição Alemã, que dispõe que em caso algum pode um direito fundamental ser atingido em seu conteúdo essencial, consoante será abordado juntamente com outras constituições estrangeiras no tópico seguinte.

2.4 Constituições estrangeiras

Diversas são as cartas que garantem o livre exercício do trabalho – a maioria com alguma restrição ou regulamentação formal. Para os fins do presente estudo, a avaliação será realizada de acordo com a leitura do texto constitucional, sem uma análise mais aprofundada. E a apresentação será feita em blocos, em conformidade com o continente em que os países apontados se situam. Ao final, serão mencionados alguns pactos que resguardam direitos fundamentais.

2.4.1 Europa

As constituições da Alemanha, Portugal, Espanha e Suíça se destacam por garantir o livre exercício do trabalho, e, ao mesmo tempo conter expressa disposição de preservação do mínimo existencial.

A Constituição da República Federal da Alemanha⁸⁶, em seu art. 12,

⁸⁶ Article 12

[Occupational freedom]

(1) All Germans shall have the right freely to choose their occupation or profession, their place of work and their place of training. The practice of an occupation or profession may be regulated by or

garante o livre exercício de qualquer profissão, lugar de trabalho ou de aprendizagem, porém, estabelece que o exercício da profissão pode ser regulamentado por lei. Nota-se, pois, que a livre escolha da profissão é garantia constitucional. Todavia, a profissão em si pode ser regulamentada por lei, de tal sorte que, evidentemente, nem toda atividade possa ser exercida por qualquer cidadão.

O art. 19 da Constituição Alemã⁸⁷ trata da restrição a direitos fundamentais, prevendo que um direito fundamental pode ser restringido por força de lei, e não apenas para um caso isolado, sendo que tal lei deve especificar o direito fundamental afetado. Porém, em nenhum caso poderá ser afetada a essência do direito fundamental, de onde se extrai que a liberdade de exercício do trabalho, ainda que sujeita a regulações, não pode ter o seu conteúdo mínimo existencial afetado.

A **Constituição da República Portuguesa**⁸⁸, em seu art. 47º, trata da liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública, enunciando que: a) todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o gênero de trabalho, observadas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à própria capacidade do cidadão; b) todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.

pursuant to a law. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2013.

⁸⁷ Article 19

[Restriction of basic rights – Legal remedies]

(1) Insofar as, under this Basic Law, a basic right may be restricted by or pursuant to a law, such law must apply generally and not merely to a single case. In addition, the law must specify the basic right affected and the Article in which it appears.

(2) In no case may the essence of a basic right be affected.

Disponível em:

<http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>.

Acesso em: 12 fev. 2013.

⁸⁸ Artigo 47.º

(Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública)

1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o gênero de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade.

2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.

O art. 58º da Constituição portuguesa⁸⁹ enuncia que todos têm direito ao trabalho, e traz normas programáticas visando políticas de pleno emprego, igualdade de oportunidades na profissão ou gênero do trabalho, além de formação cultural, técnica e valorização profissional dos trabalhadores.

O art. 18º prescreve a aplicação direta dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, bem como que estes só podem ser restringidos no limite do necessário para a salvaguarda de outros direitos constitucionais. Enuncia também, na defesa do conteúdo essencial⁹⁰ dos direitos fundamentais, o dever de respeito à não retroatividade da lei, e à extensão dos efeitos das restrições, respeitando o conteúdo essencial das disposições constitucionais.

Nota-se, pois, que a Constituição Portuguesa contempla o trabalho como direito de todos os cidadãos, e garante o livre exercício de qualquer trabalho, determinando expressamente o respeito ao conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias constitucionais.

O art. 35 da **Constituição Espanhola**⁹¹ trata do trabalho como direito e dever. Isto é, todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho. E,

⁸⁹ Artigo 58º

1. Todos têm direito ao trabalho.

2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover:

a) A execução de políticas de pleno emprego;

b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou gênero de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais;

c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores.

⁹⁰ Artigo 18.º

(Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

⁹¹ Artículo 35

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

no exercício desse direito, podem livremente eleger a profissão ou carreira. O art. 53, a seu turno, enuncia o respeito ao conteúdo essencial⁹² do direito fundamental.

Percebe-se, assim, que o direito espanhol não só garante o livre exercício da profissão ou carreira, como também determina expressamente o respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental.

A **Constituição da Suíça**⁹³, em seu art. 27º trata da liberdade econômica, enunciando ser assegurada a liberdade econômica, que compreende a livre escolha de profissão, bem como acesso a uma atividade econômica privada.

De igual modo, o art. 36 versa sobre as limitações dos direitos fundamentais, exigindo que as restrições tenham uma base legal, sejam justificadas pelo interesse público ou proteção dos direitos fundamentais de terceiros, respeitem ao princípio da proporcionalidade e sejam preservados em sua essência.⁹⁴

A **Constituição da República da Itália**⁹⁵, logo em seu art. 1º, disciplina que a Itália é um República Democrática, baseada no trabalho. Percebe-se a importância do trabalho, que se encontra inserido como base da república, logo na parte inicial do primeiro artigo.

⁹² Artículo 53

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a).

⁹³ **Art. 27 Economic freedom**

1 Economic freedom is guaranteed.

2 Economic freedom includes in particular the freedom to choose an occupation as well as the freedom to pursue a private economic activity. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/icl/sz00000_.html>. Acesso em 13 fev. 2013.

⁹⁴ **Article 36 Limitations of Fundamental Rights**

(1) Limitations of fundamental rights require a basis in law. Serious limitations have to be expressly provided for in a statute. Cases of clear and present danger not to be avoided by other means are exempt.

(2) Limitations of fundamental rights have to be justified by public interest or by the protection of fundamental rights of others.

(3) Limitations have to satisfy the principle of proportionality.

(4) The essence of fundamental rights is inviolable. Disponível em: Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/icl/sz00000_.html>. Acesso em 13 fev. 2013.

⁹⁵ Art. 1

Italia es una República democrática fundada en el trabajo.

La soberanía pertenece al pueblo, que la ejercerá en las formas y dentro de los límites de la Constitución.

O art. 4º da Carta Magna italiana⁹⁶ torna a tratar do trabalho, onde se extrai que: a) o direito ao trabalho encontra-se garantido constitucionalmente; b) o exercício de atividade de trabalho que contribua para o progresso da sociedade representa dever de todo cidadão; c) é livre a opção de escolha pela atividade a ser desenvolvida, de acordo com as possibilidades do cidadão.

Ao cuidar das relações econômicas, no art. 35, mais uma vez fica expresso que a República⁹⁷ tutela o trabalho em todas as suas formas e aplicações, e preocupa-se com a formação e elevação profissional dos trabalhadores.

O art. 41 da Constituição Italiana⁹⁸ reconhece que a iniciativa econômica privada é livre, e que não pode se desenvolver em contraste com a utilidade social ou de uma forma que possa trazer dano à segurança, à liberdade, ou à dignidade humana. Esse mesmo artigo enuncia que as atividades econômicas públicas e privadas devem ser dirigidas e coordenadas para fins sociais.

Dos dispositivos mencionados, extrai-se que o direito ao livre exercício do trabalho representa garantia constitucional, que, a priori, não sofre limitação expressa da ordem econômica.

⁹⁶ Art. 4

La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho.

Todo ciudadano tendrá el deber de desempeñar, con arreglo a sus posibilidades y según su propia elección, una actividad o función que concurra al progreso material o espiritual de la sociedad

⁹⁷ Art. 35

La República protegerá el trabajo en todas sus formas y aplicaciones.

Cuidará la formación y la promoción profesional de los trabajadores.

Promoverá y favorecerá los acuerdos y las organizaciones internacionales encaminadas a consolidar y regular los derechos del trabajo.

Reconoce la libertad de emigración, salvando las obligaciones establecidas por la ley en pro del interés general y defenderá a los trabajadores italianos en el extranjero.

⁹⁸ Art. 41

Será libre la iniciativa económica privada.

No podrá, sin embargo, desenvolverse en oposición al interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana.

La ley determinará los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda encaminarse y coordinarse con fines sociales.

2.4.2 América do Sul

A **Constituição da República do Paraguai**⁹⁹ trata do trabalho no capítulo VIII, onde consta do art. 86, o direito à livre escolha do trabalho, e a disposição de que a lei protegerá o trabalho em todas as suas formas e os direitos outorgados pela lei ao trabalhador são irrenunciáveis.

O art. 87¹⁰⁰ traz norma programática quanto à política de pleno emprego e formação profissional, dando preferência aos trabalhadores paraguaios. O art. 107¹⁰¹ enuncia o direito de exercício de qualquer atividade econômica legal, de livre escolha, dentro de um sistema de igualdade de oportunidades, e garante a competição de mercado, vedando-se os monopólios ou atos que prejudiquem a livre concorrência.

A **Constituição da República Oriental do Uruguai**¹⁰², ao tratar dos direitos, deveres e garantias, reconhece o direito à vida, honra, liberdade, segurança, propriedade e trabalho, e prevê que ninguém poderá ser privado destes direitos, senão por leis fundadas em interesses gerais, consoante art. 7º.

O art. 36º¹⁰³ disciplina a liberdade que toda pessoa goza de dedicar-se ao trabalho, ressalvadas as limitações de interesse geral, estabelecidas por lei.

⁹⁹ **Artículo 86 - DEL DERECHO AL TRABAJO**

Todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas.

La ley protegerá el trabajo en todas sus formas y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables.

¹⁰⁰ **Artículo 87 - DEL PLENO EMPLEO**

El Estado promoverá políticas que tiendan al pleno empleo y a la formación profesional de recursos humanos, dando preferencia al trabajador nacional.

¹⁰¹ **Artículo 107 - DE LA LIBERTAD DE CONCURRENCIA**

Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades.

Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal.

¹⁰² **Artículo 7º**

Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

¹⁰³ **Artículo 36º**

Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.

Percebe-se que a Constituição do Uruguai garante o exercício do trabalho, porém, permite limitações decorrentes de interesse geral legal. Ou seja, o livre exercício do trabalho é visto como direito sujeito a restrições legais.

A **Constituição da Nação Argentina** enuncia que todos os habitantes da nação gozam do direito de trabalhar e exercer atividades lícitas, consoante leis que regulem o seu exercício, nos termos do art. 14.¹⁰⁴ O art. 20 da Constituição garante o mesmo direito ao trabalho para os estrangeiros.¹⁰⁵ O art. 28, disciplina que os princípios, garantias e direitos reconhecidos nos artigos anteriores não podem ser alterados por leis que regulamentem seu exercício.¹⁰⁶

Nota-se que o art. 28 se encontra na Primeira Parte da Constituição no Capítulo I, que trata das declarações, direitos e garantias – assim como os arts. 14 e 20. Logo, o art. 28 representa garantia de que as leis que regulamentam o trabalho não violem as garantias elencadas nos dispositivos mencionados, dentre os quais se enquadra o direito ao exercício do trabalho.

A **Constituição da República do Chile**, em seu art. 16º, trata do direito ao trabalho e proteção, garantindo a livre escolha do trabalho.¹⁰⁷ Disciplina, entretanto,

¹⁰⁴ **Artículo 14-** Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

¹⁰⁵ **Artículo 20-** Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

¹⁰⁶ **Artículo 28-** Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

¹⁰⁷ 16º.- La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y

que cabe à lei determinar as profissões para as quais será exigido diploma universitário ou outras condições. O art. 21º enuncia o direito ao livre exercício da atividade econômica, desde que não contrário à moral, ordem pública ou à segurança nacional.¹⁰⁸

A **Colômbia** expressamente não admite a aplicação da cláusula de não concorrência. Com espeque nos ensinamos de Regiane Teresinha de Mello João¹⁰⁹, observa-se que o Código Substantivo Del Trabajo da Colômbia, em regra, veda a restrição de trabalho, impedindo a aplicação da cláusula de não concorrência pós-contrato de trabalho.

Abre exceção aos trabalhadores técnicos, industriais ou agrícolas, desde que limitada ao período de um ano, e mediante o pagamento de indenização não inferior à metade do salário recebido na vigência do contrato, nos exatos termos de seu artigo 44.¹¹⁰

Ocorre que o dispositivo supra foi alvo de ampla discussão, sendo que, em 1973, a *Suprema Corte de Justicia* declarou inexecutável a segunda parte do artigo 44, vedando a restrição ao livre exercício do trabalho. Assim o fez ao argumento de que o dispositivo infraconstitucional se chocaria com o artigo 17 da Constituição, que prevê o caráter de obrigação social do trabalho.

las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley...

¹⁰⁸ 21º.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado;

¹⁰⁹ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79-92.

¹¹⁰ Art. 44. La estipulación por medio de la cual un trabajador se obliga a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su patrono, una vez concluído su contrato de trabajo no produce efecto alguno. Sin embargo, es válida esta estipulación hasta por un año, cuando se trate de trabajadores técnicos, industriales o agrícolas, em cuyo caso debe pactar-se, por el período de abstención, una indemnización que en ningún caso puede ser inferior a la mitad del salario.

2.4.3 América do Norte

A **Constituição Política dos Estados Mexicanos de 1917**¹¹¹, em seu art. 123 enuncia que toda pessoa tem direito ao trabalho digno e socialmente útil. O art. 5º garante a liberdade de exercício de profissão, que só pode ceder diante de sentença judicial, na hipótese de atacar direitos de terceiro, ou por resolução do governo nos termos legais, quando o exercício da atividade trouxer prejuízo à sociedade.¹¹² Constatase, pois, que a Carta Política Mexicana resguarda expressamente o direito de terceiros como limitador da ampla liberdade de exercício da profissão.

A **Constituição da República de Cuba** também será brevemente abordada, e isso com o escopo de oferecer uma visão dos valores do trabalho em uma sociedade de economia socialista. Com efeito, o art. 14º funda o sistema de economia na propriedade socialista e a supressão da exploração do homem pelo homem.¹¹³

O art. 16º enuncia que o Estado organiza, dirige e controla a atividade econômica nacional em conformidade com plano que garanta o desenvolvimento programado do país, com objetivos de fortalecer o sistema socialista, satisfazer as necessidades materiais e culturais da sociedade e dos seus cidadãos, e promover o desenvolvimento do ser humano e de sua dignidade; atribuindo relevante importância ao papel dos trabalhadores na elaboração e execução dos programas de produção e desenvolvimento.¹¹⁴

¹¹¹ **Artículo 123.** Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

¹¹² **Artículo 5o.** A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

¹¹³ artículo 14o.- En la República de Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre. También rige el principio de distribución socialista "de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo". La ley establece las regulaciones que garantizan el efectivo cumplimiento de este principio. Disponível em: <<http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>> e http://www.servat.unibe.ch/icl/cu00000_.html. Acesso em 13 fev. 2013.

¹¹⁴ artículo 16o.- El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país, a fin de fortalecer el sistema socialista, satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y los ciudadanos,

O capítulo VII da Carta Política de Cuba, em seu art. 45^{o115}, trata dos direitos, deveres e garantias fundamentais, prescrevendo que o trabalho na sociedade socialista, é um direito, um dever e um motivo de honra para cada cidadão.

Enuncia ainda que todos os trabalhadores têm o dever de desempenhar fielmente as tarefas que lhes sejam correspondentes no trabalho. Veja-se que em um quadro de regime socialista, o trabalho é visto de forma ainda mais acentuada do que no regime capitalista, como dever de cooperação para a completude de uma melhor sociedade.

2.4.4 Ásia

A Constituição da República Popular da China¹¹⁶ disciplina que o setor estatal é um setor socialista da economia, baseado na propriedade de todo o povo, responsável pela força que dirige a economia nacional (art. 6º). Nesse cenário, o art. 42º da Constituição da China está redigido de modo a reconhecer o trabalho como um direito e um dever - questão de honra para todos os cidadãos¹¹⁷, de forma

promover el desenvolvimiento de la persona humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país. En la elaboración y ejecución de los programas de producción y desarrollo participan activa y conscientemente los trabajadores de todas las ramas de la economía y de las demás esferas de la vida social.

¹¹⁵ artículo 45o.- El trabajo en la sociedad socialista es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano. El trabajo es remunerado conforme a su calidad y cantidad; al proporcionarlo se atienden las exigencias de la economía y la sociedad, la elección del trabajador y su aptitud y calificación; lo garantiza el sistema económico socialista, que propicia el desarrollo económico y social, sin crisis, y que con ello ha eliminado el desempleo y borrado para siempre el paro estacional llamado "tiempo muerto". Se reconoce el trabajo voluntario, no remunerado, realizado en beneficio de toda la sociedad, en las actividades industriales, agrícolas, técnicas, artísticas y de servicio, como formador de la conciencia comunista de nuestro pueblo. Cada trabajador esta en el deber de cumplir cabalmente las tareas que le corresponden en su empleo.

¹¹⁶ Artículo 6o.- La base del sistema economico socialista de la Republica Popular China es la propiedad social socialista de los médios de produccion, o sea, la propiedad de todo el pueblo y la propiedad colectiva de las masas trabajadoras. El sistema de propiedad social socialista implica la eliminacion de la explotacion del hombre por el hombre y la aplicacion del principio de "de cada uno, segun su capacidad; a cada uno, segun su trabajo". Disponível em: http://www.politica-china.org/imxd/noticias/doc/1232451324Constitucion_china_ES.pdf. Acesso em 14 fev. 2013.

¹¹⁷ Artículo 42o.- Los ciudadanos de la Republica Popular China tienen derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado crea, por todos los medios, condiciones para el empleo, refuerza la proteccion laboral, mejora las condiciones de trabajo y, sobre la base del desarrollo de la produccion, incrementa las remuneraciones por el trabajo y los servicios de bienestar. El trabajo constituye un honroso deber

semelhante à Constituição de Cuba.

Assim, para os chineses, o não exercício de uma atividade produtiva pode representar uma desonra, o que atinge a esfera da personalidade. Justifica-se, pois, a inserção do trabalho como atividade inerente à dignidade da pessoa humana, com ainda mais ênfase em regimes socialistas.

A **Constituição da Federação Russa** consigna no art. 7º, que a Rússia é um Estado social, cuja política visa à criação de condições para garantir uma vida humana digna e com livre desenvolvimento, e que o trabalho e a saúde humana serão protegidos.¹¹⁸ O art. 8º garante, dentre outros, o apoio à concorrência e à liberdade da atividade econômica.¹¹⁹

O art. 37 disciplina que o trabalho é livre, que todos têm o direito de usar livremente suas habilidades para o trabalho, de escolher o tipo de atividade e ocupação.¹²⁰ Nota-se, pois, que a Constituição Russa garante o livre exercício da atividade ou profissão.

de todos los ciudadanos aptos para hacerlo. Los trabajadores tanto de las empresas estatales como de las organizaciones economicas colectivas de la ciudad y el campo deben encarar su trabajo con la actitud de dueños del Estado. El Estado promueve la emulacion socialista en el trabajo y recompensa a los trabajadores ejemplares y avanzados. Alienta a los ciudadanos a participar en el trabajo voluntario. El Estado concede un adecuado entrenamiento laboral a los ciudadanos previo a su colocacion. Disponível em: http://www.politica-china.org/imxd/noticias/doc/1232451324Constitucion_china_ES.pdf. Acesso em 14 fev. 2013.

¹¹⁸ **Article 7**

1. The Russian Federation is a social State whose policy is aimed at creating conditions for a worthy life and a free development of man.

2. In the Russian Federation the labour and health of people shall be protected, a guaranteed minimum wages and salaries shall be established, state support ensured to the family, maternity, paternity and childhood, to disabled persons and the elderly, the system of social services developed, state pensions, allowances and other social security guarantees shall be established. Disponível em: http://www.childsrights.org/html/site_fr/law_download.php?id=73. Acesso em 13 fev. 2013.

¹¹⁹ **Article 8**

1. In the Russian Federation guarantees shall be provided for the integrity of economic space, a free flow of goods, services and financial resources, support for competition, and the freedom of economic activity.

2. In the Russian Federation recognition and equal protection shall be given to the private, state, municipal and other forms of ownership. Disponível em: http://www.childsrights.org/html/site_fr/law_download.php?id=73. Acesso em 13 fev. 2013.

¹²⁰ 1. Labour is free. Everyone shall have the right to freely use his labour capabilities, to choose the type of activity and profession.

Disponível em: http://www.childsrights.org/html/site_fr/law_download.php?id=73. Acesso em 13 fev. 2013.

2.4.5 Pactos

Embora os pactos internacionais não tenham força vinculante, pede-se vênua para colocá-los junto ao tópico que trata das constituições, com o escopo de manter o foco sobre direitos com amplitude que envolve uma gama de países. Passa-se, pois, à um célere voo sobre os pactos internacionais mais marcantes no que tange à defesa dos direitos e garantias fundamentais, apenas apontando-os.

O Protocolo de San Salvador¹²¹ trata expressamente do alcance das restrições e limitações ao gozo dos direitos estabelecidos no Pacto, a fim de que não contrariem seus propósitos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) enuncia o comprometimento ao respeito aos direitos e liberdades contidos em seu bojo.¹²²

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, prevê a não restrição ou limitação dos direitos em um Estado em razão de sua legislação ou convenções internacionais, ao argumento de que o Protocolo não reconheceu o direito ou o fez em menor grau.¹²³

O Pacto Internacional dos direitos humanos, sociais e culturais prevê que nenhuma disposição pode ser interpretada de modo a destruir qualquer dos direitos e

¹²¹ **Artigo 5. Alcance das restrições e limitações**

Os Estados Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos.

¹²² **Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos**

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

¹²³ **Artigo 4. Não-admissão de restrições**

Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.

liberdades reconhecidas no Pacto ou a sua limitação em medida superior á prevista em lei. Dispõe também que não se admitirá restrição a nenhum dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em um Estado-parte em razão das leis, convenções, regulamentos ou costumes sob o pretexto de que o Pacto não os reconhece ou o faz em menor grau.¹²⁴

2.5 Colisão

A questão que, desde logo se coloca, diz respeito à possibilidade de se firmar cláusula de não concorrência nos contratos de emprego, sem que com isso haja violação aos dispositivos constitucionais que garantem o livre exercício do direito ao trabalho.

Com efeito, o exercício do direito da liberdade do empregador de firmar a cláusula de não concorrência não corre em separado do respeito do direito ao exercício do trabalho, e da livre escolha do trabalho.

Conforme se observa da leitura dos fundamentos da CF/88 expostos ao longo deste capítulo e do anterior, o direito ao livre exercício do trabalho se encontra amparado nos mesmo artigos que também consagram a livre iniciativa e a liberdade de concorrência.

Mais não fosse. As mesmas cláusulas gerais que fundamentam por irradiação constitucional o direito ao livre exercício do trabalho também embasam a livre concorrência e a liberdade de concorrência, e, por consequência fundamentam o pacto de não concorrência pós-contrato de emprego.

Ainda que os fundamentos do direito ao trabalho pareçam mais facilmente

¹²⁴ **Artículo 5º**

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

atrelar-se à garantia de uma existência digna, deve-se considerar que ambos os direitos estão previstos na Carta Maior, e que eventual limitação ao livre exercício do trabalho pode não configurar desprezo pela norma constitucional, de sorte que o conflito deverá ser estudado à luz do princípio da proporcionalidade, que possui assento constitucional, apto a solver conflitos, consoante será abordado no capítulo seguinte.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para o estudo do princípio da proporcionalidade, se iniciará mediante introdução que justifica a sua inserção no cenário da hermenêutica e interpretação constitucional.

3.1 Hermenêutica e interpretação constitucional

Deve-se valer da interpretação constitucional quando há necessidade de responder a uma questão constitucional, que a própria Constituição não permite responder de forma conclusiva, tal como na hipótese da aplicação da cláusula de não concorrência frente à limitação da liberdade ao exercício do trabalho. Reconhece-se que os problemas de interpretação são mais comuns na interpretação constitucional do que em outros setores do ordenamento, dado o caráter aberto e amplo da Constituição.

Interpretar significa mediar o objeto da interpretação com o sujeito destinatário do objeto interpretado, aplicando-se a regra no caso concreto, ou seja, conferindo um significado ao texto objeto da interpretação, o que só ocorre no caso prático, jamais em abstrato.

Interpretar a Constituição é dizer se a norma é ou não aplicável à luz dos preceitos constitucionais, ao passo que a hermenêutica em sentido lato vai além. Sem abrir mão da interpretação constitucional, o intérprete institui espécie de processo através do qual são ditados os passos a serem seguidos. Estabelece um trajeto, com critérios, passos e métodos determinados para atingir a justiça, que representa a concretização dos princípios constitucionalmente previstos.

A hermenêutica constitucional visa à compreensão do fenômeno jurídico através de princípios e regras no plano normativo, que exigem a efetivação dos valores que os orientam no plano axiológico, com o fim de concretização no plano fático, utilizando-se para tanto dos métodos e processos elaborados pela

hermenêutica jurídica, tendo a supremacia da Constituição por princípio basilar.¹²⁵ Um exemplo é o Preâmbulo da Constituição que não figura como regra, porém, é usado no processo hermenêutico dado o seu caráter principiológico.

A hermenêutica se revela como ramo da ciência do direito que determina as regras sistematizando a interpretação, à luz do Direito Constitucional. Ou seja, busca os valores constantes da Carta Maior, de modo a tornar a Constituição instrumento da efetividade dos direitos ali consagrados. A metodonomologia é a ciência que estuda as regras e passos a serem seguidos na hermenêutica constitucional.

Não vincula diretamente o intérprete, a hermenêutica o faz indiretamente por meio do ato de interpretar, através do qual se revela a norma e se verifica seu conteúdo e alcance. Assim, a hermenêutica indica os passos e caminhos, ao passo que a interpretação consiste na explicitação do compreendido – não como ato reprodutivo, mas sim produtivo - que deverá ser sustentado por justificação fundamentada, explicitando as razões pelas quais se compreendeu de determinado modo, a fim de legitimar a decisão adotada.

Nesse contexto, a hermenêutica assume o papel de apresentar caminhos abstratos, fornecendo subsídios e regras a serem utilizados em situações concretas da vida em um processo de interpretação. Nos dizeres de Celso Ribeiro Bastos, “interpretação tem por objeto as normas, enquanto que a hermenêutica decifra o modo pelo qual poderá se dar a interpretação”¹²⁶. É a interpretação que confere efetividade à norma, ou seja, dá vida ao direito, o torna operativo.

Diante do conflito constitucional entre a cláusula de não concorrência e a liberdade de trabalho, para cumprir o objetivo da presente dissertação, será necessária menção à alguns dos métodos mais utilizados na interpretação constitucional, iniciando pelos tradicionais, e em seguida alcançando o modelo pós-positivista – sem a pretensão de exame mais detalhado, até porque refugiria ao estudo proposto.

¹²⁵ GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 43-46.

¹²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 36.

Konrad Hesse¹²⁷ explica que a teoria tradicional da interpretação busca revelar a vontade objetiva da norma ou subjetiva do legislador. Daí derivam duas teorias, a objetiva da interpretação, que intenta conhecer a vontade objetiva do legislador manifestada no preceito de lei; e a teoria subjetiva que pretende conhecer a vontade subjetiva do legislador.

A interpretação tradicional ocorre a partir do texto da norma, e se limita à conjugação das interpretações gramatical e lógica, com os elementos racional, teleológico, sistemático, e histórico, com o escopo de extrair conclusões, no que tange ao significado da norma.

A interpretação gramatical representa o ponto de partida da atividade interpretativa, se preocupa com o significado puro e simples da norma, ou seja, a literalidade do texto, o conteúdo semântico das palavras que o compõe. Toma o uso linguístico para efeito de estabelecer o sentido de cada uma das palavras que compõe a norma, que, a priori devem ser compreendidas no sentido usual, somente o sendo no técnico quando o tipo de discurso ou matéria a tanto conduzirem o intérprete, tal como nos vocábulos posse, fruto, boa-fé, e tantos outros. Representa o ponto de partida da atividade interpretativa, como também o limite que não pode ser ultrapassado pelo intérprete.

A interpretação lógica pretende resgatar o sentido e o alcance da norma, a sua finalidade e o bem jurídico por ela tutelado. Remete ao espírito da lei, por meio dos elementos racional, sistemático e histórico.

O elemento racional indica que toda disposição legal tem algo a realizar, com função e finalidades determinadas, e a norma deve ser compreendida no sentido de permitir o alcance do fim pretendido voltado às regulamentações da vida, com o escopo de satisfazer as exigências econômicas e sociais. Porém, o fim representa a escolha de um caminho nem sempre correto, na medida em que inexistente segurança absoluta acerca do conteúdo da norma, até porque a finalidade de hoje pode não ser a de amanhã, ganhando a lei alma diversa da original,

¹²⁷ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 37-38.

baseada em uma interpretação evolutiva.¹²⁸

O elemento sistemático consiste na percepção de que um princípio jurídico não existe, se não em conjunto com outros princípios, e o significado de cada norma só é preciso quando esta é confrontada com outras normas, eis que, vista de modo isolado, a norma constitucional pode fazer pouco sentido, ou mesmo contradizer outra. Em suma, a norma não pode ser interpretada isoladamente, mas sim em relação com as demais disposições legais, mantendo a unidade do sistema.

O elemento histórico indica que boa gama dos princípios inseridos nos códigos reproduz princípios similares pretéritos. Busca-se o sentido da norma nos trabalhos preparatórios da lei, em seu contexto no momento histórico em que foi promulgada. Contudo, tal meio de interpretação não tem recebido prestígio na moderna interpretação constitucional nos sistemas de tradição jurídica romano-germânica.¹²⁹

A crítica de Francesco Ferrara ao sistema é que os trabalhos preparatórios da lei não têm o condão de indicar o caminho trilhado pelo legislador, a um porque a vontade do criador da lei se perde, devendo-se considerar o que a norma diz, e não o que poderia querer dizer; a dois porque não se pode supor a existência de vontade única por parte dos legisladores; a três porque não é difícil encontrar trabalhos preparatórios com falsa justificação.¹³⁰

A interpretação declarativa surge da concordância da interpretação lógica com a gramatical, e consiste na adoção do sentido que melhor se adegue à vontade da lei, declarando o sentido linguístico do legislador.

Todavia, os métodos apontados sofrem diversas críticas, que se somam às já apontadas. A um porque não são suficientes para uma correta interpretação constitucional, até porque não há uma ciência da interpretação, conforme lição de

¹²⁸ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 140-142.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136-137.

¹³⁰ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 143-146.

Miguel Limón Rojas,:

[...] “ é necessário assinalar que existem no Direito Constitucional princípios e métodos dos quais podemos nos servir para interpretar um texto, mas não podemos dizer que haja propriamente uma ciência da interpretação.”¹³¹

A dois porque a Constituição não possui somente um critério inequívoco de interpretação, de modo que o escopo da interpretação só pode relativamente consistir na descoberta da vontade objetiva do texto ou subjetiva do legislador, até porque não se pode ter por objetivo a identificação da vontade da Constituição ou do constituinte, pois, na inexistência de uma vontade inequívoca, impossível será a descoberta de vontade autêntica, senão suposta ou fictícia.¹³²

A três porque o método tradicional é sistemático ao exagero e formal, reduzindo o juiz a uma máquina, de tal modo que Francesco Ferrara¹³³ declara a preferência pelo método construtivista, que não obsta a ponderação de interesses e apreciação das exigências e natureza das relações sociais.

A quatro porque os métodos de interpretação, isoladamente, não oferecem suficiente orientação, de modo que devem ser combinados entre si. Como exemplo, não há certeza quanto ao conteúdo semântico da norma, eis que as palavras podem assumir feições diversas de acordo com a época em que foram escritas, e a linguagem jurídica é diferente da usual; a interpretação teleológica representa praticamente uma carta branca, não respondendo como descobrir o sentido da norma; e a interpretação sistemática se dá em conformidade com o local em que o preceito se insere.¹³⁴

A cinco porque inexistente clareza na distinção dos métodos entre si, e nem se faz possível identificar de modo inequívoco onde começa um e onde termina o outro.

¹³¹ Tradução livre - es necesario señalar que existen a lo largo del Derecho Constitucional principios y métodos de los que podemos servirnos para interpretar un texto, pero no podemos decir que haya propiamente hablando, una ciencia de la interpretación.” ROJAS, Miguel Limón. **A interpretação constitucional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, p. 73.

¹³² HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 39-40.

¹³³ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 170.

¹³⁴ HESSE, op. cit., p. 40.

A seis pela própria estrutura aberta e ampla da constituição, dotada de princípios que funcionam como vetores, porém, sem a mesma especificidade das normas de direito privado.

Por essas razões, percebe-se que os tradicionais métodos de interpretação constitucional não asseguram caminho tranquilo para validação da cláusula de não concorrência como limitadora do exercício da liberdade ao trabalho.

Interpretação constitucional é concretização, ou seja, efetivação dos direitos constitucionais. E, para concretizar é necessário compreender o conteúdo da norma a concretizar, eis que, não se pode buscar a efetivação de direito cuja essência não se tenha conhecimento – de modo que cabe ao intérprete captar o conteúdo na norma no momento histórico em que se encontra.

E isso só é possível em relação a um caso concreto, ou seja, o intérprete tem que colocar a norma em relação com o problema concreto para determinar seu conteúdo, afinal inexistente interpretação constitucional em abstrato. Trata-se, pois, do acesso do plano normativo constitucional para o plano fático, na medida em que a Constituição tem de incidir no mundo real, regulando as relações em sociedade.

Destarte, em um processo de concretização deve-se tomar o sentido da norma, extrair o seu significado, compreender de que forma esse preceito se insere no sistema de acordo com os valores e princípios constitucionais adotados, e, ao final tomar a decisão em uma situação da vida observados os valores constitucionais.

A primeira conclusão é que à luz da hermenêutica e interpretação constitucional, para a validação da cláusula de não concorrência frente à limitação da liberdade ao trabalho, o intérprete deve: a) ater-se ao caso concreto em que tenha sido firmado o pacto de não concorrência, haja vista que só existe interpretação constitucional em um problema concreto; b) ter a norma como limite da liberdade criativa; c) ter por objeto a concretização dos direitos previstos na Constituição, haja vista que interpretação constitucional é concretização.

Diante de seu caráter renovatório na interpretação constitucional, até porque admite o uso de todos os métodos interpretativos, a tópica acabou por influenciar de sobremaneira o método concretista da “Constituição aberta”, que surgiu na Alemanha, por Häberle, e implica a ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, estendendo-o a todos os cidadãos. Com essa extensão, o processo de interpretação se torna público e aberto, o que conduz a Constituição ao caminho da realidade de seus cidadãos, de modo que a Constituição se torna espelho da sociedade atual.¹³⁵

A tópica surgiu, pois, da necessidade da metodologia clássica ser modificada ou substituída por regras mais dinâmicas da realidade da Constituição – o que é possível pela estrutura aberta e valores pluralistas nela inseridos. Nesse sentido.

O método concretista decorre da tópica, pois, a concretização ocorre por meio da atuação tópica, orientada e limitada pela norma, onde deverão ser colocados todos os pontos de vista que a norma comporte, e, após a avaliação dos pontos a favor e contra, se fundamenta a decisão de modo mais claro e convincente quanto for possível.

Nesse processo, o intérprete fará uso dos pontos de vista relacionados com o problema, incluindo os elementos de concretização que proporcionam o uso das diretrizes da Constituição na resolução do problema. Nesse diapasão, pois, o intérprete utilizará os vários argumentos possíveis para verificar o mais adequado para a solução do caso concreto.

Para tanto, o intérprete elege *topoi* (princípios), o que o faz com base em critérios materiais de argumentação, colocando os argumentos a favor e contra os pontos de vista que elege até chegar a sua decisão de modo fundamentado, voltada à realidade social, limitado à norma e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Parte-se do problema - que deve ser examinado à exaustão - para então

¹³⁵ BONAVIDES, Paulo. O método concretista da Constituição aberta. **O Estado de São Paulo** n. 206, p. 145 e 151. Suplemento Cultural

chegar à norma. A interpretação tópica consiste em pensar o problema, partindo do caso concreto - em detrimento do primado da norma e do sistema - mediante eleição dos critérios mais adequados para a solução. Toma-se, assim, a lição do uso da tópica para resolução do problema proposto, visando à concretização.

Não olvida, todavia, que a tópica não é aceita por parte da doutrina, tal como José Joaquim Gomes Canotilho e Celso Ribeiro Bastos. Cumpre assinalar os ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos¹³⁶, para quem, o fato da tópica propor o uso de premissas não necessariamente vinculadas à Constituição acabaria por invalidar o seu emprego quando da interpretação constitucional, pois, o intérprete dotado de poder demasiado poderia almejar alterar até a vontade constitucional, desvirtuando os interesses e garantias do Estado Democrático de Direito.

Sem a ambição de sustentar contra tão portentosa doutrina, nota-se que, com base na supremacia da Constituição, não seria constitucional uma decisão que atentasse contra os princípios e regras ali enunciados em favor da aplicação de dispositivo de conteúdo hierárquico inferior. Assim, ainda que, na análise do caso concreto, em um primeiro momento a tópica pudesse conduzir a resultado inconstitucional, ao final, essa interpretação passaria por necessária reavaliação, tornando-se à verificação de todos os argumentos prós e contras que favorecessem a resolução do problema, voltando-se à justiça e observância dos ditames constitucionais.

O princípio da proporcionalidade, que servirá para a resolução do confronto proposto - é tópico, pois, se volta para a justiça do caso concreto. Sobre o tema, veja-se a lição de Paulo Bonavides, no que se refere à caracterização do princípio da proporcionalidade como método tópico:

[...] “volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após subverterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso, concretizam assim a necessidade do ato decisório da correção.”¹³⁷

¹³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 262.

¹³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.440.

De toda sorte, cumpre observar que ainda que se entenda pela inaplicabilidade da tópica na hermenêutica e interpretação constitucional, tal fato não tem o condão de tirar os efeitos do princípio da proporcionalidade na resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, eis que o princípio em estudo possui assento constitucional, consoante será abordado no decorrer do presente capítulo.

Assim, deve-se pensar na validação da cláusula de não concorrência, mediante a eleição de critérios que ofereçam suporte para que a decisão a ser tomada considere o problema em si, no caso concreto, por meio do uso do princípio da proporcionalidade, para efeito de sopesamento de direitos em conflito.

Antes, porém, de tratar propriamente do princípio da proporcionalidade, ainda se faz necessário algum embasamento. Com efeito, revela-se apropriado dizer que o ordenamento jurídico é composto de regras e princípios, fazendo-se a distinção entre regras e princípios – diferenciação que será útil para compreensão de temas que virão no curso do presente estudo, e que ora se traz por uma questão didática.

3.2 Diferenças entre Regras e Princípios

O sistema constitucional é aberto, composto de regras e princípios. Tanto os princípios quanto as regras são normas, porque ambos se situam no “dever ser” – a diferença se situa na generalidade dos princípios e na qualidade dos preceitos que estes vinculam. As regras, pois, são mais precisas com menor grau de abstração, ao passo que os princípios possuem conteúdo mais aberto.

Princípios representam o vértice de todo o sistema, são proposições diretoras, vetores ou normas de direção, que contém um feixe de regras. A generalidade dos princípios permite a atualização do sistema constitucional, aplicando-se as normas em observância à evolução e desenvolvimento da sociedade, ou seja, no caso concreto, observada a sociedade atual, e não de forma estática.

Princípios são normas de elevado grau de abstração e generalidade, que ordenam que algo se faça na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E, justamente por essa abstração e generalidade permitem a atualização do sistema ao tempo da aplicação da norma, de acordo com os valores da sociedade atual. Funcionam, pois, como válvulas de abertura para que o sistema constitucional se mantenha atualizado.

Segundo Lenio Luiz Streck, “o princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra”, sendo que “por trás de cada regra, passa a existir um princípio.”¹³⁸ Isso não significa que os princípios possam ser aplicados sob qualquer fundamento, na medida em que se encontram vinculados a um núcleo básico e indissociável, ao qual o intérprete está vinculado.¹³⁹

De acordo com Wagner Balera, “os princípios representam expressões dos valores, as regras instrumentalizam o sistema para que, cumpridos os mandamentos veiculados pelos princípios, os valores venham a ser alcançados.”¹⁴⁰

Princípios são mandamentos de otimização, enquanto regras são mandamentos definitivos. Para Robert Alexy, a otimização já está contida no próprio conceito de princípio, e a sua supressão faria com o que o respectivo princípio perdesse o caráter de princípio.¹⁴¹

Os princípios viveram fases distintas. No sistema jusnaturalista, eram tidos como ideais de justiça, e não como preceitos normativos. Na fase juspositivista, passaram a integrar os códigos, porém, ainda sem normatividade própria. Somente na fase pós-positivista é que foram alçados à qualidade de normas jurídicas,

¹³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “O Problema da Discricionariedade dos Juízes**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> p. 17. Acesso em 13 jan. 2013.

¹³⁹ LILLA, Fabio de Campos; BASTOS, Fabiana Ribeiro. A nova discussão a respeito dos princípios constitucionais. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 32, n. 117, out/dez. 2012, p. 81.

¹⁴⁰ BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008, p. 1343.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Tradução Carlos Bernal Pulido. 1. ed. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 110.

mostrando-se aptos a resolver colisões entre direitos fundamentais,¹⁴² como a que decorre da aplicação da cláusula de não concorrência no contrato de emprego frente ao livre exercício do direito ao trabalho.

Na definição de Roque Antonio Carraza:

[...] “princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isto mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e aplicação de normas jurídicas que com ele se conectam.”¹⁴³

Os princípios conferem unidade e harmonia ao sistema, funcionando como mandamento nuclear - alicerce do sistema, que irradia sobre as normas, compondo o espírito e servindo de norte para a compreensão destas. Oferecem, pois, as diretrizes, funcionando como vetores, irradiando todo o sistema, de sorte que as normas infraconstitucionais com eles guardem consonância.

A diferenciação entre regras e princípios é salutar, na medida em que representa a base para a teoria dos direitos fundamentais, possibilitando a justificação das restrições de direitos fundamentais na resolução de colisões destes direitos.

Os princípios, dado o grau de abstração, cedem em nível de determinação e avançam em nível de incidência, ao passo que as regras possuem maior força de determinação com menor área de atuação. Significa dizer, uma regra é aplicada sob determinada hipótese, mediante subsunção, ao passo que um princípio pode ser utilizado em hipóteses distintas, de modos diversos, no caso concreto.

Justamente por essa amplitude de aplicação, os princípios instituem obrigações *prima facie*, e não definitivas, ao passo que as regras enunciam obrigações absolutas. Ou seja, os princípios não representam mandamento

¹⁴² NOVO, Catia Guimarães Raposo. **Da Cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho**. 2007. 208f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 49-51.

¹⁴³ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 2. ed. rev. ampl. e atual. pela Constituição Federal de 1988, de Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 26.

definitivo, já que podem ser afastados por razões contrárias - diferentemente das regras que têm seu conteúdo determinado e, aplicadas, portanto, de modo definitivo.

As regras são mais concretas e imediatas, ao passo que os princípios possuem conteúdo axiológico mais identificável do que as regras, sendo utilizado, por vezes, como razão de decisão para as regras.

Segundo Robert Alexy¹⁴⁴, o ponto central de divisão é que os princípios ordenam que se faça algo na maior medida do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Podem, pois, ser satisfeitos em graus diferentes, eis que, sua aplicação dentro das possibilidades jurídicas é determinada pelos princípios e regras que colidem; ao passo que as regras são ou não satisfeitas, tal como determinam. Há uma diferenciação, assim, qualitativa entre princípios e regras, e não distinção de grau.

Percebe-se que a distinção entre regras e princípios fica mais nítida na hipótese de conflitos entre regras, ou de colisão entre princípios. Os conflitos entre regras são solucionados na dimensão da validade; ao passo que as colisões entre princípios pela dimensão do peso.

Em havendo antinomia entre regras, duas são as soluções. Ou se introduz uma cláusula de exceção, ou, quando não for possível, se totalmente incompatível, conduz a declaração de invalidade de uma delas, pois as regras se situam no mesmo patamar de validade dentro do ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, não há graduação quanto à validade de uma norma jurídica. A aplicação das regras segue o “tudo ou nada”, na acepção de Ronald Dworkin. Ou se aplica, ou não se aplica do modo como posto, apelando-se para as condições de validade da norma.

Já os princípios, quando colidem, não se sujeitam à introdução de cláusula de exceção, e menos ainda são declarados inválidos. Não se aplicam de modo

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5. edição alemã, de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91 e 108

automático. Representam deveres de otimização, enquanto fundamento do Estado de Direito. São dotados da mesma hierarquia e peso.

O conflito entre princípios se resolve pela dimensão do peso na situação concreta, mediante sopesamento. Um dos princípios cede, sem que deixe de ter validade. Pelo contrário, apenas tem precedência sob determinadas condições, de sorte que pode não prevalecer em outra situação de conflito, cujas circunstâncias sejam diversas.

Quando colidem, os princípios, não se excluem mutuamente, mas conjugam-se. Considerada a mesma hierarquia, peso e situação de fato, podem ser satisfeitos em diferentes graus – o que os torna passíveis de ponderação, levando-se em conta a importância, tomando-se como fáticas as possibilidades determinadas pelas máximas da adequação e necessidade; e por jurídica a proporcionalidade estrita¹⁴⁵ – justamente as máximas estruturantes da argumentação racional dos subprincípios informadores do princípio da proporcionalidade.

Nessa linha, os princípios oferecem as regras de interpretação, diante das colisões enfrentadas no direito contemporâneo, e a partir dos quais se partirá para avaliar a validade e os limites da cláusula de não concorrência como limitadora ao livre exercício do trabalho.

Na crítica de Humberto Ávila¹⁴⁶, não se mostra adequada a aplicação das regras no modo “tudo ou nada”, pois, mesmo as normas que aparentam indicar modo incondicional de aplicação, também podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador, e que devem ser ponderadas, pois, só após a interpretação é que se pode demonstrar quais as consequências daí decorrentes.

Para o autor, o grau de rigidez é que caracteriza as regras, que indica que estas não cedem, senão diante de uma situação excepcional e mediante o

¹⁴⁵ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 32 e p. 38.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 51-90.

preenchimento de requisitos formais e materiais, e a atividade de ponderação das razões não é privativa os princípios, mas, sim qualidade geral de aplicação das normas.

Na diferenciação de Humberto Ávila, regras são normas imediatamente descritivas, enquanto os princípios são regras imediatamente finalísticas. Os princípios determinam a realização de um fim jurídico relevante, enquanto as regras têm por característica a previsão de comportamento. Os princípios não descrevem um objeto em sentido amplo, (sujeito, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), requerem maior ônus argumentativo e dizem respeito a um estado de coisas a ser construído, tendo a pretensão de complementaridade, enquanto as regras, por seu caráter prescritivo e objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos e conteúdos), exigem menor grau de argumentação, tendo a pretensão de decidibilidade.

De toda sorte, a natureza dos princípios está conectada à proporcionalidade, e vice-versa, de sorte que se pode dizer que a proporcionalidade se deduz da natureza dos princípios, pois, com os subprincípios da proporcionalidade se solvem os conflitos entre princípios.

3.3 Princípios de interpretação constitucional

Konrad Hesse define como cinco os princípios de interpretação constitucional. São eles: unidade da Constituição, concordância prática, conformidade funcional, efeito integrador, força normativa da Constituição. A doutrina brasileira acrescenta dois outros princípios: máxima efetividade; e interpretação das leis conforme a Constituição.

O **princípio da unidade da Constituição** ordena que as normas e, sobretudo, os princípios jurídicos-políticos que estruturam a Constituição, sejam interpretados evitando-se contradições, antinomias e antagonismos¹⁴⁷ - analisados

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 232.

no conjunto do sistema, e não isoladamente.

Trata-se de reconhecer que a Constituição é formada por regras e princípios que se harmonizam, observando a interdependência das diversas normas da ordem constitucional em um sistema integrado, resolvendo tensões, mediante justificação fundamentada.

Inexistem duas constituições, a Carta Maior é uma só, e como tal devem ser solvidos os conflitos dentro de uma visão sistêmica. Ou seja, nenhum dos bens em conflito deixa o sistema constitucional, mas, sim, cede frente ao outro, no caso concreto, a fim de propiciar a satisfação do outro bem até o limite em que a essência do bem preterido se mantenha preservada. Esse papel pode ser bem desempenhado pelo princípio da proporcionalidade, que tem o poder de harmonizar questões concretas conflituosas, não permitindo a quebra da unidade constitucional, mas, sim resolvendo a colisão entre a cláusula de não concorrência no contrato de emprego com a liberdade de exercício ao trabalho, de modo a compatibilizar os bens em sua essência.

O **princípio da eficácia integradora**, ou efeito integrador preconiza que, se a Constituição propõe a criação e manutenção da unidade política, ela exige preferência na solução dos problemas jurídico-constitucionais aos pontos de vista que promovam e mantenham a unidade política e social,¹⁴⁸ de modo que se encontra indissolúvelmente ligada ao princípio da unidade da constituição. Deve-se interpretar, pois, observando a finalidade do texto à luz da integração política e social.

Conjugando-se o princípio da unidade da Constituição e do efeito integrador, vê-se a necessidade de se estabelecer os limites dos bens em uma situação de conflito, visando à efetividade máxima de cada um deles, o que deverá ser levado a efeito por meio do princípio da proporcionalidade.

O princípio da **conformidade funcional**, disciplina que o órgão de

¹⁴⁸ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 50.

interpretação deve se manter dentro das funções a ele outorgadas pela Constituição – ou seja, o modo e o resultado da interpretação não poderão modificar a distribuição das funções reguladas pela Constituição, de tal arte que ao Tribunal Constitucional só corresponde uma função de controle, lhe sendo vedada uma interpretação que restrinja a liberdade do legislador além dos limites estabelecidos pela Constituição. Trata-se do princípio encarregado, pois, de impedir a alteração ou sobreposição das funções dos Poderes, com o escopo de garantir que não haja a subversão da organização funcional constitucionalmente prevista.¹⁴⁹

O princípio da conformidade funcional representa separação de poderes, e não é afetado na aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, a autonomia do legislador na determinação de meios e fins se mantém preservada, vez que amparada pela própria Constituição - desde que, evidentemente não vá além de suas atribuições funcionais.

É bem verdade também que ao interpretar a lei, o juiz tem espaço aberto para inserir o princípio da proporcionalidade – o que, para os críticos do princípio representa carta branca, que colocaria as decisões ao arbítrio dos juízes que tomariam decisões com base em posições ideológicas e políticas, mas não jurídicas. Contudo, ao decidir o juiz tem de fundamentar a decisão, e esse fundamento terá de se conformar aos preceitos da Constituição, sob pena de inconstitucionalidade.

O princípio da proporcionalidade convive de modo harmônico com o princípio da separação de poderes, e quando corretamente aplicado, inclusive harmoniza o convívio do judiciário e do legislativo, oferecendo regras para concretização dos direitos fundamentais¹⁵⁰, pois, “ao examinar a compatibilidade entre meio e fim, e as nuances da necessidade-proporcionalidade da medida adotada, a atuação do Judiciário transcende à do mero controle objetivo da legalidade.”¹⁵¹

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 234.

¹⁵⁰ DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 187.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 337.

O princípio da **concordância prática** é consectário lógico do princípio da unidade constitucional, pois, consiste em coordenar os bens objeto da proteção constitucional, na solução do problema, de tal sorte que estes mantenham a sua identidade, visando à preservação e concretização máxima dos direitos previstos na Carta Magna.

Desse modo, em havendo contradição entre dois princípios, em um caso concreto, estes devem se harmonizar, sopesando-se os princípios, relativizando a aplicação, até onde não colidirem. Onde há colisão, não se deve fazer precipitada “ponderação de bens” ou “ponderação de valores” realizando um à custa do outro. Há uma prevalência de um sobre o outro no caso concreto, sem que o outro seja eliminado do sistema.

Guarda íntima relação com o princípio da proporcionalidade, pois, através daquele que se harmonizam conflitos no sistema vigente, de modo que um direito não elimine ao outro, e se mantenha a unidade da constituição.

Esse caráter de harmonização - na preciosa observação de Sonia Schimmel¹⁵² - faz com que o princípio da proporcionalidade represente a realização do princípio da concordância prática no caso concreto.

E quando se trata de harmonização de direitos, de modo que um não extermine ao outro, bem se pode lembrar da cláusula de não concorrência no contrato de emprego, que não pode proibir o exercício do gênero trabalho, mas somente limitar o seu exercício, e é na colisão entre direitos fundamentais, ou de direitos fundamentais com direitos constitucionalmente protegidos, que o princípio da concordância prática transita.

O **princípio da máxima efetividade**, também conhecido por princípio da eficiência, ou da interpretação efetiva, não consta no catálogo de Konrad Hesse. Determina que a Constituição seja interpretada de modo a obter a eficácia máxima.

¹⁵² SCHIMMEL, Sonia. **O Princípio da proporcionalidade como garantia constitucional**. 2004. 394 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 193.

Busca, pois, retirar os valores que permitem a concretização dos direitos, obtendo a maior eficácia da Constituição, de tal sorte que representa mais um reforço ao princípio da unidade da Constituição, revelando-se de importância crucial na compreensão das normas que consagram direitos fundamentais, na medida em que representa concreção dos valores constitucionais no plano fático.

Por meio deste princípio, se parte para a preservação de uma carga mínima de normatividade de um dispositivo constitucional quando em conflito com outros, afinal de acordo com o princípio da máxima efetividade, toda norma constitucional produz efeitos, não podendo ser de todo nulificada.

O **princípio da força normativa da Constituição** prevê que, tendo em vista que a Constituição pretende manter-se atualizada, é certo que a evolução da sociedade vai conduzindo a diferentes condicionamentos e possibilidades, porém, é necessário dar preferência aos pontos de vista que ajudem a Constituição na obtenção da máxima eficácia nos casos concretos.¹⁵³

Por meio desse princípio, se introduz a possibilidade de alteração – para não dizer evolução - na forma como se compreende o texto constitucional e, por irradiação, as normas infraconstitucionais.

O princípio da força normativa da Constituição tem por escopo impedir o repúdio à própria Constituição, de sorte que o princípio da proporcionalidade procura cumprir a tarefa de manter a essência dos direitos em conflito, de modo a não permitir que o texto constitucional seja mera nota descumprida.

O princípio da **interpretação conforme a Constituição**¹⁵⁴ determina que a constituição seja interpretada de acordo com seus valores básicos, e as normas infraconstitucionais também o sejam em conformidade com os vetores constitucionais.

¹⁵³ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 50.

¹⁵⁴ Na crítica de Virgílio Afonso da Silva, esse princípio pode ter significado para a interpretação das leis, mas não para a interpretação constitucional, pois, são as leis infraconstitucionais que devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, e não o inverso.

Guarda relação com o princípio da proporcionalidade, pois, através do princípio da interpretação conforme a constituição se limita os poderes do juiz na interpretação do comando, de sorte que se observe os limites do próprio texto, visando à concretização das normas constitucionais, não desviando dos preceitos inseridos na Carta Magna. Serve assim, com especial eficácia na proteção dos direitos fundamentais ou dos direitos constitucionalmente previstos.

Seguindo os princípios de interpretação constitucional ora trazidos, há segurança jurídica, porém, até certo ponto. Direito não é matemática. A decisão jurídica, em particular a constitucional, não é passível de completa racionalização, haja vista que as relações sociais não são estanques, elas se aperfeiçoam e estão em processo de constante mutação.

Fechar os olhos para esse fenômeno que sempre existiu, porém em velocidade mais lenta, significa privar a sociedade de ter os seus problemas jurídicos resolvidos à luz de uma visão mais atualizada, que acompanhe a própria evolução do mundo contemporâneo, dotada de novos enfoques e necessidades para os problemas nas relações humanas, visando à justiça no caso concreto, voltada à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a utilização dos métodos de interpretação trazidos propicia que se tome uma decisão convincente e até certo ponto previsível, porém não se pode ter a certeza do resultado.

Vistos os métodos tradicionais de interpretação constitucional, bem como o método tópico de índole pós-positivista, e traçadas linhas sobre os princípios constitucionais, no que aplicáveis ao problema proposto, percebe-se que inexistem normas absolutas, de modo que uma cede parcialmente diante da outra. E isso leva a outro aspecto. Se de um lado as normas de direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, de outro, as normas que os impõe limitações também não são absolutas, de sorte que cabe a análise no caso concreto.

Tal como apreendido, os princípios de interpretação constitucional orientam e coordenam a relação das diferentes normas dentro do sistema, de modo que uma

norma não esvazie por completo o conteúdo da outra. Em suma, diante do problema a ser resolvido no presente trabalho, particularmente fazem-se especiais os princípios da unidade da Constituição e da concordância prática, a fim de harmonizar o conflito em questão, visando à máxima efetividade constitucional, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3.4 Princípio da Proporcionalidade

Postulado, proposição, ou axioma representam algo que fundamenta uma ciência, e não se discute. Pode-se discutir uma tese, mas não um postulado, ou proposição, ou axioma. A doutrina diverge quanto à caracterização do princípio da proporcionalidade como regra, postulado, proposição, princípio ou axioma.

Humberto Ávila e Celso Ribeiro Bastos tratam da proporcionalidade como postulado. Entendem, portanto, que a proporcionalidade representa um juízo de valor, algo que se aceita, e não se discute.

Robert Alexy não confere ao princípio da proporcionalidade o status de princípio, pois, entende inexistir relação de regra de precedência entre adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tal como ocorre com os princípios, que se relacionam através do sopesamento quando colidem uns com os outros. O autor reconhece, no entanto, que há juízo de ponderação em sede de subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. E mais, chega a afirmar que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela.”¹⁵⁵

Para Sylvia Marlene de Castro Figueiredo, contudo, a dissensão não tem razão de existir, pois, entende que os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não se tratam de regras particulares e

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5. edição alemã, de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-117.

autônomas, mas, sim, atreladas ao princípio da proporcionalidade em sentido lato.¹⁵⁶

De toda sorte, se a máxima da proporcionalidade for recebida como postulado¹⁵⁷, acatando-se a lição de Humberto Ávila, então se compreenderá como situada em um metanível, até acima dos princípios. Nessa condição, por evidente, que não perde o seu caráter de solver conflitos relativos a direitos fundamentais ou de direitos assegurados pela Constituição.

O caráter que deve ser atribuído à proporcionalidade não parece ter efeito prático. Para os fins do presente estudo, por escolha pessoal, adota-se a denominação princípio da proporcionalidade, eis que se aceito no metanível de postulado (que, na lição de Humberto Ávila é o maior), com muito mais razão terá de ser acatado como princípio.

A palavra proporcionalidade, como o nome diz, está ligada ao que é proporcional – que, a seu turno, significa o que está em proporção, justa medida, adequado. Representa um guia à atividade interpretativa, mormente quando da colisão de direitos.

Junto com proporcionalidade *lato sensu* também é de uso corrente da doutrina e da jurisprudência a expressão “proibição do excesso.” Insta observar, contudo, consoante ensinamento de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo¹⁵⁸, que a Corte Constitucional de Karlsruhe trata do princípio da proporcionalidade e da proibição de excesso como distintos.

¹⁵⁶ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 188.

¹⁵⁷ Humberto Ávila explica que os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. “A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação das outras. A duas, porque não possuem os mesmo destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras): os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.”

¹⁵⁸ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 174-175.

No princípio da proporcionalidade situam-se os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; ao passo que no princípio da proibição de excesso não se encontra o requisito adequação, fazendo-se presentes somente os demais subprincípios da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em suma, a proibição do excesso é regra de restrição para que não seja retirada inteiramente a eficácia de um direito fundamental.

Também não se confunda o princípio da proporcionalidade com justa proporção, dever de razoabilidade, ponderação, ou mesmo a proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, a razoabilidade não faz relação entre o meio e o fim, tal como o princípio da proporcionalidade, mas, sim, trata da harmonização do geral, verificando se as circunstâncias estão dentro da normalidade.¹⁵⁹

Até pode-se enquadrar a razoabilidade, a proibição do excesso e a justa proporção no exame da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, se a medida adotada traz mais benefícios pela defesa do bem protegido do que malefícios pela lesão ao bem ofendido, de modo a compreender a ponderação dos bens em conflito no exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto à justa proporção, esta exige relação proporcional de bens entrelaçados em uma relação jurídica, independente de uma restrição para o alcance do fim, ao passo que o princípio da proporcionalidade exige a aplicação de seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para que o objetivo final seja atingido.¹⁶⁰

A noção do princípio da proporcionalidade data do período aristotélico. Com efeito, Aristóteles já expressava a necessidade de moderação e abandono do exagero, oferecendo a “noção de ‘meio termo’ e de ‘justa medida’, que trazem ínsita

¹⁵⁹ Embora tal questão não altere o resultado do presente estudo, não se olvida que boa parte da doutrina trata da razoabilidade e da proporcionalidade com o mesmo significado, tal como bem aponta Justino da Silva Guimarães. GUIMARÃES, Justino da Silva. **A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2006, p. 102.

¹⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 28, 180-182 e 186-187.

a noção de proporcionalidade”.¹⁶¹

A Magna Carta Inglesa de 1215 enunciava que a multa deverá guardar proporção com o delito, já trazendo a noção de proporcionalidade. E essa ideia de justa medida, moderação, renasce na Filosofia Iluminista do século XVIII, para efeito de tomada de decisões¹⁶², tanto que Montesquieu sustentou a aplicação da justa medida, pregando pela proporcionalidade entre a gravidade dos delitos e as penalidades daí decorrentes.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prescreve, em seu art. 8º, que a lei não deve estabelecer outras penas que não as estritas e evidentemente necessárias. Não se olvida, contudo, da Constituição Francesa de 1791, que previa expressamente o princípio da legalidade.

Todavia, a proporcionalidade como princípio só alcança foro constitucional na metade do século XX, na Alemanha, com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, que prescrevia a efetividade na proteção dos direitos fundamentais – ideia que se disseminou no modelo germano-românico atingindo diversas constitucionais contemporâneas mundo afora.

Tanto assim o é que, no aniversário de 60 anos da Constituição de Bonn, em 2009, em cerimônia organizada pela Embaixada alemã, no Brasil, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹⁶³, referindo-se à Constituição Alemã, reconheceu que,:

A Lei Fundamental constitui-se em paradigma da própria idéia do Estado constitucional de Direito: uma ordem constitucional em que se destacam características como: “(i) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados, (ii) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais, (iii) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em relações

¹⁶¹ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 178.

¹⁶² FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p 179.

¹⁶³ Que cursou Mestrado e Doutorado, na Universidade de Münster, na Alemanha.

privadas, (iv) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição, e (v) a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral”.¹⁶⁴

Emblemáticas decisões foram prolatadas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.¹⁶⁵ Com efeito, em janeiro de 1958, no caso *Lüth Urteil* – que tratava da proibição da exibição de um filme anti-semita - se utilizou o princípio da proporcionalidade como meio de solver o conflito entre direitos com assento constitucional, sopesando os direitos em colisão à luz da proporcionalidade. Posteriormente, em junho de 1958, o Tribunal de Karlsruhe resolveu conflito conhecido como “caso das farmácias” que envolvia limitações ao exercício da profissão, com base nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade teve o seu berço no direito administrativo tendo por escopo proteger os cidadãos das investidas do Estado, transpôs-se para o direito constitucional, tendo o seu período de gestação, na atual configuração, a partir das decisões supra mencionadas e desenvolveu-se com mais vigor durante as décadas de setenta e oitenta, tanto que em 1971 foi proferida decisão pelo Tribunal Constitucional Alemão, em questão envolvendo o armazenamento de petróleo, em que se entendeu que:

[...] “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.”¹⁶⁶

Diversas são as correntes quanto ao fundamento original do princípio da proporcionalidade. Na visão de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo, foi em razão do desenvolvimento da ideia de Estado de Direito, e em face das seguidas afirmações do Tribunal Constitucional Federal Alemão que houve a transposição do princípio da

¹⁶⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>> Acesso em 01 mar. 2013.

¹⁶⁵ SCHIMMEL, Sonia. **O Princípio da proporcionalidade como garantia constitucional**. 2004. 394 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 193.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000 p. 248.

proporcionalidade do Direito Administrativo para o Constitucional.¹⁶⁷

Os que sustentam que o princípio da proporcionalidade encontra fundamento no Estado de Direito regrado pelo princípio da constitucionalidade, argumentam que a supremacia da Constituição representa fundamento essencial para a compreensão do princípio da proporcionalidade.

O princípio em enfoque independe de explicitação em texto constitucional, pois, inerente à essência do Estado de Direito, de tal modo que prepondera a supremacia da Constituição sobre o princípio da legalidade, de inspiração liberal, a fim de conter não só os poderes do Estado à eficaz guarda dos direitos fundamentais, mas, vinculando também os particulares.¹⁶⁸ Tanto assim o é que o princípio se encontra implícito na ordem constitucional alemã, mas não escrito, tendo o seu fundamento – segundo o Tribunal Constitucional Federal Alemão - na própria essência do Direito e na ideia de Estado de Direito.

De acordo com Luís Roberto Barroso, o princípio da proporcionalidade tem sua origem e desenvolvimento conectados à garantia do devido processo legal, originário do direito anglo-saxão, consoante a Magna Carta de 1.215, e atualmente se encontra consagrado em Emendas à Constituição norte americana.

O princípio do devido processo legal teve dois momentos distintos, e não excludentes, nos Estados Unidos – que convivem harmonicamente até hoje. O primeiro, onde possuía caráter estritamente processual (*procedural due process*); e o segundo, de caráter substantivo, que se desenvolveu a partir do século XIX, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica, através do qual se tornou instrumento para o exercício criativo da jurisdição constitucional. Por meio da segunda fase, e combinado com o princípio da igualdade substancial, se tornou meio eficaz para a defesa dos direitos individuais, correndo o mundo e repercutindo sobre os ordenamentos que buscam equilíbrio entre o exercício do poder e

¹⁶⁷ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 180.

¹⁶⁸ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 197-199.

conservação dos direitos dos cidadãos.¹⁶⁹

Ao mesmo tempo, porém, em que o princípio da proporcionalidade se revela como meio hábil para resolução dos conflitos cumprindo os princípios da concordância prática, da unidade da Constituição e do efeito integrador, é também, de forma contraditória, o meio que pode sacrificar a unidade da Constituição, e isso por que lhe falta um critério orientador quanto às suas valorações.

Aliás, para Konrad Hesse¹⁷⁰, o princípio da proporcionalidade não pode ser considerado como um princípio de interpretação constitucional justamente por não ser dotado de critério orientador no que tange às suas valorações, colocando a unidade da Constituição em constante situação de ameaça.

Arion Sayão Romita¹⁷¹ também aponta que há os que se mostram contrários à aplicação do princípio da proporcionalidade para solução de conflitos – e assim o fazem ao argumento de que o princípio em questão teria caráter irracional e subjetivo, representando uma completa insegurança jurídica aos jurisdicionados, que ficam sem saber a linha que será adotada pelo magistrado.

No entanto, o próprio autor se encarrega de fazer a crítica aos opositores da aplicação do princípio da proporcionalidade, aduzindo que ao apreciar o caso concreto, o juiz desce às minúcias, aprofundando o exame das normas em colisão, não se limitando a declarar que as disposições são proporcionadas ou desproporcionadas, mas, sim, expondo as razões em que apoia o resultado da aplicação dos três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Virgílio Afonso da Silva¹⁷² também enfrenta a questão da insegurança jurídica, aduzindo que a previsibilidade das decisões pode ser alcançada por meio

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 224-230.

¹⁷⁰ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 52.

¹⁷¹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, p. 206.

¹⁷² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 69 e 149.

de sólidas e abrangentes pesquisas jurisprudenciais, assim como através de comentários das decisões de tribunais superiores. O autor, aliás, defende a ampliação do círculo da proteção do direito fundamental, ao argumento de que a ponderação das colisões de direitos fundamentais depende da extensão do suporte fático - amplo ou restrito.

Nesse ponto, é importante fazer um parêntese, para dizer que âmbito de proteção e suporte fático dizem respeito ao que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, sem levar em consideração as possíveis restrições.¹⁷³

Segundo Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁴:

[...] “toda teoria que se baseia em suporte fático restrito para os direitos fundamentais tem como principal tarefa fundamentar o que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção desses direitos, bem como definir qual é a extensão do conceito de intervenção estatal nesse âmbito.”

Já o suporte fático amplo está isento desta tarefa – segundo explica o autor, pois, através de um modelo de suporte amplo, a definição do que é protegido representa unicamente o primeiro passo, na medida em que ainda ocorrerá sopesamento diante do fato concreto, antes de se adotar a proteção definitiva do bem escolhido.

Amplia-se, pois, o círculo dentro do qual se insere o direito fundamental, porém, minimiza-se o núcleo central, de modo que o direito não seja violado em sua essência quando em rota de colisão, cedendo diante de outro direito fundamental em uma situação concreta.

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5. edição alemã, de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 302.

¹⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 94 e 109.

3.5 Direito estrangeiro

A influência do direito estrangeiro na adoção do princípio da proporcionalidade no Brasil é inquestionável, mormente no que tange ao direito germânico, berço do princípio da proporcionalidade fundado no Estado de Direito.

O direito norte americano, embora derive do sistema *common law*, também merece especial menção, mormente para aqueles que atribuem ao devido processo legal o fundamento para aplicação do princípio da proporcionalidade. O direito português, a seu turno, também influenciou de modo decisivo a adoção e reconhecimento do princípio da proporcionalidade no cenário brasileiro.

Diante dessas influências, justifica-se a apresentação do princípio da proporcionalidade no direito internacional, antes da indicação dos fundamentos adotados pelo direito pátrio. E, nesse passeio aproveita-se para fazer menção não somente aos direitos dos países acima relacionados, como também da Suíça e Espanha, eis que estes contemplam a adoção expressa do princípio da proporcionalidade junto às suas constituições.

A Alemanha foi o país em que o princípio da proporcionalidade mais se desenvolveu, fundado no Estado de Direito, tendo a sua fase inicial no direito administrativo até alcançar o direito constitucional, consoante já explicitado no tópico anterior, especialmente em razão da difusão provocada por decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Nos Estados Unidos da América, o princípio da proporcionalidade encontra fundamento na *due process of law clause*, prevista na Emenda 5^a e também na Emenda 14^a, Seções 1 e 2 da Constituição norte-americana.¹⁷⁵

¹⁷⁵ **Section 1.** All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Section 2. Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the

Na Suíça, há expressa previsão constitucional de que as limitações aos direitos fundamentais têm de satisfazer ao princípio da proporcionalidade, nos termos do art. 36, item 3¹⁷⁶.

A Espanha positivou o princípio da Proporcionalidade na Lei de procedimento Administrativo de 1958, ainda durante a ditadura do General Franco. Passado o período ditatorial, a Espanha elevou o princípio da proporcionalidade à categoria do Princípio Geral do Direito, e a doutrina e jurisprudência pacificaram entendimento de exame judicial ao ato estatal desnecessário, inadequado ou desproporcional¹⁷⁷.

Em Portugal, o princípio consta na Constituição de 1976, nos termos do item 4 do art. 19, que trata dos direitos e deveres fundamentais, e exige a fundamentação para a restrição¹⁷⁸. E ainda, no art. 266, que trata dos princípios fundamentais da administração pública, enunciando que os órgãos e agentes administrativos devem atuar com respeito ao princípio da proporcionalidade, consoante se extrai do item 2.¹⁷⁹

members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.

Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/usa/usa1787.html>>

¹⁷⁶ Title 2 Basic, Civil, and Social Rights

Article 36 Limitations of Fundamental Rights

(1) Limitations of fundamental rights require a basis in law. Serious limitations have to be expressly provided for in a statute. Cases of clear and present danger not to be avoided by other means are exempt.

(2) Limitations of fundamental rights have to be justified by public interest or by the protection of fundamental rights of others.

(3) Limitations have to satisfy the principle of proportionality.

(4) The essence of fundamental rights is inviolable. Fonte: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>. Acesso em 12 fev. 2013.

¹⁷⁷ GUERRA, Sergio. O Princípio da Proporcionalidade na Pós Modernidade. **Revista Eletrônica de Direito de Estado**, Salvador, n. 2, p. 16, abr/jun. 2005.

¹⁷⁸ (4) A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto reestabelecimento da normalidade constitucional. Fonte: <http://dre.pt/comum/html/legis/crp.html>

¹⁷⁹ **Artigo 266.º (Princípios fundamentais)**

1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé. Fonte: <http://dre.pt/comum/html/legis/crp.html>

A recepção em Portugal influenciou a adoção do princípio da proporcionalidade no cenário brasileiro¹⁸⁰, como instrumento na busca da concretização dos direitos fundamentais.

3.6 Constituição Federal de 1988

Em decorrência da influência estrangeira – notadamente do direito germânico e do direito norte-americano – o princípio da proporcionalidade encontra dois fundamentos de aplicação junto à Constituição Federal de 1988.

O primeiro dos fundamentos é de que o princípio da proporcionalidade se encontra implícito na Carta Magna, consoante se infere do art. 5º, §2º da CF, derivado do Estado de direito, que abarca não só os direitos e garantias constitucionais escritos, mas também outros não escritos, limitando o arbítrio no exercício das funções estatais e assegurando valores e interesses consagrados constitucionalmente.

O segundo dos fundamentos – até mesmo porque de uso do Supremo Tribunal Federal (consoante será demonstrado no tópico seguinte) - deriva da cláusula geral do devido processo legal, conforme disposição do art. 5º, inciso LIV da CF.

Mesmo que na condição de implícito, o princípio não deixa de ser influente, eis que emanado da própria Constituição Federal, a exemplo do que ocorre no paradigmático e já citado direito alemão.

A noção de princípio da proporcionalidade se extrai de outros princípios que lhes são afins, tal como o princípio da igualdade¹⁸¹ – diferencia-se, contudo, do princípio da isonomia que possui aplicação abstrata, ao passo que o princípio da

¹⁸⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p.265.

¹⁸¹ FIGUEIREDO, Sylvania Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 209-210.

proporcionalidade se aplica ao caso concreto, compatibilizando os direitos fundamentais.

Dimitri Dimolius e Leonardo Martins¹⁸² o fundamentam na combinação do art. 5º, §2º c/c o art. 5º, § 1º - ambos da CF/88. Para os autores, o art. 5º, §1º tem a força de vincular o legislador diretamente aos direitos fundamentais, enquanto que o art. 5º, §2º em face da possibilidade de reconhecimento de garantias não expressas na Carta Magna, mas decorrentes dos princípios por esta adotados.

Paulo Bonavides, em linha similar, defende a consagração do princípio da proporcionalidade como princípio ou máxima constitucional, e o vincula ao Direito Constitucional também por meio dos direitos fundamentais.¹⁸³

Willis Santiago Guerra Filho¹⁸⁴ sustenta que o princípio da proporcionalidade deriva da reunião de Estado de Direito e Democracia, e trata do princípio com um caráter muito especial, até mesmo o colocando no patamar de norma hipotética fundamental de natureza kelseniana. Com efeito, assenta o autor como ponto central para o correto entendimento da CF/88, a questão “de se estabelecer qual o princípio e valor maior, à luz do qual se poderá esclarecer dúvidas quanto à forma adequada de equacionar o conflito entre os princípios da Democracia e do Estado de Direito”, e mais adiante dispõe que o princípio procurado está:

[...] “implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, e sua função hermenêutica é a de hierarquizar, em situações concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo, assim, a unidade e consistência desejadas”.

Para o autor, o princípio máximo procurado, que por sua especialidade, tanto se diferencia dos demais, acha-se expresso na ‘máxima da proporcionalidade’.

Sem descartar a origem alemã inerente ao Estado de Direito, Luís Roberto

¹⁸² DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 181.

¹⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 408.

¹⁸⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 193-195.

Barroso¹⁸⁵ aponta como fundamento o inciso LIV do art. 5º da CF, que trata do devido processo legal com raízes no direito americano.

De modo particularizado, a doutrina chega a apontar aplicação do princípio em dispositivos constitucionais diversos, tais como: direito de resposta proporcional ao agravo; direito de indenização decorrente de violação à intimidade, vida privada, honra ou imagem das pessoas; piso proporcional à extensão e complexidade do trabalho; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço; representação proporcional dos partidos nas constituições das mesas e comissões das casas legislativas.¹⁸⁶

Em síntese, por conta do art. 5º, §2º da CF, e art. 5º, inciso LIV da CF, o princípio da proporcionalidade vai se robustecendo no Brasil, sendo objeto de uso do Supremo Tribunal Federal, em uma leitura hermenêutica, a fim de solver conflitos derivados da colisão de princípios constitucionais ou derivados da Constituição.

O tópico seguinte tratará dos subprincípios da proporcionalidade, procurando relacioná-los com casos práticos – a fim de melhor elucidação - em especial no que tange ao julgamento do RE 603.583, que enfrentou o tema da exigência da aprovação em Exame de Ordem para o exercício da advocacia.

3.7 Subprincípios da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade divide-se nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3.7.1 Adequação

De acordo com o subprincípio da adequação - também chamado de

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 224.

¹⁸⁶ artigo 5º, incisos V, X e XXV; artigo 7º, incisos IV, V e XXI; artigo 36, §3º; artigo 37, inciso IX; artigo 40, inciso III, alíneas c e d e §4º, artigo 40, inciso V; artigo 41, §§ 2º e 3º; artigo 45, caput e §1º; artigo 58, inciso II; artigo 71, inciso VIII; artigo 84, parágrafo único; artigo 129, incisos III e IX; artigo 170, caput, artigo 173, §§ 3º, 4º e 5º; artigo 174, §§1º e 2º e artigo 175, inciso IV.

“princípio da pertinência”, ou da “validade do fim” - a medida restritiva tem de ser apta ou adequada para a proteção do outro direito ou bem garantido por normas constitucionais.

Na lição de Humberto Ávila¹⁸⁷, no exame da adequação, não se avaliará o grau de aptidão da medida, mas sim se esta serve ao menos parcialmente para atingir o fim pretendido. Esta avaliação será absolutamente técnica e não valorativa, frente à colisão de outro bem também garantido pela Constituição. O meio deve se revelar, pois, apto para o alcance do fim almejado.

A avaliação da aptidão pode ocorrer em termos quantitativos, qualitativos e sob a ótica da probabilidade. No que tange ao qualitativo, um meio pode promover mais, de igual modo, ou menos resultado do que outro meio, Quanto ao qualitativo, a defesa do bem pode ser promovida de pior, melhor, ou igual modo do que outro meio. Quanto à probabilidade, esta pode ser maior, menor, ou igual do que a verificada em outro meio, para a defesa do bem.

Contudo em exame da adequação, não se exige a escolha do meio mais eficaz, seguro e intenso, pois, de antemão, não se pode saber qual dos meios preenche tais requisitos, e se é que existe um que se preste a ser o melhor em termos quantitativos, qualitativos e sob a ótica da probabilidade. Nesses termos, o que se deve verificar é se o meio escolhido é apto para a defesa do bem protegido.

O Supremo Tribunal Federal¹⁸⁸ enfrentou questão em que entendeu que a exigência de comprovação das condições de capacidade para o exercício das atividades de corretor de imóveis violava a livre escolha do trabalho, ofício ou profissão, pois, a medida adotada (comprovação das condições de capacidade) não se prestava para defender o bem pretendido (controle do exercício da profissão).

E, de igual decidiu em favor da liberdade de exercício da atividade de músico, ao enfrentar limitações impostas pela Ordem de Músicos que estava a exigir

¹⁸⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 28, 180-182 e 186-187.

¹⁸⁸ STF, Tribunal Pleno, Repr. 930-DF, rel. Min. Cordeiro Guerra, rel. para o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, j. 5.5.1976, DJU 2.9.1977, p. 5.969.

a inscrição na entidade para efeito de exercício da atividade.¹⁸⁹

O entendimento foi de que a regra é a liberdade, e que nem todas as profissões devem ser regulamentadas, inexistindo necessidade para tanto no que tange à atividade artística de músico, e menos ainda risco de lesão em razão do exercício da atividade sem a inscrição perante a Ordem dos Músicos do Brasil – Conselho Regional de São Paulo. O fundamento adotado para o uso do princípio da proporcionalidade foi o art. 5º, inciso LIV da CF/88, ou seja, o devido processo legal.¹⁹⁰

Ficou expresso que não é qualquer atividade profissional que pode ser restringida pelo Estado, mas, somente aquelas com potencial lesivo em face da coletividade, porque na ausência de risco, desnecessária qualquer limitação. Assim como, a regulamentação de atividades profissionais por lei, sempre implica em interferência na liberdade de ofício, de tal arte que esta “somente se legitima quando presente razões impostas pela necessidade social de preservação e proteção do interesse público...”

¹⁸⁹ EMENTA: CONSELHO PROFISSIONAL. ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO PARA EFEITO DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ARTÍSTICA. INCOMPATIBILIDADE COM O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIBERDADES CONSTITUCIONAIS DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA (CF, ART. 5º, IX) E DE OFÍCIO OU PROFISSÃO (CF, ART. 5º, XIII). SIGNIFICADO E ALCANCE DESSAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. ARTE E CULTURA, QUE REPRESENTAM *EXPRESSÕES FUNDAMENTAIS* DA LIBERDADE HUMANA, CONSTITUEM DOMÍNIOS INTERDITADOS À INTERVENÇÃO, *SEMPRE PERIGOSA E NOCIVA*, DO ESTADO. A QUESTÃO DA LIBERDADE PROFISSIONAL E A REGULAÇÃO NORMATIVA DE SEU EXERCÍCIO. PARÂMETROS *QUE DEVEM CONFORMAR* A AÇÃO LEGISLATIVA DO ESTADO NO PLANO DA REGULAMENTAÇÃO PROFISSIONAL: (a) *NECESSIDADE DE GRAU ELEVADO* DE CONHECIMENTO TÉCNICO OU CIENTÍFICO PARA O DESEMPENHO DA PROFISSÃO E (b) *EXISTÊNCIA DE RISCO POTENCIAL OU DE DANO EFETIVO COMO OCORRÊNCIAS QUE PODEM RESULTAR* DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SE CONSOLIDARAM *DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1891*. LIMITES À AÇÃO LEGISLATIVA DO ESTADO, *NOTADAMENTE QUANDO IMPÕE* RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO DE DIREITOS OU LIBERDADES OU, *AINDA*, NOS CASOS EM QUE A LEGISLAÇÃO SE MOSTRA DESTITUÍDA *DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE*. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA LEGAL DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL E DE PAGAMENTO DE ANUIDADE, PARA EFEITO *DE ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO MÚSICO*. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. STF, RE 509409/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.08.2011, DJe 08.09.2011 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000163654&base=baseMonocraticas>. 02 mar. 2013.

¹⁹⁰ “O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle da sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização da constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.”

E essa foi exatamente a hipótese que levou o STF a decidir em favor da obrigatoriedade da realização do exame da Ordem dos Advogados do Brasil, como meio de aferir a aptidão do bacharel qualificando-o para o exercício da advocacia, consoante decisão proferida no Recurso Extraordinário 603.583, cuja ementa foi a seguinte:

TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

BACHARÉIS EM DIREITO – QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação do bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau.

ADVOGADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações.

No corpo do acórdão, o relator Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, dispôs ser “inimaginável pensar liberdade em plenitude quando se é compelido ao exercício de determinada profissão ou são completamente vedadas as condições de acesso à desejada”. Tratou do valor social do trabalho como fundamento da República, consoante art. 1º, inciso IV, da CF/88. Destacou, no entanto, que cabe limitar o acesso ao exercício à profissão quando presente risco ao interesse público, justificando-se a parte final do art. 5º, inciso XIII da Carta Magna que ressalva as qualificações exigidas por lei.

Destacou, com base em Humberto Ávila que,:

[...] “o Tribunal Constitucional alemão somente declara a inconstitucionalidade por violação ao subprincípio da adequação quando a medida restritiva aos direitos fundamentais apresentar-se evidentemente incapaz de atingir a finalidade para a qual foi implementada e não for, de qualquer maneira, plausível ou justificável,”

E que esse parâmetro está de acordo com a posição adotada pelo Supremo no julgamento da Representação nº 930, que trata do exercício da profissão de

corretor¹⁹¹, apontando que o quadro social revela a “adequação da exigência do Exame da Ordem à realidade brasileira.”

No mesmo julgamento – RE 603.583 – o Ministro Luiz Fux realizou exame à luz dos subprincípios da proporcionalidade. Iniciando pela adequação, aduziu, em síntese, que a medida é adequada ao fim que se destina, e que “a *adequação* não se confunde com a *perfeição*: não seria necessário que o exame de Ordem fosse o *único* e nem mesmo o *melhor* meio de atingir o fim colimado, mas que seja apto, numa relação de causa efeito, a ocasionar a consecução de seu propósito.” No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes entendeu que “a medida atesta a qualificação mínima necessária para o exercício profissional”, passando, portanto, pelo requisito da adequação.

Assim, e considerando que o confronto constitucional entre a cláusula de não concorrência e a liberdade de trabalho deve ser solucionado frente o caso concreto, deve-se aferir na situação real, com base no subprincípio da adequação, tão somente se a restrição imposta é apta a proteger a empresa da concorrência de seu ex-empregado ou de terceiros que se aproveitam das informações confidenciais repassadas por aquele ao concorrente do ex-empregador.

E esta avaliação deve considerar o momento da restrição, e não situação posterior. Ou seja, deve considerar se, nas circunstâncias e ao tempo em que a cláusula de não concorrência foi firmada esta se mostrava apta a proteger o empregador, no que tange aos seus bens imateriais.

Destarte, em sede de subprincípio da adequação, não cabe qualquer espécie de valoração ou ponderação entre o peso da restrição imposta na limitação ao livre exercício do trabalho e o bem defendido. Basta que a medida se mostre apta a resguardar o direito do empregador de não concorrer com ex-empregado, ou com empresa que o contrate, e que por força das informações repassadas pelo antigo empregado tenha acesso às informações confidenciais, empresariais e estratégicas da empresa, com o que já está franqueada a passagem ao segundo dos

¹⁹¹ Decisão já mencionada acima neste mesmo item.

subprincípios – necessidade.

3.7.2 Necessidade

O subprincípio da necessidade – também conhecido como princípio da exigibilidade, ou menor interferência possível, do meio mais suave, do meio mais moderado, da subsidiariedade¹⁹², da proibição do excesso - consiste em avaliar se a medida de restrição adotada é de fato necessária para a garantia da efetividade do direito protegido.

A medida que limita um direito fundamental deve ser forçosa para o alcance do fim, que consiste na proteção de outro bem constitucional. Deve-se procurar, dentre as medidas, se existe mais de uma que tenha a mesma intensidade, e que possa promover o fim. Em havendo mais de um meio para alcançar o fim pretendido com a mesma eficácia, deve-se optar pelo menos gravoso.

No exame do RE 603.583 (Exame de Ordem), o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello traçou comparativo a fim de verificar se o meio escolhido representava ou não o menos gravoso para alcançar o fim colimado, pois, de um lado a OAB sustentava a necessidade do exame para qualificar o bacharel ao exercício da advocacia, de outro o autor da ação dizia que havia meios de punir posteriormente o advogado que se mostrasse despreparado, e que viesse a causar prejuízo aos seus clientes.

Em seu voto, à luz do exame do subprincípio da necessidade ou proibição do excesso, expôs que “a alegada fiscalização posterior à ocorrência do fato danoso mostra-se inequivocamente menos efetiva do que o escrutínio prévio. Com parâmetro de comparação díspares, impossível é a declaração de inconstitucionalidade por violação à proibição de excesso.” Isso quer dizer, a medida adotada somente se sujeita à comparação com outra que possua a mesma eficácia no resguardo do bem constitucional defendido, não se podendo comparar com

¹⁹² FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 189.

diversa que não tenha o condão de produzir igual defesa.

No mesmo julgamento, o Ministro Luiz Fux, também procedeu ao exame à luz do subprincípio da necessidade, entendendo, após suas considerações, que “não se consegue imaginar alguma forma menos gravosa de condicionar o exercício da profissão à prévia demonstração de qualificação técnica.” O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no mesmo diapasão entendeu que a medida passava pelo crivo da necessidade.

Assim como no subprincípio da necessidade, também aqui, a eleição do meio mais eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos, pode ocorrer em termos quantitativos, qualitativos e sob a ótica da probabilidade. Destarte, a medida escolhida deve ser estritamente necessária para o alcance do interesse visado, porém não necessariamente deve representar a melhor sob o ponto de vista qualitativo, quantitativo e sob a ótica da probabilidade, e isso porque, um meio pode até ser o que melhor atinge o fim, porém, pode o ser de forma muito demorada, ou mesmo gerar custos exagerados.

Essa avaliação é realizada com base na experiência. Assim, com base no subprincípio da necessidade, deve-se avaliar, no caso concreto, se a restrição estabelecida através da cláusula de não concorrência é a menos desvantajosa para o ex-empregado exercer o seu direito de livre exercício ao trabalho, dentre as possibilidades existentes que tenham a mesma eficácia no resguardo da empresa, no que se refere a protegê-la da concorrência gerada por seu ex-empregado.

Não cabe a valoração se existe outra medida menos ofensiva ao livre exercício do trabalho, caso esta não tenha a mesma eficácia na proteção do empregador. Pois bem, satisfazendo-se ao subprincípio da necessidade, passa-se para o exame da proporcionalidade estrito senso.

3.7.3 Proporcionalidade em sentido estrito

A título de diferenciação com os anteriores, cabe dizer que enquanto os

subprincípios da adequação e necessidade estão sujeitos à análise técnica, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito possui aferição de cunho valorativo, tendo por objeto de avaliação o núcleo da limitação adotada.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito consiste na comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade em que foi restringido o direito fundamental ofendido. Representa a ponderação entre o peso da restrição e o resultado colimado.

Há de se comparar, pois, o grau de realização do objetivo perseguido com o grau de afetação do direito fundamental prejudicado. Busca-se certo equilíbrio entre os benefícios advindos da limitação e os prejuízos gerados para o direito que sofreu intervenção – de tal arte que gere mais benefícios do que prejuízos, ou seja, que ocorra um justo equilíbrio, sob pena da medida não justificar o fim, revelando-se desproporcional.

Robert Alexy leciona que, no conflito de princípios, a efetivação do direito dependerá do princípio antagônico, mediante sopesamento, de sorte que quanto maior o grau de não cumprimento ou afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.¹⁹³

Permite que o intérprete realize “balanceamento dos princípios constitucionais em colisão, buscando a solução mais justa para o caso concreto, que se dará segundo a observância dos objetivos traçados no Texto Fundamental.”¹⁹⁴

Consiste, pois, em avaliar: a) o grau de não-satisfação ou não-realização do direito violado; b) o grau de importância do direito eleito *prima facie* para ser satisfeito; c) demonstrar que a realização do direito adotado no conflito tem maior importância e força suficiente para justificar a não realização do direito preterido no

¹⁹³ Lembra-se, contudo, que o autor não considera a proporcionalidade como princípio. ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Tradução Carlos Bernal Pulido. 1. ed. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 103.

¹⁹⁴ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 194.

conflito.¹⁹⁵

Voltando ao julgamento do RE 603.583 (Exame de Ordem) – o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, no exame da proporcionalidade em sentido estrito se fez algumas indagações:

“O perigo de dano decorrente da prática da advocacia sem o exame de conhecimentos serve para justificar a restrição ao direito fundamental e geral à liberdade do exercício de profissão? Os benefícios provenientes da medida restritiva são superiores à ofensa à garantia do inciso XIII do artigo 5º da Carta?”

Nota-se claramente que o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello partiu para a verificação se o benefício gerado pelo direito defendido seria superior ao prejuízo gerado ao direito preterido no caso concreto, concluindo que sim, e tecendo uma série de considerações, que se resumem no claro interesse social quanto à prática da advocacia, na medida em que:

[...] “o inciso IV do artigo 8º da Lei nº 8.906/94 é compatível com o princípio da proporcionalidade, porquanto fundado no interesse público consubstanciado na proteção da sociedade contra o exercício de profissão capaz de gerar graves danos à coletividade.”

De igual modo, o Ministro Luiz Fux¹⁹⁶ entendeu que os benefícios advindos com a restrição superam os prejuízos, inexistindo violação ao núcleo essencial da liberdade profissional.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em exame da proporcionalidade em sentido estrito, aduziu que os benefícios advindos com o exame justificam a sua exigência e restrição ao exercício da profissão, na medida em que protegem o direito de terceiros e da coletividade em geral.

¹⁹⁵ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 42.

¹⁹⁶ “uma limitação ao exercício de atividade profissional que será superável em qualquer tempo pelo indivíduo que lograr aprovação no exame de Ordem é muito reduzida diante do evidente ganho da sociedade com o licenciamento profissional de advogados que tenham demonstrado, à luz de critérios públicos, objetivos e impessoais, serem detentores da qualificação técnica minimamente necessária ao exercício profissional adequado da advocacia. No que concerne, por seu turno, à eventual violação do núcleo essencial da liberdade profissional, também não se enxerga a sua ocorrência.”

É fácil imaginar situações em que, ante a colisão, a limitação do direito preterido é válida diante do uso dos subprincípios da adequação e da necessidade, porém suscita dúvidas quanto ao crivo da proporcionalidade em sentido estrito. Exemplo é a proibição do exercício da profissão para a qual o empregado está qualificado no tempo da quarentena.

Nessa hipótese, a medida preserva o direito do empregador, e passa pelo exame da adequação e da necessidade, porém, deverá ser sopesado à que custo está sendo preservado o direito do empregador.

Trata-se de colocar na balança, e ponderar o custo/benefício da medida restritiva, e se essa restrição é apta ou não a garantir a preservação da essência do direito fundamental do trabalhador. Afinal, ao se aplicar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se respeitar o núcleo essencial em que se aloja o respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, diante do caso concreto, caberá a análise se pode um trabalhador ter restringido o direito ao livre exercício da profissão para a qual está qualificado, diante da aplicação da cláusula de não concorrência - tema que ainda será enfrentado no capítulo 4, após o estudo do significado de precedência *prima facie* e preservação do conteúdo essencial

3.8 Precedência *prima facie*

Importante observar que o objeto de eventual restrição é o bem protegido por direito fundamental, e essa restrição decorre de uma precedência *prima facie* de outro direito de igual valor, na hipótese concreta de colisão de direitos fundamentais. Extrai-se, pois, que direitos fundamentais só podem ser restringidos por normas de hierarquia constitucional, ou por normas infraconstitucionais devidamente autorizadas por normas constitucionais, mediante fundamentação.

O exame da proporcionalidade, diante da colisão de interesses, serve como instrumento de concretização de direitos, na forma de método-hermenêutico

concretizante, ao visar à solução mais adequada nos casos concretos da vida, realizando-se por meio de um processo sucessivo que envolve natureza classificatória, eliminatória e axiológica¹⁹⁷ – consistente respectivamente, no exame de seus subprincípios da adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito – exame esse de precedência condicionada em todas as suas fases, especialmente na análise estrito senso.

Wilson Steinmetz¹⁹⁸ se perquire como solver o conflito entre a autonomia privada e a preservação dos direitos fundamentais, argumentando que a liberdade de pactuar, além de constitucionalmente prevista, representa alicerce do direito privado. Responde o autor que o embate não leva à destruição nem de um bem, nem do outro, devendo ser resolvido sob a ótica dos princípios, e do princípio da proporcionalidade.

Referindo-se ao princípio da proporcionalidade, Willis Santiago Guerra Filho¹⁹⁹, o aponta como o princípio maior – princípio dos princípios - que deve sanar, em caso concreto de conflito, qual das regras jurídicas deve prevalecer.

O conflito entre princípios deve ser resolvido partindo de uma relação de precedência condicionada de um princípio sobre o outro. Essa precedência não é definitiva, de sorte que o conteúdo de direito fundamental restringido não fica terminantemente restringido, mas somente *prima facie* – ou seja, em um primeiro momento, sujeito à confirmação. Essa relação de precedência se dá somente no caso concreto, e consiste em fixar condições sob as quais um princípio deva prevalecer sobre o colidente.

Robert Alexy ensina, por meio de sua teoria dos princípios, que a norma que cede em um caso concreto, não é violada, nem deve ser declarada parcial ou

¹⁹⁷ DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 173.

¹⁹⁸ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 24.

¹⁹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 188-189.

totalmente inválida – pelo contrário, permanece amplamente válida²⁰⁰.

Significa dizer, o princípio que cedeu para a aplicação de outro princípio permanece vivo, intacto, sem qualquer ferimento. Pode, aliás, inclusive prevalecer sobre o princípio conflitante em outra situação sob circunstâncias diversas no caso concreto.

O Tribunal Constitucional Alemão enfrentou lide onde se estabeleceu conflito entre o direito à vida e o adequado funcionamento do sistema penal. Tratava-se de réu que deveria ser levado a julgamento, porém, sua presença em audiência – dada a fragilidade de sua saúde – poderia conduzir à sua própria morte. No caso, decidiu-se pela prevalência do direito à vida. Relembra-se, a precedência de um princípio em um caso não significa que este prevalecerá em outro, posto que a análise será levada a efeito de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto. A lei de colisão expressa, pois, uma precedência condicionada, e não absoluta.²⁰¹

Essa precedência condicionada impõe ao preterido o ônus da argumentação de que seria o mais “forte”, e, portanto, o princípio que deveria prevalecer - o que permite uma mudança na escolha final do princípio.²⁰² Por isso, é uma precedência condicionada ou escolhida *prima facie*.

Deve-se considerar na análise da cláusula de não concorrência, a desigualdade material dos sujeitos, já que o assalariado não se coloca na mesma posição material que o empregador. Isso é indene de dúvidas, e nesse contexto cabe menção à eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Com efeito, a adoção da doutrina liberal dos direitos fundamentais como meio de defesa do cidadão perante o Estado (eficácia vertical), no pós-segunda guerra, já não atendia às necessidades sociais, especialmente nas relações entre particulares, quando um detinha posição mais fortalecida em relação ao outro.

²⁰⁰ ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Tradução Carlos Bernal Pulido. 1. ed. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.106.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 99-100.

²⁰² STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44.

Nesse contexto, desponta a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que consiste na vinculação dos particulares ao respeito aos direitos fundamentais, como medida imperativa de preservação dos direitos e garantias fundamentais, nos termos propostos pela doutrina do Estado Social.

O pressuposto da teoria é de que existem grupos influentes sob o ponto de vista econômico e social, que possuem poder suficiente para violar direitos fundamentais de outros em relações particulares.²⁰³ Assim, a desigualdade material entre os particulares – tal como na relação de emprego - é que fundamenta a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que se conhece por eficácia horizontal, e justifica a precedência *prima facie* do direito de livre exercício ao trabalho quando restringido pela cláusula de não concorrência.

Nesse sentido, Renato Rua de Almeida aponta o método da ponderação para resolução de possível conflito dos direitos fundamentais dos trabalhadores com os direitos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, apontando a prevalência *prima facie* dos direitos dos trabalhadores.

[...] “embora os direitos fundamentais dos trabalhadores tenham uma prevalência *prima facie*, será o método da ponderação que resolverá o conflito dos princípios normativos em cada caso concreto, quando então valer-se-á do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, também conhecido como princípio da razoabilidade.”²⁰⁴

Pois bem, a primeira constatação é que em uma colisão entre o direito fundamental ao livre exercício do trabalho e a cláusula de não concorrência no contrato de emprego, deve-se tomar por *prima facie* prevalente o direito não só ao trabalho, mas também na atividade escolhida, e não o da cláusula de não concorrência.

Outro forte argumento para essa prevalência é que o direito ao exercício da profissão escolhida representa uma ação negativa (direito ao não embaraço da profissão escolhida), não se admitindo bloqueios a priori, de modo a prejudicar esse

²⁰³ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007, p. 58.

²⁰⁴ ALMEIDA, Renato Rua de. **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 144.

direito. Nessa linha, a escolha profissional concebe um direito *prima facie* de respeito ao direito de exercício da profissão escolhida, e, por conseguinte, intervenções sobre esse direito, ainda que na esfera privada, são *prima facie* proibidas.

Ademais, é de importância crucial notar que o direito ao trabalho diz respeito à dignidade da pessoa humana, e não pode ser atacado em sua essência. Significa dizer, com base na aplicação no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, não se admitirá cláusula de não concorrência que proíba o empregado de trabalhar, e em regra, também não se admitirá a proibição do exercício da atividade profissional para a qual o trabalhador está qualificado.

Adaptando-se as leis de restrição à hipótese em estudo, obtém-se os seguintes mandamentos: a) Todas as intervenções do Estado ou violação por particulares no direito ao livre exercício do trabalho escolhido são *prima facie* proibidas, ante a preservação do direito fundamental de livre exercício da profissão escolhida; b) Todas as medidas que violem o direito ao livre exercício da profissão são definitivamente proibidas, salvo as justificadas por reserva legal, ou pela restrição imposta à luz do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios.

Deve-se diferenciar, no entanto, o que é *prima facie* protegido e o que é definitivamente protegido. Com efeito, a precedência *prima facie* do livre exercício do trabalho em detrimento da cláusula de não concorrência não é definitiva. O bem eleito *prima facie*, não necessariamente prevalecerá no caso concreto, já que poderá sofrer restrições posteriores.

Há de se investigar, pois, se as restrições cumprem os requisitos sucessivos dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. E se assim o for poderá ocorrer limitação ao livre exercício do trabalho, afinal, a absolutização de um direito o coloca em situação de risco, na medida em que cria uma situação de difícil convívio com o sopesamento na hipótese de conflito.

Tanto que, para Oris de Oliveira²⁰⁵, a prevalência é do direito constitucional

²⁰⁵ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 137.

da liberdade ao trabalho, o que torna a avença de não concorrer pós-contrato de trabalho inválida *prima facie*, porém, se, as restrições forem adequadas, necessárias e proporcionais, a cláusula de não concorrência deve ser validada.

O resultado prático da valoração da prevalência inicial tem efeito somente sobre o ônus da prova. Com efeito, considerando que o direito ao livre exercício do trabalho prevalece sobre a cláusula de não concorrência, cabe ao ex-empregador demonstrar que as restrições impostas não violam o núcleo essencial do direito do trabalhador, bem como observam ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, com o que o pacto firmado deverá ser validado.

3.9 Conteúdo essencial

Na interpretação constitucional, deve-se compreender que as regras são entendidas e validadas pela sua referência aos princípios, os quais possuem diferentes graus de relevância para o atingimento da finalidade do sistema – entendido como legalidade o respeito à dignidade humana.

Toda norma pode ser objeto de sopesamento quando em conflito, porém, o que se deve proteger é a essência da norma - ou seja, o núcleo da norma - de modo a não se esvaziar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Admite-se, pois, a limitação ao livre exercício do trabalho, afinal inexistente direito absoluto. Contudo, essa limitação há de ser perfeitamente justificada, constitucionalmente amparada, e respeitado o conteúdo mínimo ou essencial do direito fundamental, mediante o sopesamento, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Ademais, não pode ser superior à medida da necessidade para a eficácia do direito na vida da comunidade.

Qualquer limitação aos direitos fundamentais deve satisfazer o critério da proporcionalidade, que funcionará como guarda da essência do direito que sofre restrição. Na questão contraposta no presente trabalho, reitera-se que o núcleo essencial a ser preservado é o direito ao trabalho, e, a priori ao livre exercício da

profissão.

A violação de um princípio constitui afronta a todo o sistema jurídico, o que derrubaria a eficácia dos princípios constitucionais, de modo que o princípio da proporcionalidade é meio apto para vedar o arbítrio, e resguardar os interesses constitucionalmente assegurados, porém, não pode representar esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, desenhado pela dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana prevista pelo art. 1º, inciso III da CF/88 representa o fim supremo de todo direito – “expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação”²⁰⁶, pois, ao consagrar os direitos fundamentais, os textos constitucionais tomam a dignidade da pessoa humana como fundamento maior.²⁰⁷

Adota-se a dignidade da pessoa humana como ponto a ser defendido para a solução do problema em enfoque, buscando a preservação da essência de cada direito, impedindo que um se realize às expensas do outro²⁰⁸, visando, pois, “comprimir o menos possível os valores em causa segundo o seu peso nessa situação”²⁰⁹

No julgamento do RE 603.583 (Exame de Ordem), em seu voto, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes preocupou-se com a análise da preservação do núcleo essencial, pois, “a reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.” Tratou da proteção do núcleo essencial enquanto “princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente”, evitando-se o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental em razão de restrições desproporcionais.

²⁰⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr 2005, p.21.

²⁰⁷ ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 15.

²⁰⁸ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 99.

²⁰⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 305.

O entendimento pela preservação do mínimo essencial nas teorias de direitos fundamentais descende da difusão provocada pelo art. 19, II, da Constituição Alemã, que dispõe que em caso algum pode um direito fundamental ser atingido em seu conteúdo essencial.

Assim, a restrição definitiva só pode ser estabelecida no caso concreto, após o sopesamento entre os direitos constitucionais: atingido e pretensamente limitador, verificado o respeito ao conteúdo essencial do direito preterido.

4 CONDIÇÕES DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

O presente capítulo tratará das formalidades legais, e das condições fáticas para validação da cláusula de não concorrência à luz dos limites aceitáveis para restrição do direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

4.1.- Limitação do direito de livre exercício ao trabalho

Os direitos fundamentais não são absolutos, de sorte que o princípio da proporcionalidade é utilizado como critério para controlar a extensão e o alcance da restrição estabelecida à limitação do direito de livre exercício ao trabalho em uma situação concreta derivada da aplicação da cláusula de não concorrência - visando à manutenção da unidade constitucional e conferindo a máxima efetividade aos seus preceitos.

A cláusula de não concorrência, sem dúvida, limita a liberdade de trabalho. Trata-se de dois direitos constitucionais em colisão. Porém, de um lado as normas de direitos fundamentais não possuem caráter absoluto - de outro, as normas que os impõe limitações também não são absolutas, de sorte que se reitera a necessidade da análise do caso concreto para validação do pacto de não concorrência.

Cabe uma análise objetiva e justificada para a limitação da liberdade ao trabalho, comparando com outros bens ou direitos assegurados pela Constituição, afinal, se o sacrifício do livre exercício ao trabalho não for adequado à salvaguarda da cláusula de não concorrência, sequer conflito existirá.

Nessa investigação, há de se delimitar a área de proteção do direito ao exercício do trabalho, bem como o âmbito de sua aplicação. Faz-se necessário, pois, conhecer os limites de proteção do livre exercício do trabalho, e utilizando os métodos para solução das colisões, decidir de forma fundamentada (art. 93, IX, CF), observando o princípio da unidade da constituição enquanto sistema, mediante o uso do princípio da proporcionalidade.

Passa-se a análise propriamente dita. O trabalho é direito fundamental. Como visto, o art. 6º da CF trata o trabalho como direito social, ao passo que o art. 5º, inciso XIII garante o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Esclareça-se que da redação do art. 5º, inciso XIII não se extrai qualquer contradição. Com efeito, a primeira parte do dispositivo em comento garante o livre exercício de qualquer trabalho, ao passo que a segunda parte não elide a primeira, apenas resguarda certas qualificações que se exigem para o desenvolvimento de profissões regulamentadas. Não fosse assim, qualquer um poderia atuar como cirurgião médico, mesmo sem passar por anos de estudo na faculdade de medicina, e residência em centro médico, hospital, clínica ou similar.

Trata-se de reserva legal qualificada, a fim de resguardar os interesses da coletividade, não se permitindo que esta seja colocada em situação de risco ou que sejam causados prejuízos à terceiros, resguardado o núcleo essencial do direito preterido.

Ademais, a norma em questão possui eficácia contida, sendo lícita a imposição de restrições. Desse modo, nos dizeres do Ministro Luiz Fux:²¹⁰

[...] “é da própria configuração constitucional da liberdade de ofício a possibilidade de sua restrição, cabendo apontar como parâmetros para essa limitação, a exemplo do que se dá no constitucionalismo alemão, a (i) reserva de lei, (ii) a observância da proporcionalidade e (iii) a proibição de afronta ao núcleo essencial do direito fundamental.”

Acresça-se que o exercício do trabalho também está sujeito às restrições do poder público, consoante se extrai do art. 122, inciso VIII, de modo que a restrição imposta pela cláusula de não concorrência, não esbarra no preceito constitucional que garante a liberdade ao trabalho, na medida em que a própria Carta Maior condiciona o uso de tal liberdade às restrições do poder público – restrições estas em que se pode enquadrar o *post pactum finitum*, como garantia às empresas.²¹¹

²¹⁰ Trecho do seu voto no RE 603.583/RS

²¹¹ GOYATÁ, Celio. **O contrato de estágio e a cláusula compromissória no direito do trabalho.**

O art. 22, inciso XVI da Carta Magna atribui competência privativa à União para legislar quanto à “organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”.

Observa-se ainda que o art. 37, inciso XVI e o art. 37, inciso XXII, §7º da CF também restringem a liberdade de trabalho ao vedar a acumulação de cargos públicos, e impor requisitos ao exercício destes.

Da gama de dispositivos supra mencionados se extrai que a própria Carta Maior possibilita a restrição ao direito de livre exercício do trabalho, tal como ocorre desde os primórdios, por meio da imposição de normas que visavam ao resguardo dos interesses econômicos, consoante exposto no segundo capítulo do presente estudo. Porém, na solução da colisão, deve-se buscar a preservação da essência de cada direito, impedindo que a cláusula de não concorrência se aplique às custas do núcleo do direito fundamental do trabalhador.

Assim, para resguardar seus bens imateriais, o empregador não poderá vedar o direito ao trabalho. Daí se depreende que a restrição no exercício de funções laborais não pode ser confundida com impedimento do acesso ao trabalho. Ou seja, ao empregador é vedado impedir o empregado de laborar, sem que viole o princípio da liberdade ao trabalho.

Igualmente, lhe é vedado impor a cláusula de não concorrência de modo injustificado, de sorte a restringir as possibilidades de trabalho do empregado. Cabe a restrição, pois, ao exercício de trabalho em área e espaço determinados, no limite do necessário para que a informação deixe de possuir relevância empresarial ou que o projeto seja implementado, preservando assim a unidade constitucional, harmonizando o conflito constitucional, via sopesamento dos bens.

Alice Monteiro de Barros explica que a cláusula de não concorrência só pode prevalecer mesmo após o encerramento do contrato em situações excepcionais, quando necessária para a proteção dos legítimos interesses do

empregador, limitada a determinado período, e mediante uma compensação a ser paga ao empregado.²¹²

Oris de Oliveira²¹³ defende que a cláusula de não concorrência não viola dispositivos constitucionais - mencionando expressamente a liberdade de trabalho e o livre exercício da profissão - na medida em que impõe condições limitativas de tempo, espaço e não cerceamento ao trabalho fora de suas qualificações profissionais.

Ari Possidonio Beltran²¹⁴ sustenta que não há violação ao art. 5º, inciso XIII da CF, na medida em que tal dispositivo deve ser entendido em harmonia com o restante do ordenamento constitucional, e não isoladamente. Nesse diapasão, e se cumpridos os requisitos que justificam a restrição da liberdade de trabalho, deve-se validar a cláusula de não concorrência.

Adriana Calvo²¹⁵ leciona que o dispositivo do art. 5º, inciso XIII não é absoluto, assim como nenhum o é, devendo ser entendido em harmonia com os demais preceitos constitucionais – de tal arte que a cláusula de não concorrência não viola a liberdade de trabalho.

A cláusula de não concorrência deve limitar-se, pois, a impedir o uso pelo empregado dos conhecimentos estratégicos e confidenciais que adquiriu sob o manto da relação de confiança, no curso do contrato de emprego, em desfavor do ex-empregador. Nessas condições, não há violação ao direito fundamental à liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, previstos no art. 5º, XIII, da CF.

Visto que as limitações ao livre exercício do trabalho são aceitáveis em um cenário de conflito de direitos constitucionais, cabe apresentar quais os limites

²¹² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 259.

²¹³ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 164-165.

²¹⁴ BELTRAN, Ari Possidonio. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade**. São Paulo: LTr, 2001, p. 146.

²¹⁵ CALVO, Adriana Carrera. Os aspectos legais e a validade da cláusula de não-concorrência no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 616, 16 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6450>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

dessas restrições. Afinal, se, de um lado, os direitos fundamentais sofrem limitação; de outro, por evidente, as restrições são limitadas de sorte a não ferir o núcleo essencial do direito preterido, em sede de aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

4.1.1 Escolha da profissão ou atividade

Tal como aduzido, é inaceitável a restrição absoluta ao trabalho, que representa violação ao núcleo essencial do direito fundamental do trabalhador inerente à própria dignidade da pessoa humana. Isso é fato indene de dúvidas. O que se deve sopesar é, se a limitação pode implicar a proibição do empregado de exercer a profissão para a qual está qualificado.

Como visto anteriormente, a precedência *prima facie* se dará em favor do exercício da atividade profissional para a qual o empregado está qualificado, cabendo ao empregador provar que a restrição imposta é justificada e não extrapola os limites do necessário.

Para Oris de Oliveira²¹⁶, a limitação não pode impossibilitar o exercício normal da profissão do empregado, ou impor complexa alteração na sua especialidade.

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros, que entende que:

[...] “a inserção da cláusula deverá permitir ao empregado a possibilidade de exercer a atividade que lhe é própria, considerando sua experiência e formação, desde que junto a estabelecimentos empresariais insuscetíveis de ocasionar concorrência danosa ao empregador.”²¹⁷

²¹⁶ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 170.

²¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 259.

A posição dos autores há de ser considerada, e prevalecer *prima facie*, não se admitindo a imposição de cláusula de não concorrência que impeça o trabalhador de exercer a atividade profissional para a qual está qualificado.

Trata-se de regra quase que absoluta. Porém, como inexistente direito absoluto, cabe ir um pouco além nesta questão. Com efeito, há casos em que o grau de especialização é tamanho que pode gerar a fundada dúvida sobre a justificação da restrição, na medida em que esta pode se revelar adequada e necessária – entretanto, de aferição mais complexa quanto à proporcionalidade estrito senso.

Nessa hipótese, a discussão recairia não unicamente sobre o balanceamento do conflito, mas também, e de modo não linear, sobre a preservação do núcleo fundamental do direito do trabalhador, de sorte a não violar a dignidade da pessoa humana.

Segundo Juan Cianciardo²¹⁸, há duas formas de se avaliar a existência de possível violação a direitos fundamentais. A primeira, parte da verificação se a norma respeita o subprincípio da proporcionalidade estrito senso, e quando sim, averiguar se o conteúdo essencial está sendo respeitado no caso concreto.

A segunda sustenta a inversão da primeira, ou seja, inicia-se avaliando se o conteúdo essencial está sendo respeitado, para, após - se respeitado - processar o balanceamento. Em ambas as hipóteses, a sequência não é linear.

Demonstrando preocupação com as violações de direitos fundamentais, o autor defende que o mais importante é inquirir qual o conteúdo essencial do direito humano, e a partir daí, verificar se a medida adotada interfere ou não neste conteúdo essencial, sem olvidar de realizar o balanceamento entre os benefícios e vantagens da medida.

A posição adotada por Juan Cianciardo parece bastante adequada, contudo, não pode representar uma tomada de posição definitiva quanto à questão, a um

²¹⁸ CIANCIARDO, Juan. **Princípio da proporcionalidade**: dimensões e limites. Publicado na "Selected Works". Disponível em <<http://works.bepress.com/juan>>

porque o próprio autor reconhece que a aferição não ocorre de modo linear; a dois porque as colisões só poderão ser resolvidas no caso concreto; a três porque há de sopesar o interesse público, que pode ser colocado em um ponto de séria lesão.

Embora se deva partir do caso concreto, pede-se licença para imaginar a hipótese de trabalhador de alto grau de especialização obtida no curso da relação de emprego, que vive e labora em uma cidade “X”, cuja principal fonte de renda da cidade e da região é a atividade econômica desenvolvida pela empresa em que atua. A única empresa concorrente, de outro estado, já tentou adquirir a empresa da região, para acabar com a concorrência, entretanto, sem sucesso.

Agora, tenta obter o seu *know-how* contratando mencionado trabalhador - principal técnico, responsável pelo desenvolvimento de novos produtos de mercado restrito. Evidente que a atuação da concorrente de fora não é ética, e também amplamente justificável que o empregado responsável pelo desenvolvimento de produtos não leve para a concorrente todo o plano de produção de novos produtos da empresa local.

Nesse ponto do estudo, é importante fazer um parêntese, para aduzir que – consoante Robert Alexy²¹⁹ - existem duas correntes que enfrentam a questão do ponto máximo de restrição dos direitos fundamentais. A teoria relativa sustenta que o direito fundamental pode ser restringido, e até mesmo ter o seu núcleo violado, mediante sopesamento com o direito colidente. E a teoria absoluta, que, a princípio, não admite que o núcleo do direito fundamental seja atingido sob qualquer hipótese.

Nessa situação imaginária, é adequada, necessária e aparentemente proporcional sobre o sentido estrito a vedação ao empregado laborar até mesmo na sua atividade profissional durante determinado espaço de tempo, na região, já que inexistente outra empresa na localidade na qual o trabalho superespecializado deste empregado seja útil. Pensamento diverso colocaria não só a empresa local em risco, como também toda a atividade econômica da região. Assim, sob a luz da teoria relativa, a restrição ao direito fundamental do trabalhador poderia ser atingida ao

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5. edição alemã, de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 296.

ponto de violar inclusive o seu direito a exercer a atividade para a qual está qualificado naquela região, durante determinado tempo.

Considerando o apreendido ao longo do presente estudo, a precedência *prima facie* será do direito ao exercício da profissão para a qual o empregado está qualificado, porém, essa precedência pode não se confirmar, caso se entenda, no caso concreto, que o bem ameaçado justifique a restrição, tal como o hipotético exemplo apresentado.

Na conjectura apresentada, o balanceamento entre princípios conduziu a sobreposição de um princípio sobre o outro, diminuindo a liberdade de escolha da atividade a ser exercida ao grau zero, afastando-o por completo.

Todavia, à luz da teoria absoluta, a questão seria ainda mais complexa. Se entender-se que a vedação ao direito ao trabalho na atividade para a qual está qualificado representa desrespeito ao núcleo essencial do direito desse empregado superespecializado, a priori, a restrição não poderá ser admitida. Sob esse prisma, cabe avaliar se na hipótese de relevantes interesses coletivos – tais como narrados – justificaria ou não a violação ao núcleo essencial do direito do trabalhador.

No que tange à preservação do interesse coletivo, parece relevante mencionar o julgado no RE 603.583, onde se reconheceu a prevalência definitiva da preservação do interesse da coletividade frente o confronto que se estabeleceu dada a limitação imposta pelo Exame de Ordem como requisito para o exercício da função de advogado – embora, fique clarividente que naquele julgado não tenha ocorrido lesão ao núcleo do direito fundamental do direito preterido.

Do mesmo modo, no julgado RE 509409 (Ordem do Músicos do Brasil), consta do corpo do acórdão que o cidadão é livre para escolher sua profissão, porém “deve observar as condições de capacidade técnica e os requisitos de qualificação profissional ditados por exigência que objetivem atender e proteger o interesse geral da coletividade.” Ou seja, prevalecem os interesses da coletividade, em que pese também neste caso, não tenha ocorrido violação ao núcleo essencial do direito fundamental.

Porém, e se o núcleo do direito fundamental tivesse sido atingido como ficaria a questão? Ao tratar do alcance da teoria absoluta, Robert Alexy explica que:

[...] “a convicção de que existem direitos que não são relativizados nem mesmo sob circunstâncias as mais extremas – e apenas esses direitos são direitos genuinamente absolutos – pode ser defendida como vinculante pelo indivíduo que tenha a liberdade de se sacrificar em nome de determinadas máximas, mas não pode ser válida a partir da perspectiva do direito constitucional.”²²⁰

Com isso, Robert Alexy conclui que o art. 19, §2º da Constituição germânica, não cria limite adicional à aplicação da máxima da proporcionalidade. É de grande importância notar que o dispositivo constitucional alemão em referência, representa garantia ao núcleo essencial do direito fundamental.²²¹

Nota-se, pois, que, mesmo em um texto constitucional que expressa a garantia ao núcleo essencial do direito fundamental, admite-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, relativizando os efeitos absolutos da restrição. A conclusão é a de que, no caso hipotético e complexo em estudo, ainda que violado o núcleo essencial do direito do trabalhador, poderia ser considerada legítima a restrição do direito ao exercício de seu mister frente ao valor do bem protegido, de interesse coletivo, e capaz de gerar mais benefícios do que custos no sopesamento da colisão.

Fique claro, todavia, que o exemplo apresentado é extremo, de modo que a prevalência *prima facie* e definitiva será quase que absoluta em favor da preservação do direito do trabalhador exercer a atividade profissional para a qual está qualificado, quando da aplicação da cláusula de não concorrência, cabendo a análise no caso concreto em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

²²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5. edição alemã, de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 301.

²²¹ Consoante abordado no item 2.4.1.

4.2 Sujeitos

De acordo com o uso do subprincípio da adequação, somente pode ser sujeito da cláusula de não concorrência pós *factum finitum* aquele que tenha potencial para causar lesão ao ex-empregador. Percebe-se, pois, que não é de se aplicar para qualquer empregado, mas, sim aos que possuem acesso a informações confidenciais e aos segredos da empresa, dado o grau hierárquico que ocupam ou a especialidade de suas atividades.

Nota-se que, na ementa que segue, a compreensão foi no sentido de que inexistia potencial lesivo por parte do empregado frente à multinacional ex-empregadora, de sorte que foi invalidada a aplicação da cláusula no caso concreto.

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA – PACTUAÇÃO APÓS A RESILIÇÃO CONTRATUAL – VALIDADE – A pactuação de cláusula prevendo a não concorrência após a extinção do contrato de trabalho não ofende o princípio do livre acesso ao trabalho previsto no inciso XIII do artigo 5º constitucional, porque inexistente direito absoluto. Ao lado do direito de o trabalhador dispor de sua força de trabalho como bem entender, o empregador tem o direito de resguardar sua propriedade, os seus produtos, os seus inventos. Entretanto, para que não se torne "condição leonina", vale dizer, a sua implementação não ser concentrada na vontade e poder de uma só das partes, ela deve corresponder à integral recomposição da subsistência profissional, diante dessa paralisação forçada. Se assim não é, não se pode exigir a completa observância. Além disso, a instalação de uma empresa própria no término da quarentena imposta, aliado ao fato do que comumente acontece e do que se entende por potencialidade de mercado jamais poderá traduzir em concorrente de uma multinacional. (TRT 15ª R. – RO 84200-32.2003.5.15.0085 – (18814/10) – 11ª C. – Relª Maria Cecília Fernandes Alvares Leite – DOE 08.04.2010 – p. 508)

O ajuste de não concorrência tem sido praticado pelas empresas especialmente com altos diretores, cargos gerenciais que detenham informações estratégicas ou confidenciais, e trabalhadores na área de alta tecnologia.

O pacto de não concorrência também tem sido firmado com menos intensidade com ocupantes de postos não tão elevados, mas que atuam em funções estratégicas, funções técnicas, funções em que haja contato com informações pessoais de clientes, área relacionada ao desenvolvimento de novos produtos, e,

com empregados que detenham acesso a informações sigilosas atinentes às áreas de custos ou mercado.

Pertinente exemplo do uso da cláusula de não concorrência diz respeito à atuação do advogado que atua em escritório de advocacia, e que tem a sua atuação restringida, a fim de não atender os clientes da banca após o encerramento do contrato de trabalho, durante determinado tempo. Nesse sentido:

CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA – RESTRIÇÃO TEMPORÁRIA E PARCIAL AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL – OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA RECÍPROCA ENQUANTO PERDURAR A LIMITAÇÃO – A estipulação de cláusula contratual de não-concorrência por determinado período após o término da avença impõe ao contratado restrição ao exercício profissional relativamente a determinados clientes, quais sejam, aqueles vinculados ao próprio escritório de advocacia. Em consequência, a compensação econômica convencionada para a hipótese de eventual descumprimento da cláusula em questão por parte do contratado também deve ser aplicada em seu benefício, enquanto perdurar a obrigação de não-concorrência, em observância aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da comutatividade dos contratos. Recurso ordinário parcialmente provido. (TRT 15ª R. – RO 115700-53.2007.5.15.0093 – (1591/10) – 10ª C. – Rel. Fernando da Silva Borges – DOE 14.01.2010 – p. 284) (grifos nossos).

A vinculação da cláusula de não concorrência abrange apenas ao empregado e ao empregador. Porém, é possível vincular também o novo empregador do empregado compromissado. Para tanto, o antigo empregador deve dar ciência inequívoca ao novo, acerca da limitação imposta por força da cláusula de não concorrência, ficando este, a partir de então, solidariamente responsável com o empregado, nos termos do art. 942, parte final, do CC.²²²

O terceiro pode ser responsabilizado desde que tenha colaborado para a violação da cláusula, na qualidade de empregador, e esteja ciente que o empregado firmou a cláusula de não concorrência, o que pode ocorrer - na visão de Oris de Oliveira - até mesmo mediante a anotação do compromisso na CTPS do empregado.²²³

²²² MALLETT, Estevão. Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n.10, p 1169, out. 2005.

²²³ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 149 e 154.

Com efeito, o sentido de solidariedade que emana do texto constitucional tem o condão de superar a ótica individual na interpretação dos contratos.²²⁴ Nesse sentido, Pietro Perlingeri²²⁵ observa que também “o terceiro encontra-se envolvido neste novo clima de colaboração e de responsabilidade, e o crédito assume cada vez mais a fisionomia de um ‘bem’ autônomo.” O contrato se transforma, pois, em “instrumento de realização do projeto constitucional”²²⁶, não mais de índole individualista, mas fundado no princípio da solidariedade.

No mesmo sentido, Jacqueline Amiel-Donat²²⁷, para quem, pessoas estranhas à relação de emprego podem ser atingidas, e isso porque podem obter alguma vantagem em decorrência da violação do trabalhador do dever de não concorrência, de modo que a obrigação assumida pelo ex-empregado se estende ao novo empregador, exigindo-se que este se abstenha de qualquer ato que possa violar o compromisso assumido pelo empregado.

Lyon-Caet²²⁸ adota a mesma posição, entendendo pela responsabilidade do novo empregador, assim que este tome ciência do pacto de não concorrência firmado pelo empregado. Se isso ocorrer no curso da relação de trabalho, ainda assim o novo empregador será responsável, caso este não rescinda o contrato, e ocorra violação da cláusula de não concorrência.

Releva aduzir que o Projeto de Lei do Senado 16 de 2007, trata da proteção de informações sigilosas, e prevê que o empregador que firmar Acordo de Informações Sigilosas, poderá pleitear a dissolução do novo contrato que tenha sido firmado pelo ex-empregado com outro empregador em desrespeito aos termos do ajuste, sem prejuízo da apuração da responsabilidade civil do novo empregador, consoante será abordado no item 4.7.2 desta dissertação.

Em se tratando de empresas do mesmo grupo econômico, estas respondem passivamente pela indenização face à cláusula de não concorrência por força do art.

²²⁴ NEGREIROS, Teresa, **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 209.

²²⁵ PERLINGERI apud NEGREIROS, 2006, p. 209.

²²⁶ TEPEDINO, apud NEGREIROS, 2006, p. 210.

²²⁷ AMIEL-DONAT apud JOÃO, 2003, p. 58.

²²⁸ LYON-CAET apud JOÃO, 2003, p. p. 59.

2º, § 2º da CLT. Isso porque a cláusula de não concorrência decorre de uma relação de emprego, e o grupo empresarial responde solidariamente pelos direitos decorrentes da relação de emprego. Assim, se a empresa que pactuou a cláusula não satisfizer ao pagamento da indenização, poderá o empregado cobrar a dívida de qualquer das outras empresas que formam o grupo econômico.

Todavia, o inverso não é verdadeiro. Ou seja, o empregado não está obrigado a não exercer concorrência com todas as empresas que compõe o grupo empresarial, salvo na hipótese de previsão expressa nesse sentido, e desde que tal condição se revele adequada, necessária e proporcional em sentido estrito no que tange à restrição imposta a fim de salvaguardar o bem protegido.

4.3 Aspectos formais

O momento para pactuar a cláusula de não concorrência pode ser distinto. Tanto no ato da contratação, quanto durante a vigência do contrato de trabalho, como na rescisão contratual, ou até mesmo após a ruptura contratual. E pode ser firmado em documento separado ou mediante termo aditivo.

Não há controvérsia quanto à possibilidade de se firmar cláusula de não concorrência quando da contratação, desde que a vontade manifestada pelo trabalhador não seja viciada. Nesse sentido:

CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA – CUMPRIMENTO APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – POSSIBILIDADE – Sem prova de que tenha havido vício de vontade na celebração do contrato de trabalho, de se reputar válida cláusula de não-concorrência livremente estipulada pelas partes, quando da contratação da obreira. Recurso ordinário conhecido, mas não provido. (TRT 07ª R. – RO 146000-04.2009.5.07.0011 – 2ª T. – Rel. Manoel Arízio Eduardo de Castro – DJe 01.10.2010 – p. 12)

A presunção é de que o trabalhador aquiesceu com o pactuado, aplicando-se analogicamente o disposto na Orientação Jurisprudencial 160 da SDI-1 do TST²²⁹.

Quando da rescisão do contrato – igualmente, não há divergência quanto à validade do pacto de não concorrência. Aliás, esse é o momento em que o trabalhador mais livremente pode expor suas vontades.

Acresça-se que, em regra, o trabalhador sujeito à cláusula de não concorrência possui formação diferenciada, não sendo crível que pudesse tão facilmente ser manipulado pelo antigo empregador. De toda sorte, cabe ao trabalhador demonstrar eventual vício de consentimento.

O pacto de não concorrência geralmente é firmado em uma relação que visa ao prosseguimento, o que decorre não só da presunção da continuidade do vínculo de emprego, como também do grau diferenciado de que geralmente goza o trabalhador que assim contrata.

Decorrente da própria presunção de continuidade, o contrato de experiência também presume a manutenção, embora inexista obrigação nesse sentido, até porque se trata de período destinado às partes se conhecerem e verificarem a adaptação recíproca.

Não se visualiza óbice, pois, em estabelecer o pacto de não concorrência já no contrato de experiência, até porque esse é o momento da contratação. Ademais, a partir desse momento, a lesão ao bem protegido já pode ocorrer, enquadrando-se a medida como justificada sob a *vis* do subprincípio da adequação, desde que, de fato, se faça presente o elemento risco.

O único momento que gera alguma celeuma é o da celebração da cláusula durante o contrato. Parte da doutrina e jurisprudência entende que somente se

²²⁹ OJ 160. Descontos salariais. Autorização no ato da admissão. Validade. É inválida a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade.

poderia validar a aplicação da cláusula de não concorrência firmada durante o contrato de trabalho, na hipótese de relevante modificação das condições de trabalho, sob pena de violação ao art. 468 da CLT.

Assim, se inserida no curso do contrato de trabalho, para ser justificável, a fim de que não se alegue alteração contratual unilateral, o ideal é que o seja em razão de alguma alteração que assim justifique, tal como promoção ou alteração de função.

Essa posição, contudo, não parece a mais adequada, ante a presunção de boa-fé que deve nortear as relações recíprocas do trabalho. Aliás, a maioria das decisões têm sido no sentido de validar a aplicação da cláusula de não concorrência firmada durante o contrato de emprego, independente de ter ocorrido alguma alteração que assim justificasse. Nesse sentido:

120000025605 JCLT.468 JNCCB.122 JCLT.8 – I- CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA PACTUAÇÃO APÓS O INÍCIO DO CONTRATO DE TRABALHO VALIDADE – A estipulação de cláusula de sigilo, confidencialidade e não-concorrência, durante o curso do contrato de trabalho, não se traduz em alteração ilícita e unilateral. Isto porque o art. 482, nas alíneas "c" e "g", da CLT, prevê que constituem motivos para a ruptura contratual por justa causa a prática de concorrência e o violação de segredo da empresa. Destarte, tem-se que tais deveres estão ínsitos no próprio contrato de trabalho, sobretudo diante do princípio da boa-fé, que deve nortear a relação de trabalho. Portanto, é plenamente válida a estipulação de cláusula de não concorrência mesmo após o início da vigência do contrato de trabalho, não havendo afronta ao art. 468 da CLT.²³⁰

A cláusula de não concorrência normalmente é escrita. Todavia, dada a inexistência de norma a disciplinando, até poderia ser verbal – por aplicação do art. 442 da CLT.²³¹ Esta hipótese, contudo, se revela muito temerária, dadas às dificuldades de se provar a existência da cláusula, na hipótese de demanda judicial. Insta pontuar que não se admite cláusula de não concorrência implícita.

²³⁰ Extraído do repositório eletrônico autorizado Juris Síntese.

²³¹ MALLETT, Estevão. Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho, Revista LTr, São Paulo, v.69, n. 10, p. 1165, out. 2005.

A cláusula tem a natureza de contrato coligado unilateralmente dependente do contrato de emprego, mesmo após o encerramento deste. Com efeito, a cláusula de não concorrência possui objeto próprio, consignando obrigação de não fazer por parte do empregado, e de pagar por parte do empregador, goza de requisitos específicos e próprios, e não necessariamente deve ser formulada na celebração do contrato de emprego, ou mesmo durante, podendo o ser até mesmo quando da ruptura.

Dentre as consequências de ser contrato coligado unilateralmente dependente, advém que a declaração de nulidade do contrato de trabalho conduz a cláusula de não concorrência ao mesmo caminho²³² - tal como no hipotético exemplo de se contratar o pacto de não concorrência em atividade tida por ilegal.

Aqui, necessária distinção entre trabalho ilícito e trabalho proibido. Nos termos do art. 104 do CCB, a validade do negócio jurídico requer que as partes sejam civilmente capazes, o objeto do contrato seja lícito, inexistir vício de consentimento e a forma seja prevista em lei ou não proibida.

O menor de idade não possui capacidade para firmar contrato, salvo na condição de aprendiz, o que não significa que se o fizer o contrato não produzirá efeitos, pois se trata de atividade proibida e não ilícita.

A atividade ilícita não se confunde com atividade proibida, pois, a atividade ilícita não produz nenhum efeito, vez que o negócio é reprovado pelo direito, em defesa dos interesses da sociedade, ou dos bons costumes e dos valores existentes. Na atividade proibida, o contrato produz certos efeitos, e a tutela da ordem pública se realiza de modo mediato, prevalecendo o interesse do trabalhador²³³.

O trabalho proibido constitui o vedado pela lei, mas que não constitui crime. Trata-se de trabalho lícito, mas na circunstância específica é vedado pela lei,

²³² OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 151.

²³³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 243-244.

a fim de proteger o trabalhador ou o interesse público. Não há, pois, ilicitude na atividade prestada, mas a lei proíbe sua formação e desenvolvimento, tal como nos seguintes dispositivos constitucionais: a) art. 37, II - que veda o exercício de emprego público sem prévia aprovação em concurso público; b) Art. 37, XVI e XVII – que proíbe a cumulação de empregos públicos.

O trabalho ilícito representa tipo penal ou concorre diretamente para a realização da conduta definida como crime. Não produz nenhum efeito, de modo que sequer o trabalhador possui direito aos salários ainda não pagos, tal como no contrato para o plantio de maconha, ou para atuar no jogo do bicho. Nesse sentido:

TST - RECURSO DE REVISTA RR 18529020105060301 1852-90.2010.5...

Data de Publicação: 24/08/2012

Ementa: RECURSO DE REVISTA. JOGO DO BICHO. CONTRATO DE TRABALHO. NULIDADE. OBJETO ILÍCITO. Decisão regional dissonante com a OJ 199 da SDI-I desta Casa. Impende concluir pela ilicitude do objeto do contrato de trabalho, a determinar sua nulidade absoluta. Recurso de revista conhecido e provido..

É importante fazer a seguinte distinção: o trabalho ilícito retira do obreiro qualquer proteção trabalhista, ao passo que o trabalho proibido, em regra, assegura ao obreiro integral proteção trabalhista. Nesse sentido:

TRT-14 - RECURSO ORDINARIO RO 5420081511400 RO 00054.2008.151...

Data de Publicação: 13/05/2008

Ementa: CONTRATO DE TRABALHO. OBJETO LÍCITO. TRABALHO PROIBIDO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO CONFIGURADO. VERBAS TRABALHISTAS DEVIDAS Se o trabalho é simplesmente "proibido", não chegando à ilicitude penal, devidos serão os direitos trabalhistas, mister se presentes todos os requisitos do art. 3º da CLT . É contrato, e é de trabalho, com vínculo empregatício, cuja incerta situação irregular do empregador, se é que esteja, não o atinge, já que lícito o objeto.

Retornando ao escopo do trabalho, não só se recomenda que a cláusula de não concorrência seja firmada por escrito, como também conste do pacto todas as limitações impostas ao trabalhador, a fim de que este tome conhecimento das restrições que está sofrendo em seu livre exercício do direito ao trabalho.

Pode ser firmada por meio de instrumento coletivo negociado, desde que seguida da adesão individual do empregado. Nessa hipótese, o ajuste coletivo deve limitar-se a estabelecer padrões mínimos ou proibições. Ou seja, tanto o acordo coletivo de trabalho, quanto a convenção coletiva de trabalho podem prever a existência de cláusula de não concorrência, desde que deixem as condições da negociação para as partes em ajuste individual.

Para Alice Monteiro de Barros²³⁴, o ideal é que haja previsão em convenção coletiva, com limitação do objeto da cláusula, tempo da não concorrência e espaço de vedação – devendo ocorrer a análise em casos concretos, com base na razoabilidade, levando-se em conta os interesses e a liberdade de trabalho. Adriana Calvo²³⁵ igualmente sustenta a pertinência de ser firmada em sede de negociação coletiva.

Não parece razoável, contudo, pressupor que um instrumento coletivo tenha o condão de regular com a cautela e especificidade necessárias todo um pacto de não concorrência, dadas as condições especiais que circundam cada uma das diferentes situações em concreto – daí o porquê da necessidade de ajuste individual.

4.4 Requisitos

Este subitem tem por escopo a avaliação objetiva das condições para o uso da cláusula de não concorrência no contrato de emprego, tais como: limitação do período de tempo, delimitação da área geográfica e da área de atuação, bem como compensação financeira ao trabalhador.

²³⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 259.

²³⁵ CALVO, Adriana Carrera. Os aspectos legais e a validade da cláusula de não-concorrência no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 616, 16 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6450>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

4.4.1.- Período de tempo

A limitação *ad eternum* ao direito do livre exercício do trabalho, no tempo e no espaço é absolutamente ineficaz, pois, deixaria de ser restrição para se tornar impedimento. Cabe perquirir sobre o limite dessa restrição.

Voltando ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, a restrição terá de ser adequada para impedir a violação do direito que se pretende resguardar, assim como necessária para tanto, inexistindo outra medida com o mesmo grau de eficácia, porém, menos custosa para o lesado, se revelando proporcional no sopesamento do custo/benefício das restrições. Nesse diapasão, deve ser limitado o tempo em que o empregado não poderá exercer a atividade concorrente, nos termos da ementa que segue:

Cláusula de não-concorrência. Validade. A cláusula de não-concorrência foi estabelecida por tempo razoável e houve pagamento de indenização. Logo, está dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É, portanto, considerada válida. Não há dano moral a ser reparado. TIPO: RECURSO ORDINÁRIO DATA DE JULGAMENTO: 18/05/2004 RELATOR(A): SERGIO PINTO MARTINS REVISOR(A): SILVIA REGINA PONDÉ GALVÃO DEVONALD ACÓRDÃO Nº: 20040281579 PROCESSO Nº: 02243-2000-381-02-00-9 ANO: 2003 TURMA: 3ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 08/06/2004 PARTES: RECORRENTE(S): JOSE CARLOS CERQUEIRA DE SOUZA DINAP S/A DISTRIB NACIONAL PUBLICAÇÕES

A doutrina aponta que esse tempo de quarentena pode ser de 5 anos com fulcro no art. 1.147, CC, ou de 2 anos mediante aplicação analógica do art. 445, *caput*, da CLT. A crítica que se permite fazer é que o período de 5 anos é muito extenso, e o art. 445 da CLT não serve de base para fixação do período de quarentena. O tempo de 2 anos deve ser tomado, em regra, como limite de tempo a ser fixado para a quarentena, ressalvando os que defendem a limitação à 12 meses.

Todavia, a situação deve ser analisada no caso concreto. Por vezes, dois anos será um período muito longo, eis que nesse tempo o produto ou bem imaterial a ser protegido pode se tornar obsoleto, ao passo que em outras situações de

implantação longa, o período pode se revelar curto demais.²³⁶

Não se enxerga óbice para a prorrogação do período inicialmente fixado para a não concorrência, desde que: a) respeite os limites temporais em regra utilizados, tal como acima apontado, para a preservação dos direitos da empresa, sem violar o núcleo essencial do direito do empregado ao trabalho; b) não se prorrogue além do necessário para a preservação do bem defendido; c) essa prorrogação ocorra de modo bilateral.

A prorrogação do pacto de não concorrência – observados os limites acima apontados – se insere dentro da autonomia privativa das partes, e não tem porque não ser reconhecida, na hipótese de demanda judicial.

Não parece adequada, no entanto, a cláusula que prevê a prorrogação do período de não concorrência ao exclusivo critério do empregador, na medida em que perderia a bilateralidade contratual, ficando ao arbítrio da parte contratante em detrimento do hipossuficiente.

Imagine-se a hipótese em que o empregado se programa para iniciar em novo emprego, e recebe a notificação de que a cláusula de não concorrência foi prorrogada. Pode-se argumentar que já havia previsão contratual dessa possibilidade. Contra-argumentar-se-ia, no entanto, que o contido no instrumento pactuado não guardaria comutatividade, e, portanto, seria anulável.

4.4.2 Área geográfica

A amplitude geográfica da limitação depende da atuação ou influência geográfica da empresa, na medida em que deve existir legítimo interesse do empregador nesta limitação, ou seja, se fazer presente a efetiva possibilidade de prejuízo do empregador, na hipótese de concorrência.

²³⁶ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 140.

Embora a limitação da restrição do espaço geográfico para o exercício do trabalho faça parte do rol dos requisitos que fundamenta a aplicação da cláusula de não concorrência, por vezes, e cada vez mais, tal limitação pode se tornar inócua.

Com efeito, em tempos de mercado globalizado, telemática e teletrabalho, os mercados ficam cada vez mais próximos. Exemplo é a contratação de trabalhadores indianos na área de alta tecnologia por empresas de todo o mundo, prestando serviços em tempo real.

Contudo, não significa que a limitação da amplitude geográfica deva ser desprezada, até porque, em regra, as limitações muito amplas de lugar só têm vazo em serviços de alta especialização. Exemplo de fácil visualização diz respeito ao empregado que trabalha para uma multinacional no desenvolvimento regional de produto específico com alcance mundial, e que irá trabalhar em concorrente direto da mesma área, no mercado mundial.

De toda sorte, qualquer restrição há de ser justificada e balanceada, levando-se a efeito cuidadosa análise sob a ótica dos subprincípios da proporcionalidade.

4.4.3 Área de atuação

A limitação da área de atuação consiste em restringir a área de trabalho em que o empregado não poderá exercer a atividade, de modo correspondente com a atividade que o empregado exercia durante o contrato. Nesse sentido:

193043043 JCLT.468 JNCCB.422 – CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA – VALIDADE – É válida a inserção de cláusula de não concorrência no contrato de trabalho, desde que restrita a determinado segmento de mercado e estabelecida por tempo razoável, além de prever indenização compensatória. Não há que se falar em alteração contratual lesiva (CLT, art. 468) na medida em que as normas contratuais decorreram de mútuo consentimento e não acarretaram prejuízo ao Reclamante, observando os princípios e normas legais. Referida cláusula tem como justo objetivo proteger segredos industriais entre empresas concorrentes, procurando evitar a quebra de sigilo. Na verdade, tal dispositivo contratual visa

preservar os princípios da lealdade e da boa-fé (art. 422 do Código Civil), inexistindo mácula a respaldar a pretendida nulidade. (TRT 02ª R. – RO 01344-2002-078-02-00-7 – 4ª T. – Rel. Juiz Sergio Winnik – DOE/SP 14.12.2007)²³⁷

Em um primeiro momento, revela-se, pois, absolutamente injustificada a limitação da área de trabalho à atividade diversa da que o empregado executava no curso do contrato de emprego.

O ajuste da cláusula de não concorrência de uma multinacional de bebidas com o diretor de marketing da empresa para a América Latina parece ser adequada, desde que limitada – dentre outras situações – à área da atividade econômica de atuação da empresa – afinal o potencial lesivo é considerável, caso esse executivo se transfira para a área de marketing do concorrente.

Essa limitação também parece necessária, pois, na hipótese tratada, é bem possível que não houvesse outro meio menos gravoso para preservar o bem protegido – segredos e políticas confidenciais da ex-empregadora – satisfazendo, assim, o subprincípio da necessidade.

A questão passa para a análise do último subprincípio – proporcionalidade em sentido estrito, aferindo-se o peso de cada um dos bens em colisão, e, se a medida limitadora atinge o núcleo do direito ao livre exercício de trabalho.

A limitação ao exercício de qualquer trabalho seria inaceitável, tal como visto sob a ótica do subprincípio da adequação. Mas, se fosse limitada à área de atuação da empresa em que se ajusta a cláusula de não concorrência, passaria a medida pela proporcionalidade em sentido estrito, desde que mediante compensação financeira.

²³⁷ Extraída do Repositório Eletrônico autorizado Juris Síntese.

4.4.4 Compensação

A falta de indenização não passa pelo crivo da proporcionalidade em sentido estrito. Sobre o tema, Silva e Santos escreveram em 1977 – época em que a autonomia privada possuía ainda mais força do que no momento atual – aduzindo que a limitação da liberdade de trabalho representa cerceio até mesmo da liberdade amplamente assegurada pela Constituição, e a cláusula de não concorrência será absolutamente nula, se não seguida da devida compensação financeira.²³⁸ Nesse sentido:

CLÁUSULA CONTRATUAL DE NÃO CONCORRÊNCIA SEM RETRIBUIÇÃO – NULIDADE QUE SE DECLARA – Em princípio, a cláusula de não concorrência pode ser avençada pelas partes, exceto quando a restrição envolver verdadeira vedação a novo emprego por período indeterminado ou por termo certo, sem qualquer retribuição econômica, diante do caráter oneroso e sinalagmático do contrato de trabalho que sempre exige reciprocidade das partes. Os efeitos do contrato não podem se estender além da sua extinção, como mera restrição ao direito ao emprego. O direito ao trabalho é o da própria vida, como a forma mais honesta de sobrevivência. Não foi sem razão que a liberdade de trabalhar, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, foi elevada entre os direitos e as garantias fundamentais, como se deduz do inciso XIII do art. 5º da CFR. Inteligência dos arts. 3º, 9º e 444 da CLT combinados com o art. 5º, inciso XIII, da CFR. (TRT 02ª R. – RO 01186200735102005 – (20080573295) – 7ª T. – Rel. Des. José Carlos Fogaça – J 19.06.2008)

A razão da compensação financeira é propiciar ao ex-empregado a sobrevivência e manutenção das condições em que vivia, o que se tornaria mais difícil de ser obtido haja vista as limitações impostas pela cláusula de não concorrência.

Afinal, não se pode pensar em cláusula de não concorrência válida sem que haja proporcional compensação financeira à restrição imposta, muito embora, seja possível a troca da indenização do contrato por prazo determinado (art. 480) por prazo de não concorrência, mediante compensação equilibrada.

²³⁸ SANTOS, João Batista dos; SILVA, Juary C. Cláusulas restritivas à liberdade de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v, 41, p. 594, jan. 1977.

Ou seja, sempre há de se observar a exata comutatividade da relação, de modo a que não se gere um desequilíbrio nas obrigações e deveres das partes, que sempre deverão agir de boa fé, não prejudicando ao outro, mesmo após o encerramento do pacto laboral.

Justamente por esse caráter de compensação financeira é que a indenização paga pelo empregador não corresponde à remuneração, até porque no período de abstenção de concorrer, não há prestação de trabalho nem disponibilidade em favor do ex-empregador, não gerando retenções previdenciárias e fiscais. Significa dizer que o pagamento feito em espécie não gera quaisquer encargos.

É lícito pensar também em se estabelecer a compensação do empregado através de utilidades.²³⁹ No exercício do imaginário, reflita-se na hipótese do empregado que tem custeada uma bolsa de estudos com valor equiparável à compensação financeira que receberia, tal como um executivo que tem dois anos de estudos inteiramente quitados em Harvard, acompanhado da família.

Importante frisar que não se validará cláusula de não concorrência, cuja indenização tenha sido paga durante o contrato. Nessa hipótese, entende-se que a indenização não cumpre sua finalidade. Nesse sentido:

CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. Dos termos do contrato firmado entre as partes, constata-se a nulidade da cláusula de não concorrência, tendo em vista que o valor da compensação estava englobado no salário e, portanto, foi pago antes mesmo do término da relação de trabalho, não cumprindo sua finalidade de indenização pelo período que deveria a recorrente estar afastada de colocação no mercado de trabalho. TIPO: RECURSO ORDINÁRIO DATA DE JULGAMENTO: 16/09/2009 RELATOR(A): LUIZ CARLOS GOMES GODOI REVISOR(A): ODETTE SILVEIRA MORAES ACÓRDÃO Nº: 20090802980 PROCESSO Nº: 01784-2006-040-02-00-5 ANO: 2008 TURMA: 2ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 06/10/2009 PARTES: RECORRENTE(S): Telecomunicações de São Paulo S/A e Anni Julia Erlinger de Oliveira²⁴⁰

²³⁹ MALLETT, Estevão. Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho, Revista LTr, São Paulo, v. 69, n. 10, p. 1165, out. 2005.

²⁴⁰ Extraído do repositório eletrônico autorizado Juris Síntese.

O pagamento da compensação financeira pode ser mensal; em uma única parcela no momento da restrição imposta, ou mesmo após certo prazo, desde que não prejudique ao empregado. Não se admite, todavia, o pagamento da compensação financeira durante o contrato de emprego.

O pacto de não concorrência gera expectativa de indenização, de sorte que o empregador não possui o direito de renunciar ao acordado, pois, de modo contrário, estaria agindo em desacordo com a boa-fé objetiva que se espera dos contratantes (art. 442, CC, bem como em desconformidade com o art. 122 do Código Civil. Nesse sentido tem a jurisprudência se posicionado.

CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. Considerando que o pacto de não-concorrência cria para o trabalhador não só a expectativa de uma indenização, senão a necessidade de se preparar para uma futura e nova atividade, com expectativas e incertezas, não é razoável que a segurança desse negócio jurídico possa ser frustrada unilateralmente pela empresa contratante, mediante simples renúncia ao pactuado. Inteligência do artigo 122 do Código Civil, bem como dos princípios da justiça contratual e da boa-fé objetiva (artigo 422, Código Civil). Devida a indenização pactuada. TIPO: RECURSO ORDINÁRIO DATA DE JULGAMENTO: 12/11/2007 RELATOR(A): BENEDITO VALENTINI REVISOR(A): NELSON NAZAR ACÓRDÃO Nº: 20070989634 PROCESSO Nº: 01983-2005-019-02-00-8 ANO: 2007 TURMA: 12ª DATA DE PUBLICAÇÃO: 30/11/2007 PARTES: RECORRENTE(S): Brochier do Brasil Equipamentos Ltda. RECORRIDO(S): Ernst Ingo Lipkau²⁴¹ (grifamos)

4.5 Extinção e descumprimento

Observado todo o já exposto, a cláusula de não concorrência será válida independente da forma da rescisão. Ou seja, a justa causa ou a rescisão indireta não afastam a validade da cláusula pactuada. Cumpre notar, contudo, que a obrigação fica extinta com o óbito do empregado ou extinção do estabelecimento, afinal, nestas hipóteses, desaparece a razão para manutenção da cláusula.²⁴²

²⁴¹ Extraído do repositório eletrônico autorizado Juris Síntese.

²⁴² MALLETT, Estevão. Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho, Revista LTr, São Paulo, v. 69, n. 10, p. 1168, out. 2005.

Sob a ótica de Oris de Oliveira²⁴³ - da qual se pede vênia para dissentir - o empregado pode, a seu critério, se isentar da obrigação, perdendo o direito à indenização, na hipótese de resilir indiretamente o contrato de emprego (art. 483, CLT), ou se houver dispensa imotivada pelo empregador. A posição do Oris de Oliveira guarda consonância com o direito alemão, que prevê junto ao art. 75 do Código Comercial Alemão (HGB), que a cláusula de não concorrência é inválida quando o empregado requer a rescisão do contrato por ausência de cumprimento do pactuado por parte do empregador, de modo semelhante à rescisão indireta prevista pelo art. 483 da CLT, e também quando o empregador rescinde o contrato sem justa causa.

Explica-se a ousadia da dissensão. Com efeito, não é a falta cometida pelo empregador ou a dispensa do empregado que faz desaparecer o interesse na preservação dos segredos dos quais o empregado já se faz ciente. Ou seja, o fato do empregador cometer falta que justifique a rescisão ou mesmo não desejar mais contar com o empregado não faz desaparecer o motivo pelo qual foi firmado o pacto de não concorrência no contrato de emprego.

Ademais, a falta cometida pelo empregador já está sujeita às consequências da rescisão indireta, e até mesmo eventual condenação em danos morais dependendo da natureza do fato, porém, não tem relação com o interesse de preservação dos segredos industriais e comerciais, ou seja, não interfere na esfera de proteção do bem objeto do pacto firmado, que possui relevância social que vai além da própria empresa, consoante fundamentos apresentados no capítulo inicial do presente estudo, em especial no que tange à preservação da empresa, livre concorrência e defesa do consumidor.

A cláusula de não concorrência também pode ser firmada mediante evento futuro e incerto, que, em não ocorrendo, gera o desaparecimento das obrigações.

Em havendo interesse recíproco na extinção do pacto de não concorrência, inexistente óbice, mormente após o término da relação de emprego, quando o ex-

²⁴³ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 162.

empregado pode expressar as suas vontades inequivocamente de modo amplo.

Todavia, se somente uma das partes desejar rescindir, o pacto se mantém íntegro, tal como foi estipulado, salvo na ocorrência de hipótese que modifique o estado das coisas, aplicando-se a cláusula *rebus sic stantibus*.

O que pode ser objeto de reflexão é a denúncia unilateral do pacto de não concorrência, na hipótese desta perder o seu objeto. Tome-se por hipótese o fato da empresa alterar seus processos produtivos, ou ocorrer outra modificação qualquer que torne a avença desnecessária.

Nessa conjectura, não haveria interesse para o empregador na manutenção da cláusula de não concorrência, o que motivaria a resolução do pacto de não concorrência, mas, não por ser esta a vontade unilateral do empregador, mas, sim porque a avença já não cumpre o subprincípio da adequação, vez que sequer há bem a ser protegido.

De outro lado, pode-se aduzir que o empregado criou uma expectativa, o que pode se revelar verdadeiro, porém, não tem o condão de isentar à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, haja vista a substancial modificação das condições de fato, o que conduz a perda da necessidade de defesa do objeto que visava à não concorrência, e por consequência da própria avença, por inexistir o que proteger.

Regiane Teresinha de Mello João²⁴⁴ entende que o artigo 462, § 1º da CLT confere fundamento para a cobrança do empregado, em caso de violação à cláusula de não concorrência pós-contrato de trabalho.

Embora o pacto já tenha encerrado, o que dificulta a aplicação do dispositivo legal mencionado, o tema merece reflexão. Com efeito, dada à responsabilidade pós-contratual fundada nos deveres de lealdade e boa-fé que devem nortear as relações contratuais mesmo após o seu término, parece razoável pensar na aplicação analógica do dispositivo em comento.

²⁴⁴ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46.

Para tanto, todavia, a indenização teria de ser equiparada – para esse único efeito – ao salário, o que refugiria a natureza dos valores pagos, causando dificuldade para a sustentação deste fundamento.

Apesar de se considerar o argumento de Regiane Teresinha de Mello João, parece que a violação à cláusula de não concorrência tem mais fácil aceitação na linha tradicional²⁴⁵, no sentido de que se houver o descumprimento da obrigação por parte do empregado, poderá o empregador buscar judicialmente a restituição dos valores pagos, ou mesmo a execução da obrigação, sem prejuízo da cobrança por perdas e danos, nos termos do art. 475 do CCB, e da multa pecuniária, nos termos do art. 416 do CC.

Se o empregador descumprir a obrigação, o empregado terá o direito de exigir o cumprimento desta, sem prejuízo de buscar a reparação por perdas e danos – ou mesmo pensar na exoneração da sua obrigação de não trabalhar para o concorrente.

Quanto à inexecução involuntária, por parte do empregado, é possível sustentar que o empregado não seja obrigado a manter a avença. Isso se decorrer de força maior ou onerosidade objetivamente excessiva em razão de acontecimento extraordinário e imprevisível, que torne insustentável a manutenção da avença pelo empregado, dentro das condições ajustadas de tempo, espaço e restrições de atividades²⁴⁶.

O fundamento é a preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) – bem maior que, em caso de colisão não pode ser atingido, sob pena de não se cumprir o princípio da proporcionalidade, e também a cláusula *rebus sic stantibus* que se faz implícita na avença.

O empregador também pode sustentar a inexecução involuntária, quando se tratar de força maior, ou seja, acontecimento inevitável em relação à sua vontade, e

²⁴⁵ Da qual a autora não dissente. Acresce somente outro fundamento.

²⁴⁶ OLIVEIRA, Oris de. **A exclusão de concorrência no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2005, p. 160.

para o qual não concorreu de forma direta ou indireta, nos termos do art. 501 da CLT.

4.6 Resumo das condições

Seguindo todo o exposto ao longo do presente capítulo, e observado à risca o princípio da proporcionalidade em seus subprincípios, pode-se resumir os principais requisitos apontados pela doutrina e jurisprudência para a validação da cláusula de não concorrência:

a) limitar o tempo em que o empregado não poderá exercer a atividade – tomando-se, em regra, o tempo de 2 anos como limite de tempo a ser fixado para a quarentena, ressalvando os que defendem a limitação à 12 meses;

b) limitar a área de atuação em que o empregado não poderá exercer a atividade, mantendo correspondência com a atividade que o empregado exercia durante o contrato;

c) limitar a amplitude geográfica dependendo da atuação ou influência geográfica da empresa;

d) existir legítimo interesse do empregador nestas limitações, ou seja, se fazer presente a efetiva possibilidade de prejuízo do empregador, na hipótese de concorrência;

e) a restrição tem de ser justificada e limitada ao necessário;

f) o empregado deve receber compensação financeira, geralmente representada pelo último salário multiplicado pelo tempo de quarentena – normalmente limitada em 24 meses;

g) deve existir previsão de multa contratual em caso de descumprimento, observando-se que o valor da multa não poderá exceder o da obrigação principal;

h) jamais vedar o exercício de qualquer atividade, ou seja, o empregado pode exercer quaisquer atividades, desde que não concorrentes com o empregador.

O que se observa, é que a jurisprudência pátria, em sua maioria, tem validado a aplicação da cláusula de não concorrência no contrato de emprego, desde que observado o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, nos

moldes das condições expostas no item acima, afinal, inexistente direito absoluto, de tal sorte que um direito cede frente ao outro, desde que preservado o núcleo essencial do direito violado.

Ou seja, no sopesamento de bens, no caso concreto, deverá ser feita a avaliação dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a fim de se entender pela validade ou não da cláusula de não concorrência.

4.7 Projetos de lei

Não olvidando que projetos de lei não tem qualquer serventia enquanto não estiverem ao menos aprovados nas casas legislativas, pede-se vênua para ainda assim abordá-los.

Com efeito, com o escopo de provocar reflexão nos legisladores, toma-se a liberdade de comentar os projetos de lei: PL 986/2011 e PLS 16/2007, que tratam respectivamente da Cláusula de não Concorrência e do Acordo de Proteção de Informações Sigilosas.

Como os projetos mencionados, no geral, são bons, e complementares, embora mereçam algum reparo, ousa-se comentá-los, e apresentar sugestões, visionando que a academia possa mais uma vez prestar relevante serviço para a sociedade, mediante a participação efetiva nos trabalhos do legislativo.

4.7.1 Comentários ao PL 986/2011

O Projeto de Lei 986/2011²⁴⁷, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, do

²⁴⁷ Foi proposto em 12.04.2001. Em 04.05.2011, encaminhado à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Em 28.09.2011, teve parecer aprovado por unanimidade junto à Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio. Em 08.11.2011, dirigido à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, tendo sido designado o como relator o Deputado Sandro Mabel, e desde então se encontra aguardando parecer do relator - Informação atualizada até 03 de março de

PMDB/MT, trata da cláusula de não concorrência, disciplinando a matéria de modo muito semelhante às disposições apresentadas no resumo acima (item 4.6).

O projeto de lei tem por escopo acrescentar à CLT o art. 444-A, com a seguinte redação:

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Comparando-se o PL 986/2011 com as condições supra apresentadas, extrai-se que:

a) a limitação ao período de 2 anos guarda relação com o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência;

b) a aceitação do ajuste da cláusula de não concorrência durante o curso do contrato condicionada à nova situação não representa o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, que tem validado o ajuste no curso do contrato e mesmo

quando da rescisão. Aliás, no momento da ruptura contratual, em tese, o trabalhador goza de amplas possibilidades de manifestar a sua vontade sem vícios de consentimento;

c) a expressa descrição das atividades e do ramo econômico objeto de restrição da ampla liberdade de exercício do trabalho guarda total consonância com a doutrina e jurisprudência que determinam a limitação da área de atuação em que o empregado não poderá exercer a atividade, mantendo correspondência com a atividade que o empregado exercia durante o contrato;

d) A expressa disposição de que o empregado pode celebrar novo contrato para atuar em atividade e ramo econômico distinto do contrato anterior está em consonância com o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que jamais se pode vedar o exercício de qualquer atividade, ou seja, o empregado pode exercer quaisquer atividades, desde que não concorrentes com o empregador;

e) a disposição de que o trabalhador fará jus à indenização mensal equivalente, no mínimo, ao valor do último salário, multiplicado pelo número de meses da restrição está em harmonia com o entendimento unânime de que só se admite a cláusula de não concorrência mediante justa e equilibrada indenização. Todavia, o texto do projeto de lei vai além do entendimento doutrinário e jurisprudencial quando estabelece que os pagamentos relativos à indenização cessam na hipótese do empregado firmar novo contrato de trabalho. Essa disposição merece amplo debate legislativo, eis que a indenização tem por escopo minimizar os prejuízos do trabalhador que não pode exercer a atividade para a qual está qualificado no mesmo ramo do empregador, e, a priori, não tem relação com a assunção ou não de novo trabalho. Até porque é evidente que o empregado possui o direito ao trabalho mesmo quando firmada cláusula de não concorrência, sob pena do ajuste ser inválido por afronta constitucional. Ademais, se o empregado, após a dispensa, e trazendo consigo as limitações da cláusula de não concorrência vier a firmar novo contrato com base salarial inferior à anterior, a medida da indenização não preencherá o requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Esse tema merece, pois, maior reflexão e aprofundamento legislativo;

f) a disposição de que a violação pelo trabalhador da cláusula de não concorrência implica a restituição das parcelas pagas, sem prejuízo da indenização por perdas e danos se encontra em conformidade com o entendimento da doutrina e jurisprudência;

g) por fim, e não menos importante, a previsão para ajuste da cláusula de não concorrência quando em razão da natureza do serviço prestado, o trabalhador tiver conhecimento de informações estratégicas da empresa, cuja divulgação possa causar prejuízo ao empregador, está em absoluta conformidade com o princípio da proporcionalidade, especialmente no que tange aos subprincípios da adequação e necessidade, e também em consonância com o entendimento da doutrina e jurisprudência.

A justificação do PL 986/2011 também é bastante interessante, pois, segue premissas semelhantes às contidas no presente trabalho, tais como:

a) necessidade de se impedir a concorrência pós-contrato de emprego, e ausência de disposição expressa nesse sentido;

b) a limitação de tempo a período determinado, e limitação aos empregados com potencial de causar prejuízo ao empregador, na hipótese de trabalho para o concorrente;

c) o estabelecimento de indenização para que não assuma posto de trabalho em empresa concorrente, limitando, assim, o amplo direito de exercício da atividade ou profissão;

d) a limitação da restrição à mesma área de atuação, permitindo o exercício do mister para o qual está qualificado, desde que em ramo de atividade distinto do antigo empregador.

A justificação²⁴⁸ do PL 986/2011 demonstra ainda que o seu autor se preocupou em pesquisar o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, antes da proposição do projeto, bem como o fundamentou na autonomia negocial das partes.

Na parte final da justificação, o PL 986/2011 vai além do presente trabalho, ao acrescentar que o tema pode até representar inovação na esfera trabalhista,

²⁴⁸ Consideramos essa uma medida justa, até porque a celebração da cláusula não é colocada como uma imposição, mas como liberalidade das partes (“é permitida”). Além disso, o projeto resguarda os requisitos que a doutrina e a jurisprudência consideram essenciais à validade da cláusula, a saber: limitação temporal, espacial e quanto à atividade; legítimo interesse das partes; compensação financeira ao empregado pelo prazo de não concorrência estipulado e penalidade em face do seu descumprimento.

porém, não o é no que se refere ao serviço público²⁴⁹, consoante art. 6º da MP 2.225-45/2001, e art. 9º da Lei 9.427/96.

O PL 986/2011 representa não só a regulamentação da cláusula de não concorrência no contrato de emprego, como também se mostra adequado às linhas gerais do que se compreende como admissível no que tange à limitação do livre exercício ao trabalho.

Como contribuição, sugere-se maior debate no que tange ao condicionamento da validade do pacto de não concorrência, quando firmado durante o contrato à nova situação que assim justifique. E isso porque o caput da redação proposta para o art. 444-A já é por si suficiente ao condicionar a cláusula de não concorrência ao efetivo risco de prejuízo ao empregador, dada à natureza do serviço prestado, caso o trabalhador tenha conhecimento de informações estratégicas.

Propõe-se que a redação seja a seguinte:

§ 2º A cláusula pode ser instituída em qualquer das fases contrato, tanto durante as negociações preliminares, na contratação efetiva, durante o contrato, ou mesmo na rescisão contratual, observadas as demais disposições estabelecidas no caput e incisos do presente artigo.

Pensa-se que com isso se preserva a autonomia negocial, reconhecendo a possibilidade de ajuste ou lesão em todas as fases do contrato, inclusive nos períodos pré e pós-contrato, preservando-se a essência do ajuste face à necessidade de preenchimento das condições aplicáveis à espécie, consoante

²⁴⁹ Se o tema pode ser visto como inovação na esfera trabalhista, o mesmo não podemos dizer em relação ao serviço público. O art. 6º da Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, estabelece que “os titulares de cargos de Ministro de Estado, de Natureza Especial e do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível 6, bem assim as autoridades equivalentes, que tenham tido acesso a informações que possam ter repercussão econômica, na forma definida em regulamento, ficam impedidos de exercer atividades ou de prestar qualquer serviço no setor de sua atuação, por um período de quatro meses, contados da exoneração”, enquanto o art. 7º da Medida prevê o pagamento de remuneração compensatória pelo período em que durar a quarentena. Ou ainda em legislações específicas de 4 agências reguladoras, a exemplo da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, em cujo art. 9º está previsto que “o ex-dirigente da ANEEL continuará vinculado à autarquia nos doze meses seguintes ao exercício do cargo, durante os quais estará impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias”.

disciplinado especialmente no caput da redação proposta para o art. 444-A.

Igualmente o PL 986/2011 merece reflexão e pesquisa no que se refere à cessação do pagamento na hipótese do trabalhador assumir novo emprego. Nessa conjectura, conforme já exposto, é clarividente o direito do empregado em ocupar novo posto de trabalho, e a cláusula de não concorrência não pode vedar que assim ocorra.

A restrição permanecerá existindo, ou seja, o empregado continuará não podendo laborar em favor de concorrente do ex-empregador, caso detenha informações estratégicas passíveis de dano ao antigo empregador.

Ademais, conforme hipótese já mencionada, considera-se a nova contratação em salário inferior e com as limitações da cláusula de não concorrência. Nessa condição, indene de dúvidas que não se faz presente o cumprimento dos requisitos da proporcionalidade em sentido estrito.

A princípio, pensa-se que – como a restrição permanece, e a assunção de novo posto em nada altera o fato posto – o correto é a manutenção da indenização.

Uma alternativa, todavia, para os que assim não entenderem, é permitir a redução da indenização, mediante dedução do novo salário, na hipótese do trabalhador ingressar em outra atividade profissional. Assim, e observado o disposto ao longo do presente trabalho, sugere-se, nesse particular a seguinte redação:

§ 5º O trabalhador fará jus ao pagamento de indenização mensal correspondente a, no mínimo, o valor do último salário recebido, pelo prazo que durar a cláusula de não concorrência, salvo se celebrar novo contrato de trabalho na mesma atividade para a qual está qualificado, hipótese que ensejará a dedução do novo salário da indenização, até o limite da metade do último salário contratual recebido.

Imagina-se que com a redação proposta não se deixa de reconhecer que o trabalhador assumiu novo posto de trabalho em sua atividade, porém, também não se olvida que a restrição se mantém intacta, e, portanto, inexistente razão para que a

indenização seja excluída.

4.7.2 Comentários ao PLS 16, de 2007

O Projeto de Lei do Senado 16, de 2007²⁵⁰, de autoria do Senador Marcelo Crivella, propõe a criação do Acordo de Proteção de Informações Sigilosas, que poderá ser firmado em qualquer momento do contrato de trabalho, com o escopo de proteger segredos comerciais e informações confidenciais.

O art. 2º do PLS 16/2007, em seu inciso I, considera segredo comercial todo processo, método, fórmula, dispositivo ou técnica que não seja de conhecimento público, possua valor econômico para o empregador, ainda que potencial, e cujo conhecimento, pelo empregado, decorra do desempenho de suas atividades laborais.

E consoante art. 2º, inciso II, o projeto considera informação confidencial toda informação conhecida pelo empregado, em função de suas atividades laborais, que não configure segredo comercial, mas possua valor econômico ou estratégico para o empregador e cuja divulgação seja capaz de causar-lhe dano.

O projeto ainda prevê que o Acordo de Proteção de Informações deve delimitar claramente quais segredos e informações serão objeto de proteção, sob pena de nulidade. E em havendo alterações nas condições do Acordo, admite-se o aditamento.

Veda ainda a adoção do Acordo mediante instrumento coletivo, só o reconhecendo quando firmada de modo individual. Permite ao empregado, no entanto, gozar da interveniência da entidade sindical ou de advogado, se assim desejar.

O Acordo de Proteção de Informações pode contemplar as seguintes

²⁵⁰ O PLS 16, de 2007 foi proposto em 07.02.2007, e se encontra desde 14.01.2011 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania aguardando a designação de relator.

disposições:

- I – restrições à utilização, divulgação, transmissão e comercialização de segredos comerciais ou informações confidenciais, ainda que descaracterizados;
- II – restrições à contratação do empregado por empresa concorrente do empregador, pelo prazo máximo de dois anos, a partir da rescisão do contrato de trabalho;
- III – restrições ao desempenho da mesma função, ou de função assemelhada, em empresa concorrente, em área geográfica delimitada e pelo prazo máximo de dois anos;
- IV – restrições à abertura, pelo empregado, de empresa que faça concorrência ao empregador, em área geográfica delimitada e pelo prazo máximo de dois anos;
- V – restrições ao aliciamento de clientes ou fornecedores do empregador, pelo prazo máximo de dois anos. Parágrafo único. Na hipótese dos incisos II e III é obrigatória a estipulação de compensação financeira ao empregado, condizente com o grau da restrição imposta.

Há previsão de que, se o contrato for rescindido por iniciativa ou culpa do empregador, o Acordo de Proteção de Informações Sigilosas fica sem efeito.

E ainda, pode o empregador que firmou o Acordo pleitear a dissolução do novo contrato que tenha sido firmado pelo ex-empregado com outro empregador em desrespeito aos termos do ajuste, sem prejuízo da apuração da responsabilidade civil do novo empregador.

Em havendo ação daí decorrente, esta correrá em segredo de justiça, e o juiz deverá considerar:

- a) a existência de dano econômico e moral ao empregador;
- b) a liberdade do exercício do trabalho;
- c) o interesse econômico e social da coletividade.

O PLS 16, de 2007, em grande parte, está em consonância com o sustentado linhas atrás. Com efeito, este deve ser escrito e ter clara definição de quais informações devem ser tratadas como confidenciais.

A definição do conceito de segredo comercial e de informação confidencial é

adequada, e segue a mesma linha sustentada no presente trabalho. De igual modo, a consideração de que o empregado está tomando ciência das informações confidenciais por força do contrato de trabalho, em razão de sua inserção na empresa, proibindo a divulgação para terceiros, sob pena de indenização, se mostra consentânea com o presente estudo.

O que chama a atenção é que avançando expressamente no tema cláusula de não concorrência, há previsão de restrição à contratação do empregado por empresa concorrente do empregador, pelo prazo máximo de dois anos, bem como restrição ao desempenho da mesma função ou semelhante à que ocupava junto ao empregador, em área geográfica delimitada e pelo prazo de dois anos – ambas mediante compensação financeira condizente com a restrição imposta.

Trata também da dissolução do novo contrato do ex-empregado com outro empregador, se firmado em desrespeito ao ajuste, sem prejuízo da apuração da responsabilidade civil do novo empregador, de modo semelhante à imputação a terceiros por força da cláusula de não concorrência, consoante sustentado no presente trabalho.

Indo além, há disposição de vedação ao empregado à abertura de empresa que faça concorrência ao empregador, em área geográfica delimitada e pelo prazo máximo de dois anos, sem direito a qualquer indenização. E por fim, regulamenta inclusive a ação decorrente da falta de cumprimento do Acordo de Proteção de Informações.

Veja-se que, visando à proteção do *know how* do empregador, o PLS 16 acaba por propor parte da regulamentação da cláusula de não concorrência. De um lado, a iniciativa é muito bem vinda, pois, a cláusula de não concorrência deve ficar acompanhada de política de confidencialidade. De outro, mostra que as duas casas legislativas possuem propostas que tratam de temas que se assemelham em diversos aspectos, e ambas as proposições de grande importância para a manutenção dos segredos e informações confidenciais das empresas, bem como da cláusula de não concorrência, e se encontram aguardando ser votadas junto ao Congresso Nacional.

Outrossim, nota-se que o Projeto de Lei acaba por tratar também de tema afeto à cláusula de não solicitação ao restringir o aliciamento de clientes ou fornecedores do empregador, pelo prazo máximo de dois anos. A diferença do PLS 16 com os termos da cláusula de não solicitação é que, além de não ser atribuído o *nomen juris* de cláusula de não solicitação, não há restrição para o aliciamento de ex-colegas de trabalho.

Fica claro que a justificção do Projeto de Lei 16 de 2007, igualmente se encontra em conformidade com o defendido ao longo do presente trabalho, pois, se baseia na necessidade de proteção das informações sigilosas das empresas, no âmbito das relações empregatícias, diante da incessante inovação tecnológica.

Apresenta a justificção ainda baseada no custo do investimento no desenvolvimento de um novo produto, e ausência de proteção nas fases intermediárias da pesquisa. Igualmente se dá ainda com base na necessidade de proteção dos conhecimentos da concorrência, e necessidade de comprometimento do empregado a não utilizar, fora das empresas, informações que obteve no curso do contrato de emprego.

Quanto ao texto do PLS 16, de 2007, propõe-se modificção somente no que tange ao acordo se tornar sem efeito na hipótese de rescisão causada pelo empregador, de modo indireto ou face à dispensa. Com efeito, pensa-se que a forma da rescisão não altera em nada os termos do pacto, que visa preservar o *know how* do empregador, mediante comutativa indenização. Ou seja, a dispensa do empregado não significa que o *know how* do empregador já não mereça proteção, embora se reconheça que o direito alemão²⁵¹, e também parte da doutrina nacional pensem de modo igual ao previsto no PLS 16, nesse particular.

²⁵¹ Art. 75 do Código Comercial Alemão, consoante mencionado no item 1.5.1 do presente estudo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sociedades empresariais investem recursos cada vez mais vultosos em treinamento de pessoas, desenvolvimento de produtos e software, criação de processos, apoio de consultores e pesquisas de todas as ordens. Porém, esses bens imateriais não podem ser escondidos de seus empregados, a quem via de regra é dado o processo de conhecimento das atividades, especialmente em posições estratégicas de direção ou de alta especialização.

Os empregados, aliás, devem de fato ser inseridos no cenário empresarial, tendo ciência do que significa o que estão fazendo, e se sentindo parte da operação em uma relação sinérgica para com todos os setores da atividade. Nesse contexto, se instala a cláusula de não concorrência, a fim de que o empregado que toma ciência das políticas da empresa, planos de marketing, transações, segredos comerciais, estratégias do negócio, segredos de indústria e de negócios, fórmulas e técnicas de produção, novos inventos, métodos de fabricação e produção, mantenha essas informações resguardadas, livre do alcance da concorrência, e não as use em desfavor do ex-empregador.

A cláusula de não concorrência representa obrigação de não fazer, que consiste no compromisso assumido pelo empregado de não gerar concorrência com o ex-empregador, restringindo a liberdade de trabalho do empregado, e goza de amparo, fundado nos seguintes dispositivos constitucionais: livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, caput); propriedade privada (art. 170, II,); livre concorrência (art. 170, IV); defesa do consumidor (art. 170, V); pleno emprego (art. 170, VIII); direito de propriedade (art. 5º, caput e XXII); e direito geral de liberdade (art. 5º, caput). Por irradiação constitucional, goza igualmente de amparo nas cláusulas gerais da boa-fé objetiva (art. 422, CC) e função social do contrato (art. 421, CC), além da presunção de licitude do contrato (art. 122, CC); somado ainda em nível infraconstitucional aos artigos 8º da CLT que permite a aplicação, dentre outros, da equidade, dos princípios de direito, do direito comparado e do direito civil como fontes subsidiárias de aplicação do direito do trabalho, e ao art. 444, que trata da liberdade para estipulação das condições contratuais, se não contrárias às disposições de proteção

ao trabalho.

Por outro lado, também no art. 170 da CF há diretrizes que não podem ser desconsideradas. Com efeito, a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano (caput), bem como na redução das desigualdades sociais (inciso VII) e na busca do pleno emprego (inciso VIII). Soma-se em prol da liberdade de trabalho o disposto no art. 1º, inciso IV da CF, que fundamenta o Estado Democrático de Direito nos valores sociais do trabalho²⁵², e a condição de direito social de que o trabalho goza, na forma do art. 6º da CF. Acresça-se, com destaque a redação do art. 5º, inciso XIII da CF, que garante o direito ao livre exercício do trabalho escolhido.

Ademais, a propriedade privada está fundada no livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão – ou seja, observado o direito social do trabalhador de escolher a atividade a ser inserida. Não é à toa que o art. 170 da Constituição Federal reza que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano, o que significa que qualquer ato que desrespeite a valorização do trabalho será inconstitucional.

A livre iniciativa deve conviver harmonicamente com o livre exercício do trabalho, tanto que ambos foram relacionados como fundamento do Estado Democrático de Direito, logo no art. 1º, conjuntamente no inciso IV. Pois bem, considerada essa circunstância e observando o princípio da concordância prática e da unidade constitucional, imperiosa se faz a harmonização e sopesamento dos bens em situação de conflito, mormente porque a interpretação constitucional não se dá em tiras, mas sim de modo sistemático, no conjunto das normas.

Visitada a hermenêutica e interpretação constitucional, e reconhecido o princípio da proporcionalidade como método apto a solver conflitos constitucionais, a cláusula de não concorrência pode ser aplicada desde que, no caso concreto, cumpra os requisitos da proporcionalidade e de seus subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. De ambos os lados, tem-se

²⁵² Dentre outros fundamentos, como a livre iniciativa que convive no mesmo dispositivo constitucional em referência.

direitos assegurados pela Carta Magna, de modo a operar-se a colisão de interesses, o que motiva a prevalência *prima facie* de um dos bens. Dada a relação de desigualdade material e a defesa da dignidade da pessoa humana, a prevalência *prima facie* deve dar-se em favor do trabalhador, impedindo a priori, que o pacto de não concorrência tenha validade após o contrato de emprego.

Todavia, essa prevalência não é definitiva, o que significa que a cláusula de não concorrência pode ser reconhecida como válida desde que justificada e limitada, observando-se o princípio da proporcionalidade de índole constitucional, e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a limitação imposta à liberdade de trabalho há de se revelar: a) adequada para o alcance do fim pretendido, no caso, a defesa dos segredos e *know how* do empregador; b) necessária, de modo que não haja outro modo menos custoso para o trabalhador, que tenha a mesma eficácia na defesa dos legítimos interesses do empregador; c) e proporcional em sentido estrito, vale dizer, que o custo do bem preterido justifique o benefício da adoção de defesa dos interesses do empregador.

Para tanto, necessário respeitar o núcleo essencial do direito do trabalhador, no caso o direito ao trabalho, em regra, na mesma atividade para a qual está qualificado. Nessas condições, não há cerceamento à liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, previstos no art. 5º, XIII, da CF. Observado à risca o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, pode-se resumir os principais requisitos apontados pela doutrina e jurisprudência para o uso da cláusula de não concorrência:

a) limitar o tempo em que o empregado não poderá exercer a atividade – tomando-se, em regra, o tempo de 2 anos como limite de tempo a ser fixado para a quarentena, ressaltando os que defendem a limitação à 12 meses;

b) limitar a área de atuação em que o empregado não poderá exercer a atividade, mantendo correspondência com a atividade que o empregado exercia durante o contrato;

c) limitar a amplitude geográfica dependendo da atuação ou influência geográfica da empresa;

d) existir legítimo interesse do empregador nestas limitações, ou seja, se

fazer presente a efetiva possibilidade de prejuízo do empregador, na hipótese de concorrência;

e) a restrição tem de ser justificada e limitada ao necessário;

f) o empregado deve receber compensação financeira, geralmente representada pelo último salário multiplicado pelo tempo de quarentena – normalmente limitada em 24 meses;

g) deve existir previsão de multa contratual em caso de descumprimento, observando-se que o valor da multa não poderá exceder o da obrigação principal;

h) jamais vedar o exercício de qualquer atividade, ou seja, o empregado pode exercer quaisquer atividades, desde que não concorrentes com o empregador.

A cláusula de não concorrência tem sido validada na relação de emprego, tanto no Estado brasileiro, quanto na legislação estrangeira. Porém, sempre com reservas, e requisitos determinados, observando-se os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso. Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade se revela como critério justificador e limitador da aplicação do pacto de não concorrência.

BIBLIOGRAFIA

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

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5. edição alemã, de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91 e 108

_____. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Tradução Carlos Bernal Pulido. 1. ed. Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALMEIDA, Renato Rua de. **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Direitos laborais inespecíficos: os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho**, São Paulo, LTr, 2012.

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

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. LTr, São Paulo, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

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

_____. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade**. São Paulo: LTr, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**., 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. O método concretista da Constituição aberta. **O Estado de São Paulo**, n. 206. Suplemento Cultural.

CALVO, Adriana Carrera. **Os aspectos legais e a validade da cláusula de não-concorrência no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 616, 16 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6450>>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 2. ed. rev. ampl. e atual. pela Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. Ed. Niterói: Impetus, 2010.

CIANCIARDO, Juan. **Princípio da proporcionalidade: dimensões e limites**. Publicado na "Selected Works". Disponível em: <<http://works.bepress.com/juan>>.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição**. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. A Constituição Francesa de 1848. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/fran1848.htm>>

CONVENÇÃO da União De Paris. Disponível em: <<http://www.glpi.com.br/repository/265.pdf>>

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Tr,

2008.

_____. **Princípio de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIREITOS Humanos. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/IIIPAG3_16_1.htm>

DISCURSO proferido em 25.5.2009 na Embaixada da República Federal da Alemanha por ocasião dos 60 anos da Lei Fundamental de Bonn. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discAlemanha.pdf>>.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Civil Pós-Contratual no Direito Civil, no Direito do Consumidor, no Direito do Trabalho e no Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRARAM Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1978.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.); NERY JUNIOR, Nelson . **O Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

GOYATÁ, Celio. **O contrato de estágio e a cláusula compromissória no direito do trabalho**. São Paulo: LTr 41.

GUERRA, Sergio. O Princípio da Proporcionalidade na Pós Modernidade. **Revista Eletrônica de Direito de Estado**, Salvador, n. 2, p. 16, abr/jun. 2005

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

GUIMARÃES, Justino da Silva. **A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2006, p. 102.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

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

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

LEI Fundamental Da República Federal Da Alemanha. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/cpntentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LILLA, Fabio de Campos; BASTOS, Fabiana Ribeiro. A nova discussão a respeito dos princípios constitucionais. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP, v. 32, n. 117, out/dez. 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ed. Ariel, 1986.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MALLET, Estevão. Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 10, p. 1169, out. 2005.

MEIRELES, Edilton. **A constituição do trabalho: o trabalho na Constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal**, São Paulo: LTr, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**, 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Calso Antônio Bandeira. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e os direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 18. ed. São Paulo: ed. Atlas, 2005.

MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. **Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

NOVO, Catia Guimarães Raposo. **Da Cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho**. 2007. 208f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

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

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais**. São Paulo: Almedina, 2012.

REVISTA PORTUGUESA DE SAÚDE PÚBLICA. Lisboa, v. 20, n. 1, jan/jun. 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípio de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROJAS, Miguel Limón. **A interpretação constitucional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2.009.

SAMPAIO, Tércio Ferraz Jr. **Teoria da Norma Jurídica**, 4. ed. Rio de Janeiro: Ed Forense, 2009.

SANTOS, João Batista dos; SILVA, Juary C. **Cláusulas restritivas à liberdade de trabalho**. *Revista LTr*, São Paulo, ano 41, jan. 1977.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

SCHIMMEL, Sonia. **O Princípio da proporcionalidade como garantia constitucional**. 2004. 394 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1973.

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

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Concretização de direitos e interpretação da Constituição. **Boletim da Faculdade de Direito**. Universidade de Coimbra: Coimbra, v. 81, p. 75-100, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “O Problema da Discrecionalidade dos Juizes**. Disponível em: <http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> p. 17.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**.

Temas de Direito Civil.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade.** São Paulo: LTr, 2012.

ANEXOS

PROJETO DE LEI Nº986, DE 2011

(Do Sr. CARLOS BEZERRA)

Acrescenta artigo à Consolidação das Leis do Trabalho para dispor sobre a cláusula de não concorrência.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 444-A:

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT já possui regra vedando a concorrência do empregado durante a relação de emprego. Trata-se do art. 482 que considera como hipóteses que justificam a aplicação da justa causa 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 (alínea “c”) e a violação de segredo da empresa (alínea “g”).

Ocorre que verificamos algumas situações em que esse impedimento se deva dar após a extinção da relação empregatícia. São aqueles casos em que o ex-empregado detém informações estratégicas, ou mesmo secretas, da empresa e cuja divulgação possa trazer prejuízos financeiros consideráveis.

É nesse ponto que surge a figura da “cláusula de não concorrência”, matéria tratada neste projeto e que já tem recebido acolhimento da doutrina e da jurisprudência nacionais. Por intermédio dela, o empregado compromete-se a não trabalhar em um concorrente direto do antigo empregador por um período predeterminado de tempo.

Ressalte-se que a regra não é dirigida a qualquer empregado, mas tão somente àqueles que, em razão das suas atribuições, tiveram acesso a determinadas informações estratégicas as quais, em sendo transferidas aos concorrentes, poderiam acarretar grande prejuízo ao ex-empregador.

Outrossim, a proposta estabelece que o empregado receberá uma indenização correspondente ao valor do último salário pelo período que durar a cláusula, que é justamente para que a medida não seja caracterizada como uma pena. Recente decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) é bem ilustrativa acerca do tema suscitado. O Regional considerou nula cláusula de não concorrência pelo fato de não ter sido estipulada compensação financeira em favor do ex-empregado durante a sua vigência¹.

1 Processo TRT-SP Nº 02570200304502005

Além do mais, é de se observar que a limitação prevista no projeto estará restrita à mesma área de atuação, ou seja, se o empregado exercia uma atribuição estratégica no setor de petroquímica na empresa precedente, por exemplo, ele não poderá ser impedido de atuar no setor têxtil em uma nova empresa.

Consideramos essa uma medida justa, até porque a celebração da cláusula não é colocada como uma imposição, mas como liberalidade das partes (“é permitida”). Além disso, o projeto resguarda os requisitos que a doutrina e a jurisprudência consideram essenciais à validade da cláusula, a saber: limitação temporal, espacial e quanto à atividade; legítimo interesse das partes; compensação financeira ao empregado pelo prazo de não concorrência estipulado e penalidade em face do seu descumprimento.

Se o tema pode ser visto como inovação na esfera trabalhista, o mesmo não podemos dizer em relação ao serviço público. O art. 6º da Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, estabelece que “os titulares de cargos de Ministro de Estado, de Natureza Especial e do Grupo- Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível 6, bem assim as autoridades equivalentes, que tenham tido acesso a informações que possam ter repercussão econômica, na forma definida em regulamento, ficam impedidos de exercer atividades ou de prestar qualquer serviço no setor de sua atuação, por um período de quatro meses, contados da exoneração”, enquanto o art. 7º da Medida prevê o pagamento de remuneração compensatória pelo período em que durar a quarentena. Ou ainda em legislações específicas de 4 agências reguladoras, a exemplo da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, em cujo art. 9º está previsto que “o ex-dirigente da ANEEL continuará vinculado à autarquia nos doze meses seguintes ao exercício do cargo, durante os quais estará impedido de prestar, direta ou indiretamente, independentemente da forma ou natureza do contrato, qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulamentação ou fiscalização, inclusive controladas, coligadas ou subsidiárias”.

Diante de todo o exposto, entendemos que a matéria contemplada no projeto é justa, está em conformidade com os princípios constitucionais e atende os requisitos de interesse público e, sendo assim, merece o apoio de nossos Pares para a sua aprovação.

Sala das Sessões, em de de 2011.

Deputado CARLOS BEZERRA

Andamento do PL 986, de 2011
PL 986/2011
Projeto de Lei

Situação: Aguardando Parecer - Ag. devolução Relator não-membro na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP)

Identificação da Proposição

Autor - Carlos Bezerra - PMDB/MT

Apresentação - 12/04/2011

Ementa - Acrescenta artigo à Consolidação das Leis do Trabalho para dispor sobre a cláusula de não concorrência.

Explicação da Ementa - Altera o Decreto-lei nº 5.452, de 1943.

Indexação

Informações de Tramitação

Forma de Apreciação - Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões - Art. 24 II

Regime de Tramitação - Ordinária

Despacho atual:

Data	Despacho
04/05/2011	Às Comissões de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; Trabalho, de Administração e Serviço Público e Constituição e Justiça e de Cidadania (Art. 54 RICD). Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões - Art. 24 II. Regime de Tramitação: Ordinária

Última Ação Legislativa

Data	Ação
04/05/2011	<p>Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA). Às Comissões de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; Trabalho, de Administração e Serviço Público e Constituição e Justiça e de Cidadania (Art. 54 RICD). Proposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões - Art. 24 II. Regime de Tramitação: Ordinária</p>
28/09/2011	<p>Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC). Aprovado por Unanimidade o Parecer.</p>
08/11/2011	<p>Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP). Designado Relator, Dep. Sandro Mabel (PMDB-GO)</p>

PLS 16, de 2007**PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 16, DE 2007**

Cria o Acordo de Proteção de Informações Sigilosas, adjeto ao contrato de trabalho, para a proteção de segredo comercial e de informações confidenciais e regulamenta sua aplicação.

O Congresso Nacional decreta:

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

Parágrafo único. Empregado e empregador poderão estipular, a qualquer momento, o acordo a que se refere o caput deste artigo, para proteger segredo comercial ou informações confidenciais pertencentes ao empregador.

Art. 2º Para efeitos desta Lei consideram-se:

I – segredo comercial é todo processo, método, fórmula, dispositivo ou técnica que não seja de conhecimento público, possua valor econômico para o empregador, ainda que potencial, e cujo conhecimento, pelo empregado, decorra do desempenho de suas atividades laborais;

II – informação confidencial é toda informação conhecida pelo empregado, em função de suas atividades laborais, que não configure segredo comercial, mas possua valor econômico ou estratégico para o empregador e cuja divulgação seja capaz de causar-lhe dano.

Art. 3º O Acordo de Proteção de Informações

Sigilosas deve delimitar, de forma precisa, quais segredos e informações serão objeto de proteção, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Caso ocorram alterações nas condições do acordo, é admitida sua alteração por meio de aditamento.

Art. 4º O Acordo de Proteção de Informações Sigilosas deve ser firmado individualmente, vedada sua adoção por Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho.

Parágrafo único. O empregador não pode obstar, quando requerida pelo empregado, a interveniência de entidade sindical ou de advogado na formação do Acordo de Proteção de Informações Sigilosas.

Art. 5º O Acordo de Proteção de Informações Sigilosas pode conter as seguintes disposições:

I – restrições à utilização, divulgação, transmissão e comercialização de segredos comerciais ou informações confidenciais, ainda que descaracterizados; e confidenciais, ainda que descaracterizados;

II – restrições à contratação do empregado por empresa concorrente do empregador, pelo prazo máximo de dois anos, a partir da rescisão do contrato de trabalho;

III – restrições ao desempenho da mesma função, ou de função assemelhada, em empresa concorrente, em área geográfica delimitada e pelo prazo máximo de dois anos;

IV – restrições à abertura, pelo empregado, de empresa que faça concorrência ao empregador, em área geográfica delimitada e pelo prazo máximo de dois anos;

V – restrições ao aliciamento de clientes ou fornecedores do empregador, pelo prazo máximo de dois anos. Parágrafo único. Na hipótese dos incisos II e III é obrigatória a estipulação de compensação financeira ao empregado, condizente com o grau da restrição imposta.

Art. 6º Rescindido o contrato de trabalho por iniciativa ou culpa do empregador, torna-se sem efeito o Acordo de Proteção de Informações Sigilosas.

Art. 7º O empregador pode pleitear, judicialmente, a dissolução do contrato de trabalho formado contrariamente aos termos do Acordo de Proteção de informações sigilosas, sem prejuízo da responsabilidade civil do novo empregador pelos danos ocorridos.

Art. 8º Nas ações referentes ao cumprimento ou à dissolução do Acordo de Proteção de Informações Sigilosas, o Juiz levará em conta:

I – a existência de dano econômico e moral ao empregador;

II – a liberdade de exercício do trabalho;

III – o interesse econômico e social da coletividade.

Art. 9º A ação referente ao cumprimento e à dissolução do Acordo de Proteção de Informações Sigilosas correrá, a requerimento da parte, em segredo de justiça.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A proposição que ora apresento busca regulamentar um tema emergente, no plano internacional: a questão da proteção de informações sigilosas das empresas, no âmbito das relações empregatícias.

O advento de um paradigma concorrencial baseado na permanente superação e inovação tecnológica tornou extremamente sensível a problemática da proteção das informações internas das empresas.

O desenvolvimento de um novo produto ou uma nova tecnologia é um processo extremamente dispendioso e que, via de regra, apenas recebe proteção do das normas de propriedade intelectual quando se encontra terminado, vez que as fases intermediárias do processo de pesquisa não podem ser objeto de patente.

Esse momento constitui um ponto crucial, contudo, para a empresa, que precisa proteger seus conhecimentos da concorrência. Uma empresa que não possua meios de proteger seus segredos comerciais tenderá a perder a vantagem econômica que é oferecida pela inovação tecnológica.

Ora, diante desse quadro de pressão crescente da concorrência, é lícito que a empresa busque se proteger, de forma que suas informações valiosas não venham a cair nas mãos de seus competidores. Um dos pontos sensíveis dessa proteção se encontra no recrutamento, por outras empresas, de empregados que detenham acesso a tais informações estratégicas. É fácil imaginar o grau de vulnerabilidade que apresenta uma empresa que, tendo investido grandes recursos na criação de uma inovação, veja repentinamente algum de seus funcionários-chave ser aliciado por empresa rival, levando consigo informações cruciais.

No plano internacional, particularmente nos Estados Unidos da América assiste-se à proliferação dos chamados noncompete agreements, pelos quais o empregado se compromete a não utilizar, fora da empresa, as informações sigilosas que obteve quando nela trabalhou.

Inequivocamente, há uma tendência mundial para a adoção desse tipo de arranjo, que possui força e flexibilidade suficientes para estabelecer um equilíbrio entre a proteção das empresas e o direito que possui o trabalhador de buscar melhores condições de trabalho.

O projeto que ora apresento busca dotar o Brasil de uma legislação moderna e eficiente para lidar com esse assunto. A criação do Acordo de Proteção de informações sigilosas visa oferecer, a empregadores, empregados e operadores do direito, um instrumento ágil e eficaz para o estabelecimento de condições equitativas de manutenção do sigilo de dados.

Para tanto, estabelece condições razoáveis de implementação dos acordos, evitando a ocorrência de excessos, tais como se observaram nas cortes norte-americanas, e cria condições para o equilíbrio dos interesses sociais e econômicos envolvidos. Sua introdução constitui um passo para a modernização das relações econômicas do Brasil, razão pela qual peço o apoio de meus pares para sua aprovação.

Sala das Sessões, 7 de fevereiro de 2007. – Senador Marcelo Rivela.

Às Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, e de Assuntos Sociais, cabendo à última a decisão terminativa.

Andamento do PLS 16, de 2007

PLS – Projeto de Lei do Senado, Nº 16 de 2007

Autor:	<u>SENADOR - Marcelo Crivella</u> <u>Ver imagem das assinaturas</u>
Ementa:	Cria o Acordo de Proteção de Informações Sigilosas, adjeto ao contrato de trabalho, para a proteção de segredo comercial e de informações confidenciais e regulamenta sua aplicação.
Assunto:	Social - Trabalho e emprego
Data de apresentação:	07/02/2007
Situação atual:	Local: 14/01/2011 - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania Situação: 14/01/2011 - <u>AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DO RELATOR</u>
Indexação da matéria:	☒ Clique para ver/ocultar a indexação da matéria