

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Natália Zambon Marques da Silva

Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho

Mestrado em Direito

São Paulo

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Natália Zambon Marques da Silva

Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho

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

São Paulo

2013

Natália Zambon Marques da Silva

Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho

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

Aprovada em: _____

Prof. Dr. Renato Rua de Almeida (orientador)

Instituição: PUC-SP

Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura _____

DEDICATÓRIA

Em dois anos de duração do meu mestrado muita coisa aconteceu: conquistas profissionais e acadêmicas, dois aniversários. Pessoas entraram e saíram da minha vida, algumas permanecerão ao meu lado, outras eternizadas na memória. Em dois anos houve alegria e tristeza, sorriso e choro, abraços e despedidas.

Nestes ciclos da vida, duas pessoas sempre estiveram ao meu lado dando colo nos momentos de agonia e celebrando nos momentos de glória: Evani e Marco Antonio, meus pais.

A eles dedico meu mestrado, pois sem eles não haveria o começo e nem o final, não apenas deste trabalho acadêmico, mas da minha vida. São sempre os primeiros a enxugarem minhas lágrimas, sejam elas de dor ou felicidade e dizerem: “vai filha, você consegue”. Obrigada pela fortaleza que representam em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Renato Rua de Almeida, meu orientador, pelas brilhantes ideias trazidas ao longo das disciplinas ministradas no mestrado, ideias estas que mudam e constroem um novo pensamento acerca do Direito, fazendo qualquer aluno tornar-se discípulo fiel. Muito obrigada.

Agradeço ao professor Ricardo Hasson Sayeg pelos corajosos ensinamentos de suas teorias e, principalmente, pela paz e compreensão em momentos de dúvidas acadêmicas e profissionais. Muito obrigada.

Agradeço ao professor Marco Antonio Marques da Silva pela presteza em sempre me ouvir e orientar com muita calma e bom humor, ainda quando as dúvidas transcendiam o debate jurídico-filosófico. Muito obrigada.

Agradeço à minha família, pais, irmã, tios, primas e avó por todo o apoio e força a começar, continuar e concluir este mestrado. Muito obrigada.

Agradeço a todos aqueles que direta ou indiretamente me auxiliaram no desenvolvimento deste estudo, seja com livros, seja com palavras de carinho. Muito obrigada.

Agradeço a Deus pela vida, saúde e fé durante estes anos que correram. Há sim uma luz no fim do túnel, e ela tem a figura, para mim, de Santa Rita de Cássia. Muito obrigada.

RESUMO

Os princípios constitucionais são considerados, na atualidade, normas jurídicas impositivas de aplicação imediata, mas deve haver equilíbrio na aplicação, equilíbrio este conferido pelo princípio da proporcionalidade. A importância da proporcionalidade na temática da cláusula de não concorrência se dá na medida em que os direitos do empregador e empregado são igualmente considerados direitos fundamentais, devendo chegar a uma solução justa para a antiga dicotomia “capital trabalho”. A cláusula de não concorrência ganha destaque no mundo globalizado pela aproximação dos mercados, acirramento da competição, busca pelo lucro. Assim, no cotejo entre interesses econômicos e trabalhistas é perceptível que, dada a fundamentalidade de tais interesses, a cláusula de não concorrência no contrato de trabalho representa uma balança entre a liberdade de trabalho e a livre concorrência, resultando numa restrição legítima e temporária de um trabalho específico para a proteção da atividade empresaria, havendo, para tanto, uma contrapartida financeira ao empregado sujeito à cláusula.

Palavras-chave: Cláusula de não concorrência. Globalização. Princípios constitucionais. Direito do trabalho.

ABSTRACT

The constitutional principles are considered, nowadays, legal rules requiring greater immediate application, but in order to have balance in this application, the principle of proportionality should be applied. The importance of proportionality in the theme of non-competition clause occurs due to employer and employee rights are equally considered fundamental rights, should reach a fair solution to the old dichotomy of "work capital". The non-competition clause becomes prominent in a globalized world by the markets approach, worsening competition, profit motive. In this way, the harmonizing between economic interests and labor is apparent that, view of the fundamentality of such interests, the non-compete clause in the employment contract represents a balance between the freedom of labor and free competition, resulting in a legitimate and temporary restriction of a specific work for the protection of business activity, having, therefore, a financial contribution to the employee subject to the clause.

Keywords: Non competition clause. Globalization. Constitutional principles. Labor law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PRINCÍPIOS	
2.1	Princípios constitucionais	13
2.1.1	Neoconstitucionalismo e a derrotabilidade constitucional	16
2.2	Princípios <i>versus</i> regras	19
2.2.1	Ronald Dworkin	20
2.2.2	Robert Alexy	23
2.3	Princípios do Direito Econômico	25
2.4	Interpretação conjunta dos princípios contidos no artigo 170 da Constituição Federal de 1988	36
3	GLOBALIZAÇÃO	
3.1	Economia e trabalho	40
3.2	Globalização	41
3.2.1	Efeitos da globalização no Direito do Trabalho	44
3.2.1.a	Automação.....	47
3.2.1.b	Movimento sindical	49
3.2.1.c	Competitividade	50
3.3	<i>Dumping</i> Social	
3.3.1	Conceito, formação e desdobramentos do <i>Dumping</i> Social	51
3.3.2	Escravidão contemporânea	54
3.3.3	Aspectos processuais	57
3.4	Capitalismo Humanista: a grande proposta para a crise	60
4	LIBERDADE DE CONTRATAR NA RELAÇÃO TRABALHISTA	
4.1	Liberdade e seu conteúdo jurídico	65
4.2	Histórico	66
4.3	Direitos fundamentais na concorrência	68
4.3.1	Conceituações	70
4.3.2	Função e eficácia dos direitos fundamentais	74
4.4	Princípio da proporcionalidade	
4.4.1	Razões	79
4.4.2	Conteúdo jurídico do princípio da proporcionalidade	80
4.4.3	Direito do empregado versus direito do empregador no contexto do princípio da proporcionalidade	82
5	RELAÇÃO TRABALHISTA	
5.1	Definição: relação contratual de emprego	84
5.2	Elementos da relação de emprego	86

5.3.	Natureza jurídica da relação de emprego	93
5.4	Perfil constitucional	96
6	A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA	
6.1.	Conceito	100
6.2	Ordem jurídica portuguesa	104
6.3	Legislação comparada	107
6.4	Ordem jurídica brasileira	110
6.5	Conteúdo da cláusula	113
6.5.1	Contrapartida: indenização ao trabalhador	115
6.5.2	Responsabilidade pós-contratual das partes	118
6.5.3	Boa fé contratual e a função social do contrato	121
6.6	Figuras similares à cláusula de não concorrência	125
6.6.1	Pacto de permanência	125
6.6.2	Cláusula de confidencialidade	128
6.6.3	Cláusula de exclusividade	129
6.7	Justa causa por ato de concorrência	130
7	PERSPECTIVA ANTITRUSTE	
7.1.	Perspectiva antitruste	133
7.1.1	Cenário da concorrência	137
7.1.2	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	138
7.1.3	Natureza jurídica das decisões administrativas do CADE	139
7.1.4	Características do ato administrativo	140
7.1.5	Ato vinculado e ato discricionário	142
7.1.6	As decisões do CADE e a coisa julgada	144
8	CONCLUSÃO	145
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	148

1. INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito faz-nos repensar o modelo constitucional até então vigente, o positivismo jurídico. Ideias da novel corrente do neoconstitucionalismo ganham força no Brasil e impulsionam a aplicação direta dos princípios ao caso concreto. Após inúmeros embates jurídico-filosóficos a Constituição da República Federativa de 1998 é vista pacificamente como texto dotado de força normativa.

Nesta mesma dinâmica, passamos a considerar o homem como sujeito de direitos com a marca da fundamentalidade. Os direitos tidos como fundamentais não são novidades em nosso ordenamento, mas sua presença era feita numa realidade mais distante, não se percebia integrados ao cotidiano do cidadão e sim em chamamentos esparsos ou para reforço de tese jurídica.

Esta ótica muda com da constatação de incidência dos direitos fundamentais quando em relações privadas, e não apenas nas relações travadas com o Estado. A integração de tais direitos no embate entre particulares trata-se da aquisição de eficácia horizontal, também a diagonal, assim entendida como aquela atuante numa relação privada porém com atores de forças desiguais.

A partir da aceitação de que todos são titulares de direitos fundamentais e de que é possível a sua invocação quando numa relação entre particulares é que a problemática concorrencial trabalhista se instala. Não apenas o empregado pode ser vítima de injustiças e deslealdades oriundas do contrato de trabalho, mas também o empregador.

Com a cláusula de não concorrência no contrato de trabalho há a franca ruptura com o ideário tradicional de empregado fragilizado para um novo pensamento de que o empregador, em certos momentos do vínculo de emprego, pode ser a parte desfavorecida, o que na oportunidade do exercício da cláusula se dá quando da ruptura do contrato.

Os direitos fundamentais do empresariado identificam-se mais com os direitos da ordem econômica, sobretudo em relação à livre concorrência, propriedade e iniciativa privada.

Por outro lado, temos os direitos fundamentais do obreiro, notadamente os direitos sociais e individuais do cidadão. O enfoque maior é dado à liberdade de trabalho, e nesta na subespécie da liberdade de ofício e profissão, haja vista que com a inserção da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho esta liberdade é diametralmente afetada.

Assim, o ponto central será a análise da viabilidade, além de licitude e constitucionalidade, da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho por conta dos direitos fundamentais envolventes. Haveria colisão entre tais direitos? Como resolver eventual colisão? Pode-se mitigar um direito fundamental?

Para estudar um problema temos que avaliar as origens, as razões pelas quais a questão se desenvolveu; eis então que a globalização é inserida na temática da concorrência. O fenômeno globalizante contribuiu com inúmeras benesses para o desenvolvimento das relações sociais e econômicas, mas foram as externalidades negativas que contribuíram para o surgimento de algumas das 'doenças' trabalhistas, tal como o *dumping* social.

Desta feita, a ligação da globalização com o direito da concorrência é praticamente indissociável. O fenômeno em questão acirra a concorrência na medida em que transpõe as barreiras mercadológicas e geográficas para a criação de uma área mundial de comércio, onde a produção pode se dar em um continente e a comercialização em outro sem que haja maximização de despesas.

Por estas razões, o conhecimento específico (*know-how*), as informações, os segredos de empresa, tornaram-se verdadeiros bens econômicos de enorme valor, sendo seu uso indevido uma verdadeira 'sentença de morte' da atividade empresária vitimizada, isto é, a aplicação de tais conhecimentos na concorrência poderá leva-la à falência. Esta é a grande mola propulsora da inserção da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho, vale dizer, a proteção da livre concorrência e propriedade privada do empregador.

Nesta linha, o objetivo principal do trabalho será analisa a cláusula de não concorrência sob um enfoque multidisciplinar, integrando

conceitos de diversas áreas da ciência do Direito, além de entendimentos estrangeiros, como forma de mostra a atual dinâmica mundial acerca do tema.

Trata-se de uma abordagem dogmática e dinâmica, que não tem por finalidade exclusiva estudar a cláusula de não concorrência no contrato de trabalho, mas que trará elementos multidisciplinares que permitirão compreender o complexo fenômeno da globalização cujos reflexos incidem diretamente nos movimentos econômicos e sociais.

A cláusula de não concorrência no contrato de trabalho constitui importante marco no direito trabalhista ao passo em que rompe friamente com a ideia de vitimização eterna do empregado em face do poder empregatício.

Além do embate de bens jurídicos apresentados pelos direitos fundamentais do empregado e empregador, outra questão a ser superada é a da ausência de previsão normativa da cláusula de não concorrência na legislação trabalhista brasileira, o que nos faz socorrer do direito comparado quando da verificação de compatibilidade entre os ordenamentos.

Por fim, cumpre apresentar que a Metodologia adotada na elaboração deste trabalho consistiu no levantamento de uma vasta base bibliográfica, composta por livros, artigos, periódicos e legislação nacional e internacional, com base no método dedutivo.

2. PRINCÍPIOS

2.1. Princípios Constitucionais

A nomenclatura “princípios constitucionais” traz consigo duas ideias: *princípios* e *Constituição*. Desta maneira, antes de adentrarmos especificamente no objeto de análise, mister se faz o estudo em separado destes dois institutos, ainda que de forma a não esgotar o assunto.

Etimologicamente, o termo *constituição* significa criação, origem, ponto de partida. Da transposição da conceituação gramatical e semântica para a jurídica, podemos compreender Constituição como a lei suprema de um Estado soberano, a ordem jurídica máxima de observância cogente por todos os segmentos, independente de serem formados por orientações de direito público ou privado. É pela Constituição, ou Texto Magno, que encontramos os regramentos, direitos e garantias para os atos da vida civil, penal, administrativo; atos e condutas desempenhadas à luz da Constituição, quer dizer, “em consonância aos preceitos por ela consagrados”, sejam regras ou princípios.

Desta forma, a Constituição é o critério último de validade, ou seja, todos os demais atos legislativos, executivos e judiciais devem estar em consonância com a Lei Maior, sob pena de incidirem em invalidade jurídico-normativa chamada de inconstitucionalidade. Por mais que existam críticas a respeito da estrutura piramidal vislumbrada por Hans Kelsen¹, fato é que a estruturação normativa geral deve obedecer à pirâmide, tendo em seu topo a Constituição Federal, o que impõe a obrigatória adequação dos demais regramentos infraconstitucionais (ou ainda na nova concepção de supralegais caracterizadas pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos) aos preceitos e mandamentos constitucionais. José Afonso da Silva assim concebe Constituição:

¹ Uma das mais fortes críticas a Kelsen é em relação à estratificação das espécies normativas impossibilitando uma maleabilidade entre elas.

Algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); *como conteúdo*, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas políticas, religiosas, etc.); *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores. Isso não impede que o estudioso dê preferência a dada perspectiva. Pode estudá-la sob o ângulo predominantemente formal, ou do lado do conteúdo, ou dos valores assegurados, ou ainda da interferência do poder”².

Cabe, contudo, uma ressalva: justamente pela importância que tem a Constituição, ela não é estática, pelo contrário, é dinâmica e está sujeita a mudanças principiológicas e materiais; vale dizer, há em nosso ordenamento jurídico pátrio mecanismos que permitem mudanças na Constituição ou então de valores e interpretações. Na Carta, as alterações podem ocorrer pelos métodos informal e formal. Pelo primeiro, ocorre o fenômeno da mutação constitucional, caso em que o texto se mantém mas sua interpretação é modificada. Citemos como exemplo situação na qual o Supremo Tribunal Federal é provocado a se pronunciar sobre termos jurídicos e proferir a correta interpretação dos ditames constitucionais. Já o método formal condiz com a emenda constitucional prevista no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988 resultando em expressa alteração textual. Esse sistema de interpretação, reinterpretação e modificação se deve à característica aberta da Constituição brasileira.

Em relação aos princípios, temos que são pilares estruturais da sociedade, positivados ou não em texto legislativo, cuja observância é obrigatória por todos. São fontes primárias (por vezes secundárias quando infraconstitucionais em determinados ramos do Direito) para a elaboração de regras jurídicas, de conduta e limites contratuais, e podem ser entendidos como o paradoxo que garante a liberdade individual ao mesmo tempo em que limita a autonomia da vontade. Por esta razão são comumente chamados de balizas normativas e “donde as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ ou se subordinam”³.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p.52.

Celso Ribeiro Bastos explica que os princípios “são ápices do sistema jurídico, e é natural que tudo que se lhes siga faça a devida vênua a essas manifestações principiológicas”⁴.

Já Mauricio Godinho Delgado traz uma ideia mais voltada à sociedade ao afirmar que

traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade⁵.

A noção constitucional impera no entendimento de Paulo Bonavides ao mencionar que

servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis⁶.

Conclui seu entendimento afirmando que os princípios se convertem em *normas das normas*. Paulo de Barros Carvalho sustenta que o princípio

é uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do sistema positivo⁷.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p.228.

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 180.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.289-290.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Tributo e Segurança Jurídica**. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.351-352.

2.1.1 Neoconstitucionalismo e a derrotabilidade constitucional

O positivismo kelseniano pregava a superioridade das leis, as quais deveriam ser aplicadas ao caso concreto de forma fria, tal como constasse no ordenamento jurídico, num mecanicismo puramente de subsunção do fato à norma. A aplicação positiva proposta por Kelsen era, portanto, efetivada de forma simples, sem qualquer preocupação com as nuances de cada caso, nem com as particularidades que pudessem aparecer e alterar a sua aplicabilidade.

Assim era a visão do constitucionalismo nos seus primórdios, tal como proposto por Hans Kelsen, no ideal liberal de completude do sistema. Na visão positivista, as regras foram feitas para serem aplicadas de acordo com a concretização do suporte fático, incidindo o texto e produzindo efeitos tal qual previsto pelo legislador, ainda que no caso concreto pudessem gerar situações injustas. Isto porque, ao contrário dos princípios, seu grau de abstração não admitia a adaptabilidade ao caso concreto.

Contudo, com a evolução do pensamento positivista, no segundo pós-guerra, e o avanço do estudo do Direito Constitucional com o neoconstitucionalismo inserido na conquista do Estado Democrático de Direito modificou-se também o pensamento sobre o próprio ordenamento jurídico e as normas que o compõem. Verifica-se que a norma pode ser dividida em norma-regra, tal como pensado por Kelsen, e norma-princípio, conforme defendido por Dworkin e Alexy. Isso significa que com o desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, do próprio Direito, os princípios foram elevados à categoria dos direitos fundamentais, aproximando o Direito da moral e da ética, a exemplo das atualizações que verificamos no Código Civil de 2002, baseado na eticidade e na solidariedade.

Partindo de um diploma democrático que fundamenta todas as demais normas do ordenamento, passou-se a dar importância à interpretação conforme a Constituição, de maneira que se obtivesse total harmonização do Direito⁸. À interpretação conforme a constituição dá-se o nome de “teoria do

⁸ Ilustrativamente, tem-se a imagem do sistema solar, no qual o sol é a Constituição Federal e cujos raios alimentam os demais planetas, estes entendidos como a legislação infraconstituição. Com a interpretação ‘solar’ do sistema jurídico, a interpretação ‘insular’ perdeu sua eficácia (sistema no qual cada lei era vista como uma ilha, sem comunicação com as demais).

diálogo das fontes”, “constitucionalização do direito” ou então “direito constitucionalizado”.

Independente da nomenclatura adotada, a ideia da constitucionalização do direito é a de que ele deve ser compreendido e interpretado a partir das normas inseridas no texto constitucional. São as regras e os princípios constitucionais que, portanto, servirão de base para todo o ordenamento jurídico. Apesar de inicialmente isto nos parecer óbvio foi necessário repensar o sistema interpretativo e sugerir a teoria exposta para esclarecer melhor o cenário normativo.

Todo o ordenamento jurídico começa a ser filtrado, a interpretação e a aplicação das normas, sejam regras ou princípios se submetem necessariamente, antes da aplicação, ao crivo da compatibilidade vertical com o texto constitucional.

Com isso, os princípios utilizados apenas de forma secundária, como método de integração de lacunas, passaram a ser visualizados como verdadeiras normas, mas sem deixar de lado suas demais funções originárias.

Se antes havia a judicialização dos princípios, admitidos como parâmetros para interpretação, atualmente há normatização, guardando importância primordial ao lado da própria lei, que à época do positivismo, não admitia qualquer tipo de concorrência.

O neoconstitucionalismo transfere para o centro do ordenamento jurídico, antes ligado às leis propriamente ditas, a Constituição, cujo núcleo axiológico passa a ser os direitos fundamentais, com papel de destaque para o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, centro gravitacional de todo o sistema.

Diante dessa nova realidade, surge a teoria, baseada no ideal de justiça aristotélico, de que a aplicação das regras pode ser afastada em determinados casos, ainda que concretizado formalmente o fato que desencadeia sua subsunção, pois implicaria, na prática, produzir efeitos que vão ao encontro ao escopo do seu regramento.

A esse afastamento excepcional da aplicação da regra, que normalmente incidiria no suporte fático concretizado, a doutrina e a

jurisprudência vêm denominando “derrotabilidade”, “defeasibility”, “superabilidade normativa” ou “excepcionalidade normativa”.

O fenômeno consiste no afastamento episódico do modelo tradicional da regra do tudo ou nada, propugnado por Dworkin, na aplicação das regras para enxergar um espaço de inaplicabilidade sem decretar sua invalidade abstrata, tal como padecesse de uma inconstitucionalidade circunstancial.

A derrotabilidade apenas confirma a verdade de que toda regra tem sua exceção e de que nem todas as exceções podem ser previamente visualizadas pelo legislador. Exerce, portanto, o importante papel de, rompendo o paradigma do liberalismo, permitir ao Poder Judiciário enxergar no texto de aplicação geral exceções implícitas, ou seja, não previstas expressamente na lei para afastá-la, por situação *post factum* e conferir solução ao caso concreto.

A solução almejada, no entanto, é diversa daquela que habitualmente se observaria, buscando na Constituição ou em outros diplomas normativos que se adequem à questão, o modelo de resposta que a sociedade espera, de acordo com os parâmetros de justiça já visualizados pelo legislador na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei n. 4.657 de 1942, alterado pela Lei n. **Lei nº 12.376, de 2010**), que retrata a busca da finalidade social e do bem comum que deve ser extraída do ordenamento jurídico.

Em outras palavras, explica-se a derrotabilidade na medida em que caso a norma-regra, em estágio de aplicação, produza efeito em contraposição ao disposto na Constituição, a interpretação da norma que levou a essa consequência deve ser afastada, para acatar-se outra, em conformidade ao suporte normativo máximo. Não cumprindo o objetivo ou a finalidade constitucional, a norma deve ser “derrotada”, de modo a sempre prevalecer o efeito que a Lei Maior proclama, mais próximo do elemento ético que se espera de uma decisão justa.

Um exemplo de aplicação da derrotabilidade na seara trabalhista pode ser conferido na regra de competência inscrita no artigo 651, *caput* e parágrafo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece a

competência territorial genérica da Justiça do Trabalho, do local da prestação dos serviços ou da contratação. Nessa situação não nos parece razoável ou minimamente justo que, aplicando o texto legal seja conferido ao empregado os ônus de deslocamento para o local da prestação do serviço, após ter retornado à cidade natal, leitura que afronta o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Neste caso, deverá ser derrotado o artigo celetista em prol do princípio constitucional do acesso à justiça.

Assim, a norma, que inicialmente foi criada para proteger o empregado, se aplicada em sua literalidade se transformará em veículo de injustiças. Esse o motivo pelo qual deve ser derrotada, mas não invalidada abstratamente, para assegurar ao trabalhador naquela situação excepcional, o acesso à justiça no local do seu domicílio, como a mais legítima expressão da justiça.

Ante o exposto, a derrotabilidade concretiza mais uma etapa da evolução do pensamento jurídico comprometido com o ideal de justiça e de acordo com a nova ordem constitucional vigente. Além disso, possibilita afastar a regra, apenas de forma pontual, no caso concreto, numa espécie peculiar de ponderação aplicada às regras, tal qual ocorre com os princípios, quando sua aplicação se afigura injusta e contrária à própria finalidade da norma.

2.2 Princípios *versus* regras

Para entendermos a aplicação dos princípios e normas aos casos concretos é importante distinguirmos os dois institutos e formularmos critérios de preferência dentre um ou outro em caso de eventual incompatibilidade de mandamentos.

A distinção entre ambos se faz por inúmeros critérios, dentre os quais elegemos o quantitativo e o qualitativo. Pelo critério quantitativo é dada preferência aos subcritérios (ou espécies) do grau, criação e conteúdo; já pelo critério qualitativo a espécie expoente que se demonstra é a da solução.

Pelo critério do *grau* temos que os princípios são mais genéricos em relação às regras, posto que sua aplicação não possui sujeitos determinados; são direcionados à coletividade. Já as regras, mesmo

abrangentes, direcionam ao caso concreto ou então restringem os sujeitos da hipótese de incidência normativa.

Pela *criação* temos que as regras se originam dos princípios, os quais, por sua vez, proveem de valores sociais. Os princípios são anteriores às regras jurídicas dado que para a elaboração da última é necessário analisar o primeiro sob risco de infringir mandamentos constitucionais.

O *conteúdo*, ou critério material, ilustra os princípios como normas de juízo de valor (conteúdo valorativo ou axiológico), enquanto as regras são marcadas pela objetividade em sua matéria.

Já o subcritério da solução (inserido na ideia qualitativa) foi idealizada por Ronald Dworkin que promoveu uma verdadeira revolução no pensamento constitucional. Segundo o estudioso, é preciso analisar situações de instabilidade existentes dentro das classes dos princípios e regras. Entretanto, não foi o único a pensar no modelo qualitativo para a diferenciação em pauta. Robert Alexy também se baseia no critério da estrutura normativa, porém propõe uma solução diversa, ambas descritas em seguida com mais detalhamento.

2.2.1 Ronald Dworkin

Em sua obra *Taking Rights Seriously*⁹, Dworkin aborda a diferença entre regras e princípios de maneira incidental, ou seja, a temática central do estudo não é a análise dos institutos jurídicos, mas sim a desconstrução da teoria do positivismo jurídico.

Contudo, isso não retirou a importância com a qual o doutrinador abordou o tema influenciando significativamente o constitucionalismo moderno e as novas propostas de interpretação.

Esclarecemos de imediato que a doutrina constitucional é praticamente unânime ao entender que norma jurídica é gênero da qual as regras e princípios são espécies. Assim, podemos concluir que não apenas as regras jurídicas são normas, mas igualmente são os princípios.

⁹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Harvard University Press, 1997.

Para o autor, regras e princípios se contrapõem da seguinte maneira:

(1) Regras: são aplicadas integralmente ou desconsideradas. Isto é, se aplicadas deverão ser em sua totalidade, e não parcialmente. Assim, há que considerarmos se as regras são válidas e se aplicam ao caso concreto. O pensamento é baseado no “tudo-ou-nada”. Portanto, regras que conflitam não podem coexistir, exceto quando uma é geral e a outra específica ou excepcional. No entanto, a aplicação simultânea resta prejudicada por serem antagônicas.

Em outras palavras, o conflito de regras, na clássica formulação de Dworkin, resolve-se pela lógica “tudo ou nada”, no sentido de que “se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras uma delas deve ser considerada inválida”¹⁰.

(2) Princípios: diferente da lógica das normas, o fato de um princípio não ser invocado numa determinada situação não implica excluí-lo do ordenamento jurídico, mas apenas que ele foi preterido a um outro mais forte ao caso concreto. Assim, Dworkin nota que os princípios têm um conteúdo que as normas não possuem: o conteúdo valorativo. Este peso é analisado na situação concreta e a cada princípio aplicável ao caso é feito um juízo valorativo (análise do peso que cada um exerce em situação específica: sopesamento/ ponderação).

Propõe-se a terminologia de *conflito* de regras e *colisão* de princípios, ainda que os conceitos sejam frequentemente confundidos pela doutrina. A distinção é desvendada pela lógica: uma vez que não há princípios mais importantes que outros, eles não podem conflitar, mas colidir, haja vista que a colisão pressupõe o choque de duas ou mais coisas (no caso: pensamentos) possivelmente aplicáveis; contrariamente é a interpretação do vocábulo “conflito” em relação às regras.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p.28.

Assim, as regras entram em conflito entre si e o impasse é resolvido pelo critério da validade. Os princípios, por sua vez, se valem do critério da ponderação para a solucionar colisões entre si.

Concluimos brevemente que a aplicação parcial de uma regra jurídica não é possível, uma vez que as regras devem ser usadas em sua integralidade ou então terminantemente afastadas (salvo casos excepcionais); já os princípios admitem a mitigação de seu conteúdo normativo para se amoldarem ao caso prático; vários podem ser aplicados simultaneamente sem prejuízo ao direito do agente.

Na esteira da colisão de princípio, especialmente de princípios constitucionais, Daniel Sarmento explica que

na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico¹¹.

Das formulações apresentadas, observamos que os princípios podem colidir entre si, embate resolvido pelo sopesamento entre eles ao caso concreto. Já as regras que conflitam entre si são solucionadas pelo critério da validade. Fabrício Antonio Cardim de Almeida sintetiza as ideias de Dworkin:

(...) Os princípios possuiriam outra dimensão que as regras não têm: o peso. A partir de tal constatação, deduzir-se-iam duas técnicas para solução de conflitos entre normas jurídicas. No caso de conflito entre regras jurídicas, uma delas deixa de ser válida, permanecendo a outra no ordenamento jurídico. Trata-se, assim, de um problema de validade. Já a colisão entre princípios jurídicos seria resolvida pela análise da dimensão do peso dos princípios: em determinado caso concreto, um princípio teria um peso maior e por isso teria sua aplicação efetivada. O outro princípio preterido, porém, não deixa o ordenamento jurídico, como no caso da regra preterida, uma vez que em outro caso concreto tal princípio pode ser de maior importância ou peso que o primeiro¹².

¹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.96.

¹² ALMEIDA, Fabrício Antonio Cardim de. **Interpretação constitucional e os princípios da ordem econômica: debate teórico e estudo empírico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2009, p. 45

2.2.2 Robert Alexy

Alexy parte da mesma ideia de Dworkin no tocante à distinção entre regras e princípios, ao considerar as regras válidas ou inválidas, mas usa a terminologia “satisfeitas” ou “não satisfeitas”. Porém, o estudo dos princípios difere em relação à teoria de Dworkin.

Alexy explica que princípios são *mandamentos de otimização* que podem ser satisfeitos em vários graus. Esta satisfação, por sua vez, deve ser medida pelas possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, os princípios são normas a serem obedecidas dentro da maior capacidade de aplicação nos âmbitos fáticos e jurídicos¹³.

Há ainda uma quarta espécie, ou subcritério, que está inserido no da solução. É o critério da hierarquia. Aqueles que continuam filiados ao positivismo jurídico pregarão que entre princípios há hierarquia e entre princípios e regras prevalecerão os primeiros. Contudo, a realidade constitucional desde a década de 50 sofreu mudanças e foi influenciada pelos estudos alemães. Para a maioria dos atuais doutrinadores de direito constitucional, princípios não têm hierarquia entre si. É certo que uma colisão entre eles propiciará a escolha do mais adequado ao caso concreto, o que não significa diminuir ou negar o outro.

Por fim, a ideia de que as regras são hierárquicas entre si corrobora a afirmativa da adoção dos critérios de solução de antinomias¹⁴ que

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. (tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.91.

¹⁴ Apenas para ilustrar o estudo, falemos sobre as antinomias de maneira sucinta.

Antinomias são conflitos jurídicos positivos, incompatibilidade entre regras existentes. A teoria do ordenamento jurídico idealizada por Hans Kelsen afirmava que o ordenamento jurídico é um todo jurídico marcado pela coerência, completude e unidade dinâmica (três elementos do ordenamento jurídico).

Especificamente sobre o elemento da coerência é que as antinomias se inserem. Pela coerência há a negação de que existam antinomias no ordenamento jurídico, isto é, normas incompatíveis entre si. Desta forma, duas normas incompatíveis (antinomônicas) não podem ser ambas válidas; assim, somente uma delas será considerada válida por estar de acordo com uma norma superior.

A crítica que se faz a este pensamento, *data venia*, é que é curioso pensar que para os positivistas a definição de coerência seja a inexistência de antinomias pois o próprio Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 203) esclarece que havendo incompatibilidade, uma das normas deverá ser eliminada do sistema porque inválida. Ora, o simples fato de prever mecanismo para privilegiar a norma jurídica válida já mostra que as antinomias existem.

Pois bem, Bobbio propõe o critério de solução de antinomias tendo três metacritérios, quais sejam: cronológico, especialidade e hierarquia. O metacritério cronológico é o mais fraco de todos; já o da especialidade possui força intermediária e o da hierarquia é o supremo, o mais forte.

Ademais, as antinomias podem ser classificadas da seguinte forma:

(1) Quanto aos critérios envolvidos:

consiste em responder ao conflito entre regras, visto que não podem residir no mesmo plano fático jurídico devendo uma delas ser descartada.

Isto posto, reconhecemos a conjugação dos ideais estudados por Dworkin e Alexy no cenário jurídico brasileiro. Os princípios na novel corrente do neoconstitucionalismo, os princípios adotam feição de concretude quando da análise e aplicação ao caso sem contudo relegar todo o ordenamento infraconstitucional.

Não pretendemos rejeitar por completo os ensinamentos do positivismo, liderados por Kelsen e Hart, mas propor uma harmonização entre as correntes para atingirmos com maior eficácia a realização da justiça social e da dignidade da pessoa humana, uma vez que, sejam leis ou princípios, são ambas as molas propulsoras do mundo jurídico.

Cumprindo ainda expor que já há na doutrina juristas que repensam o próprio modelo conjugado principiológico-constitucional de Alexy e Dworkin, como faz Ivani Contini Bramante em artigo que, após estudos minuciosos, conclui:

Do exposto é possível haurir três conclusões:

- a) aplica-se, também, às regras a técnica da ponderação;
- b) na tarefa da aplicação da regra, a sua não incidência, fundada na imprecisão legislativa para o caso concreto, resulta em aparente negativa de vigência, mas que não pode ser equiparada com a declaração de inconstitucionalidade. Por outras palavras, a negativa de vigência de dada norma, no caso concreto, não conduz, necessariamente, a conclusão de que, direta ou indiretamente, foi reconhecida a sua inconstitucionalidade, pois a técnica da ponderação de regras não admite o resultado incondicional do *"tudo ou nada"*, a *gosto do neopositivismo*;
- c) o intérprete deve respeitar as possibilidades semânticas do enunciado normativo, qual seja, privilegiar a aplicação da regra, só poderá deixar de aplicar uma regra se restar demonstrada, de forma cabal, uma imprevisão legislativa da situação do caso concreto ou, se

- antinomia de **primeiro grau**: o choque envolve apenas um dos critérios. Ex.: hierarquia X hierarquia.

- antinomia de **segundo grau**: o choque envolve dois dos critérios. Ex.: hierarquia X cronologia; cronologia X especialidade.

(2) Quanto à **solução**:

- antinomia **aparente**: é resolvida com os três critérios.

- antinomia **real** ou propriamente dita: não é resolvida com os três critérios.

Se houver antinomia real, há duas soluções:

1ª: **solução legislativa**: edição de uma terceira norma dizendo qual das duas se aplica (não nos interessa).

2ª **solução do judiciário**: o juiz é obrigado a julgar (vedação do *non-liquet*). O juiz da causa escolherá uma das duas normas tendo como parâmetro os artigos 4º e 5º da L.I., ou seja, analogia, costumes, princípios e equidade.

a incidência do enunciado normativo, na hipótese concreta, produz um resultado (uma norma) inconstitucional¹⁵.

2.3 Princípios do Direito Econômico

A Constituição Federal de 1988 apresenta divisões materiais cujo conteúdo está distribuído por temas análogos para facilitar a compreensão e o estudo dos seus ditames.

Temos Título VII, a temática “Da ordem econômica e financeira”, precisamente nos artigos 170 a 192. Da análise do seu conteúdo inferimos que se trata de uma verdadeira Constituição Econômica dentro de uma maior, pautada pelas movimentações e mutações sociais. Portanto, toda a estrutura idealizada de uma Constituição está também na Constituição Econômica, com a diferença de que esta última tem um conteúdo material mais restrito. Gilberto Bercovici defende a posição de Oscar Juan Asejo:

A constituição econômica referenda juridicamente as mudanças, mas não é responsável por impulsioná-las. É necessário reconhecer limites do voluntarismo e do instrumentalismo jurídicos, o que não significa desvalorizar o processo constituinte. Coube aos constituintes facilitar, dificultar ou impossibilitar determinadas decisões econômicas, abrir possibilidades ou fechar portas, mas não instituir uma constituição que, por si só, garantisse as transformações sociais¹⁶.

Os princípios constitucionais, conforme abordarmos, estão inseridos na proposta de ordem jurídica. Deste modo, falamos em *princípios constitucionais econômicos* quando da análise da ordem constitucional econômica. Seus princípios informadores localizam-se, majoritariamente, no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, estudados à luz do artigo 1º, IV, da mesma Carta. Ela mesma enaltece a localização dos princípios econômicos ao intitular o capítulo de “princípios gerais da atividade econômica” cuja importância é salientada por Nelson Nazar:

¹⁵ BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18479/a-aparente-derrota-da-sumula-331-tst-e-a-responsabilidade-do-poder-publico-na-terceirizacao/1> - Acesso em: 20 ago. 2013.

¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords. Científicos). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.1934.

Os princípios do art. 170 da Constituição Federal correspondem às normas pétreas do sistema, incrustando-se em razão da ordem constitucional econômica.

Em outras palavras, são disposições insuscetíveis de qualquer modificação tendente a aboli-las, ainda que por emenda à Constituição.

Portanto, seriam inconstitucionais quaisquer decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, bem como qualquer deliberação ou proposta de alteração que a eles se oponha¹⁷.

Enumeram-se princípios constitucionais econômicos aqueles incisos do artigo 170 da Constituição Federal e no próprio *caput*. Revestido sob a forma de fundamentos da ordem econômica, nada mais são do que princípios basilares desta estrutura, sem prejuízo dos demais espalhados pelo ordenamento, explícita ou implicitamente.

São princípios que informam a ordem econômica e atribuem harmonia a todo o sistema jurídico-econômico. Integram uma relação de reciprocidade e aderência aos ideais do outro, cuidando para não interferir na esfera jurídica do outro mas contribuindo para a sua melhor interpretação.

Assim como os princípios constitucionais integram e se complementam, os princípios econômicos também atuam e têm a função de interpretar e integrar todo o ordenamento econômico e constitucional.

Desta forma, todos os princípios que informam a ordem econômica têm o relevante papel de conferir integração ao sistema.

Passemos agora ao estudo específico dos princípios e objetivos da ordem econômica como forma de integrar ainda mais o tema à realidade constitucional e trabalhista, analisando detidamente o artigo 170 e cada inciso individualmente.

Começemos pelo *caput*. Cumpre esclarecer, *prima facie*, que não são apenas nos artigos referentes aos direitos coletivos e individuais do trabalhador que a Constituição Federal de 1988 o protege. Dentre os dispositivos sobre a ordem econômica brasileira notamos também um viés garantista dos direitos trabalhistas aproximando mais uma vez o Direito do Trabalho ao Direito Econômico.

¹⁷ NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. 2 ed. Bauru, SP: Edipro, 2009, p. 52.

Tanto é que o *caput* do artigo 170 da Carta introduz o tema do ordenamento econômico mencionando seus fundamentos: valorização do trabalho humano e livre iniciativa. Consagra também a finalidade da ordem econômica na sociedade brasileira: assegurar uma existência digna, de acordo com a justiça social.

A **livre iniciativa** é um dos pilares da estrutura econômica brasileira por abranger todas as formas de produção e de iniciativa econômicas, como a individual, a pública e a cooperativa. Por iniciativa econômica pública temos a intervenção do Estado no domínio econômico, previsto nos artigos 173 e 175 da Constituição Federal de 1988. O pressuposto desta liberdade de economia condiz com a organização dos fatores de produção e prestações de serviços.

Ao representar a exploração das atividades econômicas pelos particulares, elemento característico das economias de mercado, implica em limitações, sobretudo, ao direito de propriedade. Um exemplo sobre a limitação da propriedade na livre iniciativa é o instituto da usucapião, que tem como marca fundamental entre todas as espécies de usucapião em propriedade rural a necessidade de tornar a terra produtiva. Para evitar a usucapião é necessário, portanto, que a terra seja produtiva e que o proprietário ou detentor explore a área, além de obedecer ao princípio da função social da propriedade.

A lei que disponha da liberdade de iniciativa irá reprimir o abuso econômico que vise dominar mercados, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros ao emergir a lei como uma das formas de intervenção estatal na iniciativa privada. Sob esta ótica, o Estado atua como um aliado à atividade econômica entre os particulares, regulando-a e delimitando a sua atuação.

Assim, por não ser a livre iniciativa um princípio imutável, Isabel Vaz¹⁸, ao refletir sobre o pensamento de Friedrich Hayek, conclui que os princípios do liberalismo não são regras imutáveis, estáticas; e que somente a concorrência é capaz de proporcionar uma reflexão aos agentes econômicos

¹⁸ VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.508-509.

sobre considerar determinada atividade vantajosa, se vale ou não a pena correr o risco da atividade econômica.

Por sua vez, a **valorização do trabalho humano**, igualmente fundamento da ordem econômica, merece um estudo mais aprofundado. Este fundamento recebe status de princípio, de norma matriz, não porque representa apenas uma regra a ser cumprida, mas um preceito de conteúdo influenciador para as demais normas e condutas sobre temas de Direito Econômico.

A valorização do trabalho foi estabelecida pela Constituição de 1969, em seu artigo 160, II¹⁹, quando se tornou uma condição à dignidade humana. Entretanto, apenas com a Constituição de 1988 é que a valorização do trabalho humano se fortaleceu e consolidou os instrumentos que dão plenitude a este fundamento. Nos artigos 7º a 11 da Carta Magna, foram arrolados os direitos sociais e individuais dos trabalhadores brasileiros, impondo limites estatais à autonomia negocial das partes²⁰.

Na França, o Direito do Trabalho é um dos fatores de progresso social de maior destaque, explicado pela ideia de que com a valorização do trabalho é possível derogar uma regra hierarquicamente superior em favor dos trabalhadores, exceto quando das matérias imperativas²¹.

Por fim, estes dois essenciais e indispensáveis fundamentos da ordem econômica (livre iniciativa e trabalho humano, na perspectiva da valorização social) se condicionam reciprocamente. Isto porque a valorização do trabalho impõe limites à livre iniciativa. Esta última, por ser uma expressão de elemento social²² representa a valorização do trabalho e do trabalho livre. Entretanto, o trabalho também sofre limitações da livre iniciativa vez que o consideramos como um valor essencial porém não dogmático, por estar inserido numa economia liberalista de mercado.

¹⁹ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...)

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.1971.

²¹ VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.617.

²² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica e a Constituição Federal de 1988**. 6.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p.224.

O inciso I do artigo 170 traz a figura da **soberania nacional**. De forma bastante simplificada, entendemos por soberania a posição de superioridade que um Estado ocupa em relação ao outro, o status de pessoa jurídica suprema quando comparada a outros Estados e Organizações Internacionais.

Assim, ainda que a soberania confira uma posição de supremacia ao Estado, é possível que ele disponha de parte dela em prol de um interesse maior, de uma harmonia entre as nações, como é o caso das adesões aos tratados internacionais.

Desta forma, podemos concluir que a soberania é um princípio fundamental para a estruturação do Estado político e autogestor não é um postulado absoluto, vez que sofre limitações políticas e jurídicas pela adesão a tratados e participações de organizações internacionais, a exemplo da Organização Mundial do Comércio.

Em continuação ao estudo dos princípios da ordem econômica, os incisos II e III abordam a **propriedade privada** e sua **função social**.

A propriedade privada ganha relevância jurídica mundial com a afirmação da primeira dimensão dos direitos humanos, marcados pelo sentido de liberdade e de direitos civis, sendo declarados invioláveis e sagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão a partir da Revolução Francesa (1789). Além disso, por uma regra imposta, a garantia da propriedade traz a noção de ligação jurídica entre a pessoa e um bem de valor ou expressão econômica.

O tema é abordado em inúmeros outros incisos da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 5º, incisos XXII a XXVI, inserido entre os direitos e garantias individuais, o que legitima ainda mais a afirmação de ser a propriedade privada um direito do cidadão, uma vez que está ao lado de direitos imprescindíveis como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à igualdade (expressados no *caput* do artigo 5º).

Contudo, não é de qualquer forma que o direito à propriedade privada pode ser exercido; ele deve respeitar sua função social.

Por ser um direito básico e de caráter perpétuo, a propriedade deve ser respeitada por todos independente de sua modalidade (imóvel urbano, rural ou móvel), tendo o motivo social relevante a única hipótese de sua perda involuntária: expropriação. Todos os motivos sociais são taxativamente mencionados pela Constituição Federal de 1988: desapropriação, necessidade pública, utilidade pública e confisco por ter sido originária de ato criminoso.

A função social da propriedade procura fazer respeitar os objetivos impostos à República Federativa do Brasil, sobretudo em relação à construção de uma sociedade livre justa e solidária (artigo 3º, inciso I) o que demonstra a característica democrática e fraterna deste diploma. Assim, a partir desta breve explanação a tendência é que num conflito entre a vontade particular e a coletiva, prevaleça a última²³.

Um cuidado necessário é não encarar a função social como uma limitação do direito de propriedade, pois ela é um atributo da propriedade que deve ser respeitado, conforme esclarece Teresa Ancona Lopez:

Dessa forma, sob o ângulo de sua função social, a propriedade deixou de ser um poder absoluto de seu titular, mas ainda será absolutamente e exclusiva na sua estrutura, pois exclui toda e qualquer pessoa desse domínio (*vale erga omnes*). O que mudou foi a *qualificação* desse direito. A função social da propriedade não exclui os poderes do proprietário, mas é instrumento que, visando à sociedade como um todo, excluirá aquele que, tendo recebido o privilégio de ser proprietário, não atendeu a finalidade social desse instituto. Nesse sentido, é a função social o fundamento jusfilosófico do direito de propriedade²⁴.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 estabelece parâmetros para a consideração da função social nas propriedades urbana (artigo 182 parágrafo 2º) e rural (artigo 184).

O inciso seguinte aborda um princípio corolário da livre iniciativa e representa um dos mais novos ramos jurídicos: o Direito Concorrencial, assim o princípio da **livre concorrência**.

²³ LOPEZ, Teresa Ancona. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords. científicos). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 146 -147.

²⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords. científicos). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.147

A noção de concorrência surgiu, especialmente, no século XIX, atrelada à ideia da concorrência perfeita, um modelo ideal de mercado caracterizado pela atonicidade, homogeneidade, transparência e fluidez²⁵.

A livre concorrência constitui um poder-dever do Estado que deve atuar de maneira a promover uma competição justa entre os agentes econômicos em prol do interesse público²⁶. Devemos atentar, no entanto, para o fato de que o grande beneficiário da concorrência justa e leal são os consumidores, ou seja, a sociedade.

Não obstante a discussão sobre a movimentação da economia mundial girar em torno do binômio 'livre concorrência' com a 'defesa do consumidor', devemos entender ultrapassada a consideração binomial, isto é, não mais a união de dois fatores, mas um trinômio formado pela agregação da defesa do meio ambiente, o qual tem tomado cenário nas preocupações planetárias, a exemplo do evento *Rio + 20* realizado em junho de 2012 no Brasil.

O conteúdo da livre concorrência é marcado por limitações ao exercício das atividades empresariais e econômicas, privadas ou públicas, com o intuito de prevenir e reprimir infrações à ordem econômica.

O vocábulo "concorrência" transpassa a ideia de competição, de disputa. Assim, a concorrência, no contexto estudado, traduz o entendimento de competição pelo mercado, mais precisamente o de mercado consumidor.

Dentro de limites legais, sociais e econômicos ditados pela própria lei de mercado e pelo bom senso empresarial, a concorrência é algo salutar e indispensável para a ordem econômica, uma vez que, ao estimular a competição entre produtores, fornecedores e empregadores, há a inevitável busca pela melhoria dos serviços e produtos, cujos beneficiários serão os consumidores.

²⁵ FERREIRA, Eduardo Paz. **Lições de Direito da Economia**. Reimpressão de 2008. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa: 2001, p. 467.

²⁶ NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. 2 ed. Bauru, SP: Edipro, 2009, p.63.

Os elementos da concorrência pressupõem a cumulação de algumas identidades²⁷

1. Identidade de tempo: a concorrência somente se verifica dentro do mesmo espaço de tempo, vale dizer, na mesma época, pois a disputa só é possível por pessoas que não estejam em espaço de tempo separadas.
2. Identidade de objeto: pressupõe não apenas os produtos e serviços da mesma espécie, como também aqueles que podem ser substituídos.
3. Identidade de mercado ou territorial: são concorrentes aqueles produtos e serviços disponibilizados para um mesmo mercado, ou então para uma mesma base territorial.
4. Identidade de etapa do processo produtivo: os agentes econômicos só conseguem concorrer com outros do mesmo ramo de atividade.

O desrespeito ao princípio da livre concorrência pode acarretar duas consequências devastadoras para o direito: o abuso de poder e a concorrência desleal. Estas infringências promovem práticas anticompetitivas prejudiciais ao mercado que não se limitam a ofensas aos demais empresários e às empresas, pois atingem também aos consumidores e trabalhadores.

Uma relevante questão contemporânea acerca do desrespeito à livre concorrência como uma forma de ofender direitos trabalhistas é o *dumping social*²⁸.

Na mesma ótica da proteção dos direitos fundamentais e da defesa do vulnerável, temos a **defesa do consumidor**, elencado no inciso V.

Para que entendermos a necessidade da defesa na relação de consumo retomemos as razões pelas quais foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor.

Inicialmente havia uma certa isonomia na relação que envolvia o fornecedor e o consumidor, mas a partir de uma significativa mudança, o

²⁷ VAZ, Isabel. **A Intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites**. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord). **Intervenção do Estado no domínio econômico**. São Paulo: LTr, 2010, p. 66.

²⁸ O fenômeno do *dumping social* será discutido no capítulo sobre Globalização.

fornecedor foi elevado à titularidade da força desta relação. Neste contexto, ao saber que o mercado não tem instrumentos eficazes de autorregulação para superar esta desigualdade, o Código de Defesa do Consumidor vem suprir esta carência por meio do impulso dado pelo constituinte que determinou a imprescindibilidade da defesa do consumidor.

A fragilidade é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preço, crédito e outras características dos produtos e serviços²⁹.

Assim, a finalidade da legislação e dos mecanismos protetivos são o reequilíbrio da relação de consumo por meio de duas vertentes principais: fortalecer a posição do consumidor e limitar certas práticas mercadológicas.

Com ideia análoga à defesa coletiva, o inciso VI impõe a **defesa do meio ambiente**.

Diante das crescentes preocupações relativas ao meio ambiente, sobretudo por ser um recurso escasso dos quais todos dependem de maneira direta e indireta, o legislador originário entendeu por bem assegurá-lo em forma de princípio da ordem econômica o que levou à alteração do artigo 170 pela Emenda Constitucional n. 42 de 2003, para figurar da seguinte forma: “VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

A tutela do meio ambiente também está prevista no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 por meio do qual é possível impor o dever geral de defesa e proteção pelo Poder Público e pela sociedade, a fim de resguardar o princípio da solidariedade intergeracional (garantir as presentes e futuras gerações).

De todo o arcabouço principiológico relativo ao direito ambiental, o princípio-mãe é o do *caput* do artigo 225.

²⁹ GRIVONER, Ada Pellegrini...[et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 07.

Para Edis Milaré é um “princípio transcendental de todo o ordenamento jurídico ambiental, ostentando o status de verdadeira cláusula pétrea”³⁰. Mas o que é “meio ambiente ecologicamente equilibrado”? Recorremo-nos às lições de Fabiano Melo Gonçalves de Oliveira:

Com efeito, por meio ambiente ecologicamente equilibrado entende-se o meio ambiente sem poluição, com salubridade e, higidez. Com meio ambiente ecologicamente equilibrado pretende-se garantir, em aspectos fundamentais, o direito à vida, mas, sobretudo, à sadia qualidade de vida, o que proporciona a materialização do axioma maior do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana³¹.

Outro princípio relevante é a **redução das desigualdades regionais e sociais** (inciso VII), um dos objetivos fundamentais da República Brasileira, constituído pelo artigo 3º, inciso III. É a necessidade de reduzir as desigualdades atreladas à realidade brasileira em razão da marginalização, extrema pobreza, miséria e diversas outras que se manifestam em vários campos.

Desta forma, a intenção do legislador ao inserir este princípio foi transformar a realidade descrita para uma sociedade mais justa e igualitária, ainda que por meios protecionistas e assistencialistas.

Este inciso é uma típica norma programática, que expressa a vontade do legislador em modificar o “ser” por meio da idealização do “dever ser”, atribuindo esta responsabilidade não apenas aos atores sociais, mas sobretudo ao Poder Público.

Na lógica material da redução das desigualdades regionais e sociais o constituinte traz, no inciso seguinte (VIII), a **busca do pleno emprego**.

Seu conteúdo corresponde muito mais a um dever do Estado no sentido de implementar políticas públicas de oferta e manutenção do emprego, do que do empresário. Como a ótica empresarial almeja exclusivamente o lucro, poucos são os que se importam com o aumento e a diminuição dos

³⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p.763.

³¹ OLIVEIRA, Fabiano Melo de. **Difusos e coletivos: direito ambiental**. Coleção Elementos do Direito, v. 15. 2 ed. São Paulo: RT, 2010, p.52.

postos de trabalho e das condições nas quais os serviços são prestados, restando ao Estado a responsabilidade por elaborar e implementar medidas protetivas aos trabalhadores e seus empregados.

Este princípio traz uma ideia intimamente relacionada ao desenvolvimento nacional visto que o ditame constitucional não tem como objetivo a conquista quantitativa de postos de empregos, mas uma conquista qualitativa, pois pretende justamente assegurar empregos dignos aos trabalhadores e promover o mínimo vital e a existência digna do trabalhador e sua família.

Notamos uma intrínseca ligação entre direito do trabalho e direito econômico ao concluirmos que pela busca do pleno emprego o desenvolvimento nacional se aprimorará, culminando, por consequência, na redução das desigualdades sociais também pretendidas pelos princípios orientadores da economia.

Por fim, mas não menos importante, o inciso IX encerra os princípios da ordem econômica expondo sobre o **tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte**.

Ele é fruto da Emenda Constitucional n.06 de 1995 que transformou o conceito de “empresa brasileira” para o de empresa constituída sob as leis brasileiras, como sede e administração no país. Esta modificação possui dois pressupostos sob os quais se ergueu. São eles:

1) O entendimento de que, em virtude do fenômeno mundial da globalização, diversas empresas começaram a ostentar o caráter multinacional, ou melhor, transnacional, com cada etapa produtiva realizada em um Estado diferente;

2) Numa economia de mercado capitalista, as microempresas e as de pequeno porte não apenas aquecem o mercado de consumo como também geram empregos, papel este extremamente importante num país como o Brasil que tem dimensões continentais e uma população de aproximadamente 200 milhões de pessoas.

Além do exposto, nos parece claro que não basta atendermos aos requisitos impostos por lei especial baseada no faturamento e na receita para

obtermos benefícios e incentivos governamentais, mas é imprescindível que estas empresas se constituam sob as leis brasileiras, tenham sede e administração no país.

Assim, ao favorecer as micro e pequenas empresas, a ordem econômica também favorece o cumprimento dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência, a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades sociais.

Especificamente em relação ao pleno emprego, Renato Rua de Almeida inclui as pequenas empresas, afirmando que elas têm as melhores condições para efetivar o pleno emprego conforme mencionado pela Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

O objetivo dessa diferenciação para a pequena empresa é a busca da empregabilidade, como já se procurou demonstrar.

(...)

Portanto, pode-se concluir que são as pequenas empresas aquelas que, com a flexibilização diferenciada de toda a legislação que lhes for aplicada, terão condições de promover o pleno emprego³².

2.4 Interpretação conjunta dos princípios contidos no artigo 170 da Constituição Federal de 1988³³

Ao analisarmos a estruturação normativa no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, num primeiro momento temos a impressão de que todos os dispositivos, de conteúdo normativo ou principiológico, são plenamente aplicáveis em sua totalidade e comunhão.

Conforme estudamos anteriormente, os princípios podem colidir entre si, conclusão que nos faz aderir à teoria do sopesamento vislumbrada por Ronald Dworkin. Portanto, não nos parece possível inferir corretamente qual dos princípios da ordem econômica é o mais importante, ou qual sempre irá prevalecer numa eventual colisão.

³² ALMEIDA, Renato Rua de. **A pequena empresa e a teoria da flexibilização diferenciada**. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/renato_rua_almeida/renato_rua_a_pequena_empresa.pdf . Acesso em 20 mar.2013.

³³ Estrutura pensada por meio do estudo feito por Fabrício Antonio Cardim de Almeida em sua Dissertação de Mestrado, especificamente no tópico “A colisão permanente entre os princípios do artigo 170 da Constituição Federal”. ALMEIDA, Fabrício Antonio Cardim de. **Interpretação constitucional e os princípios da ordem econômica: debate teórico e estudo empírico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009, p.47-49.

Há que analisarmos o suporte fático trazido pelos conflitos sociais, econômicos e jurídicos a fim de determinar a melhor solução possível, ou conforme Jorge Miranda “realizar o economicamente possível dentro do juridicamente desejado”.

Fabrizio Antônio Cardim de Almeida analisa o conteúdo nos regramentos previstos no artigo 170 sob a ótica da espécie de direitos e interesses que cada um representa. Ao aprofundarmos sobre o interesse constitucional de cada direito, emergem duas classificações de interesses da ordem econômica: individuais e coletivos. Dentre os primeiros encontramos os “direitos tipicamente individuais”; em relação ao segundo, temos “outros direitos sociais e econômicos” e “direitos de solidariedade”. Ao separar os mandamentos econômicos em um gráfico, o doutrinador chegou ao quadro³⁴:

	Interesse individual	Interesse coletivo
	Direitos individuais	Direitos sociais e econômicos e direitos de Solidariedade
Valorização do trabalho humano		X
Livre iniciativa	X	
Existência digna		X
Justiça social		X
Soberania nacional		X
Propriedade privada	X	
Função social da propriedade		X
Livre concorrência	X	X
Defesa do consumidor		X
Defesa do meio ambiente		X
Redução das desigualdades regionais e sociais		X
Busca do pleno emprego		X
Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte		X
Livre exercício de qualquer atividade econômica	X	
Total	4	11

³⁴ ALMEIDA, Fabrício Antonio Cardim de. **Interpretação constitucional e os princípios da ordem econômica: debate teórico e estudo empírico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009, p. 47-49.

O quadro nos apresenta o conteúdo essencial de cada princípio de direito econômico para que, numa eventual colisão haver um ponto de partida para resolvermos o embate.

Devemos observar o caráter geral que a Constituição Federal de 1988 deseja impor, ou melhor, priorizar. Em outras palavras: a Carta preza mais pelo interesse coletivo ou individual? Qual deve ser o sopesamento de interesses? Essas respostas dão margem para a elaboração de um novo estudo específico, mas inicialmente responderemos que, pela interpretação teleológica e sistemática a partir dos fundamentos e objetivos da República brasileira, inferimos que a satisfação de interesses a ser priorizada é o coletivo, dada a realidade social do país de extrema pobreza, desigualdade, miséria e presença essencial de um Estado assistencialista.

A comparação elaborada por Fabrício Antônio Cardim de Almeida³⁵ nos leva a crer na prevalência dos interesses coletivos, sociais, econômicos e da solidariedade sobre os individuais. Até certo alcance esta expressão é afirmativa, mas devemos ter em mente que não necessariamente a soma dos interesses individuais formam o interesse coletivo, e vice-versa. Explico. Por vezes o debate de um caso que verse sobre livre concorrência, numa análise mais ampla da situação proposta, representa interesses coletivamente almejados, como a regulação e os critérios para o seu exercício.

Portanto é latente o entendimento de que não apenas os princípios constitucionais assegurados se interligam, mas também os interesses individuais e coletivos, o que reforça ainda mais a característica marcante de integralidade e interdependência das matérias e refutando o estudo isolado de matérias jurídicas.

Assim, a interpretação conjunta dos princípios contidos no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, bem como de todos os princípios constitucionais (explícitos e implícitos), além daqueles advindos de Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja parte, forma uma unidade principiológica de regras e orientações para as condutas sociais, econômicas e políticas e

³⁵ ALMEIDA, Fabrício Antonio Cardim de. **Interpretação constitucional e os princípios da ordem econômica: debate teórico e estudo empírico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009, p. 47-49.

impõe limites à atuação dos agentes sociais ao definir o alcance dogmático e executivo das condutas neles desempenhadas.

Neste contexto a força normativa dos princípios como verdadeiras normas jurídicas vislumbradas por Dworkin e representando mandamentos de otimização na visão de Alexy dão praticidade aos assuntos do cotidiano, sobretudo aos embates entre economia e trabalho, como é o caso da globalização.

A relação ente globalização e princípios constitucionais é intensa na medida em que o fenômeno, considerado econômico, contribui simultaneamente para satisfazer interesses individuais e coletivos do empresariado (como a livre concorrência e a propriedade privada), e também para a busca do pleno emprego e da justiça social, por parte do trabalhadores.

Contudo, esta balança entre os interesses patronais e profissionais nem sempre permanece equilibrada; é comum o ataque por consequências negativas como a desigualdade social, o desemprego, a ofensa a direitos laborais, razão pela qual apresentaremos o próximo capítulo com o foco nas externalidades negativas da globalização.

3 .GLOBALIZAÇÃO

3.1 Economia e trabalho

O Direito Econômico, a Economia e o Direito do Trabalho têm ligações interdependentes sem, contudo, perderem as autonomias científicas atribuídas pela ciência.

O capitalismo e a organização de mercado são bases do Direito Econômico, já as relações de emprego e de trabalho são fundamentos do Direito do Trabalho. Contudo, as relações de trabalho e emprego se justificam sobretudo numa economia capitalista, haja vista que a função primordial do trabalho é fornecer contraprestação ao trabalhador pelos serviços prestados, em forma de remuneração pecuniária. Desta maneira, a ordem econômica adotada (capitalista) impõe à pessoa desenvolver um ofício ou profissão para ser inserida na economia, a qual, por sua vez, só existe porque há pessoas que, no emprego de suas capacidades laborativas, contribuem para desenvolvê-la pelo trabalho braçal ou intelectual.

Esta lógica foi consagrada pela Constituição Federal de 1988 ao determinar, como fundamentos da República no artigo 1º, inciso IV, a livre iniciativa e o trabalho como valores sociais. Notamos a total sintonia entre direito econômico e direito do trabalho, entre capital e trabalho, impulsionados pela congruência de objetivos dentre os quais se destacam a busca da realização da justiça social e o bem-estar do trabalhador.

Desta feita, concluímos de imediato que a Carta consagrou o modelo capitalista pautado na economia de mercado devendo a liberdade ser exercida no interesse da justiça social e determinando a valorização do trabalho humano como uma prioridade da sociedade brasileira³⁶.

Assim, não é possível concebemos a economia sem o trabalho e vice-versa. Mesmo se invocarmos como mola propulsora da economia o consumo, o que é uma verdade, isto só será real quando o consumidor tiver

³⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord). **Intervenção do Estado no domínio econômico**. São Paulo: LTr, 2010, p.34.

capacidade para consumir, sendo esta oriunda da remuneração fruto do seu trabalho.

Notamos, portanto, a intensa ligação entre a globalização econômica e o Direito do Trabalho. Mesmo se houver redução dos custos de produção e aumento da competitividade dos produtos, estes apenas terão vazão quando a troca dinheiro-produto, possível quando há um mínimo acúmulo de capital pelo consumidor, o qual personifica também a figura do trabalhador.

3.2 Globalização

O fenômeno da globalização, apesar de já contar com alguns anos, ou décadas, pode ser considerado recente e atual. Isto porque está em constante mutação, alterando as dinâmicas mercadológicas, sociais e trabalhistas.

O conceito doutrinário de globalização é recente, mas suas ideias centrais são atingidas ao passo que a expansão comercial sempre foi vislumbrada pelos detentores do capital. O fenômeno tem como principais objetivos a expansão e a transinternacionalização de cultura e objetos, que já existiam à época das grandes navegações europeias ao final dos séculos XV e XVI.

Entretanto, Edgar Morin defende que a globalização tal qual a conhecemos atualmente data de 1990 e consiste na “última etapa de um processo de planetarização iniciado no século XVI com a conquista das Américas e expansão das potências da Europa Ocidental sobre o mundo”³⁷, e conclui que este processo é caracterizado pela predação, escravidão e colonização.

Uma expressão comum da globalização é como transposição de barreiras econômicas e culturais com a finalidade de criar uma unidade de mercado, ou seja, considerar um território ausente de fronteiras sob o aspecto ao qual analisamos. Nelson Nazar assim define o termo:

³⁷ MORIN, Edgar. A nova configuração mundial do poder. Organizadores: Gilberto Dupas, Celso Lafer e Carlos Eduardo Lins da Silva. Artigo: **Sociedade-mundo ou império-mundo?** São Paulo: Paz e Terra, 2008, p.169.

A globalização econômica – consoante afirmação de alguns – corresponde a um processo irreversível de internacionalização da economia em que os investimentos são independentes. Sustentam ainda, que a globalização escapa aos controles de barreiras dos países, eis que o processo econômico envolve a necessidade de melhor produção – preferencialmente em escala -, com qualidade para competir no plano internacional. Os que assim pensam estão propensos a interpretar que a via única corresponde, apenas e tão somente, a um processo de adaptações e de acolhimento das regras estabelecidas pelo mercado, em especial o internacional. Não dissentem os pensadores em reconhecer que o processo de globalização favorece os países desenvolvidos, possuidores de mais recursos e melhor tecnologia, além de estabilidade econômica permanente trazer, sem dúvida, dilemas para a sociedade internacional e controvérsias acerca dos limites de adesão a seu conteúdo³⁸.

Nesta mesma linha, o sociólogo Octavio Ianni, citado por Leonardo de Gênova, entende globalização como

um novo ciclo de expansão do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial. Um processo de amplas proporções, envolvendo nações e nacionalidades, regimes políticos e projetos nacionais, culturais e civilizações³⁹.

Já Fabio Ulhoa Coelho prefere expor a globalização da seguinte forma:

Globalizar não é uma política pública, impulsionada por graus variados de voluntarismo; não é, em outros termos, algo que se decide deflagrar ou evitar. Trata-se, ao contrário, de contingência inescapável do sistema capitalista e sua vital perseguição a novos e ampliados mercados. Políticas públicas podem retardar ou acelerar a inserção de cada economia nacional no processo de globalização, mas está por inteiro descartada a hipótese de um país não se globalizar⁴⁰.

Diante do exposto observamos que há espécies no gênero da globalização que se caracterizam pelas áreas de atuação. Desta forma, temos a globalização econômica, política, social, trabalhista e tecnológica; em outras palavras, “a globalização se caracteriza pela complexidade dos aspectos

³⁸ NAZAR, Nelson. **Direito econômico e o contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007, p.197.

³⁹ GÊNOVA, Leonardo de. **O princípio da proteção no século XXI: os novos desafios do trabalhador brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009, p.37.

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Dignidade da pessoa na economia globalizada. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.) **Tratado Luso-Brasileira da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.1238.

econômicos, culturais, financeiros, ambientais, comerciais e outros relacionados à integração dos povos ou a transnacionalização do capital”⁴¹.

Apesar das suas inúmeras espécies, a econômica é a que nos parece ser primordial em virtude da abrangência e do trânsito pelas demais. É o caso da globalização social na qual os fatores econômicos o afetam diretamente pela capacidade de inserir ou excluir o indivíduo da sociedade a depender da política adotada pela empresa ou Estado, considerando também a espécie política e trabalhista.

A principal essência pela qual a globalização surgiu e se intensificou é o *capital*. Todas as facetas da globalização, conforme descrevemos convergem para uma maior, a responsável pelo início e pelo desenvolvimento do próprio fenômeno: a economia.

Desta forma, é necessário pensarmos a globalização substancialmente como a econômica, razão pela qual o capital e a busca do lucro são imprescindíveis ao nosso estudo.

A globalização econômica impulsionou e continua estimulando dois fatores interligados à economia e ao trabalho: a concorrência e a tecnologia. Não sabemos ao certo se a concorrência precede o avanço tecnológico ou se foi este que a antecedeu mas é certo que ambos são indispensáveis para analisarmos a concorrência econômica e trabalhista, cada uma com as suas vertentes peculiares.

Para aclararmos eventuais dissonâncias, acreditamos que a força de trabalho seja a principal e comum riqueza inata de todos os homens, o que levou Ricardo Hasson Sayeg a afirmar que: “(...) o pleno emprego é a concretização difusa da acessibilidade econômica do homem e de todos os homens, que, por sua vez, refere-se ao meio de subsistência da vida das pessoas”⁴².

⁴¹MARTINS, Marcos Antonio Madeira de Mattos. **Análise econômica do direito de empresa**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdades Metropolitanas Unidas. Nov. 2010, p.162

⁴²SAYEG, Ricardo Hasson. A concretização dos direitos humanos ao pleno emprego, sob o ponto de vista do capitalismo humanista. In: MARTINEZ, Pedro Romano; SILVA, Marco Antonio Marques da; OLIVEIRA, Nelson Faria (orgs). **Análise Contemporânea de direito em face da globalização e da crise econômica**. II Congresso Internacional de Direito (Brasil - Europa). Lisboa: Almedina, 2009, p.183.

A adoção do sistema capitalista de mercado como regente das relações econômicas de produção e de trabalho tem como máxima o acúmulo de riquezas, o lucro que, por sua vez, pode ser ampliado com a redução de despesas.

A diminuição dos gastos para maximizar o lucro capitalista foi extremamente intensificado com o fortalecimento do processo globalizacionista vez que, ao extinguir as barreiras comerciais entre as nações, houve o acirramento da concorrência entre os mercados e a disputa por novos consumidores.

Assim, ainda que um nicho consumerista já tenha sido conquistado por determinado ramo empresarial ou empresa específica, ela deveria superar a si mesma em qualidade e preço para seus clientes não migrarem para o concorrente.

A chave do processo de globalização econômica na contemporaneidade reside, portanto, na redução de custos, haja vista que a qualidade, apesar de importante, não ocupa o papel central da preocupação do empresariado, os quais, em regra, cuidam em apenas manter a qualidade atingida.

Ao expor os efeitos da globalização econômica, Marcos Antonio Madeira de Mattos Martins⁴³ pondera que este fenômeno gera duas facetas a serem cuidadas, pois ao mesmo tempo em que favorece o processo de mundialização, de caráter humanista e democrático, porém ainda inacabado, promove profundas desigualdades, sobretudo pela busca desenfreada de lucro.

3.2.1 Efeitos da Globalização no Direito do Trabalho

Conforme verificamos, a globalização, por se incrustar em diversos fatores da sociedade (político, cultural, social, econômico, dentre outros) culmina na ocorrência de inúmeras consequências, tidas como efeitos da globalização.

⁴³ MARTINS, Marcos Antonio Madeira de Mattos. **Análise econômica do direito de empresa**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdades Metropolitanas Unidas. Nov. 2010, p.161.

Leonardo de Gênova⁴⁴ propõe estudar alguns efeitos da globalização sob a ótica do Direito do Trabalho. Contudo, alerta que seria árduo esgotar o tema, razão pela qual prefere enumerar os efeitos da globalização cujo impacto se dá na esfera de proteção do trabalhador: disputa pelo mercado, novas formas de gestão, avanço tecnológico, flexibilização do trabalho, terceirização, desemprego e subemprego.

Apesar de serem tópicos distintos, são complementares e se inter-relacionam; são causa e consequência um do outro numa relação circular. Desta maneira, o estudo de um deságua na conclusão de outro, e por reação lógica, o estudo da consequência será a análise da causa do subsequente.

Nesta pesquisa nos debruçamos sobre os reflexos negativos, uma vez que os positivos já são amplamente conhecidos: rapidez de informações, acesso à cultura, intercâmbio de ideias, difusão de direitos. Amauri Mascaro Nascimento complementa ao expor que:

O avanço tecnológico e a informática criaram um mundo dos computadores, disponibilizaram mão de obra, novas profissões surgiram, privatizações de empresas públicas intensificaram-se, sempre com profundas alterações nas relações de trabalho e no poder dos sindicatos perante o empregador⁴⁵.

O grande problema da globalização no Direito do Trabalho permeia o avanço tecnológico. A tecnologia otimiza o modo de produção e facilita sua organização e processamento. Fora das fábricas, a tecnologia racionaliza o tempo das pessoas, ao permitir fazerem mais coisas em menos tempo, além de difundir o conhecimento e instigar debates ético-culturais movidos pelo encontro das diversidades. Aproxima pessoas distantes e permite não perdermos o contato e o convívio, ainda que cultural, daqueles que estão pelo mundo afora.

As contribuições tecnológicas facilitaram muito o dia a dia das pessoas, tornando as tarefas mais cômodas de serem realizadas. Leonardo de Gênova assim as sintetiza:

⁴⁴ GÊNOVA, Leonardo de. **O princípio da proteção no século XXI: os novos desafios do trabalhador brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009, p.37- 42.

⁴⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 6.ed. São Paulo: LTr, 2009, p.104-105

O computador tem como objetivo uma melhor quantidade, qualidade, oportunidade ou organização das informações. Assim, as vantagens geradas por estas máquinas são várias para o seu titular proprietário, como por exemplo, redução de custos, maior precisão na tarefa de calcular, capacidade de coletar e armazenar automaticamente dados para registros, capacidade de agregar grandes quantidades de dados úteis para o planejamento e tomada de decisão e, principalmente, a redução da necessidade de força de trabalho no controle dos recursos e do processo.⁴⁶

As novas dinâmicas empresariais ocasionadas pela evolução tecnológica intensificaram a concorrência comercial, a qual exige maior produtividade em menor tempo e com custos cada vez mais reduzidos.

Diante disto, a globalização econômica impõe repensarmos as estruturas das relações de trabalho frente aos recém estabelecidos meios de produção. Isto porque, muitos postos de trabalhos tornaram-se desnecessários dada a substituição de tarefas pelas máquinas; contudo, outros novos cargos e funções foram criados justamente em razão das máquinas, todos relacionados a sua operação, conserto e aperfeiçoamento.

As novas tecnologias, assim como as novas formas de organização do trabalho, contribuem para o aumento considerável da produtividade⁴⁷. Este crescimento, por sua vez, dispensa a mão de obra substituindo a força humana pelos instrumentos tecnológicos. Portanto é equivocado pensarmos que o aumento da produção implica o aumento dos postos de trabalho, vez que os empregos não são absorvidos pela nova sistemática da cadeia produtiva trazida pela tecnologia globalizada.

O fenômeno observado neste capítulo impulsiona ainda mais a terceirização, como forma de desonerar as folhas de pagamento e reduzir custos com pessoal. Essa terceirização tem suas origens na 2ª Guerra Mundial quando da necessidade de aumentar a produção bélica. Os Estados em guerra depararam-se com a realidade de que, ao delegar uma parte da produção a pessoas especializadas, haveria uma otimização dos serviços e produção. Assim, ao invés de criarmos e mantermos uma empresa totalmente

⁴⁶ GÊNOVA, Leonardo de. **O princípio da proteção no século XXI: os novos desafios do trabalhador brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009, p.41.

⁴⁷ MARTINS, Marcos Antonio Madeira de Mattos. **Análise econômica do direito de empresa**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdades Metropolitanas Unidas. Nov. 2010, p.164.

verticalizada, com todos os meios de produção a seu controle, almeja-se a descentralização, o repasse de funções a empresas outras para que a delegante concentre-se com mais eficiência em sua finalidade. Daí o surgimento do atual modelo de produção: o Toyotismo⁴⁸.

A terceirização, num primeiro plano, não traz economia ao empregador haja vista que embora não contrate o empregado direto e o assalarie, contrata-se por meio de uma empresa, o que implica “pagar” o salário e a intermediação. Portanto, quanto mais gente envolvida no processo produtivo, mais altos serão os gastos, o que nos faz concluir em plano eminentemente teórico que a terceirização como um fenômeno em si não tem como objetivo reduzir custos.

Assim como a globalização, a terceirização não é ruim por si só. Pelo contrário, é interessante na medida em que melhora o desempenho e cria empregos. A questão é como utilizá-la evitando a precarização do trabalho humano, o uso do *dumping* social, da redução dos direitos dos trabalhadores e do achatamento do enquadramento sindical.

3.2.1.a Automação

Aos avanços tecnológicos maximizados pela globalização dá-se o nome de automação, que se apresenta numa relação bifronte: por um lado melhora a vida do empresário e reduz os custos; por outro, deprime o trabalho e a relação empregador-empregador.

⁴⁸ No modelo de produção Toyota, a concepção prevalecente é a da produção sob demanda, diferente de Ford (que produzia em larga escala acumulando a produção: estocava-se muito produto). No atual sistema (Toyota) a produção é acelerada ou diminuída conforme é a necessidade do mercado consumidor.

Tem-se a ideia da *organização produtiva em rede*: a especialização do trabalho continua, mas se extingue o marcador de tempo, o gerente de horário, haja vista que o toyotismo organiza a empresa em células e os supervisores são os próprios trabalhadores. Entretanto, a partir do momento que se passa o controle de produção para os empregados e atrela o salário ao desempenho, começa uma hostilidade entre os trabalhadores porque se está num grupo bom o resultado é bom, se há uma pessoa ruim ninguém a quer. O próprio grupo deseja excluir o cidadão. Horizontalizando o controle, surge o assédio moral horizontal entre os trabalhadores com a exclusão dos mais fracos.

Justamente pela característica da produção sob demanda no toyotismo (a produção é feita de acordo com o consumo) é que este modelo não é compatível com o direito do trabalho atual haja vista que se prega que ao querer aumentar a produção deve-se contratar mais, mas na contramão, quando se almeja produzir menos, demite-se. Assim sendo, podemos atribuir ao toyotismo brasileiro uma das consequências pelo que se deu o fim da estabilidade decenal e a introdução do sistema de FGTS.

Doutrinariamente, “automação” se refere à introdução e adoção de tecnologia no processo produtivo, como a robotização, a informática e a telecomunicação, todos capazes de aumentar a produtividade em menos tempo. Entretanto, tal melhoria gera prejuízos aos trabalhadores, que veem seus postos de trabalho serem extintos e uma corrente escassez do labor.

O ponto negativo dos avanços tecnológicos denominado automação é sustentado por Dinaura Godinho Pimentel Gomes:

(...) diante do processo desenfreado de automação da produção e de sua racionalização, com o crescimento acentuado da divisão da sociedade, o Estado-nação vem demonstrando ostensivamente sua incapacidade de oferecer soluções aos problemas de desemprego, da desigualdade de renda, da violência e da miséria que afligem as diversas nações. A exclusão social é aprofundada à medida que os ganhos de produtividade são obtidos à custa de informatizar a produção e do subsequente fechamento dos postos de trabalho, no que diz respeito aos empreendimentos comerciais e econômicos que se apresentam dissociados dessas novas realidades e tendem ao fracasso⁴⁹.

No Brasil a automação é vedada pelo artigo 7º, XXVII da Constituição Federal (“XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei”), que protege e garante condições mínimas aos trabalhadores urbanos e rurais. Esta proibição se justifica na medida em que o país tem mais procura do que oferta de trabalho e mão de obra pouco qualificada.

Inúmeros projetos de lei foram propostos para regulamentar este inciso mas nenhum prosperou. Entretanto, destacamos o Projeto de Lei nº 2.902, de 1992, de autoria do então Senador Fernando Henrique Cardoso, cujo conteúdo versava sobre a regulamentação do tema da automação. Este projeto previa a criação de uma comissão paritária para negociar a redução dos efeitos negativos da automação e a criação de *Centrais Coletivas de Reciclagem e Realocação de Mão de Obra*, mas não estabelecia nenhum mecanismo efetivo para proteger o trabalhador afetado pela automação ou na iminência de sê-lo.

Pela ausência legislativa, cabe aos sindicatos negociarem norma de proteção aos seus representantes em face da automação para que o

⁴⁹ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica:** problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005, p.124.

preceito constitucional receba efetividade prática ainda maior que a simples vedação.

Em suma, entendemos que a automação, quando analisada sob a ótica da “globalização e o direito do trabalho”, foi positiva do ponto de vista produtivo e organizacional, auxiliando com as tecnologias o desempenho de tarefas. No entanto, foi prejudicial para os trabalhadores, haja vista que substituiu o trabalho humano e intensificou a competitividade, sobrecarregando os obreiros com excesso de trabalho e baixos salários; a redução dos custos é um objetivo a ser atingido de qualquer maneira pelo empresário.

3.2.1.b Movimento sindical

Ao incidir diretamente nas relações individuais de trabalho, reflete nas relações coletivas, sobretudo no movimento sindical.

Das lições de Amauri Mascaro Nascimento⁵⁰ concluímos por dois relevantes impactos negativos na ótica sindical provocados pela globalização. O primeiro deles é a redução extrema dos custos do trabalho, retirando ou evitando vantagens salariais e melhorias das condições de trabalho em prol do aumento da competitividade e do processo produtivo. Com isso, as reivindicações sindicais migraram em larga escala aos pleitos de natureza social.

O segundo impacto é a representação sindical. Com a globalização, muitas empresas e instituições passaram a intensificar suas atuações regionais e internacionais, provocando a expansão e a adequação sindical às novas exigências do capitalismo. O fenômeno é comprovado ao observarmos que o capital descola-se de um lugar para o outro numa velocidade inimaginável há algumas décadas.

Em relação à conjugação de sindicato e globalização, Amauri Mascaro Nascimento acentua:

⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 6.ed. São Paulo: LTr, 2009, p.100.

Vê-se, com muita nitidez, que as mudanças na economia mundial exigem dos sindicatos novas e mais amplas formas de organização, estruturas bem mais abertas que possibilitem, em espaços maiores, a participação das representações de trabalhadores nos processos de integração econômica regional.

(...)

A concepção nacionalista de proteção do trabalho, tão a gosto dos países sul-americanos, também cultuada pelo movimento sindical de outros continentes, põe-se em rota de colisão com a internacionalização do mercado de trabalho e confunde os sindicatos, que ficam sem saber se protegem o trabalhador nacional ou se admitem a concorrência do trabalho estrangeiro em seu país⁵¹.

3.2.1.c Competitividade

O grande desafio da globalização foi a possibilidade de instigar a competitividade entre as empresas diante do rompimento das fronteiras comerciais, mas respaldadas no princípio da livre iniciativa.

Por competitividade vislumbramos o estreitamento da concorrência, sempre respeitando padrões éticos e morais conferidos pela ordem econômica internacional. Assim, ainda que não exista uma lei internacional impondo ou determinando condutas mercadológicas no contexto da globalização, devem ser mantidos os padrões de qualidade, o princípio da boa-fé e o respeito ao consumidor e ao trabalhador.

Apesar de haver consenso quanto às condutas corretas a serem seguidas, a globalização do meio ambiente de trabalho trouxe impactos mais negativos que positivos. Dentre as melhorias ao trabalho, e como resultado do fenômeno em estudo, destacamos o avanço e a inserção tecnológicas, a exemplo das novas máquinas que aumentam a rapidez com que os produtos são confeccionados além de otimizarem o tempo de trabalho do obreiro, o qual poderá produzir mais em menos tempo, com mais possibilidades de atingir as metas estabelecidas pelas empresas e ser considerado um “empregado eficiente”.

Todavia, os impactos negativos da globalização são tantos e tão profundos que nos fazem considerar como mais prejudiciais as adversidades que as benevolências. Os problemas acarretados pela “mundialização” na área trabalhista são tais que culminam na precarização do trabalho humano, o que

⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 6.ed. São Paulo: LTr, 2009, p.101-102

nos parece um contrassenso, haja vista que já mencionamos ter a globalização auxiliado no desenvolvimento do trabalho. Assim, mesmo analisados os seus pontos positivos, são duas faces na mesma moeda.

3.3 *Dumping Social*

3.3.1 Conceito, formação e desdobramentos do *Dumping Social*

Um dos problemas ocasionados pela globalização econômica cujo impacto no Direito do Trabalho é considerado a grande praga que deteriora as relações nesse segmento é o *dumping social*.

O fenômeno consiste na negligência e não pagamento das verbas trabalhistas aos empregados com o intuito de oferecerem produtos mais baratos no mercado e se tornarem empresas mais competitiva. Ari Possidonio Beltran define como

grave violação de direitos sociais, em especial pelo pagamento de baixíssimos salários por partes de alguns Estados como arma de redução de custos e consequentemente aumento da competitividade no mercado integrado⁵².

Em sintonia com este entendimento, Sérgio Pinto Martins explica:

No *dumping social* as empresas procuram obter competitividade de seus produtos, mediante diminuição de condições ou de direitos trabalhistas dos empregados, com a finalidade de colocar o produto mais barato no mercado. Os países deveriam tentar a harmonização das legislações trabalhistas, visando evitar o *dumping social*. É impossível obter uniformidade das legislações trabalhistas nos países, em razão da cultura, história, geografia, costumes de cada povo. Alegam os países em desenvolvimento que as discussões sobre o estabelecimento de direitos mínimos trabalhistas podem gerar problemas econômicos⁵³.

Diverso não é o entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que distingue *dumping social* de preços predatórios na medida em que o primeiro “caracteriza-se pelo ato de vender em país alheio

⁵² BELTRAN, Ari Possidonio. **Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais**. São Paulo: LTr, 1998, p. 87.

⁵³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Globalização e emprego**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/globalizacao-e-emprego/722> Acesso em: 12 mar.2013.

mercadoria abaixo do preço do mercado doméstico; já o preço predatório, designa o comércio de produtos abaixo do preço de custo no mercado interno”⁵⁴.

Sobre a competitividade, há a afronta direta aos princípios constitucionais da ordem econômica conforme o artigo 170 da Constituição Federal de 1988. O cuidado que deve haver em relação a estes princípios é fundamentalmente por serem institutos com fundo social, cuja carga de direitos sociais fundamentais são imprescindíveis para o equilíbrio social e a garantia da dignidade da pessoa humana dos envolvidos.

Entre os princípios da ordem econômica ofendidos pelo *dumping* social temos a livre concorrência, a busca do pleno emprego e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Além disso, o não pagamento dos direitos trabalhistas prejudica não apenas o trabalhador, haja vista que a natureza do crédito trabalhista é alimentar, mas toda a sociedade, que terá pessoas com baixo poder de compra e doentes: a injustiça cometida pelo empresário afeta o estado emocional do vitimizado e pode acarretar-lhe problemas psicológicos cujo reflexo se dá na saúde mental e física.

É comum aceitarmos o dano moral decorrente do *dumping* social como um dano moral coletivo, dado o caráter social da reparação, que afeta o contingente de trabalhadores além de não ter natureza difusa devido ao prejuízo social indiscriminado.

Tamanha é a preocupação com os impactos devastadores do *dumping* social que foi tema do debate na *1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*, na qual foi aprovado o enunciado abaixo:

DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido

⁵⁴ Disponível em: http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_379/Pareceres/ParecerProCADE-AP-2005-08012-000219-Drogaria_Sao_Paulo.pdf. Acesso em: 12 mar.2013.

“dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.

Dentre os transgressores que atuam no *dumping* social costumamos relacionar as empresas e o próprio Estado. Assim, são duas as dimensões de ofensas aos direitos sociais e trabalhistas: a dimensão interna (empresas) e a nacional (Estado).

Entretanto, devemos mencionar a possibilidade de blocos econômicos também serem sujeitos ativos deste fenômeno negativo. A este respeito, Luis Carlos Amorim Robortella⁵⁵ sugere formas pelas quais o *dumping* social pode se manifestar no bloco econômico do Mercosul:

- a) transferência de uma empresa de um Estado para o outro em busca de menores custos de mão de obra ou vantagens/ incentivos tributários;
- b) estipulação intencional de baixos salários a fim de atrair empresas de outros países para lá se alocarem;
- c) trânsito de trabalhadores para Estados que oferecerem melhores condições de trabalho e salários (maior proteção ao trabalhador).

Ari Possidonio Beltran explica Celso Lafer nos seguintes termos:

Pondera, outrossim, que é necessário distinguir entre níveis de remuneração, que dependem do grau de desenvolvimento de cada país ou espaço integrado, e dentro dos países e das regiões, de suas especificidades locais e *standards* internacionais de direitos humanos no âmbito da democracia. Assevera que não tem sentido falar em “dumping social” se o ordenamento interno do país estiver em consonância com dois Pactos da ONU de 1966 e com as convenções e recomendações da OIT⁵⁶.

Isto é, para verificarmos se há ou não a prática do *dumping* social num Estado ou em determinadas regiões é necessário observarmos a

⁵⁵ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. As relações de trabalho no Mercosul. In: **Revista LTr** 57-11/1315. Nov. 1993.

⁵⁶ BELTRAN, Ari Possidonio. **Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais**. São Paulo: LTr, 1998, p.90.

realidade ali vivenciada e os costumes ali consolidados. Contudo, devem ser verificados padrões mínimos éticos e de direitos, como a jornada de trabalho. Citemos o exemplo de países nos quais não existe limitação da jornada de trabalho; o empregado chega a trabalhar até 20 horas por dias. Ainda que seja um costume local a superexploração do trabalhador, não podemos aceitá-la haja vista que representa uma afronta à dignidade e à saúde do trabalhador.

Não obstante o significativo caráter econômico deste fenômeno, ressaltamos que não existe apenas uma faceta: outra questão que fortalece a desalmada ação em comento é o próprio desrespeito social das empresas com a classe operária.

A responsabilidade social das empresas e empresários não é apenas ambiental, apesar desta estar em voga há algum tempo. Uma empresa responsável é a que cumpre com os anseios da sociedade e ordem jurídica, passando não apenas pelas questões afetas ao direito ambiental e tributário, mas sobretudo aos direitos fundamentais.

As discussões sobre o *dumping* social têm sido constantes haja vista a frequência com que tais práticas são realizadas. Houve um total abandono da busca da preservação e consagração dos direitos trabalhistas, também considerados direitos humanos do trabalhador.

3.3.2 Escravidão contemporânea

Historicamente, o trabalho escravo é caracterizado pelo trabalho forçado ou obrigatório, isto é, com privação da liberdade condizendo com o chamado ‘trabalho escravo tradicional’, caracterizado pela mercantilização da pessoa.

Apesar da Lei Áurea datar de 1888, é possível nos depararmos com situações escravocratas, o ‘trabalho escravo contemporâneo’. A escravidão ainda é prática rotineira em alguns ambientes de trabalho cuja realidade afronta qualquer situação aceitável de relação humana. Ela porém acontece de uma forma mais velada que a escravidão clássica, a qual se valia de correntes de ferro, grilhões e chicotes para a prática de ofensas físicas. A

escravidão contemporânea é aquela que, de maneira menos ostensiva, tolhe direitos e prende o obreiro ao seu labor.

A pessoa considerada exclusivamente uma mercadoria ou coisa, nos moldes originários, dificulta a visualização do cenário atual uma vez que tal escravidão se apresenta mais discretamente, disfarçada de legalidade. Na escravidão contemporânea a privação da liberdade e a comercialização são mais sutis, por isso mesmo que temos as condições análogas de escravo como formas de caracteriza a situação na atualidade.

A normativa internacional veda completamente o trabalho escravo, despontando como instrumentos de maior expressão: Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Tratado Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ONU, Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), os quais proíbem o trabalho escravo, a servidão e qualquer forma de tratamento desumano ou degradante.

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho há pelo menos três instrumentos que se referem ao trabalho escravo: Convenção 29 (1930), Convenção 105 (1957) e a Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais da OIT (1998).

Na ordem jurídica brasileira, a temática se insere na valorização social do trabalho e dignidade da pessoa humana, já abordados em outra oportunidade no presente estudo, mas cumpre ressaltarmos os artigos 1º, 5º e 170. Especificamente o inciso III do artigo 5º proíbe o trabalho desumano e degradante, mas é no plano infraconstitucional que vem sua disciplina: o artigo 149 do Código Penal tipifica como crime a redução a condição análoga à de escravo, estabelecendo espécies desta condição, quais sejam: trabalho forçado, servidão por dívidas, tratamento degradante, jornada exaustiva, retenção no local de trabalho (pelo cerceamento de transporte) e retenção de documentos ou objetos pessoais.

Pelo exposto, ao pensar relação que a globalização possa ter com o trabalho escravo contemporâneo, claro nos resta que a globalização é uma via de mão dupla pois ao mesmo tempo em que avança tecnologicamente,

sobretudo em relação à dinâmica da produção industrial, diminui os postos de emprego subjulgando ainda mais, as pessoas à força econômica.

É diante deste cenário que a escravidão contemporânea se acomoda. O desemprego, a pobreza, a discriminação e o tráfico de pessoas fazem crescer colossalmente o número de pessoas que se submetem a qualquer condição para obter e garantir o trabalho.

Ela se manifesta clandestinamente e é representada pela ação de organizações criminosas que impõem aos trabalhadores condições análogas à escravidão ou a trabalhos degradantes, por meio de segregação social e do desrespeito aos direitos humanos⁵⁷. Neste sentido, Marco Antonio Marques da Silva esclarece:

Explora-se a minoria e o desespero do indivíduo desempregado e sem meios de subsistência própria, através da promessa de uma melhor condição de vida. Entre os mais vulneráveis a essa prática estão as mulheres, os migrantes, as crianças, os pobres e as minorias étnicas ou sociais. Os postulantes ao emprego passam a buscar formas alternativas de inserção no mercado de trabalho e acabam por aceitar qualquer promessa de trabalho e, ludibriados, sujeitam-se a trabalhos degradantes e/ ou análogos à condição de escravo⁵⁸.

Pelo exposto, podemos concluir que a escravidão contemporânea é um gênero no qual se inserem toda a modalidade de ofensa ao trabalhador e à valorização do trabalho humano. As práticas do *dumping* social, por assim considerar, não deixam de se consumir em conduta antilaborais e desumanas, dentre as quais destacamos a superexploração e os trabalhos forçado, desumano e degradante.

Por inúmeras vezes, estas situações encontram-se no mesmo cenário, isto é, a superexploração vem atrelada ao trabalho forçado, além de expor o trabalhador a condições desumanas e degradantes.

⁵⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da. A escravidão contemporânea, valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana. In: MARTINEZ, Pedro Romano; SILVA, Marco Antonio Marques da; OLIVEIRA, Nelson Faria (orgs). **Análise Contemporânea di direito em face da globalização e da crise econômica**; II CID- Congresso Internacional de Direito (Brasil - Europa). Lisboa: Almedina, 2009, p. 26

⁵⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da. A escravidão contemporânea, valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana. In: MARTINEZ, Pedro Romano; SILVA, Marco Antonio Marques da; OLIVEIRA, Nelson Faria (orgs). **Análise Contemporânea di direito em face da globalização e da crise econômica**; II CID- Congresso Internacional de Direito (Brasil - Europa). Lisboa: Almedina, 2009, p.26.

3.3.3 Aspectos processuais

Dentre as discussões mais acaloradas na atualidade está a questão processual trazida pelo *dumping* social.

A jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho entende que o pressuposto processual para condenar por *dumping* social é o pedido do reclamante pela condenação. Desta forma, não é aceito na seara trabalhista o reconhecimento e a condenação *ex officio* pelo magistrado, sob pena de desrespeito aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Em recente decisão, os ministros do Tribunal Superior do Trabalho da 4ª Turma confirmaram o posicionamento em relação à necessidade de pedido de condenação, conforme os termos abaixo⁵⁹:

No entanto, a caracterização do *dumping* social exige a identificação da prática antissocial e desleal da empresa relacionada a outros fatores, tais como a reiteração destes atos, a potencialidade e a repercussão de danos a terceiros e o porte da empresa, inclusive para fins de arbitramento do valor da indenização a ser estabelecida. Nesse contexto, entendo que o decidido, a partir de pedido formulado pelo autor — e de cunho estritamente pessoal — restringiu a possibilidade de defesa da parte demandada, quanto aos demais aspectos relativos à caracterização do *dumping*, uma vez que não suscitada referida questão desde a inicial.

Observe-se, ainda, que os arts. 128 e 460 do CPC estabelecem, respectivamente, que o Juiz decidirá a lide nos limites em que fora proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte; ou proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior, ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Pelo exposto, verifico que a condenação de ofício da Reclamada ao pagamento de indenização por *dumping* social violou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º LIV e LV da CF/88), bem como os arts. 128 e 460 do CPC.

Do ponto de vista processual, a condenação em objeto diverso do requerido na inicial fere o princípio da congruência, além da sentença padecer com a marca do julgamento *extra petita*. Contudo, *data venia*, este não nos parece o melhor entendimento.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 131000-63.2009.5.04.0005. 4ª Turma. TST. Ministra Relatora Maria de Assis Calsing. Data da publicação: 01 mar. 2013.

O desrespeito aos direitos trabalhistas constitucionais mínimos ultrapassa a pessoa do trabalhador e atinge diretamente e não apenas de maneira reflexa a sociedade e o mercado, haja vista que estimulará a prática anticoncorrencial pelas demais empresas além de explorar e precarizar a mão de obra, tudo envolto no manto da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme preceitua o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

O dano moral causado pelo *dumping* social é coletivo, portanto diferenciado do ordinariamente encontrado. A punição embasada no dano coletivo possui um caráter muito mais pedagógico e punitivo do que reparatório pessoal, razão pela qual robustece a necessidade da condenação *ex officio*, mesmo quando não requerida.

Neste sentido há julgados nos Tribunais Regionais como o voto do Desembargador Paulo Eduardo Vieira e Oliveira que dá uma aula sobre direitos humanos e trabalhistas e a necessidade de serem reconhecidos os direitos dilacerados pelo empresariado, ainda que não manifestado previamente em peça processual. Apresentamos um trecho do voto⁶⁰:

É de suma importância compreender que com relação às empresas que habitam o cotidiano das Varas, valendo-se da prática inescrupulosa de agressões aos direitos dos trabalhadores, para ampliarem seus lucros, a mera aplicação do direito do trabalho, recompondo-se a ordem jurídica individual, com pagamento de juros e correção monetária, por óbvio, não compensa o dano experimentado pela sociedade.

Portanto, nas reclamações trabalhistas em que tais condutas forem constatadas (agressões reincidentes ou ação deliberada, consciente e economicamente inescusável de não respeitar a ordem jurídica trabalhista), tais como: salários em atraso; pagamento de salários “por fora”; trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e o pagamento do adicional correspondente; não recolhimento de FGTS; não pagamento das verbas rescisórias; ausência de anotação da CTPS (muitas vezes com utilização fraudulenta de terceirização, cooperativas de trabalho, estagiários, temporários etc.); não concessão de férias; não concessão de intervalo para refeição e descanso; trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde etc., deve-se proferir condenação que vise a reparação específica pertinente ao dano social perpetrado, fixada “*ex officio*” pelo juiz da causa, pois a perspectiva não é a da mera proteção do patrimônio individual. Da mesma forma, a atitude

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário 01552.2009.059.02.00- 4. 10ª Turma. TRT-2ª Região. Juiz Relator Paulo Eduardo Vieira e Oliveira. Data da publicação: 14 abr.2011.

deliberada, consciente e economicamente inescusável de se agredir a ordem jurídica, com utilização de tática.

(...)

Está claro, então, que as práticas reiteradas de agressões deliberadas e inescusáveis (ou seja, sem o possível perdão de uma carência econômica) aos direitos trabalhistas constituem grave dano de natureza social, uma ilegalidade que precisa de correção específica, que, claro, se deve fazer da forma mais eficaz possível, qual seja, por intermédio do reconhecimento da extensão dos poderes do juiz no que se refere ao provimento jurisdicional nas lides individuais em que se reconhece a ocorrência do dano em questão.

A esta necessária ação do juiz, em defesa da autoridade da ordem jurídica, sequer se poderia opor com o argumento de que não há lei que o permita agir desse modo, pois seria o mesmo que dizer que o direito nega-se a si mesmo, na medida em que o juiz, responsável pela sua defesa, não tem poderes para fazê-lo. Os poderes do juiz neste sentido, portanto, são o pressuposto da razão de sua própria existência.

O espírito do Direito do Trabalho é de defesa social e coletiva, razão pela qual devem os magistrados abstrair única e exclusivamente o foco do caso individualizado para compreender o efeito *erga omnes* que sua decisão poderá ter.

Conforme ilustra o voto acima, o juiz tem poderes instrutórios, confirmados pelo artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho, de liberdade para solucionar da maneira que considerar mais justo ao caso na perspectiva da equidade, conforme os artigos 8º e 766. Diante de tantos argumentos, o legalismo exagerado no qual alguns se prendem se mostra fugaz, principalmente porque as matérias de direitos fundamentais, como a trabalhista, além dos princípios constitucionais que lhe servem de base são de ordem pública e observância obrigatória, razão pela qual afastaria a incidência de normas processuais legalistas do Código de Processo Civil e da Consolidação das Leis do Trabalho quando da ofensa a direitos indispensáveis e que não podem ser afastados, como o direito à vida, à saúde e ao trabalho digno.

Diante destas justificativas sugerimos uma reflexão como desfecho deste estudo: na escolha de um dos direitos, qual deverá prevalecer: o direito processual ou o fundamental?

É justamente no contexto oriundo deste desrespeito que se inserem as teorias do *Capitalismo Humanista* desenvolvidas por Ricardo

Hasson Sayeg e Wagner Balera na área de Direito Econômico da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A teoria defende, basicamente, que é possível buscar o lucro, reduzir os custos e, ao mesmo tempo, respeitar os direitos humanos, sociais e trabalhistas. Os autores têm por objetivo conscientizar o empresariado sobre a importância do respeito aos direitos e que a sua observância (e na área trabalhista, o pagamento do salário justo e das verbas decorrentes) não o tornará menos competitivo no mercado.

3.4 Capitalismo Humanista: a grande proposta para a crise

Há no cenário jurídico contemporâneo uma nova vertente do direito econômico, intitulado Capitalismo Humanista.

Sua principal premissa é o humanismo integral de Jacques Maritain⁶¹ e seu objetivo, sinteticamente, é desenvolver o capitalismo (as práticas comerciais e empresariais) em comunhão aos direitos humanos.

De imediato, a nova corrente doutrinária provoca uma reflexão que permeia o capital e o trabalho, com a proposta de reinversão dos valores impostos pelas leis de mercado que acabaram por submeter o homem ao capital, quando a lógica, propagada por esta teoria, deveria ser o contrário: o capital a serviço do homem.

Dentre os objetivos principais do Capitalismo Humanista está a intenção de demonstrar ao empresariado que é possível resguardar a competitividade mercadológica ainda que sejam pagos e respeitados todos os direitos humanos, sociais e trabalhistas que lhes rondam, ou seja, a atividade empresária pode e deve respeitar os direitos sem perder sua competitividade. A queda da competitividade e concorrência, aos olhos dos empresários, se dá na medida em que os custos e encargos, sobretudo os trabalhistas, devem ser amortizados quando colocados produtos e serviços no mercado; em outras

⁶¹ O filósofo do Humanismo Integral é Jacques Maritain: Nascido em 18 de novembro de 1882, em Paris (França). Estudou na Sorbonne (1900), em 1909 torna-se professor de filosofia do Instituto Católico de Paris e publica a grandiosa obra *Humanismo Integral* em 1936 (foi a primeira doutrina na área). Integrou a segunda fase da redação da declaração Universal dos Direitos do Homem, concluída em 1948. Falece em 28 de abril de 1973, em Toulouse (França).

palavras, eles entendem que o pagamento de todos os direitos e deveres acarretarão um aumento do custo de produção e, para continuarem lucrando, deverão repassá-los aos consumidores aumentando o preço.

Creemos que essa inversão de valores tem como principal responsável a globalização econômica, fenômeno que proporcionou o intercâmbio de culturas, informações, experiências, mas por outro lado acirrou a competitividade entre os mercados e gerou uma disputa acirrada pela conquista de novos consumidores.

Depois analisados alguns dos maiores e mais disseminados produtos negativos da globalização, fica patente o seu reflexo na relação econômica e empresarial, nas quais há o distanciamento dos sentimentos de fraternidade e compaixão por serem considerados obsoletos e impeditivos da produtividade. Parece-nos que nunca foi tão aplicada a máxima da sociedade “amigos, amigos; negócios à parte”, que nada mais é do que não se importar e nem se solidarizar com as dificuldades alheias.

Neste cenário de frieza e egoísmo é que se pretende inserir e fortalecer o humanismo integral de Jacques Maritain.

Sua base é a fraternidade e seus desdobramentos⁶². Ao mencionarmos “fraternidade” retomamos a ideia de cristandade, de catolicismo. A característica da fraternidade é a humanidade, a qual é pregada com insistência na doutrina cristã, razão pela qual se costuma confundir o conceito de fraternidade com o de cristandade/ catolicismo.

Esclarecemos que a doutrina cristã compõe uma das maiores religiões do mundo, entretanto, o fato de nortear fiéis religiosos não a faz perder a característica de doutrina, de pensamento, de teoria. Desta maneira, em estudos acadêmicos e filosóficos é plenamente cabível valer-se da doutrina cristã como fonte e fundamento de teorias. O livro base do cristianismo é a Bíblia, a qual contém filosofias de humanidade e fraternidade, despontando Jesus Cristo como o principal filósofo desta doutrina.

A fraternidade do humanismo integral, portanto, é aquela não imposta pela religiosidade, e sim uma fraternidade universal e não exclusiva de

⁶² MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral**. São Paulo: Nacional, 1941, p.162.

um ou outro credo. A fraternidade não é característica de uma religião mas está presente em todas elas, razão pela qual Maritain afirma que não cumpre tais ensinamentos do humanismo integral, conjugado com a sociedade política, elevar a pessoa humana à sua perfeição espiritual⁶³.

Assim, ao estabelecermos a fraternidade dissociada de conceitos religiosos, afirmamos o Estado laico (vida política autônoma da vida religiosa). Um dos postulados deste tipo de Estado é a liberdade eclesiástica que consiste na tolerância de vários credos dentro de um mesmo território sob a mesma organização política.

A consagração da liberdade eclesiástica traz como consequências o respeito à liberdade religiosa, a liberdade de crença como uma garantia fundamental e a rejeição da doutrina teocêntrica.

Em relação à doutrina teocêntrica devemos fazer uma ponderação: a simples rejeição do teocentrismo não autoriza a caracterização do antropocentrismo. Enquanto o teocentrismo é norteado pela ideia de “Deus no centro das coisas”, o antropocentrismo resume-se no egoísmo, hedonismo e no individualismo, o que desconsidera e enfraquece as relações interpessoais. Assim, vislumbramos uma terceira doutrina, ou mesmo uma saída para estabelecer os pilares estruturantes para os pensamentos jurisfilosóficos que não necessitem ser, exatamente, um contraponto ao outro.

Neste diapasão há o fortalecimento do humanismo fraterno, que visa a concretização multidimensional dos direitos humanos e afasta os ideários teocêntricos (embora sejam valiosos os ensinamentos de Jesus Cristo, considerado o maior filósofo de todos os tempos) e antropocêntricos. Emerge então a antropofilia como fundamento desta doutrina⁶⁴.

O humanismo antropofilíaco, também conhecido por humanismo da fraternidade, tem como razão de ser a máxima de que “mais do que iguais, nós somos irmãos”. Esta identidade fraternal pressupõe a solidariedade e a misericórdia entre os homens que devem se respeitar não apenas por serem

⁶³ MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral**. São Paulo: Nacional, 1941, p. 129.

⁶⁴ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR, 2011, p.103.

parte de um mesmo grupo (gênero humano) mas principalmente por serem a compaixão e a caridade as molas propulsoras da conduta humana.

Sobre normas de condutas, John Locke sugeria a caridade como uma delas; contudo, se aplicássemos o sistema clássico lockiano, apenas a primeira dimensão dos direitos humanos estaria assegurada (liberdade). Assim, além da caridade, a humanidade deve se guiar pelos ensinamentos da antropofilia.

O humanismo antropofílico tende a concretizar cada vez mais os direitos humanos sob o enfoque da dignidade humana uma vez que este humanismo defende a efetivação dos direitos humanos como manutenção da sociedade pacífica, civilizada e sustentável.

Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera⁶⁵ explicam a frase de Ferreira da Cunha, que proclama: “a forma do direito fraterno são os direitos humanos”, como sendo os direitos humanos o centro de gravidade de todo o ordenamento jus-humanista, ou seja, o núcleo central do sistema jurídico mundial. Assim, emerge a conclusão da adoção do humanismo antropofílico em detrimento ao antropocentrismo e ao teocentrismo.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 / DF, sobre a impugnação ao artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), decidiu pela constitucionalidade do dispositivo afastando a alegação de que o uso de células-tronco em pesquisas científicas para fins terapêuticos afrontaria o direito à vida. Dentre as argumentações da Corte, destacamos o “constitucionalismo fraternal”:

(...) no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa **incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde** e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. (grifou-se)

⁶⁵ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR, 2011, p.114.

Outro enfoque do humanismo integral é a ideia da “realização de todas as pessoas e da pessoa toda”; ou da ideia do “homem todo e de todos os homens”. O conteúdo deste termo tem dois aspectos: o coletivo e o individual. A abrangência coletiva traduz o entendimento de que a universalidade dos cidadãos deve ser realizada e satisfeita, sem qualquer discriminação. Já a abrangência individual condiz com a concretização dos vários anseios/ facetas da vida que cada um tem, como a vida econômica, social, política e familiar. Ou seja, a satisfação e a realização devem ser amplas (macro): a integralidade dos seres humanos, entendidos como grupo, como ser coletivo, e específicas (micro): aspectos individuais de cada ser.

Das análises aqui apresentadas, invocamos o ensinamento dos precursores do Capitalismo Humanista ao sintetizarem que o humanismo integral é colocado “à disposição de tudo e de todos com independência de credo, um humanismo, enfim, com fundamento antropofílico, legitimador do direito natural da fraternidade e constitutivo do jus-naturalismo normativo”⁶⁶.

Nossa pretensão ao analisarmos o fenômeno globalizante, em conjunto com suas externalidades negativas no direito do trabalho em consonância à proposta do Capitalismo Humanista, se justifica na medida em que a profusão e a intensidade do tema, em seu sentido prático, são incentivados, sobremaneira, pela concorrência em diversos setores, principalmente o econômico e o trabalhista.

Para a continuidade do nosso estudo analisaremos mais detidamente o cenário concorrencial haja vista que a globalização pode ser um pressuposto existencial da concorrência, ou pelo menos do seu fortalecimento em escala global, tanto no tocante às características positivas quanto negativas.

Apesar de ser focado na matéria laboral, cuidaremos também do aspecto econômico da concorrência, haja vista que foi este aspecto que ensejou o seu estudo nas demais áreas da ciência jurídica, conforme apresentamos em seguida.

⁶⁶ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR, 2011, p.104.

4.A LIBERDADE DE CONTRATAR NA RELAÇÃO TRABALHISTA

4.1 Liberdade e seu conteúdo jurídico

A liberdade é uma das bases do Estado Democrático de Direito, sendo a liberdade de trabalho pressuposto do Direito do Trabalho. A liberdade de trabalho, ou melhor, o estado libertário proporciona as relações laborais em sua magnitude. Na escravidão, não existiam contratos de trabalho, justamente pela ausência da liberdade escravocrata.

Desta forma, o Direito do Trabalho apenas se justifica, nas relações mais modernas nas quais há a livre manifestação da vontade dos contratantes, o empregado e empregador, que convergem esforços numa relação de mútuo interesse. O interesse do empregador é o lucro advindo do uso da capacidade laborativa do empregado; já este último tem como objetivo na relação trabalhista auferir renda (salário).

Por ser sustentáculo do ordenamento jurídico brasileiro, qualquer lesão ou ameaça à liberdade representa um risco à sociedade, uma vez que todos os princípios e preceitos constitucionais devem conviver de forma harmônica para o equilíbrio social. Não deve haver sobreposição de princípios, e sim ponderações principiológicas e valorativas a julgar pelo caso empírico, conforme ensinava Robert Alexy. Na esteira da supremacia do conteúdo libertário é que destacamos, por sua extrema relevância, o estudo do pacto de não concorrência que representa uma limitação à liberdade de trabalho.

Todavia, em que pese a importância dos pilares constitucionais, sobretudo para o estudo da liberdade em sua espécie “liberdade de trabalho”, tanto princípios quanto direitos não são absolutos, incidindo aqui o princípio da proporcionalidade, que se encarregará pelas mitigações de for justa e equânime.

Existe diferença, ainda que pouco debatida, entre liberdade de trabalho e direito ao trabalho. Este último apresenta-se no plano constitucional como um dos direitos sociais, inserido entre os direitos e garantias individuais e coletivas, ou seja, integra os direitos fundamentais do cidadão. Já a liberdade

de trabalho é espécie do gênero liberdade o qual na nossa pesquisa identifica-se mais com a ideia de princípio do que de direito.

Ao considerarmos o direito ao trabalho um direito e a liberdade de trabalho um princípio, dizemos, em outras palavras, que o primeiro deve ser garantido, enquanto o segundo deve ser ponderado.

Assim, nos preocupamos com aquilo que limita a liberdade sem configurar um atentado jurídico, oportunidade na qual se inserem os pactos de não concorrência e de permanência.

4.2 Histórico

Os direitos e garantias fundamentais que compõem nossa vigente Constituição Federal são frutos de movimentos políticos, sociais, econômicos e culturais que palpitaram no mundo durante os últimos séculos.

Representam conquistas humanitárias e avanços de ordem, principalmente, social, dando a todos os mesmos direitos e garantias, independentemente de sexo, raça, origem, religião e demais fatores de discriminação. O conjunto desses direitos e garantias almejam a proteção da dignidade e estabelecimentos de patamares mínimos de civilidade, a afastar o arbítrio do Estado.

Sendo a liberdade um direito fundamental, imprescindível retomarmos seu histórico para a adequada compreensão na atualidade. Cumpre esclarecermos, por ora, que a doutrina não se preocupa em demasia com a nomenclatura *direitos fundamentais* ou *direitos humanos* quando do embasamento histórico, haja vista que, conforme observamos, há uma singela diferença entre eles, que não existe no conteúdo histórico.

Doutrinariamente, os direitos fundamentais são divididos em três dimensões:

- **Primeira Dimensão:** inicia-se no final do século XVIII. Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os de caráter negativo, vez que caminham para uma abstenção, uma omissão do Estado; deste modo, são

direitos que se desenvolvem na medida em que o Estado não interfere nos direitos atribuídos aos indivíduos⁶⁷.

São direitos individuais e civis relacionados majoritariamente com a liberdade (como a liberdade de locomoção, de opinião, de religião e de reunião, entre outras), mas também os direitos políticos e à moradia. Estão, grosso modo, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

- **Segunda Dimensão:** localiza-se entre os séculos XIX e XX. Inversamente ao que era cobrado do Estado em relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão, agora são almejadas ações impositivas, políticas públicas a fim de garantir os direitos pleiteados.

São direitos coletivos que primam, sobretudo, pela igualdade entre os indivíduos (igualdade de oportunidade). Lutam por direitos sociais, econômicos (como a distribuição de renda), previdenciários, educação (gratuita e para todos), saúde, cultura. São exemplos destas conquistas no âmbito trabalhista: férias e 13º salário (gratificação natalina). Na Constituição Federal de 1988 são encontrados majoritariamente entre os artigos 6º a 11.

- **Terceira Dimensão:** Surgem a partir da metade do século XX. São direitos coletivos assim como os da segunda dimensão, mas classificados como direitos difusos e coletivos, voltados à solidariedade e à fraternidade. Aqui há a preocupação com o futuro do planeta e com a qualidade de vida humana, o que leva à busca do estabelecimento dos direitos ambientais, da paz (evitando novas guerras mundiais) e da solidariedade entre as nações e os povos.

A doutrina discute a possibilidade de haver uma quarta dimensão dos direitos fundamentais ou humanos, mas sua aceitação não é unânime. Segundo Marco Antonio Marques da Silva:

Os direitos humanos de quarta dimensão, a seu turno, baseiam-se na proteção dos valores éticos e morais, e na integridade da pessoa, no que se refere ao avanço científico, por meio da bioética e do biodireito.

⁶⁷ SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de Direito Constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 290.

A bioética é o tema que tem provocado calorosas e apaixonadas discussões em diversos segmentos da sociedade, com batalhas ideológicas muitas vezes sem fim. Em face da fulcral relação com os direitos humanos, sua abordagem é sempre tormentosa e, por isso, nos detemos um pouco mais em seus elementos.⁶⁸

Imprescindível entendermos que as dimensões dos direitos fundamentais não se substituem, isto é, não se sobrepõem umas às outras, mas se complementam, se somam, considerando e aproveitando as lutas vitoriosas das gerações passadas, de modo a fortalecer os ideais da geração que está por se desenvolver. Estas razões levaram a doutrina a abandonar a linguagem de 'geração' optando exclusivamente por 'dimensão'.

Nesta ótica da integralidade e interdependência dos direitos humanos, devemos relacionar os direitos humanos ao capitalismo, haja vista a comunicação entre os homens e o trabalho. Elegemos, pois, o estudo de Ricardo Hasson Sayeg:

Pois, se estruturando na primeira dimensão; os direitos humanos, por seu caráter multidimensional, indivisível e interdependente, acabam estruturando em todos as suas múltiplas dimensões o capitalismo, com eficácia integral, obrigando juridicamente à satisfatividade da dignidade geral da pessoa humana, promovendo por meio do equilíbrio reflexivo dimensional, ao mesmo tempo, além da plataforma de liberdades para que o capitalismo exista e sobreviva, ainda, essa permanente e concreta contenção jurídica de seus inconvenientes e a imputação de responsabilidades, em especial, na busca do pleno emprego⁶⁹.

4.3 Direitos Fundamentais na concorrência

A temática da concorrência tem duas principais vertentes: a concorrência econômica, acirrada pelo fenômeno da globalização, e a concorrência trabalhista, descortinada nas relações de trabalho e inserida nos contratos.

⁶⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.) **Tratado Luso-Brasileira da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.226.

⁶⁹ SAYEG, Ricardo Hasson. A concretização dos direitos humanos ao pleno emprego, sob o ponto de vista do capitalismo humanista. In: MARTINEZ, Pedro Romano; SILVA, Marco Antonio Marques da; OLIVEIRA, Nelson Faria (orgs). **Análise Contemporânea de direito em face da globalização e da crise econômica**. II Congresso Internacional de Direito (Brasil - Europa). Lisboa: Almedina, 2009. p.184.

A necessidade do estudo de direito constitucional e humano se justifica pelo marco central e indispensável de cada uma dessas vertentes como um direito fundamental.

A concorrência, seja na modalidade econômica ou trabalhista, tem uma carga significativa de direito fundamental, o que demonstra a relevância do tema. Economia e Trabalho são pilares estruturais de qualquer sociedade. Sem eles, o equilíbrio social fica gravemente adoecido.

Diante disso, o empregador e empregado são titulares de direitos fundamentais os quais devem ser observados independentemente do contexto no qual estiverem inseridos. Contudo, esclarecemos que os direitos fundamentais não são absolutos, isto é, são mitigados e adequados para seu melhor desempenho no caso prático, à semelhança do que ocorre com os princípios.

Além disso, apesar de poucos juristas apontarem para a eventual hierarquia entre os direitos fundamentais, entendemos não ser acertada esta afirmação. Os direitos fundamentais não têm hierarquia entre si, com exceção ao direito da dignidade humana sobretudo pela carga valorativa e intrínseca a todos os direitos e princípios que carrega consigo. Portanto, ele se transforma e se positiva como norteador supremo da contemporaneidade.

Considerando o caminho legislativo, os direitos fundamentais brasileiros estão catalogados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Cumpre desvendarmos a mística em torno do dispositivo mencionado e os direitos fundamentais.

Apesar de previsto no artigo constitucional, não são apenas aqueles considerados como direitos fundamentais, pois da hermenêutica dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º já é possível chegarmos à tal conclusão.

Por esta razão, ao avaliarmos o rol do artigo 5º, temos clareza que a simples ausência de previsão normativa constitucional não autoriza o seu desrespeito, ou de uma maneira mais branda, a ausência de previsão normativa constitucional não conduz ao entendimento da desproteção do direito buscado.

A Constituição da República de Portugal, por sua vez, é mais didática que a brasileira, desmistificando qualquer interpretação ambígua sobre o tema. No contexto dos direitos fundamentais, citamos o artigo 16º:

Artigo 16º

Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.
2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Devemos, portanto, perseguir o espírito da Constituição Federal de 1988 e dos Tratados sobre Direitos Humanos aos quais o Brasil é signatário, quais sejam fundados na democracia social, com respeito à vontade das minorias, a consagração dos direitos fundamentais sociais e valorização do trabalho, além de outros expressados no corpo magno.

4.3.1 Conceituações

A Consolidação das Leis do Trabalho não aborda o tema, mas não impede o regramento indireto pela via da eficácia dos direitos fundamentais. Mesmo diante do silêncio do legislador trabalhista, o artigo 8º prevê a autorização da qual nos valem para o debate.

Ademais, a própria Constituição Federal de 1988 estimula o uso do direito estrangeiro quando da abordagem da eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais.

Esta eficácia enfrenta de imediato uma dificuldade quanto ao seu conceito: qual a definição de direitos fundamentais? Inúmeras são as teorias e explicações, o que representa uma ausência de consenso doutrinário sobre o tema. É comum serem referidos como direitos humanos, direitos naturais, liberdades pública ou direitos das pessoas. Contudo, devemos privilegiar as correntes mais fortes na doutrina para elegermos ou então elaborarmos uma principal.

Apesar da dificuldade apontada, importante distinguirmos entre direitos humanos e fundamentais para a correta compreensão do Direito. Daí destacamos os que seguem:

José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁰ chama de direito do homem os direitos humanos, e define como direitos válidos para todos os povos em todos os tempos; e na outra mão, os direitos fundamentais são direitos do homem garantidos e limitados no tempo e no espaço.

Por sua vez, José Carlos Vieira de Andrade⁷¹ atesta a existência dos direitos fundamentais sob diversas perspectivas:

1. perspectiva jusnaturalista: direitos fundamentais coadunam com a ideia de direitos naturais, atemporal e independente do lugar.

2. perspectiva constitucional: são os direitos mais importantes marcados pelo tempo e local, mas inseridos numa comunidade ou Estado.

3. perspectiva universalista ou internacionalista: são os direitos mais importantes marcados pelo tempo e local considerados as grandes geografias mundiais.

José Afonso da Silva⁷², entretanto, reconhece os direitos humanos como a expressão “direitos do homem”, presente em declarações e convenções internacionais; já para os direitos fundamentais sugere “direitos fundamentais do homem” pois além de princípios institui mecanismos para a harmonia social de forma digna, livre e igualitária.

Antonio-Enrique Pérez Luno⁷³ defende sucintamente que os direitos humanos são tanto os direitos positivados quanto os ainda não escritos, diferentemente dos direitos fundamentais que são apenas positivados no sistema jurídico interno.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.

⁷¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p.15.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 176-177.

⁷³ PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004, p.44.

O estudo do Estado e sua origem é o ponto de partida para Paulo Bonavides⁷⁴. Segundo ele, ainda que exista eventual divergência terminológica, o que importa saber é que a expressão direitos fundamentais é mais utilizada nas Constituições cujo Estado se funda na dignidade da pessoa humana. Desta forma, tem direitos fundamentais como referência mais comum a doutrina alemã, e direitos humanos (ou do homem) referida mais rotineiramente na doutrina anglo-saxônica e latina.

Já Marco Antonio Marques da Silva entende direitos humanos como “um corpo jurídico dito de direito natural, ínsito na natureza humana, e que, portanto, está acima das Constituições que são obras políticas, feitas pelos homens”⁷⁵.

Não obstante as vastas definições, nos bancos acadêmicos é comum separar direitos fundamentais de direito humanos por meio de quatro teorias, as quais apresentamos a seguir:

1^a) **Teoria da Sinonímia:** Por esta teoria, direitos humanos e fundamentais são sinônimos, vez que são destacados da ordem jurídica e buscam a dignidade da pessoa humana e a realização do Estado Democrático de Direito.

2^a) **Teoria Formal:** Prega que os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal enquanto os direitos humanos são localizados em Tratados Internacionais. Todavia, perdeu força com a introdução do parágrafo 3º do artigo 5º pela Emenda Constitucional 45 de 2004.

3^a) **Teoria da Busca da Essência do Direito:** direitos humanos são inerentes à condição humana e preexistem à sua ordem, logo, independem de posituação; a norma que os prevêem é declaratória. Por sua vez, os direitos fundamentais precisam ser positivados para nascerem, são portanto marcados no tempo.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.560.

⁷⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.) **Tratado Luso-Brasileira da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 230.

4^a) **Teoria da Amplitude:** para esta teoria, são direitos fundamentais aqueles positivados em textos que versem sobre matéria constitucional (previstos na Constituição, ratificados em atos internacionais, atos infraconstitucionais) e os advindos implicitamente. Assim, a lei ordinária pode conter um direito fundamental como, por exemplo, o Estatuto do Idoso.

Em contrapartida, os direitos humanos são titularizáveis pelo ser humano; desta forma, as pessoas jurídicas podem ser titulares de direitos fundamentais, mas não de direitos humanos porque esta categoria é reservada às pessoas naturais.

Dentre as variadas conceituações e opções de adesão a uma ou outra teoria ou entendimento individual doutrinário, é possível concluirmos por certa similaridade quando comparadas as afirmativas transcritas sobre direitos fundamentais e humanos. Podemos atestar, como majoritário na doutrina, e importante ao estudo por nós desenvolvido, o posicionamento de que direitos fundamentais são inerentes à condição de ser humano e relacionados aos preceitos de dignidade, igualdade e liberdade e têm como instrumento de afirmação a dignidade da pessoa humana. Neste sentido é o posicionamento de Renato Rua de Almeida:

A força da universalização dos direitos humanos em tratados internacionais provocou a internalização desses direitos humanos nos textos constitucionais como direitos fundamentais.

As Constituições alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988, são exemplos de consagração dos direitos humanos como direitos fundamentais⁷⁶.

De maneira um pouco mais corriqueira, mas sem perdermos a conclusão esboçada, podemos dizer que os direitos fundamentais são os direitos humanos previstos em âmbito internacional que foram positivados constitucionalmente. Quando consagrados têm a máxima efetividade, vinculam o Estado e seus particulares e podem inclusive ser diretamente aplicados entre particulares, vinculando-os.

⁷⁶ ALMEIDA, Renato Rua de. **Direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores**. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/renato_rua_almeida/renatorua_direitos_inespecificos_trabalhadores.pdf. Acesso em 20 mar. 2013.

Já os direitos humanos são aqueles inerentes à condição humana, isto é, titularizados pelas pessoas naturais, outrora denominadas pessoas físicas. A importância do tema também foi objeto destacado por Carlos Roberto Husek:

Vemos os direitos fundamentais como os mesmos direitos humanos, embora limitados no tempo e espaço, porque fazem parte de um determinado sistema jurídico. Portanto, de forma simples, poderíamos dizer que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados em uma ordem jurídica a ser considerada⁷⁷.

O autor prossegue relacionando-o com a seara econômica, nos seguintes termos:

Na grande maioria dos países a gravidade de tais direito [direitos humanos] vem sendo reconhecida, e efetivamente contam com várias regras protetivas do Estado, mas nos países em desenvolvimento, a necessidade de tal proteção aumenta à medida que o poder econômico e o capitalismo sem fronteiras, subjulga pobres e necessitados na busca do lucro⁷⁸.

4.3.2 Função e eficácia dos direitos fundamentais

Ultrapassada a fase de conceituação dos direitos fundamentais, aprofundaremos o estudo das suas funções, muito pouco exploradas pela maioria dos doutrinadores. Para estudá-las, adotaremos a classificação elaborada por José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁹:

(a) *Função de defesa ou liberdade*: os direitos fundamentais possuem o papel de coibir a interferência estatal na esfera das liberdades individuais.

⁷⁷ HUSEK, Carlos Roberto. As normas internas e o direito internacional. In: MARTINEZ, Pedro Romano; SILVA, Marco Antonio Marques da; OLIVEIRA, Nelson Faria (orgs). **Análise Contemporânea do direito em face da globalização e da crise econômica**; II CID- Congresso Internacional de Direito (Brasil - Europa). Lisboa: Almedina, 2009, p. 234.

⁷⁸ HUSEK, Carlos Roberto. As normas internas e o direito internacional. In: MARTINEZ, Pedro Romano; SILVA, Marco Antonio Marques da; OLIVEIRA, Nelson Faria (orgs). **Análise Contemporânea do direito em face da globalização e da crise econômica**; II CID- Congresso Internacional de Direito (Brasil - Europa). Lisboa: Almedina, 2009, p.235.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407- 411.

(b) *Função de prestação social*: condiz com a ideia do Estado criar mecanismos fáticos para o desempenho dos direitos fundamentais, ou seja, serviços e benefícios estatais que propiciem a execução dos direitos fundamentais. Temos aqui o Estado promotor das políticas públicas.

(c) *Função de proteção perante terceiros*: o dever do Estado não é apenas o de oferecer subsídios para a proteção e defesa dos direitos, mas deve também oferecer proteção e defesa nas relações particulares, ou seja, garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações travadas entre os indivíduos.

Baseado neste dever de proteção da jurisprudência alemã é que Gilmar Mendes⁸⁰ propõe a classificação: dever de proibição, dever de segurança e dever de evitar riscos.

(d) *Função de não discriminação*: baseada no princípio e direito da igualdade, prega a não discriminação entre as pessoas com o consequente tratamento igualitário entre elas. A teoria da não discriminação é aplicável a toda e qualquer espécie de direito, garantia e liberdade, firmando uma sociedade pluralista e inclusiva.

Superadas as questões sobre a conceituação da dogmática e sua função, analisaremos agora as dimensões da eficácia dos direitos fundamentais.

Nosso objetivo é desvendar de forma mais clara o que vem a ser eficácia. No cotidiano, referimo-nos a eficácia como a conquista do resultado desejado, isto é, o resultado de um efeito buscado e esperado.

Transpondo à ótica jurídica, a eficácia, conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁸¹, possui três aspectos incidentes: eficácia técnica, jurídica e social. A espécie técnica da eficácia ostenta aquela norma que, realizado o fato por ela descrito, tem aptidão de pronto para irradiar efeitos. No mesmo sentido é a eficácia jurídica: são fatos jurídicos que externalizam as consequências prescritas e previstas pelo ordenamento. Por fim, o conteúdo da

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em: 31 jan. 2013.

⁸¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

eficácia social não poderia ser diferente das anteriores, além de permitir a produção concreta de resultados no plano dos fatos sociais.

Pois bem, a eficácia é uma singular que admite modalidades ou espécies do mesmo fenômeno sempre relacionadas à consagração de resultados esperados. Segundo Maria Helena Diniz, a eficácia:

é a qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso⁸².

Dentro do tema da eficácia, sendo dela parte indissociável, temos duas espécies que merecem igual observação pela sociedade e seus agentes: eficácia horizontal e eficácia vertical. Apesar de deterem similar importância, a vertente horizontal ainda encontra resistência por parte da doutrina mais arcaica do positivismo jurídico, razão pela qual merece nosso destaque.

A fim de problematizar a questão, invocamos inicialmente o estudo de Renato Rua de Almeida, que dispõe:

As doutrinas constitucional e trabalhista modernas em matéria de direitos humanos, que foram internalizados constitucionalmente como direitos fundamentais, tanto os de primeira geração, chamados direitos individuais ou da cidadania, como os de segunda geração, chamados direitos sociais, debatem se a eficácia horizontal de tais direitos fundamentais nas relações privadas, e, em particular, os direitos fundamentais sociais de trabalho dá-se de forma direta e imediata ou indireta e mediata, na busca de sua máxima efetividade técnica e social⁸³.

Para entendermos como surgiu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é necessário entendermos um pouco sobre o histórico desta categoria de direitos.

⁸² DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.30.

⁸³ ALMEIDA, Renato Rua de. **Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?**. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/renato_Rua_almeida/renato_Rua_despedida_em_massa.pdf. Acesso em 18 mar.2013.

Os direitos fundamentais foram idealizados com o intuito de proteger os indivíduos das intromissões do Estado, o que nos leva a concluir que desde a idealização dos direitos fundamentais a eficácia vertical já existia.

Desta forma, a finalidade dos direitos fundamentais era proteger a liberdade individual e social, sendo, portanto, direitos de defesa invocados em face do Estado.

A eficácia vertical é a relação hierarquizada de poder na qual o Estado está no topo e o indivíduo/sociedade na base. Configurada a fragilidade do particular diante da entidade pública, a eficácia dos direitos fundamentais nesta relação específica impõe um freio inibitório aos abusos e intromissões. Temos então que a vinculação estatal aos direitos fundamentais se dá de duas maneiras: positiva: (criar medidas de proteção aos direitos fundamentais) e negativas (o Estado não pode se imiscuir no exercício dos direitos fundamentais).

Atentemos ao fato de que, ao falarmos da relação de poder do Estado, nos referimos aquele que compreende os três poderes, segundo a tripartição proposta por Montesquieu: Judiciário, Legislativo e Executivo.

No entanto, nos parece lógico que mesmo diante da eficácia vertical dos direitos fundamentais os indivíduos deveriam respeitar os direitos fundamentais uns dos outros; o que se explica neste contexto é que num conflito entre particulares, o que era invocado era uma legislação específica e autônoma, e não a estrutura dos direitos fundamentais.

Um dos argumentos para a não aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais era o fato dos indivíduos serem sujeitos jurídicos iguais; não havia qualquer posição de hierarquia.

Contudo, notou-se que não apenas o Estado poderia apresentar ameaças aos direitos fundamentais dos cidadãos, mas também, os próprios cidadãos, em certas ocasiões poderiam lesionar outros direitos individuais.

Um exemplo são as corporações privadas que estão numa posição de dominação, sobretudo por meio da concentração financeira: aparentemente parece haver uma autonomia da vontade, mas quando se detecta num dos polos da relação uma pessoa vulnerável/ hipossuficiente, a

autonomia da vontade passa a ser relativizada, vez que o vulnerável não possui as mesmas condições para brigar e impor seus direitos justamente pela submissão que possui em relação à parte poderosa, portanto, uma relação de dominação entre particulares.

A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas se dá quando as relações envolvem pessoas coletivas (ou indivíduos) que disponham de poder especial sobre outros indivíduos. O poder que um particular exerce sobre o outro não é necessariamente jurídico, mas social, econômico ou político. Todavia, é esta a razão que justifica a proteção entre particulares, haja vista que uma das partes estará sempre em posição de fragilidade.

Temos assim que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais existe na medida em que os sujeitos particulares também podem violar direitos de outros indivíduos; não é apenas o Estado o agente violador ou agressor.

Não obstante a detecção de particulares contra particulares, a proteção de um perante o outro urge resposta igualmente enérgica como se se tratasse da seara público-privada: é necessário invocar direitos fundamentais para resguardar o equilíbrio e o interesse. Mas como saber se há ou não a prerrogativa do chamamento dos direitos fundamentais perante o outro indivíduo particular? Quando for possível identificar na relação pessoas vulneráveis em relação ao outro polo, por qualquer motivo social, econômico, jurídico ou político.

Entretanto, destacamos que é preciso assegurar uma proteção mais intensa aos particulares vulneráveis nas relações privadas com as pessoas particulares poderosas, mas considerando que aqueles que estão em posição de superioridade também são titulares de direitos fundamentais.

Esclarecemos, ainda que a vinculação de particulares a direitos fundamentais refere-se a todos os particulares indistintamente, em qualquer relação privada. Assim, a invocação dos direitos fundamentais aos entes particulares não envolvem apenas grandes corporações.

Pelo cenário aqui descortinado, sem eu haja a pretensão de inovar no cenário constitucional dos direitos fundamentais, podemos considerar, na verdade, que a eficácia horizontal entre particulares (e o que nos

interessa: entre empregador e empregado) é, na realidade, uma eficácia diagonal uma vez que os indivíduos na relação interpessoal não estão em patamares equânimes sobretudo pelos efeitos que a relação de poder exerce sobre o outro.

4.4 Princípio da Proporcionalidade

4.4.1 Razões

O princípio da proporcionalidade é um dos princípios mais substanciais do direito contemporâneo, como também o é o da dignidade da pessoa humana.

Atrelamos à palavra 'proporcionalidade' os conceitos de equilíbrio, harmonia, justiça. Mas estes conceitos demasiadamente abstratos não bastam para haver a operacionalidade do princípio.

O princípio da proporcionalidade tem como finalidade estabelecer uma extensão e alcance de direitos e garantias individuais e coletivas, concretizando os valores constitucionais debatidos nas questões sujeitas.

As limitações funcionam como adequações do conteúdo ao ordenamento jurídico para que todos os valores e pretensões sejam privilegiados. Ilustrativamente é como se o caso prático fosse uma caixa e os princípios e valores fossem bolas dentro desta caixa: algumas serão comprimidas, outras ficarão mais soltas.

Todavia, a limitação aos direitos fundamentais, ocasionada pelo princípio da proporcionalidade não pode ter caráter subjetivo; a justificativa da restrição deve estar presente em norma constitucional uma vez que atingirá objetivamente um direito fundamental.

Embora seja notória a importância do princípio em comento, ele não se constitui como um direito fundamental, mas como um critério para

controlar o os limites e conteúdo desta categoria de direitos, recaindo não sobre o “que”, mas sobre o “como”⁸⁴.

4.4.2 Conteúdo jurídico do princípio da proporcionalidade

Almeja-se, com o princípio da proporcionalidade, verificar a relação estabelecida entre os meios e os fins da limitação do direito fundamental e o valor ou direito que se busca proteger, isto é, sua finalidade está em adequar os meios para limitar o direito, valendo-se de instrumentos eficazes para o objetivo sem onerar demasiadamente qualquer das partes. Julio Ricardo de Paula explica:

Importa ressaltar que o princípio da proporcionalidade, além de servir como método verificador da legitimidade de eventuais intromissões dos poderes públicos na esfera privada dos direitos e liberdades públicas dos cidadãos, mais do que isso, o referido princípio deve servir como critério orientador para a resolução de conflitos entre os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos nas mais variadas espécies de relações jurídicas, e, no presente caso, sobretudo, aquele vínculo mantido entre o empregador e trabalhador⁸⁵.

O princípio da proporcionalidade comporta três subdivisões: princípio da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O **princípio da adequação** considera necessário que a medida restritiva adotada seja apta/ adequada para a proteção do direito almejado; ou seja, que o meio escolhido seja adequado/ apropriado para a finalidade pretendida.

Importante notarmos que não é necessário à medida eleita satisfazer completamente a finalidade, bastando concretizar parcialmente a pretensão. Em outras palavras, notamos que o princípio da adequação será satisfeito quando o meio eleito para a tutela do direito consagre-o, mesmo parcialmente.

⁸⁴ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direito fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007, p.91.

⁸⁵ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direito fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007, p.93.

Carlos Bernal Pulido⁸⁶, por sua vez, entende que o melhor é falar em princípio da idoneidade, pois contem dois elementos indispensáveis: a legitimidade constitucional do objetivo e a idoneidade da medida adotada.

Já para o **princípio da necessidade**, a medida eleita para restringir o direito fundamental tem de representar o menor ônus/ gravame para o direito a ser limitado.

Conforme o entendimento doutrinário, diante de algumas alternativas para limitar o direito, há que se optar por aquela que, igualmente eficaz, seja menos gravosa ao sujeito que sofrerá a limitação⁸⁷.

Note, portanto, que dentre os meios à disposição, deve-se escolher aquele que – apresentando o mesmo grau de eficácia que os demais – represente um sacrifício menor ao direito, sob risco de incidir em inconstitucionalidade.

Assim, se houver duas medidas de limitação, sendo a primeira mais suave para o direito, mas não tão eficiente, já a segunda, apesar de mais eficaz para o objetivo pretendido, constitui maior gravame, é a segunda opção que deverá ser escolhida.

Em outras palavras, o que descortina o princípio é o fato de não necessariamente ser eleita a via menos gravosa ao direito caso ela seja menos eficaz que alguma outra. Deverá haver um sopesamento entre as possibilidades e a escolha, em regra, pela mais eficaz à manutenção e resguardo do direito.

Por fim, o **princípio da proporcionalidade em sentido estrito** impõe um equilíbrio entre os benefícios com o direito a ser protegido, a limitação do direito e os prejuízos que advierem da limitação.

Este princípio deve, portanto, avaliar o sacrifício do direito fundamental com a importância do interesse a ser protegido, concluindo se há ou não relação razoável ou proporcional entre eles.

⁸⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. **El juicio de La igualdad em La jurisprudência de la corte constitucional colombiana**. Comisión Andina de Juristas/ Red de Información Jurídica, Lima, 2006. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>. p.58. Acesso em: 31 jan. 2013.

⁸⁷ CARRIZOSA PRIETO, Esther. **El principio de proporcionalidad em el Derecho Del Trabajo**. Revista Espanola de Derecho Del Trabajo. Madri, n. 123, 2004, p.488.

4.5.3 Direito do empregado *versus* direito do empregador no contexto do princípio da proporcionalidade

Todos os princípios e regras são importantes e variam de intensidade de acordo com o caso apresentado. Ao longo da Constituição Federal há o reconhecimento de direitos e garantias não apenas do empregado, mas também do empregador, como os princípios da livre concorrência e da iniciativa privada, conforme o artigo 170.

É certo que a maior dificuldade talvez seja consagrar os direitos dos trabalhadores quando esbarram no poder diretivo do empregador. Sobre o tema, Julio Ricardo de Paula Amaral comenta:

De igual sorte, não há como negar, ainda, que a aplicação dos direitos fundamentais dos trabalhadores no espaço físico das empresas encontra grandes obstáculos, sendo que, por um lado, tem-se o grande potencial lesivo consubstanciado no poder de direção do empregador que busca, ao máximo, ampliar a produção com a diminuição dos respectivos custos, e, por outro, pela absoluta ignorância da lei em reconhecer de forma expressa tais direitos nas relações trabalhistas ⁸⁸.

Assim, apesar do objetivo primeiro ser a proteção do trabalhador, o empregador também tem direitos fundamentais e constitucionalmente tutelados, os quais, no contexto da cláusula de não concorrência, são especificamente o direito à propriedade privada e à livre iniciativa, do lado do empregador, e o direito à liberdade de trabalho, do lado do empregado.

O reconhecimento da importância dos direitos dos empregadores gera possíveis conflitos de duas ordens: em primeiro lugar, porque não costuma ser o foco do estudo a preservação dos direitos e interesses patronais diante dos seus subordinados; o comum é proteger o fraco em relação ao mais forte, no caso o empregador; em segundo lugar, há o conflito entre os direitos das partes na relação de trabalho, vez que nenhum dos direitos dos envolvidos podem ser considerados absolutos (lembramos que mesmo os trabalhadores representando a parte mais fraca, seus direitos comportam limitações).

⁸⁸ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007, p.99.

A questão toma maiores proporções por estarmos lidando com direitos fundamentais de ambos os lados. Tanto o empregador quanto o empregado têm envolvidos na cláusula de não concorrência direitos irrenunciáveis porém restringíveis, como o são os direitos fundamentais.

Emerge, portanto, para o melhor equilíbrio entre os direitos das partes a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar os impasses.

Concluimos que o princípio da proporcionalidade exerce relevante papel na preservação e proteção dos direitos fundamentais do trabalhador frente aos poderes empresariais; no entanto, a via inversa é igualmente verdadeira, haja vista que devem ser também preservados os interesses privados dos patrões frente ao mercado de produtos e serviços.

5. RELAÇÃO TRABALHISTA

5.1 Definição: relação contratual de emprego

A fim de introduzir especificamente o estudo da cláusula de não concorrência, importante estudarmos a relação contratual de emprego uma vez que a cláusula se origina na relação de emprego, ainda que os seus efeitos surtam após a rescisão.

Por estas razões partiremos de um breve estudo sobre a distinção e a caracterização entre as figuras da relação de emprego e da relação de trabalho, para só depois analisarmos a cláusula limitadora da concorrência.

Com a reforma do Poder Judiciário materializado na Emenda Constitucional nº 45 de 2004, alterou-se muito a competência da Justiça do Trabalho, o que fez surgir muitas críticas em torno do artigo 114 da Constituição Federal de 1988, sobretudo em relação a conceituação e aos julgamentos atribuídos à Justiça do Trabalho.

Atualmente a questão está pacificada na doutrina e jurisprudência, mas nem sempre foi assim. Três correntes emergiram: a primeira defendia que *relação de trabalho e de emprego* eram sinônimos, logo não haveria modificação ou ampliação da competência trabalhista. Propunha-se alargar a relação de emprego para abarcar todos os trabalhadores. Por estar completamente equivocada, o entendimento desta corrente é inaplicável.

Já a segunda e a terceira correntes partem da mesma premissa: relação de trabalho é maior que relação de emprego. A relação de trabalho seria *gênero*, e a relação de emprego seria uma *espécie* dele (majoritária).

Entretanto, para a segunda corrente faz-se uma interpretação da relação de trabalho *ampliativa* e para a terceira corrente faz-se uma interpretação *restritiva*. Aqui entra o debate concernente à relação de consumo.

A corrente ampliativa entende que a *relação de consumo* também pode caracterizar uma relação de trabalho; seria suficiente para configurar esta relação o simples fato de um ser humano prestar serviço, pessoalmente, à outra pessoa.

A restritiva posiciona-se exatamente no lado oposto, ao excluir da competência da Justiça do Trabalho a relação de consumo. Para essa corrente, o trabalhador (ser humano) presta serviço pessoalmente e por conta alheia. Numa relação de trabalho, existe sempre a figura do tomador do serviço (aquele que adquire a energia de trabalho e ganha em cima dela). Há uma exploração capitalista da energia do trabalho humano usada como fator de produção para obter mais valia.

Existiria, ainda, uma corrente intermediária que defende a competência compartilhada das Justiças do Trabalho e Comum, porque, segundo esse entendimento, a relação de consumo é bifronte, a depender de quem está postulando e de quem está sendo postulado. Se for o prestador de serviço cobrando pagamento, seria competência da Justiça do Trabalho. Esta corrente foi prontamente rejeitada pois não é possível repartir competência judiciária para uma mesma relação jurídica por ferir o princípio da unidade de jurisdição.

Pela análise dos recentes julgamentos dos Tribunais Superiores, a tendência é a de não abranger relação de consumo, até mesmo porque se abarcasse as mais variadas relações, ampliando a sua competência, não mais justificaria ser a Justiça do Trabalho uma justiça especializada.

Ela foi criada justamente para equilibrar o capital e o trabalho, cuidar do hipossuficiente dando-lhe força jurídica, haja vista que a força econômica é detida pelo empregador. Presta-se a soluções conflituosas sensíveis que envolvem questões afetas à sobrevivência digna das pessoas, regulação do desenvolvimento da ordem econômica, redução das desigualdades econômicas e sociais, dentre várias outras. Ainda que a relação consumerista também possua uma parte diametralmente mais fraca, o conflito que a envolve não seria capital *versus* trabalho (a exemplo, uma ação ajuizada por um paciente contra um cirurgião plástico por dano estético).

Superada a questão terminológica, passemos ao conteúdo. Conforme observamos, prevalece o entendimento de que a relação de trabalho é gênero do qual a relação de emprego é espécie. Outras espécies laborais englobadas pela relação de trabalho são, por exemplo, o trabalhador autônomo, eventual ou avulso.

Por sua vez, a relação de emprego é esclarecida pela Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 2º e 3º:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Depreendido o conceito da relação de emprego, identificamos mais facilmente as suas características, ou melhor, os elementos do instituto.

5.2 Elementos da relação de emprego

A doutrina trabalhista elenca os elementos da relação de emprego de formas variadas sem, contudo, divergir em seu conteúdo. Há autores que apresentam quatro elementos (pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade); outros, como Maurício Godinho Delgado⁸⁹, demonstram cinco (pessoalidade, pessoa física, habitualidade, subordinação e onerosidade) e há ainda quem aponte seis (pessoalidade, pessoa física, habitualidade, subordinação e onerosidade e alteridade). Na verdade, todos se referem ao mesmo conteúdo elementar. A diferença reside no fato de ser uma apresentação mais enxuta por englobar dois elementos em um único, como é o caso da subordinação e alteridade, ou mesmo da pessoa natural e personalidade.

⁸⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p.279.

Em suma, todos se referem ao mesmo conteúdo material elementar para configurar o vínculo empregatício e demonstram a cumulatividade dos elementos como essencial para tal.

Apenas para finalidade acadêmica adotamos a forma mais extensa dos elementos da relação de emprego, quais sejam: pessoa física/natural, pessoalidade, habitualidade, onerosidade, subordinação e alteridade.

a) Pessoa Física/ Natural: O empregado tem de ser pessoa natural porque toda a tutela trabalhista foi pensada com base em um ser que gasta energia de trabalho; é um hipossuficiente na relação usando sua força de trabalho como troca de salário. Ademais, conforme menciona Mauricio Godinho Delgado⁹⁰, o vocábulo trabalho relaciona intrinsecamente à atividade humana, enquanto serviços referem-se tanto à pessoa natural quanto jurídica. Assim como em outras situações laborais, qualquer simulacro será analisado na prática pelo princípio da primazia da realidade e em caso de fraude será aplicado o art. 9º da CLT.

b) Pessoalidade: esta pessoalidade tem grau elevadíssimo, é o *intuitu personae*, configurando uma verdadeira relação de infungibilidade na perspectiva do trabalhador. Contudo, é apenas do obreiro e não do empregador, haja vista que este último pode ser mudado, como é o caso da sucessão de empregador (artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho). A pessoalidade faz com que se queira energia de trabalho exclusiva de certa pessoa; razão esta que proíbe o empregado fazer-se substituir por outrem.

c) Habitualidade: a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 2º, não se vale do vocábulo “habitualidade”, e sim “não eventual”. Contudo, no senso comum, habitual seria aquilo que se repete.

Há quatro teorias que explicam o que é habitual para a relação de emprego: continuidade, do evento, dos fins do empreendimento e fixação jurídica ao tomador de serviços. Cumpre esclarecermos que apenas a teoria da continuidade basta por si; as outras devem ser aplicadas conjuntamente.

⁹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p.280.

1ª. **Teoria da Continuidade** (ou Teoria da Descontinuidade⁹¹): habitual é quem trabalha sem interrupções, isto é, carga de repetição intensa. Deste modo não seria habitual quem trabalhasse duas vezes por semana ou quinzenalmente. Essa teoria não foi acolhida pela Consolidação das Leis do Trabalho, pois é possível ter relação de emprego mesmo trabalhando duas vezes por semana. Ela foi adotada pela lei do doméstico (artigo 1º da Lei 5.859/72⁹²), a qual estabelece que deve ter um certo grau de repetição mínimo para ser configurada a relação de emprego (“prestação de serviços de natureza contínua”). Este grau de repetição para a configuração de vínculo de emprego é de três vezes durante a semana, segundo o Tribunal Superior do Trabalho. Não obstante o posicionamento jurisprudencial, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, na Súmula 19⁹³, declara que apenas com mais de três vezes é que existiria relação empregatícia.

Todavia, não basta analisarmos o elemento da habitualidade para a questão entre empregado doméstico e diarista. Outros caminhos devem ser observados, entre eles, se há vários empregadores, se o valor da diária é superior ao valor do dia do doméstico, a frequência dos pagamentos (diários, semanais, mensais).

2ª. **Teoria do Evento**: proclama que trabalhar num evento esporádico não gera habitualidade pela ausência de repetibilidade futura, isto porque quem trabalhou só num evento esgota sua prestação de trabalho naquele instante. Este evento pode se referir tanto à atividade fim quanto à atividade meio.

Para elucidar, imaginemos um ministro convidado por uma universidade para proferir uma aula. Ora, a atividade fim da universidade é o ensino mas o ministro estará apenas em um evento, uma aula específica, sendo impossível considerá-lo empregado apenas por este fato.

⁹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p.284.

⁹² Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei.

⁹³ Súmula 19 – “A prestação laboral doméstica realizada até três vezes por semana não enseja configuração do vínculo empregatício, por ausente o requisito da continuidade previsto no art. 11 da Lei 5.859/72”.

3ª. Teoria dos Fins do Empreendimento ou Inserção nos Fins do Empreendimento: tudo o que a empresa normalmente precisa executar seria uma atividade permanente, portanto, os fins do empreendimento têm repetibilidade futura. As atividades permanentes podem ser tanto na atividade meio quanto na atividade fim. Assim, melhor seria chamar de “inserção nas atividades permanentes ou ordinárias da empresa”.

Em análise desta teoria, é empregado o trabalhador chamado a colaborar com os fins do empreendimento, sejam eles a própria função social ou suas atividades permanentes.

4ª. Teoria da Fixação Jurídica ao Tomador de Serviço: quem trabalha de forma repetida, com previsão de repetibilidade futura e está dentro dos serviços permanentes da empresa, tem vínculo jurídico com o empreendedor. Isto significa que o empregado é contratado para gastar sua energia de trabalho para um tomador específico. Havendo mais de um empregado, cada qual terá uma fixação jurídica (isso porque a exclusividade não é requisito essencial do contrato). Em outras palavras, esta fixo a um tomador, em contraposição ao trabalhador que exerce atividades para vários tomadores simultaneamente. O avulso é um exemplo desta situação.

A conclusão a qual chegamos é que a habitualidade como elemento da relação de emprego protegida pela CLT condiz com a conjugação de três teorias: teoria do evento, teoria da inserção nos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica ao tomador de serviços.

d) Onerosidade: é o objetivo na relação de emprego. Gasta-se força de trabalho porque quer receber salário. O intuito da relação de emprego é sempre oneroso, não há vontade de doar força de trabalho, mas atentemos ao fato de ser ‘intenção’ onerosa porque pode haver a expectativa do recebimento de salário mas se este não ocorrer, ou seja, a ausência de contraprestação pecuniária não desconfigura a relação empregatícia. Assim, em caso de trabalho voluntário, não há que se falar em emprego, apesar de ser possível perceber ajuda ou uma bolsa auxílio.

e) Subordinação: mais uma vez a Consolidação das Leis do Trabalho se vale de outro termo: *dependência*. A crítica à adoção da

“dependência” é por carregar consigo uma carga pessoal. Ao se referir ao empregado como dependente do empregador, a primeira ideia que nos vem à mente é de uma verdadeira sujeição pessoal, o que é fortemente refutada.

Pelo estudo etimológico, elaborado por Adriana Calvo⁹⁴ e Mauricio Godinho Delgado⁹⁵, é possível depreendermos o valor material da palavra subordinação: *sub* significa ‘baixo’, e *ordinare* significa ‘ordenar’. A subordinação nada mais é do que aceitar ordens do empregador, sujeitar-se aos comandos diretivos de quem o contratou, vale dizer, é se colocar à disposição para que o empregador dirija a prestação dos serviços. É graças à subordinação que o empregado não se responsabiliza pelos resultados, portanto não assume os riscos do negócio, até mesmo porque o empregado não pode desempenhar suas atividades com plena liberdade.

Ressaltemos que a subordinação não é pessoal, ou seja, o empregado não se torna vassalo do empregador; as ordens e mandamentos dizem respeito apenas às questões afetas ao vínculo de emprego. Mesmo assim, o tomador deve respeitar a dignidade e a liberdade do empregado, além de preceitos norteadores da moral, da ética, e dos bons costumes.

Hoje a natureza da subordinação está pacificada na doutrina, mas é razoável que saibamos as demais conjecturas para defendermos a posição adotada.

As naturezas da subordinação (ou tipos) eram basicamente quatro: técnica, econômica, social e jurídica. A subordinação técnica pressupunha que era o empregador que detinha o *know-how*, mas hoje o que se verifica é justamente o contrário, haja vista que é o empregado o conhecedor das atividades. Isso é fácil de visualizar quando notamos que a maioria dos donos de hospitais não são médicos.

A subordinação econômica é ainda hoje defendida por alguns autores. Eles afirmam que o empregado recebe ordens porque quem detém o poder econômico é o empregador. Isso já está bastante mitigado haja vista que nem todo empregado precisa necessariamente do dinheiro, ou melhor, do salário para a sua subsistência. O caso prático que ilustra e afasta a

⁹⁴ CALVO, Adriana. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.23.

⁹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 290.

subordinação econômica é o dos professores universitários, pois a maioria deles não tem o magistério como sua principal fonte de renda.

Por sua vez, a subordinação social “decorre da posição social do empregado dentro da empresa como instituição”⁹⁶. Esta corrente, todavia, não ganhou muitos adeptos.

Por fim, a subordinação mais aceita na doutrina é a jurídica. Por esta espécie o empregado se coloca no estado subordinado porque ele pactua, celebra um contrato no qual assume obrigação de oferecer energia de trabalho. Em outras palavras, o empregado declara com o contrato de trabalho sua vontade de prestar o trabalho àquele empregador. Desta feita, concluímos que a subordinação empregatícia tem caráter jurídico, ou seja, é resultado da celebração do contrato de trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento assim demonstra o conceito de subordinação:

É um estado de dependência real, produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde a obrigação correspondente para o empregado é se submeter a tais ordens⁹⁷.

Além das diversas teorias sobre a natureza da subordinação, há ainda que se apresentar a discussão sobre as suas dimensões. Mas por que dimensões? A razão é explicada no sentido de adaptar às novas realidades e paradigmas conquistados com a evolução e movimentação da sociedade.

A primeira dimensão é a do plano objetivo, a qual demonstra que o simples fato de trabalhar na atividade-fim da empresa faz com que seja considerado empregado. A crítica que se faz à dimensão objetiva, *data venia*, é pela constatação de que há trabalhadores que prestam serviços na atividade-fim mas sem ser empregado (contrato de natureza civil).

Já a segunda dimensão, doutrinariamente chamada de “clássica”, é a dimensão original da subordinação, cujo conteúdo é marcado pela

⁹⁶ CALVO, Adriana. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.23.

⁹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 646.

obediência a ordens do empregador, ou seja, acolhimento do poder diretivo *lato sensu*, marcada pela intensidade dos mandamentos proferidos.

Por fim, a visão mais moderna da subordinação condiz com a ideia da subordinação estrutural, também chamada de integrativa ou reticular. Antigamente, o modelo de empresa na qual foi criado o dogma trabalhista era o vertical (presidente – vice-presidente – diretor – gerente etc). Entretanto, com o transcorrer dos anos, o modelo empresarial se modificou e hoje a empresa se organiza em rede por meio de empresas parceiras, como a indústria automobilística. As peças usadas na fabricação do carro não são integralmente daquela fábrica ou marca, assim a estrutura é de uma empresa, os vidros de outras, em uma formação agregadora de produtos.

Diante disso, a subordinação estrutural ocorre quando o empregado trabalha para uma das empresas contratadas cujo labor beneficia aquela primeira que contratou as demais. Nesta situação em rede, devemos identificar para quem ele oferece sua força de trabalho (o tomador original é quem responde pelas verbas trabalhistas). Sobre a subordinação estrutural, Mauricio Godinho Delgado esclarece:

Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços⁹⁸.

f) Alteridade: Há quem não considere um sexto elemento. A alteridade é a qualidade do que é do outro, é trabalhar por conta alheia (o empregado não trabalha por conta própria). Justamente por isso muitos autores analisam esse tema relacionado à subordinação jurídica.

O empregado na relação de emprego não trabalha por conta própria, consequência imediata é não correr o risco do negócio. Trabalha sempre por conta alheia, de um empregador. O empregador adquire a energia de trabalho, dirige essa prestação pessoal de serviço e a remunera, sendo ele o destinatário, originariamente, dos frutos desse trabalho (em regra, o

⁹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p.294.

empregado não detém aquilo que produz, assunto este relacionado à propriedade intelectual).

Por outro lado, pensando na relação de trabalho como um gênero da qual o trabalhador autônomo integra, como ficaria sua situação uma vez que tem liberdade para executar tarefas sem receber ordens? Apesar do autônomo trabalhar praticamente sem subordinação, ele não ganha tudo o que poderia, isto é, a remuneração auferida será inferior ao que realmente vale haja vista que o tomador lucra com os serviços contratados. Imaginemos um plano de saúde com médicos autônomos: os valores pagos ao plano de saúde pelo paciente não serão repassados na integralidade aos médicos prestadores.

Existe, claramente, uma exploração da energia de trabalho por parte do plano de saúde. Para o médico não ser explorado, precisa ter seu próprio consultório e atender diretamente o paciente. Neste caso, ninguém irá explorar sua energia de trabalho; o que há é uma prestação de serviço ao destinatário final (paciente) e o pagamento será feito diretamente a ele (recebe o valor total da consulta). O médico conseguiu ganhar o máximo do que vale a sua energia de trabalho. Neste caso, também correu o risco do negócio.

5.3. Natureza jurídica da relação de emprego

O estudo da natureza jurídica parte de duas ideias centrais: definição e classificação. A definição cuida dos elementos essenciais do instituto a ser analisado, enquanto a classificação compara fenômenos correlatos.

O vínculo empregatício comporta duas teorias sobre sua natureza jurídica: as teorias tradicionais do Direito Civil e as teorias específicas do Direito do Trabalho.

A teoria contratualista tradicional possui um viés estritamente ligado aos contratos de natureza civil nos quais a vontade prepondera como criadora da relação de emprego. Dentre as espécies contratuais civilistas, o contrato de trabalho se assemelhava aos contratos: (1) locação; (2) compra e venda; (3) mandato; (4) sociedade.

A teoria da locação de serviços aponta a dicotomia entre a *locatio operarum* e a *locatio operis*. A primeira diz respeito à locação de serviço, enquanto a segunda trata da locação de obra ou empreitada. Esta teoria não prosperou em razão da escolha do termo locação. Isto porque encerrado o contrato, restitui-se o locatário ao locador a coisa locada, mas é impossível restituir a energia gasta para executar um trabalho. Não se “aluga” mão de obra.

Também a teoria da compra e venda não poderia ser aceita porque o trabalho humano não é mercadoria, não podendo ser comercializado sob risco de precarizar o próprio trabalhador.

Já o contrato de mandato tem como foco a fidúcia na relação de emprego para ser caracterizado. Adriana Calvo explica a impossibilidade da semelhança ao contrato de mandato:

É de notar que mesmo em algumas situações marcadas pela elevada confiança entre as partes (trabalhador doméstico, ilustrativamente), o tipo de fidúcia inerente à relação jurídica não transfere necessariamente poderes do empregador ao empregado: ao contrário, pode até mesmo acentuar a subordinação do obreiro⁹⁹.

Por fim, a teoria do contrato de sociedade demonstra haver confusão entre subordinação e *affectio societatis*, que é esclarecida por Amauri Mascaro Nascimento:

(...) entre os sujeitos da sociedade há uma posição de igualdade, quando entre os sujeitos do contrato de trabalho há uma relação de subordinação e o empregado esta sob dependência do empregador, portanto, ambos achando-se em plano de desigualdade e não igualdade. Na sociedade, o animus que vivifica a atuação dos sujeitos é a *affectio societatis*, quando no contrato de trabalho o *animus contrahendi* é o da prestação de serviços subordinados a serem aproveitados por alguém¹⁰⁰.

Apesar das inúmeras ‘propostas’ do Direito Civil para a configuração, o movimento dinâmico e progressista do Direito do Trabalho

⁹⁹ CALVO, Adriana. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.115.

¹⁰⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 341.

caminhou para elaborar teorias próprias trabalhistas, dividindo-se, por sua vez, em teorias acontratualistas (anticontratualistas) e contratualistas.

Pela acontratualista, conforme sugere o próprio nome, nega-se que a relação de emprego tenha caráter contratual, isto é, nega que advenha da vontade das partes. Os acontratualistas, no entanto, ainda subdividem sua teoria em teoria da relação de emprego e institucionalista.

A teoria da relação de emprego na perspectiva acontratualista defende que o vínculo é formado pelo fato objetivo de trabalhar, ou seja, os direitos e obrigações insurgem pela inserção nas atividades empresarias (fato objetivo de executar tarefas). De imediato, esta teoria se mostra incompatível com a Consolidação das Leis do Trabalho pois nosso diploma aceita como trabalho o tempo no qual o empregado fica à disposição do empregador.

A segunda vertente acontratualista é a teoria institucionalista, que, apesar de rejeitar a vontade como criadora da relação de trabalho, prega que a relação de emprego surge com a inserção do trabalhador na empresa e sua submissão às regras e condições laborais estipuladas. Aldo Augusto Martinez Neto expõe a teoria institucionalista:

Situações de fato se transformam em situações de direito independentemente da vontade das partes, pois, ao ingressar na empresa o empregado nada cria ou constitui, mas ao revés, apenas se sujeita aos ditames institucionais¹⁰¹.

Ambas as vertentes do acontratualismo apresentam um grande erro em comum ao desconsiderarem a vontade como criadora da relação de trabalho. Não é apenas a restrição da vontade, mas da própria liberdade do empregado, remontando à ótica autoritária e impositiva, apesar de se constituírem sob o dado efetivo da realidade empregatícia.

Contudo, é justamente o binômio liberdade-vontade que destaca o contrato de trabalho das demais espécies pretéritas, como a escravidão e servidão. Não seria prudente aceitar qualquer proposição acontratualista sob

¹⁰¹ MARTINEZ NETO, Aldo Augusto. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**: ilicitude e direitos fundamentais. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Dez. 2012, p.57.

risco de submetermos, novamente, o obreiro aos ditames do capitalismo desumano.

Frente às contestações sobre o conteúdo das teorias contratualista tradicional e acontratualista, a posição intermediária ganha força e espaço no cenário jurídico sob a bandeira do contratualismo moderno que, por sua vez, nada mais é do que a aceitação de que a natureza jurídica do vínculo empregatício é contratual, cujo enfoque é o elemento da vontade, mas uma vontade com limitações. Maurício Godinho Delgado explica:

Não obstante limitada a vontade – sob a ótica do empregado, é claro –, sua simples configuração e convergência à vontade empresarial, no que tange à constituição do vínculo, lança no mundo jurídico, como *contrato*, o instrumento de conexão do trabalhador ao sistema produtivo. Desse modo, sendo essencial a existência da vontade (e, assim, liberdade), há contrato¹⁰².

Não bastasse a doutrina se filiar em massa à teoria contratual moderna, a própria exegese dos artigos 442, *caput*, e 443, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho fazem referência a ser o contrato um “acordo”, nos seguintes termos:

Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

(...)

Art. 443 – O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

(...)

5.4 Perfil constitucional

A relação trabalhista, na ótica do direito do trabalho, é considerada constitucionalmente um direito social, expressamente consagrado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Os direitos sociais ali especificados nada mais são do que os direitos de segunda dimensão.

¹⁰² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 304.

Alexandre Veronese¹⁰³ propõe dois conjuntos a separarem os direitos sociais: (1) direitos sociais mais próximos da dignidade humana, e (2) direitos sociais mais próximos da cidadania. Neste último estaria inserido o direito ao trabalho. Ainda que respeitoso o entendimento, não nos parece o mais acertado.

A dignidade da pessoa humana, além de fundamento da República (artigo 1º, III) pode ser considerada um 'sobrepincípio', que serve de base estruturante a todos os demais princípios e direitos. Exemplifiquemos: o direito à vida não se consagra em sua plenitude se a pessoa não obtiver a qualidade da vida digna. É neste sentido que tratamos do direito ao trabalho, um direito social inserido entre os direitos e garantias fundamentais. De nada valem normas fortes e vigorosas se forem aplicadas isoladamente, sem qualquer integração aos outros valores constitucionais. Ou seja, de que serve o trabalho se ele não for digno? É o trabalho que dignifica o ser humano, mas se ele não for decente, ético, moral, subjulgará o trabalhador a condições desumanas e degradantes, todas vedadas pelo artigo 5º, III, da Constituição Federal de 1988.

Uma vez traçado o perfil constitucional do trabalho em nossa Constituição Federal, vejamos sua integração com os demais assuntos.

Conforme verificamos no primeiro capítulo deste estudo, o valor social do trabalho é fundamento do Estado brasileiro, junto à livre iniciativa. Notemos que a livre iniciativa está atrelada ao seu valor social, assim como o trabalho, pois o artigo 1º, IV, da Constituição de 1988 aborda o valor social exatamente nestes dois aspectos: trabalho e livre iniciativa.

Nesse mesmo entendimento estão a ordem econômica e financeira, também fundada na valorização social do trabalho e da livre iniciativa (artigo 170, caput, Constituição Federal de 1988). A ordem social, por sua vez, tem no trabalho o seu alicerce a fim de alcançar os objetivos de bem-estar e justiça social, conforme o artigo 193 da Carta.

¹⁰³ VERONESE, Alexandre. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.358-359.

A qualidade de direito fundamental que possui o trabalho é liderada pela liberdade de trabalho, ofício ou profissão (artigo 5º, XIII), bem como pelo artigo 6º (direito social) e detalhado nos artigos subsequentes, 7º ao 11.

Mas não são apenas aos direitos exaltados explicitamente nos artigos mencionados que garantem ao cidadão os direitos relativos ao trabalho. Os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º trazem assuntos de suprema importância para o estudo aqui desenvolvido, justamente por serem as Convenções da Organização Internacional do Trabalho um tratado internacional sobre direitos humanos.

Pois bem; o parágrafo segundo do artigo 5º prevê um catálogo aberto de direitos, sendo portanto, rol exemplificativo, o que significa dizer que apenas ilustram a temática sem esgotá-la. Diz o este parágrafo: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Até o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, O Supremo Tribunal Federal entendia que todos os tratados internacionais, independentemente da matéria, possuíam hierarquia de lei ordinária, o que resta claro pela adoção, à época, da tese da paridade hierárquica entre tratado internacional e lei, sob o fundamento da primazia da Constituição Federal apontada no artigo 102, III, “b” da mesma.

Com a Emenda Constitucional em comento, foi acrescentado o parágrafo terceiro ao artigo 5º conferindo status constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados com quorum de três quintos, em duas votações nas duas casas do Congresso Nacional. Mas e aqueles tratados sobre direitos humanos ratificados sem o quorum previsto no parágrafo terceiro? Com a análise do caso do ‘depositário infiel’, o Supremo Tribunal Federal alterou posicionamento para adotar a tese da hierarquia supralegal, porém infraconstitucional, dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Por fim, na tentativa de conferir dinamismo ao direito fundamental, o artigo 214, IV traz um exemplo de política pública a ser desempenhada por ação do Poder Público.

Uma vez desenhado o perfil constitucional do trabalho e as características principais do contrato, temos mais embasamento para adentrarmos especificamente à cláusula de não concorrência a qual, além de ser parte integrante do contrato de trabalho, sofre influência direta dos ditames constitucionais.

6. A CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA

6.1. Conceito

O primeiro aspecto a ser destacado é a concorrência. Conforme visto em capítulo pretérito, a concorrência sempre esteve presente na história da humanidade sendo certo que se intensificou com a globalização pela facilidade de disponibilizar produtos e serviços em mercados longínquos.

Ainda que o enfoque da nossa pesquisa seja mais trabalhista e constitucional, as demais áreas das ciências sociais aplicadas também apresentam a concorrência como parte de sua temática.

De início, o Direito Constitucional traz como fundamento da República Federativa do Brasil a livre iniciativa (artigo 1º, IV) na forma de valor social, sendo igualmente fundamento da ordem econômica, assim como a livre concorrência (artigo 170, caput e inciso IV).

No Direito Econômico, a concorrência se confunde com seu próprio conteúdo por dissertar sobre disputas mercadológicas de produtos e serviços de uma mesma natureza ou similares.

No âmbito do Direito Administrativo, a concorrência representa uma das modalidades licitatórias cujo objetivo é selecionar a melhor proposta para a Administração dentro dos critérios estipulados pela lei de acordo com cada modalidade (preço; técnica; ou preço e técnica). A concorrência se faz entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a executar o serviço. A concorrência na licitação vale-se do critério 'preço' para averiguar a melhor proposta.

Por seu turno, no Direito Civil, a concorrência ocorre pela competição de preços para a melhor realização do negócio jurídico almejado. Aqui é feito um estudo em comprado ao Direito Empresarial, haja vista que a regulação deste encontra-se no artigo 1.147¹⁰⁴ do diploma civilista de 2002, o

¹⁰⁴ Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

qual proíbe expressamente que o alienante do estabelecimento faça frente ao adquirente pelos próximos cinco anos; ainda que seja caso de arrendamento ou usufruto, a proibição persiste ao longo de todo o contrato.

Já para o Direito Penal, a prática da concorrência para além dos limites contornados na legislação com a intenção de prejudicar concorrentes constitui crime de concorrência desleal tipificado no artigo 195¹⁰⁵ da Lei n. 9.279/96.

No Direito do Trabalho, a concorrência aparece na figura punitiva da justa causa tipificada no artigo 482, 'c', da Consolidação das Leis do Trabalho. Num passado mais recente surgiu e se fortaleceu a cláusula de não concorrência no contrato de trabalho, o que fez a ciência laboral ganhar uma nova roupagem quando da temática concorrencial.

Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato.

¹⁰⁵ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;

II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

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

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

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

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público.

Conceitua-se “cláusula de não concorrência” àquela trabalhista que vislumbra a proteção da concorrência da atividade empresarial do empregador por período determinado, após o término do contrato de trabalho. Isto significa que impede o desrespeito aos direitos da ordem econômica do empregador a ser praticado potencialmente pelo ex-empregado, numa espécie de ‘quarentena’.

Frisemos que a vigência da cláusula será após o contrato de trabalho, e não durante, pois para a isso se aplica a figura da negocial habitual para a justa causa a qual abordaremos posteriormente.

A referência da cláusula de não concorrência é também denominada cláusula de proibição negocial, cláusula de preservação da concorrência e pacto de não concorrência.

Trata-se de uma cláusula limitadora de trabalho que pretende impedir eventual tentativa de concorrência com o antigo empregador, seja pela atuação na mesma atividade empresarial/comercial ou por proporcionar meios para que concorrentes já consolidados e outras empresas se beneficiem do conhecimento técnico ou intelectual do ex-empregado com o intuito de aumentar irregularmente a concorrência com aquela empresa ou empregador.

Esta disciplina não tem respaldo legislativo no direito pátrio, mas é amplamente aceita e discutida na doutrina e jurisprudência laboral, conforme demonstraremos neste estudo.

Ainda que não haja uniformidade do conceito da cláusula de não concorrência na doutrina, é possível encontrarmos pontos de intersecção da dogmática, ou seja, formas diferentes de expressar o mesmo entendimento.

Regiane Teresinha de Mello João entende que “em 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”¹⁰⁶.

Por sua vez, Célio Neto afirma consistir “no compromisso assumido pelo empregado de não gerar concorrência com o ex-empregador,

¹⁰⁶ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.33.

após o contrato, mediante compensação financeira, com limitação de tempo, local e atividade”¹⁰⁷.

Para Sérgio Pinto Martins, a cláusula “envolve obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência com o empregador”¹⁰⁸.

Já Márcio Granconato disserta:

Como se vê, a norma em questão autoriza a ocorrência de um ajuste que impede o trabalhador de exercer de forma irrestrita a sua liberdade de trabalho, compensando-o financeiramente por isso. A cláusula visa comprometer o empregador a não praticar ação que acarrete desvio da clientela do empregador, ficando limitado em sua atuação por conta própria ou alheia, sendo que os motivos que podem ensejar a limitação são os conhecimentos técnicos, segredos de fabricação ou relações com a clientela obtidos no transcurso do contrato de trabalho¹⁰⁹.

Diante deste cenário, concluímos que a cláusula de não concorrência debruça-se no interesse que o empregador tem em relação aos conhecimentos e atividades do antigo empregado para não utilizá-los de maneira a prejudicá-lo ou em prol do fortalecimento da concorrência com a divulgação ou empreendimento do conhecimento adquirido. Esta cláusula, portanto, visa impedir que o trabalhador exerça de maneira irrestrita sua liberdade de trabalho pois o direito do empregado afetará diretamente os direitos do empregador, podendo levá-lo, em último caso, à falência.

Mas para que limitar a liberdade de trabalho? As razões são inúmeras, mas sempre de cunho econômico tendo em vista que vivemos numa sociedade capitalista de mercado. Entre elas, citamos: segredos de fabricações (fórmulas, combinações, materiais), relação com a clientela e conhecimentos técnicos, tudo adquirido ao longo do contrato de trabalho até então vigente.

¹⁰⁷ NETO, Célio. Liberdade de trabalho e a cláusula de não concorrência. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); SUPIONI JUNIOR, Claudimir; SOBRAL, Jeana Silva Sobral (orgs.). **Direitos laborais inespecíficos**: os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p.70.

¹⁰⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Cláusula de não concorrência inserida no contrato de trabalho. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo, v. 107, jul. 2002, DTR 2002/703.

¹⁰⁹ GRANCONATO, Márcio. Os pactos de não concorrência e de permanência. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); OLMOS, Cristina Paranhos (org.). **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p.87.

Imaginemos, por exemplo, um trabalhador que tenha sido diretor de vendas numa empresa alimentícia; após cessar o contrato de trabalho ele começa a trabalhar em empresa concorrente, na mesma função de outrora.

Justamente por implicar numa limitação da liberdade de trabalho, levantou-se uma questão perante a Corte Constitucional de Portugal (órgão português equivalente ao Supremo Tribunal Federal brasileiro), quanto ao pacto de não concorrência dizer respeito à constitucionalidade ou não da limitação deste direito fundamental.

Em processo submetido ao pronunciamento da Corte Portuguesa, decidiu-se que a limitação não é inconstitucional porque apenas restringe e não impede a liberdade do trabalho, o que não representa um atentado ao direito ao trabalho.

Não obstante os estudos realizados pela jurisprudência brasileira e recente doutrina, a escassez legislativa sobre o tema nos faz observar e nos apoiar nos ensinamentos lusitanos, razão pela qual valemo-nos quase integralmente da disciplina sobre a não concorrência trabalhista nos moldes do Código do Trabalho Português.

6.2 Ordem jurídica portuguesa

Não pretendemos realizar um estudo de direito comparado, mas de legislação comparada pela invocação frequente do Código do Trabalho Português (2009) para complementar a matéria, haja vista que as cláusulas de permanência e não concorrência lá foram reguladas de maneira equilibrada e ponderada, sendo, pois, fonte de estudo para nós brasileiros.

Entretanto, para a correta compreensão da temática tratada pelos lusitanos, devemos em primeiro lugar esmiuçar a Constituição da República Portuguesa (CRP), em especial o artigo 47º, que consagra a liberdade laboral:

Artigo 47º

Liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública

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

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

Conforme observamos, o artigo consolida expressamente a liberdade de trabalho, cujo título é “liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública”. Da interpretação do item um do artigo 47º da CRP, o constituinte português foi claro ao dizer que a liberdade de trabalho é garantida “salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”. Em outras palavras, a ideia central que se figura é a de que a liberdade laboral será exercida com restrições impostas pela lei e cuja existência seja justificada. No mesmo sentido o artigo 58º que disserta sobre o direito ao trabalho e as obrigações do Estado para promovê-lo.

É justamente na esteira da exceção, ou da restrição, à liberdade do artigo 47º que este é complementado. Associa-se ao entendimento constitucional lusitano o artigo 136º do Código do Trabalho Português (CTP) que aborda exatamente a proibição de regra que tenda a coibir ou prejudicar a liberdade de trabalho, ressalvando o interesse público como limitador da liberdade de trabalho. Este artigo está inserido na subsecção intitulada “cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”.

Artigo 136.º
Pacto de não concorrência

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

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

- a) Constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste;
- b) Tratar-se de actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador;
- c) Atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da actividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional.

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

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

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

Apesar da dicção laboral ser autoexplicativa, comporta realizar alguns apontamentos do referido texto legal, conforme segue.

O primeiro ponto a ser ressaltado é que os portugueses preferem a expressão “pacto” à “cláusula”. A cláusula de não concorrência será exercida após a cessação da relação empregatícia.

A regra geral que segue proíbe a inserção de cláusula que contenha restrição genérica à liberdade de trabalho após o término do contrato laboral, seja em contrato individual, seja em norma coletiva de trabalho.

Não obstante a regra do item um no sentido de proibir a restrição à liberdade de trabalho findo a relação laboral, o item que segue traz a exceção à norma geral.

Expõe o item dois do artigo 136º do CTP que, desde que observados três requisitos cumulativos, é possível a inserção da cláusula de não concorrência nas atividades que podem resultar em prejuízos ao empregador pela concorrência promovida pelo ex-empregado.

Desta forma, reza o CTP no pretérito artigo, em seu item 2, que são requisitos para a validade da cláusula de não concorrência:

(1) o pacto de não concorrência deve ser firmado por escrito, não admitindo a modalidade verbal.

(2) deverá obedecer o limite temporal de dois anos para a vigência da cláusula, exceção feita apenas àqueles cuja função possua o marco característico da fidúcia ou então saiba de informação de suprema relevância ao plano de concorrência; neste último caso o prazo alargar-se-á em mais um ano, totalizando três anos do pacto de não concorrência.

(3) pagamento de compensação financeira no prazo na vigência do pacto.

Por fim, analisemos uma questão pouco debatida: por que foi regulada a não concorrência apenas após o término do contrato de trabalho? A resposta está no artigo 126º combinado com o 128º, 1, 'f', ambos do Código do Trabalho Português. Estes artigos tratam dos deveres empregatícios no curso do contrato de trabalho sendo portanto regras aplicadas ao vínculo de emprego o que as tornam de observância obrigatória. Já a regulação para o final do contrato, ou melhor, a regulamentação do dever de agir pós contrato não é previsível, não pode estabelecer regras objetivas de conduta, razão pela qual houve a opção por introduzir cláusulas de não concorrência apenas quando necessário.

6.3 Legislação comparada

Além de Portugal, outros países também possuem previsão quanto a cláusula de não concorrência, cada qual regulando à sua maneira, mas todos acabamos por convergir em ideias similares como a restrição temporária do trabalho e a contrapartida indenizatória ao empregado.

Na **Espanha**, o diploma regulatório das leis trabalhista é o Estatuto dos Trabalhadores (*Estatuto de los Trabajadores*), o qual prevê o *pacto de no competencia* no artigo 21¹¹⁰ (artículo 21). A concorrência trabalhista espanhola desdobra-se em dois momentos: durante o contrato de trabalho e

¹¹⁰ **Artículo 21. Pacto de no competencia y de permanencia en la empresa.**

1. No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime competencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.

2. El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes:

a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y

b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

3. En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación.

4. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

após. Durante a vigência do contrato de trabalho (artigo 21.1) o empregado não pode prestar serviços a vários empregadores quando:

a) da configuração de concorrência desleal;

b) pactuada exclusividade e plena dedicação. Neste caso o empregado receberá compensação financeira.

Já a vedação da concorrência após o contrato de trabalho do espanhol esta regulado pelo artigo 21.2 e disciplina que a duração será entre seis meses a dois anos (neste último caso para os técnicos). Para a validade do *pacto de no competencia* deverão concorrer os requisitos cumulativos, além do requisito temporal: necessidade do empregador ter um efetivo interesse industrial ou comercial a ser protegido, e pagamento de uma compensação financeira adequada (*compensación económica adecuada*). Entretanto, a lei não estabelece qual é o valor da compensação financeira.

Curioso é notar que o Estatuto do Trabalhador permite que o empregado rescinda a cláusula de não concorrência com 30 dias de anterioridade, oportunidade na qual não receberá, logicamente, a compensação financeira (artigo 21.3).

No direito **alemão**¹¹¹, a cláusula de não concorrência denominada *Konkurrenzklause* possui previsão não em leis do trabalho, mas sim no Código Comercial (HGB) e no Código Industrial (GeoW), mas a temática é esmiuçada no Código Comercial, em especial nos artigos 74 e 75.

A cláusula, obrigatoriamente escrita, destina-se, sobretudo, aos empregados no comércio, tendo como período máximo de vigência da proibição dois anos. Na Alemanha também há a previsão de indenização pela restrição da liberdade de trabalho, continuando a ser devido o pagamento mesmo quando já não persistem condições de concorrência pelo ex-empregado. Contudo, o valor da indenização paga ao empregado não pode ser ínfimo, pois acarretará a nulidade da cláusula; mas na contramão, apesar de ser cabível estipulação de multa ao obreiro em caso de descumprimento do acordado, esta não poderá ser exorbitante sob pena de revisão.

¹¹¹ NOVO, Catia Guimarães Raposo. **Da cláusula de não-concorrência no contrato individual de trabalho**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2007. p. 94 - 100

O *Sustantivo del Trabajo* da **Colômbia** impõe que para a validade da cláusula de não concorrência é necessário que o empregado trabalhe na atividade descrita (artigo 44¹¹²). Havia, neste mesmo artigo, previsão em exceção para os trabalhadores técnicos, industriais ou agrícolas, cuja duração da cláusula limitava-se a um ano. Contudo, em julgamento datado de 1973, a Corte Suprema de Justiça colombiana interpretou a exceção trazida pelo artigo 44 como inexecutável.

A **França** assemelha-se ao Brasil pois não há na legislação laboral previsão da cláusula de não concorrência (*clause de non réembauchage*), ficando a cargo das convenções coletivas ou do próprio contrato individual de trabalho sua regulamentação. Entretanto, é a jurisprudência que verifica a validade das cláusulas.

As limitações aceitas pela doutrina francesa são de natureza temporal, espacial e da atividade, devendo a restrição guardar efetivo interesse do empregador e haver indenização pecuniária ao empregado. Contudo, Regiane Teresinha de Mello João¹¹³ aponta que a jurisprudência francesa não impõe a contrapartida como requisito de validade da cláusula, principalmente se não expressado nos instrumentos coletivos; este entendimento é rejeitado pela doutrina clássica.

É o Código Civil (*Codice Civile*), no artigo 2.125¹¹⁴, que regula o *patto di non concorrenza* na **Itália**. Traz a forma escrita como um dos primeiros requisitos a ser observado, além de delimitar a atividade objeto da não concorrência, o período de restrição, bem como os limites territoriais.

¹¹² **ARTICULO 44. CLAUSULA DE NO CONCURRENCIA.**

<Aparte tachado INEXEQUIBLE>. 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 {empleador}, una vez concluido 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, en cuyo caso debe pactarse por el periodo de abstención, una indemnización, que en ningún caso puede ser inferior a la mitad del salario.~~

¹¹³ JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 84

¹¹⁴ **Articolo 2125 – Patto di non concorrenza.**

Il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto, è nullo se non risulta da atto scritto, 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.

O direito italiano permite o maior prazo de proibição da concorrência quando em comparação com os demais países até aqui estudados: até cinco anos para os dirigentes/ diretores, e até três anos nos demais casos, mas sempre havendo uma contrapartida financeira pela limitação da liberdade de trabalho.

Durante a vigência do contrato de trabalho, a concorrência é limitada pelo artigo 2.105 do Código Civil italiano, o qual proíbe a contratação de trabalho que possa ofender a concorrência feita pelo empregado, além de vedar a divulgação de métodos de produção ou informações da empresa, ou ainda se valer de meios que lhe cause prejuízo.

Na **Bélgica**, a cláusula de não concorrência tem previsão especial artigo 65 (sobretudo: *par. 1^o*¹¹⁵) da Lei de 03 de julho de 1978. O mais curioso no caso belga é que há possibilidade de inserção de cláusula de não concorrência por meio de convenções coletivas para algumas categorias, mas para outras há a total proibição, seja por instrumento coletivo, seja por particular, situação na qual o empregado ganha menos do que o limite previsto na legislação. Esta dualidade confere um caráter misto ao sistema de não concorrência trabalhista.

6.4 Ordem jurídica brasileira

Transpondo para o mundo jurídico brasileiro, o único ponto de coincidência expresso entre os ordenamentos do Brasil e Portugal sobre o assunto da não concorrência é em relação às regras constitucionais portuguesas, já que não há regramento específico. A similitude se demonstra com a regra constitucional nacional da liberdade de ofício e profissão (artigo 5^o, XIII da Constituição Federal de 1988).

Ainda em plano interno, mencionamos que o trabalho é um direito social tutelado pela Lei Maior, objeto de garantias e instrumentos para sua eficácia (artigo 6^o e 7^o da Constituição Federal de 1988).

¹¹⁵ **Art. 65. § 1er.** Par la clause de non-concurrence, on entend celle par laquelle l'ouvrier s'interdit, lors de son départ de l'entreprise, d'exercer des activités similaires, soit en exploitant une entreprise personnelle, soit en s'engageant chez un employeur concurrent, ayant ainsi la possibilité de porter préjudice à l'entreprise qu'il a quittée en utilisant, pour lui-même ou au profit d'un concurrent, les connaissances particulières à l'entreprise qu'il a acquises dans celle-ci, en matière industrielle ou commerciale.

Em que pese a característica de ser direito fundamental do trabalhador-cidadão, a livre iniciativa e concorrência são igualmente direitos tutelados pela Constituição brasileira em prol do empregador e empresário. Não é possível invocarmos a prevalência dos direitos fundamentais sobre os direitos constitucionais (o que nos levaria à equivocada conclusão de que o direito do trabalhador prevaleceria sobre o direito do empregador), uma vez que à luz do neopositivismo (ou neoconstitucionalismo), há que nos valermos das técnicas de ponderações propostas por Alexy e do uso da proporcionalidade a fim de chegar à solução mais justa e equilibrada em cada caso concreto, tendo em mente que não existem direitos absolutos (pela ausência deste absolutismo é que não podemos hierarquizar os direitos fundamentais em detrimento dos constitucionais).

Isto posto, seria equivocado e errôneo afirmarmos que a liberdade de trabalho é direito absoluto e indisponível. Ora, se até o direito à vida é relativizado pela Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, XLVII, 'a', que prevê a possibilidade de pena de morte em caso de guerra externa declarada, além do aborto para as hipóteses do artigo 128 do Código Penal. Pois bem, o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 trata o direito à vida junto ao direito à liberdade (dentre outros), referindo-se serem ambos invioláveis. Entretanto, o mesmo diploma superior relativiza esta inviolabilidade ao passar a mensagem de que os direitos ali assegurados não são absolutos, em outros termos, são de observância obrigatória, salvo quando o próprio texto permitir ponderar interesses entre direitos igualmente tutelados.

Outra questão a ser vencida é a de que por não haver previsão sobre a cláusula de não concorrência no Brasil, ela não poderia ser aplicada. Atualmente está superada esta impossibilidade porque o artigo 8º da CLT autoriza ao juiz aplicar a lei estrangeira por analogia (direito comparado), desde que o interesse particular não prevaleça sobre o interesse público. Aceitam a invocação do direito comparado para a análise de questões envolvidas da

cláusula de não concorrência: Antonio Ferreira Cesarino Júnior¹¹⁶, Carlos Henrique Bezerra Leite¹¹⁷, Ari Possidonio Beltran¹¹⁸.

Até aqui vimos que a limitação da liberdade de trabalho é possível quando em cotejo com outros direitos tutelados constitucionalmente e desde que haja certa proporcionalidade na sua restrição. Mas qual seria o seu fundamento?

O fundamento da constitucionalidade da limitação se dá na medida em que a cláusula de não concorrência cria uma restrição transitória e justificável, vale dizer, a limitação da liberdade de trabalho é concreta e específica, devendo ser exercitada única e exclusivamente ao fim almejado, ou seja, deve haver faticamente uma possível ameaça de lesão ao direito à livre concorrência do empregador.

Já a perspectiva da liberdade no contrato de trabalho tem fundamento no artigo 444 da CLT:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

A leitura do artigo supracitado esclarece a adoção do princípio da autonomia privada e da liberdade de contratar. Ademais, o conteúdo do contrato pode ser tudo aquilo que não afronte as normas de proteção ao trabalho, além do dever de observar os bons costumes e a moral.

Sobre a autonomia privada, podemos diferenciá-la da autonomia da vontade. A privada diz respeito à faculdade jurídica das partes regularem seus próprios interesses, enquanto a da vontade cuida da liberdade na prática de ato jurídico. Contudo, não podem as partes, ainda que sobre o manto da autonomia privada, estabelecerem regras individuais que afrontem o patamar mínimo civilizatório, ainda que exista concordância expressa de ambos.

¹¹⁶ CESARINO JÚNIO, Antonio Ferreira. **Direito social**. São Paulo : LTr, 1979, p. 86

¹¹⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22640-22642-1-PB.html> - Acesso em 25 de agosto de 2013.

¹¹⁸ BELTRAN, Ari Possidonio. **A cláusula de não-concorrência no direito do trabalho**. In: Revista do Advogado, São Paulo, 1999, p. 63-68

Já a liberdade contratual tem raízes civilistas, especificamente nos artigos 421 e 2.035 do Código Civil de 2002. O primeiro cuida da função social do contrato, e o último impede a convenção de preceitos contrários à ordem pública.

Portanto, a autonomia privada e a liberdade contratual não são dogmas inquestionáveis mas limitados pelo próprio texto legislativo, o que já nos indica a possibilidade de mitigação dos preceitos para melhor adequá-los à realidade.

Não obstante a restrição, frisa-se que a impossibilidade de trabalho pela limitação da liberdade do ex-empregado não é plena (e nem poderia), se limitando às atividades ou funções conexas à que antes desempenhava ou aquelas que possam prejudicar o antigo patrão, além de não ser eterna. A proibição para aquela atividade ou função tem um prazo certo a ser desempenhado (determinação temporal); após o período de limitação, a liberdade de trabalho volta a ser irrestrita.

6.5 Conteúdo da cláusula

No conteúdo da cláusula de não concorrência deve estar presente tudo o que envolver este período de “quarentena”: prazo de vigência, atividades consideradas concorrenciais, valor da indenização, e demais regramentos necessários para evitar o desequilíbrio pós-contratual.

É necessário detalhar as condições em que o pacto será executado para que ambas as partes saibam obedecê-los, postulem seus direitos e rejeitem abusos.

Assim como em qualquer área e matéria a ser analisada, deve haver o bom senso no momento da estipulação da validade do dispositivo da não concorrência.

A mensuração temporal deve ter por base um período médio para que a empresa possa reestruturar suas atividades sem o empregado e não ser surpreendida com práticas concorrenciais que se valeram de informações e conhecimentos do ex-empregado. Este período é conhecido por ‘quarentena’.

Como não há qualquer disciplina na legislação brasileira sobre o assunto, pautamo-nos pelo ordenamento português. Conforme o Código do Trabalho Português serão dois anos, aceitando extensão para até três a depender do grau de confiança que a relação de trabalho, ora desfeita, supunha (artigo 136º, n.05).

Lembremos que como tudo no Direito admite ponderação, o tempo de duração da cláusula também deve admitir. Isto significa que, na análise do caso concreto e sobretudo por não haver lei brasileira, poderá ser admitido período inferior a dois anos ou superior a três anos. Assim, o direito comparado serve como uma inspiração e norte para o direito interno, e não como um dizer cogente. Além disso, com muito mais razão haveria para limitar alguém dos dois anos por ser mais benéfico ao trabalhador: a limitação específica daquele trabalho terá duração reduzida à da lei. Entretanto, cumprir é também será possível um prazo maior do que a lei prevê, mas desde indispensável à liberdade do empresário em relação à iniciativa e concorrência, vale dizer, caso o empregado tenha desempenhado função de extrema importância para a própria razão da empresa, sendo que o exercício em empresa concorrente levaria à possível desestruturação da primeira empresa, a quarenta poderá ser superior, mas desde que extremamente justificado e válido o motivo.

A proibição permanente é uma cláusula inconstitucional. Tal ajustamento é nulo de pleno direito por obstar um direito fundamental do cidadão: o direito ao trabalho. Pela legislação portuguesa, recomenda-se que no caso em que houver inserção de cláusula de não concorrência *ad eternum*, a solução será reduzir o período legalmente autorizado, nos termos artigo 121º¹¹⁹. Esta é a solução mais compatível com a função social e preservação do contrato, ao invés de declarar a nulidade da cláusula de não concorrência.

Quanto à forma, a regra trabalhista brasileira admite qualquer forma de pactuação de contrato de trabalho (artigo 422, *caput*, CLT): expresso ou tácito, verbal ou escrito; todavia, reforçemos que qualquer termo ou cláusula

¹¹⁹ Artigo 121.º Invalidez parcial de contrato de trabalho.

1 – A nulidade ou a anulação parcial não determina a invalidade de todo o contrato de trabalho, salvo quando se mostre que este não teria sido celebrado sem a parte viciada.
2 – A cláusula de contrato de trabalho que viole norma imperativa considera-se substituída por esta.

que restrinja e limite liberdades e direitos trabalhistas devem ser excepcionais, razão pela qual é inconcebível aceitar que o pacto de não concorrência seja tácito. Assim, estipulação quando não escrita, deve ser entendida como inexistente.

Reforça esta ideia o tema de contrato de experiência: a Consolidação das Leis do Trabalho não exige nenhum requisito de forma, contudo a jurisprudência entende que deve ser feito por escrito por ser pior para o trabalhador, vez que é uma espécie de contrato determinado, enquanto que a principiologia do direito do trabalho é pautada na continuidade da relação de emprego.

Em relação à abrangência geográfica, ainda que pouco referido na doutrina, é importante mencionarmos a abrangência geográfica que a cláusula terá. Trata-se da limitação geográfica para o desempenho do trabalho concorrente ao ex-empregador. São espaços físicos ou políticos nos quais o empregado fica proibido de atuar na mesma atividade ou função. É possível que a limitação da liberdade de trabalho se dê apenas no estado em que a empresa está localizada, ou em determinadas cidades, desde que justificada a concorrência feita ao empregador.

Todavia, notamos que o aspecto limitador do desempenho laboral está enfraquecido em virtude da globalização e dos meios digitais. Isto porque, uma empresa com sede no Pará pode ser concorrente de outra em Tóquio devido à colocação dos seus produtos na internet, em *site* de compras.

Portanto, mesmo que existam especificidades contratuais a respeito da geografia de atuação do empregado, esta não parece ser a maior preocupação. É possível, inclusive, que haja o impedimento total em qualquer localidade pelas razões já mencionadas. Desta forma, a limitação geográfica não exige aprofundamentos.

6.5.1 Contrapartida: indenização ao trabalhador

Além dos requisitos temporais, formais e geográficos observados no tópico anterior, um outro requisito de validade para a cláusula de não concorrência é a existência de uma contrapartida para o trabalhador ante a

limitação de um direito seu, pois não pode haver restrição unilateral desfavorável, sob pena de nulidade do estipulado.

Desta forma, alternativa para diminuir o ônus do pacto de não concorrência é a compensação financeira que variará a cada caso. Deve, portanto, haver ponderações entre a função exercida pelo empregado e o tempo de vigência da cláusula de não concorrência.

A indenização pecuniária é a forma de amortizar a restrição de trabalho, ou seja, tornar a quarentena menos penosa. Caso a cláusula não mencione o valor da compensação financeira pela limitação à liberdade de trabalho, deve ao menos oferecer critérios para sua fixação e arbitramento, podendo ser efetuado o pagamento à vista quando da rescisão do contrato ou em parcelas.

Contudo, a doutrina não é uníssona em relação ao valor da compensação. Inúmeras são as possibilidades em relação ao *quantum* aceitas pelos estudiosos brasileiros, apresentando inclusive naturezas jurídicas diferentes entre as opiniões.

Alguns autores defendem o valor do salário percebido pelo trabalhador quando da ativa a título de compensação financeira pela restrição imposta; outros entendem que a quantificação deverá abranger não apenas o salário, mas também todas as vantagens conferidas e recebidas pelo sujeito não necessariamente pecuniárias. Por fim, uma terceira ideia surge de um pensamento mais liberal e contemporâneo, visão esta capitaneada por Estevão Mallet, que sugere a adoção do princípio (ou critério) da proporcionalidade para fixar o *quantum*¹²⁰.

A proporcionalidade aqui tem o papel de averiguar o peso que a limitação da liberdade de trabalho imposta pela cláusula de não concorrência tem para o trabalhador. Desta feita, será especificamente analisado o caso concreto para quantificar a compensação financeira a ser oferecida, sem a necessidade de se atrelarem ao valor do salário ou remuneração.

¹²⁰ MARTINEZ NETO, Aldo Augusto. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**: ilicitude e direitos fundamentais. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Dez. 2012, p.115.

Entretanto, em que pese a eventual liberdade para fixar a compensação, esclarecemos que ela não poderá ser ínfima ou muito inferior ao salário recebido pelo empregado.

Extraímos da própria Constituição Federal a finalidade primeira do salário, em analogia autorizada ao salário mínimo: atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, que compreendem moradia, alimentação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social (artigo 7º, IV). Pois bem, se o salário pago como contraprestação aos serviços prestados pelo trabalhador tem a função de assegurar para si e seus familiares uma vida digna, razão igual reside na compensação financeira pela não concorrência.

A restrição laboral impingida não pode acarretar prejuízo àquele que a exerce, o que significa dizer que não poderá resultar em diminuição do padrão de vida ou gerar dificuldades financeiras em decorrência do valor proposto haja vista que a maior consequência já foi imposta: impossibilitar, ainda que temporariamente, o exercício de um trabalho comumente desempenhado e aperfeiçoado com o tempo.

A conclusão acima desvendada leva ao questionamento da natureza jurídica da compensação financeira. Contudo, dificuldades não existem em relação ao item porque entendemos claro que entre a natureza jurídica salarial e a indenizatória, a última opção é a acertada.

De qualquer forma, explicamos resumidamente a razão pela natureza jurídica indenizatória da compensação financeira. A natureza salarial condiz com o recebimento de salário (ou remuneração) como forma de contraprestação pelo trabalho despedido, isto é, trabalhou-se portanto recebeu salário. Aqui a situação é diferente, pois não houve trabalho mas houve o recebimento de quantia pecuniária. A pecúnia é devida pela inatividade obrigatória em virtude da cláusula de não concorrência, ou seja, uma indenização pela impossibilidade de exercício pleno do direito fundamental à liberdade de trabalho.

Justamente pela natureza jurídica indenizatória da compensação financeira é que alguns autores, como Márcio Granconato¹²¹, defendem que o valor poderá ser inferior ao do salário quando da cessação do contrato, sugerindo inclusive uma média de 50% do salário do trabalhador por mês de inatividade.

Por fim, é possível que o valor seja determinado ao final do contrato, desde que fornecidos previamente fatores objetivos para o seu arbitramento futuro.

O norte a ser seguido para o arbitramento do valor deve considerar o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), para assim obter critérios mais objetivos. Sinteticamente, dentre os fatores a serem considerados no momento do ajuste da compensação, destacamos: a) o tempo em que o empregado ficará de quarentena; b) a extensão das atividades nas quais há a proibição do labor; c) a função que era desempenhada.

Reforçamos que independente da quantia a ser oferecida ao empregado, não poderá haver a total restrição ao direito ao trabalho, sendo esta prática uma ilicitude e, muito mais, uma inconstitucionalidade pela ofensa direta e literal ao artigo 6º da Constituição Federal.

Por ora, nos valem do entendimento de Oris de Oliveira¹²² para sintetizar os limites de validade desta cláusula: função potencialmente danosa, objeto, tempo e espaço.

6.5.2 Responsabilidade pós-contratual das partes

Em termos positivos, o artigo 422 do Código Civil 2002 apenas obriga o agir com boa-fé na execução e conclusão do contrato. A responsabilidade contratual não se limita à vigência e término do contrato, podendo haver violação da boa-fé inclusive na fase pré e pós-contratual.

¹²¹ GRANCONATO, Márcio. Os pactos de não concorrência e de permanência. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); OLMOS, Cristina Paranhos (org.). **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 93.

¹²² OLIVEIRA, Oris de. **Exclusão de concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 168.

Entretanto, o artigo 422 do Código Civil 2002 está com redação pendente de alteração para figurar da seguinte forma:

Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.

Mesmo com a redação insuficiente na atualidade, entendemos que estão compreendidas no espírito do novo diploma civilista: as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, assim como as obrigações derivadas do contrato (mesmo que já executado)¹²³.

Os efeitos pós-contratuais são visíveis, sobretudo no tema da não concorrência, haja vista que é na extinção do contrato de trabalho que a responsabilidade por atos prejudiciais poderão ser executados.

As responsabilidades para além do contrato são regidas pelas normas extracontratuais (ou aquiliana), mas apenas atingirão as partes contratantes quando se referirem ao contrato que seria realizado ou foi executado.

Doutrinariamente, refere-se à responsabilidade pré-contratual como *culpa in cotraehndo*, enquanto *post pactum finitum* é destinado à responsabilidade pós-contratual. Considerando as duas espécies, a responsabilidade incidente na cláusula de não concorrência é da espécie pós-contratual, haja vista que a responsabilidade contratual é aferida pela justa causa quando configurada a negociação habitual.

Não há dificuldade em vislumbrarmos a responsabilidade pós-contratual quando existe firmado o pacto de não concorrência, entretanto, maior dificuldade surge quando não está estipulada a referida cláusula, pois mesmo assim há que considerarmos sua existência.

¹²³ Maria Helena Diniz destaca, neste contexto o Enunciado 170 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil. (DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.406).

De acordo com o pensamento pragmático e dialético dos estudos até aqui desenvolvidos, poderíamos inferir equivocadamente, pela possibilidade plena de concorrência do ex-empregado quando não existir a cláusula em questão.

A responsabilidade pelos atos concorrenciais pós-contrato permanece mesmo quando da não convencionalidade da cláusula pretérita da cláusula, sob forma de infrações diversas e não especificamente a do contrato de trabalho. Nesses termos, Estevão Mallet esclarece:

O fato de não haver pactuado restrição à concorrência para depois da extinção do contrato de trabalho não significa, contudo, que esteja o empregado livre para, depois de deixar o emprego, praticar quaisquer atos ou exercer, sem nenhum constrangimento, qualquer trabalho, ofício ou profissão, valendo-se, inclusive, dos conhecimentos sigilosos auferidos de seu antigo empregador. Significa, apenas, ausência de limites especiais, adicionais específicos ao trabalho, o que não elide a aplicação de outros limites previstos no Código Penal e na legislação sobre proteção industrial¹²⁴.

Assim, ainda que a cláusula não exista, a violação de segredo de empresa é infração a ser punida civil e penalmente. Tamanha é a seriedade quanto às consequências posteriores ao término do contrato que a cláusula de não concorrência pode ser estipulada até mesmo quando o vínculo laboral já não mais existir.

A responsabilização do empregado se dará pela quebra da boa-fé objetiva e do respeito à função social do contrato. Entretanto, há que pensarmos também sob o ponto de vista do reclamante. Assim como há o dever de sigilo e afastamento episódio de um específico trabalho, há o dever do empregador de pagar o *quantum* devido, sob pena de responsabilidade pós-contratual, sob o qual poderá incidir juros e correção monetária, além de eventual cominação em danos morais pela frustração no recebimento da quantia.

Nas bases dos mesmos argumentos, porém aplicados ao empregador, temos que caso seja o empresário ou empresa vítima da deslealdade contratual, devem ser igualmente indenizados pelo empregado

¹²⁴ MALLET, Estevão. Cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho. *Revista LTr*, v. 69, outubro de 2005, p. 1166.

violador das regras contratuais e de conduta. O valor da indenização a ser paga será arbitrado pelo juiz quando da análise do caso concreto, porém algumas balizas podem ser oferecidas, como o artigo 208 Lei de Propriedade Intelectual e o artigo 402 do Código Civil:

Art. 208. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.

Art. 402. Salvo exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Não obstante, o magistrado deverá considerar a ocorrência de *dano positivo* (déficit real no patrimônio da empresa vítima); e/ou *dano negativo* (lucro que ele deixou de auferir em razão da concorrência desleal).

6.5.3 Boa fé contratual e a função social do contrato

Qualquer negócio jurídico, principalmente o contrato de trabalho, deve ser norteado pela cláusula geral da boa-fé e da função social do contrato.

Prima facie, temos que *cláusulas gerais* são normas orientadoras, diretrizes positivadas; possuem caráter genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, o qual detém função integrativa perante tais cláusulas. São igualmente consideradas normas instrumentalizadoras pela capacidade de tornar mais efetivo os valores encontrados nos institutos. A cláusula geral é uma norma de ordem pública, o que autoriza a aplicação *ex officio* sem ferir o princípio da congruência (sintonia entre o pedido do autor e os deferimentos da sentença).

Distinguem-se, por sua vez, dos *conceitos legais indeterminados* na medida em que estes, apesar de serem palavras ou expressões com conteúdo muito vago e abstrato, trazem no bojo de sua própria norma a solução quando da subsunção da hipótese fática. Desta forma, o conceito legal indeterminado não faculta espaço ao juiz para criar a solução que julgar mais adequada ao caso concreto. Como exemplo temos o conceito legal indeterminado “perigo iminente” que tem como solução jurídica a exclusão da

ilicitude do ato. Por fim esclarecemos que tecnicamente o uso da expressão “conceito legal indeterminado” é mais apropriado que “conceito jurídico indeterminado” haja vista que a indeterminação está na norma legal, e não na forma.

Diante disto adentramos no conteúdo das cláusulas gerais. A boa-fé engloba todas as suas acepções, mas há que ressaltarmos a divisão entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva.

Na vigência do Código Civil de 1916, vigorava expressamente a boa-fé *subjetiva*, a qual se constituía por ser uma concepção psicológica, a intenção da pessoa em estabelecer um negócio com boa índole.

A respeito da boa-fé subjetiva, Judith Martins-Costa expõe alguns de seus reflexos:

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) de ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc)¹²⁵.

Neste mesmo contexto, os princípios regentes do contrato eram o da autonomia da vontade (*pacta sunt servanda*) e o efeito relativo dos contratos (*inter partes*). A marca do diploma civilista anterior era, portanto, o caráter liberal das estipulações e a preservação pura do pactuado entre as partes. Como exemplo citemos o antigo artigo 1.201 do Código Civil de 1916.

Uma característica ainda presente e muito afirmada nos bancos acadêmicos é justamente a ideia do *pacta sunt servanda* – também conhecida como princípio da conservação dos contratos – que possui ainda os contornos da época na qual foi vislumbrado: séculos XVIII e XIX. Por este princípio devem ser respeitadas as vontades das partes e cumpridas as obrigações nos exatos termos em que foram ajustadas, pouco importando eventual desequilíbrio ou condição fortuita a uma das partes.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p.411- 412.

A crítica relativa a este modelo contratual é a de que o contratante mais forte impõe as cláusulas que lhe sejam mais favoráveis, e o mais vulnerável concorda assemelhando-se ao que ocorre nos contratos de adesão, no qual não há margem para negociações (ausência de discricionariedade).

Assim, o modelo puro do *pacta sunt servanda* é ultrapassado e conduz ao desequilíbrio e à desigualdade contratual. Essas consequências negativas geralmente levam ao superendividamento ou sobreendividamento (falência ou insolvência do devedor) do contratante mais fraco sem haver possibilidade de reversão do negócio ou diminuir significativamente da sua prestação.

Com isso, nos parece urgente é a revisão da forma contratual na qual a conservação do negócio jurídico se estabeleceu. Esta mudança deveria ser realizada à luz dos preceitos valorizados na contemporaneidade, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

A mitigação do *pacta sunt servanda* é feita pelas cláusulas gerais, em especial pela função social do contrato cuja questão foi objeto de discussão que culminou no Enunciado 22 da Jornada de Direito Civil, nos termos abaixo:

22 - Art. 421: 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.

Assim, somente pode ser considerada adimplida a função social do contrato quando observados os seus elementos da utilidade e justiça que se justificam na medida em que o contrato deve servir a sociedade. Afinal, os interesses individuais das partes devem ir ao encontro dos ditames da justiça social na ideia de justiça comutativa, ou seja, de diminuir as desigualdades materiais e a exploração dos vulneráveis.

Na perspectiva da função social do contrato é que a cláusula de não concorrência também deve se basear: serve para reequilibrar a relação trabalhista pois ao passo em que impede determinado desempenho laboral, oferece uma contrapartida indenizatória.

Conforme o artigo 421 do Código Civil, ressaltamos a função social do contrato em consonância à liberdade contratual (e autonomia da vontade), e não de forma a eliminá-la, conforme o Enunciado 23 da Jornada de Direito Civil:

23 - Art. 421: 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 metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

A função social do contrato é, assim como a boa-fé, uma cláusula geral e, portanto, uma norma jurídica. Relembremos que uma das funções das cláusulas gerais é a instrumental, é facultar a concretização de enunciados e preceitos abstratos.

Por ser a função social do contrato uma cláusula geral, e esta ser caracterizada pela faculdade de criação jurídica pelo juiz, então é possível ao juiz fazer lei entre as partes; isto é, possibilita ao magistrado dar concretude à norma abstrata e estática imposta pela lei quando da aplicação das cláusulas gerais. Em outras palavras, a decisão do juiz faz lei entre as partes, passando a integrar o negócio jurídico contratual.

O Código Civil de 2002 também prevê expressamente a cláusula geral da boa-fé, mas apenas na modalidade objetiva em seu artigo 422. Neste caso, impõe comportamentos aos contratantes, uma conduta/ um agir com correção segundo os usos e costumes, sendo, pois, uma regra de conduta (diferentemente da boa-fé subjetiva, a qual atua no estado psicológico, na percepção da realidade dos contratantes). Maria Helena Diniz assim conceitua a modalidade objetiva:

(...) alusiva a um padrão comportamental a ser seguida baseada na lealdade e na probidade previsão (integridade de caráter), impedindo o exercício abusivo do direito por parte dos contratantes, no cumprimento não só da obrigação principal, mas também das acessórias inclusive do dever de informar, de colaborar e de atuação diligente¹²⁶.

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.406.

A boa-fé objetiva pode ser caracterizada pelo inadimplemento da violação positiva da obrigação ou do contrato, mesmo quando não existir mora ou possibilidade de cumprimento. Citemos o estudo elaborado por Teresa Negreiros que sugere uma tripartição das funções da boa-fé objetiva¹²⁷: 1) Cânon interpretativo-integrativo; 2) Normas de criação dos deveres jurídicos; 3) Norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.

Identificamos então claramente a existência da boa-fé objetiva e da função social do contrato quando sob o enfoque da cláusula de não concorrência.

Considerando a boa-fé objetiva também como um comportamento de lealdade e com esforços para que o contrato (e o estipulado) ocorram conforme o desejado pelas partes, o desrespeito – seja no auxílio da concorrência pelo ex-empregado, seja no não pagamento da indenização pela limitação de trabalho – são afrontas diretas à boa-fé objetiva, e devem ser imediatamente punidas a fim de coibir novos e maiores prejuízos.

6.6 Figuras similares à cláusula de não concorrência

A cláusula de não concorrência é figura autônoma no contrato de trabalho, mas possui certa semelhança às outras espécies de cláusulas, especialmente a uma das figuras punitivas da justa causa, razão pela qual julgamos importante a distinção entre ambas.

6.6.1 Pacto de Permanência

Há quem prefira a denominação de cláusula de permanência. Ela se assemelha à cláusula de não concorrência por limitar a liberdade de trabalho do empregado, mas igualmente justificável.

No pacto de permanência o empregado se obriga a permanecer vinculado ao empregador por um período de tempo devido a uma despesa extraordinária deste em prol de sua formação profissional. Na verdade, é uma

¹²⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.119.

limitação no direito de rescisão unilateral do empregado, vale dizer, a renúncia ao direito de pedir demissão.

Assim como para a validade da cláusula de não concorrência não é qualquer atividade similar ao emprego anterior que autoriza a limitação do trabalho, aqui também não é qualquer curso ou investimento profissional/educacional que autoriza a permanência no emprego. O curso deve ter estreita ligação com as atividades desempenhadas pelo empregado e o investimento deve ser de montante considerável a fim de causar prejuízo financeiro ao empregador. São gastos que superam os valores médios a exemplo de cursos que, em regra, legitimam a estipulação do pacto de permanência: como os de pós-graduação ou cursos no exterior. Os treinamentos necessários ao desempenho da profissão não são considerados extras porque são obrigações do empregador.

Mas por que o interesse em manter o empregado no trabalho? A resposta é encontrada no próprio objeto do pacto: é a contrapartida decorrente do investimento realizado em favor do empregado.

A diferenciação entre o pacto de permanência e a cláusula de não concorrência é detalhada por Aldo Augusto Martinez Neto:

O pacto de permanência difere da cláusula de não concorrência. Enquanto essa representa uma obrigação de não fazer com efeitos diferidos ao término do contrato individual de trabalho, aquela traz consigo uma obrigação de fazer, qual seja, a de o empregado continuar prestando serviços pessoalmente por certo período. Ademais, a cláusula de não concorrência é um mecanismo para se preservar o direito de propriedade do empregador, ao passo que com o pacto de permanência busca-se coibir o enriquecimento sem causa por parte do empregado, vedado pelo artigo 884 do CCB.¹²⁸

No Brasil não há regramento específico, o que não impede sua adoção desde que adequada a restrição ao direito fundamental da liberdade de trabalho e obedecidos aos critérios da proporcionalidade.

¹²⁸ MARTINEZ NETO, Aldo Augusto. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho**: ilicitude e direitos fundamentais. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Dez. 2012, p.89.

Assim, em que pese a ausência normativa interna no Brasil, os Tribunais já aceitam o instituto e se valem, novamente, dos ensinamentos lusitanos.

Artigo 137.º
Pacto de permanência

1 – As partes podem convencionar que o trabalhador se obriga a não denunciar o contrato de trabalho, por um período não superior a três anos, como compensação ao empregador por despesas avultadas feitas com a sua formação profissional.
2 – O trabalhador pode desobrigar-se do cumprimento do acordo previsto no número anterior mediante pagamento do montante correspondente às despesas nele referidas.

O artigo 137º do CTP apresenta no item 1 a figura com a limitação temporal de no máximo três anos de permanência. Parece-nos acertado impor um prazo máximo pois, assim como na cláusula de não concorrência, não pode haver uma proibição ou limitação eterna por afrontar a garantia constitucional e desnaturar os ensinamentos da proporcionalidade. Este prazo começará a correr a partir do término do curso. É neste momento que o empregador sentirá o retorno do seu investimento educacional.

Já no item 2 do artigo 137º há uma mitigação desta obrigação do item pretérito: pode o empregado desobrigar-se do cumprimento do pacto desde que custeie o montante gasto.

Márcio Granconato¹²⁹ defende a liberdade da forma para a pactuação da permanência, mas adverte que melhor é prezar pela modalidade escrita por conferir maior segurança a ambas as partes, dando certeza à formalização da restrição de um direito fundamental.

Há ainda que se ventilar algumas hipóteses quando da rescisão do contrato de trabalho cujas consequências jurídicas para o pacto variam a depender da forma e do momento da rescisão. O primeiro a ser observado é se a dispensa ocorreu com ou sem justa causa. Sendo sem justa causa, presume-se que o empregador abriu mão do investimento feito ao empregado, mas do

¹²⁹ GRANCONATO, Márcio. Os pactos de não concorrência e de permanência. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); OLMOS, Cristina Paranhos (org.). **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 97.

outro modo, o empregador está autorizado a cobrar-lhe o total dos investimentos, uma vez que a não continuidade do vínculo se deu por fato exclusivo do empregado.

No entanto, considerando agora o pedido de demissão do empregado, temos que cuidar se ele se deu durante ou após a conclusão dos estudos. Isto porque, se o empregado concluiu deverá devolver a quantia nele investida ao empregador, haja vista que não obteve o retorno esperado com o pagamento dos ensinos; mas se o pedido de demissão veio durante o período de formação do curso, deverá o empregado tão somente ressarcir o *quantum* investido até o momento.

O pacto de permanência parece ser um instrumento encorajador para o empregador investir na formação de seu quadro de pessoal, ficando seguro de que as suas despesas lhe trarão retorno pelo aumento da capacitação do obreiro e, em última análise, elevando o nível intelectual da empresa.

6.6.2 Cláusula de Confidencialidade

Poder-se-ia considerar até mesmo dispensável a cláusula de confidencialidade porque o sigilo de informação é um dever geral inerente ao contrato de trabalho além de aspecto da boa-fé objetiva.

Contudo, por cautela é possível encontrar a cláusula de confidencialidade em contratos cujos deveres jurídicos correspondam a grandes responsabilidades e riscos financeiros.

A divulgação de informação confidencial no curso do vínculo de emprego é punível com a aplicação da justa causa na modalidade violação de segredo empresarial (artigo 482, 'c', CLT). Já a punição *post contractum* é a que mais interessa para o nosso estudo, sendo a verdadeira razão para o firmamento desta cláusula a manutenção do segredo de empresa.

Poderia considerar a abrangência da cláusula de não concorrência para a de confidencialidade também por ter esta última um objeto específico integrante da não concorrência. Ora, se a divulgação de informação

sigilosa afeta negativamente o antigo empregador na medida em que fortalece deslealmente a concorrência, a confidencialidade surge, portanto, como um aspecto da proteção da concorrência. Opiniões contrárias à parte, a distinção para com a cláusula de não concorrência tem por objeto restringir pontualmente a divulgação de informação, o que possibilita o trabalho do empregado em empresa concorrente.

Apesar de minoritário, é de grande relevância o entendimento de Jair Aparecido Cardoso ao defender a nomenclatura de cláusula de lealdade profissional ao invés de confidencialidade, nos seguintes termos:

A cláusula de lealdade profissional, pactuada para vigorar após o término da relação de emprego, normalmente trás em seu bojo condições que obrigam somente uma parte, no caso o empregado, a condição de não fazer, no sentido de que ele não poderá praticar pessoalmente, ou por meio de terceiro, nenhum ato que fira a lealdade e a confiança nele depositada por ocasião da relação de emprego, por seu ex-empregador (...) entendemos, portanto, que na seara do Direito do Trabalho o termo mais adequado para a confidencialidade, por traduzir a qualidade de confiável, de confidencial e trazer em seu âmago valores morais e éticos, que transcendem os interesses das partes¹³⁰.

Assim, pela similitude e própria origem na ideia não concorrencial, pode-se defender a aplicação das mesmas consequências jurídicas da cláusula de não concorrência à cláusula de confidencialidade quando da violação do estipulado.

6.6.3 Cláusula de exclusividade

A exclusividade não é um requisito da relação de emprego, haja vista que o artigo 3º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho considera apenas como empregado “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Não sendo um requisito, recomenda-se que sua figura seja firmada de forma expressa e inequívoca justamente por representar uma

¹³⁰ CARDOSO, Jair Aparecido. Pacto de confidencialidade e compromissos recíprocos no contrato de trabalho para vigorar após a relação de emprego. **Revista Justiça do Trabalho**, n. 308, agosto de 2009. p. 33.

limitação ao trabalho. Todavia, esta restrição não é considerada ofensiva pela doutrina brasileira e de tamanha gravidade como é a cláusula de não concorrência porque, na exclusividade, o vínculo principal e desejado pelo empregado é mantido, sendo vedados apenas os que excedem aos do tomador principal.

A razão para a cláusula de exclusividade é porque o empregador passa a ser identificado pelo mercado consumidor com a imagem ou voz do seu empregado, como ocorre com artistas e jornalistas de emissoras de televisão, rádio ou periódicos. A excelência do trabalho desempenhado é de vultoso reconhecimento que enseja pessoalidade e individualidade em alto grau.

O que se vê na prática é a cláusula de exclusividade firmada sem nenhuma contrapartida ao empregado, invocando a liberdade contratual. Não nos parece a posição mais acertada à luz do diálogo das fontes. Tendo por base o paradigma da essencialidade que defende o empregado dedicar todo o seu empenho para conseguir o emprego (mesmo os mais intelectualizados), haverá aceitação desta característica sob temor de não realizar o contrato de trabalho. Desta forma, o mais acertado seria uma indenização pecuniária pela proibição de ter outras fontes de renda cujo valor deverá considerar o tipo de trabalho desempenhado e a eventual perspectiva de um segundo emprego.

Pouco se fala sobre a motivação da cláusula de exclusividade, mas não é qualquer ofício ou profissão que possa estabelecer tal conteúdo. É preciso haver uma justificativa plausível e fundada em interesses econômicos legítimos do empregador; caso contrário, recairá num abuso do poder empregatício.

6.7 Justa causa por ato de concorrência

O artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho traz um rol taxativo das figuras puníveis com justa causa aplicáveis a todos os trabalhadores submetidos às suas normas. Dentre as hipóteses, iremos nos focar especificamente na alínea 'c', a qual trata da "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”.

A figura transcrita, na verdade, quando de uma leitura mais cuidadosa, trata de duas previsões de justa causa: a primeira, sobre a concorrência desleal; a segunda, sobre o prejuízo ao serviço.

Invertendo a ordem da alínea, iniciamos o estudo pela negociação habitual por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador *quando for prejudicial ao serviço*.

O prejuízo para o serviço da forma trazida pela legislação laboral não é necessariamente a consumada ou a tentada, mas simplesmente a desordem que pode ocasionar no meio ambiente de trabalho. Desta forma, Maurício Godinho Delgado explica que “se não houver prejuízo ao serviço, não há a infração mencionada”¹³¹. Ademais, é de extremo rigor que a primeira detecção de prejuízo ao serviço enseje imediatamente a aplicação da justa causa, podendo (e sendo recomendado) a aplicação de outras medidas punitivas mais brandas.

Já a primeira figura da referida alínea é a que mais se relaciona com o nosso estudo. Trata-se da “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”.

Questionamento então o que seria considerado concorrência desleal. Desleal será a prática de atos concorrenciais que afrontem o contrato de trabalho firmado entre empregado e empregador por desrespeito às cláusulas de não concorrência ou de exclusividade ou aos ditames da boa-fé objetiva.

Em relação à exclusividade a situação muda um pouco. Isto porque não será necessário fazer concorrência ao empregador, haja vista que a dedicação exclusiva impede qualquer outro ofício fora do empregador para seu próprio fortalecimento e valorização. Assim, a negociação habitual de

¹³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011. p.1139.

serviços ou produtos completamente diversos não isentam o empregado da punição prevista.

Notemos que não é qualquer negociação contínua para além do trabalho que gera esta justa causa, mas aquela que afronta a lealdade e fidúcia inerentes ao vínculo empregatício. Nestes termos:

Contudo, se as atividades não são concorrentes, não há que se falar na justa causa do art. 482, “c”, da CLT (ilustrativamente, técnico de laboratório em uma empresa, e professor, em outra). Além disso, mesmo sendo similares ou idênticas as atividades, deixa de haver justa causa se não há cláusula explícita de exclusividade, ou exista a aquiescência implícita do empregador (situação frequente com vendedores externos, que costumam laborar para distintas empresas, simultaneamente; o mesmo ocorre com professores que, naturalmente, laboram em distintos estabelecimentos educacionais)¹³².

A ideia na justa causa por concorrência desleal é a tentativa de manutenção do equilíbrio contratual e do respeito aos contratantes. Todo e qualquer contrato laboral ou não, deve partir da boa-fé e função social ao perceber que para além de um mero contrato, estipulam confiança e expectativas que não devem ser quebradas para a própria organização da sociedade.

¹³² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 1138.

7. PERSPECTIVA ANTITRUSTE

7.1. Perspectiva Antitruste

O tema do antitruste ganha cada vez mais espaço nas discussões jurídicas e econômicas pela sua importância mercadológica e consumerista. Resumidamente, entende-se por antitruste a regulação da concorrência entre os agentes econômicos, vale dizer, o antitruste traduz-se como a defesa da concorrência. Assim, notamos similitude denominativa entre os chamados “direito concorrencial” e “direito do antitruste”.

À guisa de esclarecimento histórico, apresentamos a explicação de Paula Forgioni¹³³. Para a autora, ainda que muitos vinculem a concorrência ao Estado liberal burguês (livre mercado), esta ligação é equivocada:

isto porque o estudo da disciplina da competição não é concomitante ao surgimento do mercado liberal. Regras de concorrência a serem respeitadas pelos – hoje chamaríamos – agentes econômicos, ao contrário do que se possa pensar, são muito anteriores ao surgimento do conceito de livre mercado, entendido como o próprio sistema de produção capitalista¹³⁴.

Não apenas a matéria concorrencial data de longo tempo, as discussões judiciais também completam, em território nacional, mais de um século.

O primeiro caso mais célebre no Brasil ocorreu em agosto de 1914, sobretudo em função dos patronos dos litigantes: Rui Barbosa e José Xavier Carvalho de Mendonça. A questão deu-se origem quando o então Conde Álvares Penteado constituiu a Companhia Nacional de Tecidos de Juta, proprietária da Fábrica de Juta de Santana, mas, logo depois, transfere o fundo de comércio. Passado um ano, o Conde estabelece nova fábrica no mesmo bairro em que funcionava a anterior, concorrendo diretamente com a Fábrica de Juta Santana.

¹³³ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 35-36.

¹³⁴ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p.36.

Inconformados com o restabelecimento, a Companhia Nacional de Tecidos Juta sob seu advogado Carvalho de Mendonça, requer judicialmente indenização pelas perdas ocasionadas com a inesperada e ilegítima concorrência, sob argumento de que a venda do estabelecimento comercial importava em considerar implícita a transferência da clientela.

A tese da autora, formulada por Carvalho de Mendonça, expunha:

entre as garantias devidas pelo alienante da casa comercial, se inclui a de fazer boa ao adquirente a coisa vendida, e não inquietá-lo na sua posse e gozo. Afirmava, ainda, que a garantia da clientela ou freguesia era da essência do contrato, sendo desnecessária a estipulação formal, pela qual o vendedor se obrigue a não se restabelecer; esta obrigação é implícita e decorre da própria natureza do negócio¹³⁵.

Rui Barbosa, em sede de defesa, valeu-se do princípio da livre iniciativa e alegou que inexistência de previsão de interdição automática de concorrer, em direito comparado. Não obstante, informou que não era viável impor a restrição de concorrência em caráter perpétuo e ilimitado espacialmente. Aduziu também que

que a vedação ao restabelecimento do alienante é consequência da cláusula expressa da cessão de clientela, de maneira que, inexistindo tal convenção, permite-se o retorno ao mesmo ramo do negócio. É a chamada “cessão de clientela”¹³⁶.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal se convenceram, naquele caso, pela constitucionalidade da concorrência oposta pelo Conde, consagrando a tese de Rui Barbosa. Entretanto, devemos consignar por lealdade aos movimentos jurídicos e históricos que pouco tempo após a referida decisão, a Suprema Corte e forte jurisprudência brasileira passam a adotar as ideias de Carvalho de Mendonça, consumando-se finalmente em artigo expresso do Código Civil (artigo 1.147).

¹³⁵ MELO, Renata Homem de. **Não Concorrência Na Transferência De Estabelecimento Empresarial**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/nao_concorrenca.pdf - Acesso em 25 ago. 2013.

¹³⁶ MELO, Renata Homem de. **Não Concorrência Na Transferência De Estabelecimento Empresarial**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/nao_concorrenca.pdf - Acesso em 25 ago. 2013.

Em cenário antitruste atual, o que há de mais novo no Brasil sobre a questão é a lei 12.529/2011.

Não apenas pela conceituação, como também pelas influências diretas na economia, cabe entendermos, sob a ótica jurídica, o conteúdo e os reflexos da ordem econômica brasileira, pelo que segue.

A ordem jurídica é um sistema jurídico pelo qual, no entendimento de Nazar¹³⁷, “reproduz a ideia de organização, de sistema de regras determinando ou regendo atividades”, e prossegue: “é a esfera ideal do dever-ser”. Assim, ao estudarmos a ordem jurídica debruçamo-nos sobre o compêndio de regras reguladoras e norteadoras das condutas e práticas humanas.

A ordem econômica, por sua vez, é a reunião de princípios e procedimentos de cunho econômico cuja finalidade básica é organizar a atividade econômica à luz dos fins do Estado¹³⁸, sendo espécie do gênero ordem jurídica, mas sem perder sua independência doutrinária e principiológica.

Nelson Nazar¹³⁹ apresenta três sentidos para a expressão “ordem econômica”: modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; conjunto de todas as normas (morais, jurídicas e religiosas) sobre o comportamento dos sujeitos econômicos; conjunto das normas jurídicas da economia.

No texto constitucional encontramos disposições de naturezas diversas, dentre as quais os regramentos econômicos. Assim, denominamos ordem econômica constitucional o conjunto dos regramentos de espírito econômico dentro da Constituição Federal, recebendo igualmente o nome de Constituição Econômica.

Calixto Salomão Filho explica o seu conceito pela diferenciação entre Estado interventor e Estado regulador:

¹³⁷ NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. 2 ed. Bauru, SP: Edipro, 2009, p.47.

¹³⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica e a Constituição Federal de 1988**. 6.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p.53.

¹³⁹ NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. 2 ed. Bauru, SP: Edipro, 2009, p.49.

(...) é exatamente a divisão de esferas entre o Estado regulador e intervencionista e aquele que se limita a organizar as forças de mercado através da aplicação do direito concorrencial que melhor define o ordenamento econômico existente ou, se assim se preferir, a Constituição Econômica de cada ordenamento¹⁴⁰.

(...) a definição do regime de exercício de cada atividade econômica – regime concorrencial, de serviço público ou misto – é nada mais nada menos que a definição de um conjunto de garantias institucionais da ordem econômica¹⁴¹.

Ao adimplir os comandos normativos de qualquer ordem a que se submete, exerce-se a subsunção do preceito abstrato ao caso concreto, isto é, a satisfação dos regramentos na realidade social, fática.

Em sua dissertação Fabrício Antonio Cardim de Almeida¹⁴² indaga se a ordem econômica é um dado de realidade (“ser”) ou se ela determina a realidade (“deve ser”). O primeiro caso trata da realidade econômica já existente num Estado, por ser uma observação descritiva daquela e não apresenta nenhum dado de normatividade. Já o segundo caso trata da ordem econômica como uma idealização almejada pelas normas, mas considera o contexto econômico estabelecido.

Fabrício Antonio Cardim de Almeida¹⁴³ conclui ainda que a maioria dos estudos elaborados pelos juristas converge para o “dever ser” da ordem econômica, assim como ocorre com a teoria do direito na clássica dicotomia entre o “ser” e o “deve ser”.

Nota-se, à guisa de introdução reflexiva, que não se concebem princípios constitucionais separados da ordem jurídica e, portanto, não é possível sustentarmos uma ordem jurídica sem princípios constitucionais. Valendo-se do mesmo encadeamento lógico-jurídico, não é possível pensarmos em uma ordem econômica dissociada de princípios econômicos, e nem princípios econômicos não inseridos na ótica deste tipo de ordenamento.

¹⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21.

¹⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21.

¹⁴² ALMEIDA, Fabrício Antonio Cardim de. **Interpretação constitucional e os princípios da ordem econômica: debate teórico e estudo empírico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009, p.37.

¹⁴³ ALMEIDA, Fabrício Antonio Cardim de. **Interpretação constitucional e os princípios da ordem econômica: debate teórico e estudo empírico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009, p.37.

Conforme delimitamos o âmbito de atuação principiológica da matéria, verificaremos o conteúdo econômico da temática.

7.1.1 Cenário da Concorrência

A competição e disputa são recursos internos inatos do ser humano, que sempre sentiu necessidade de superar o outro, mostrar poderio e supremacia em relação ao próximo.

Com a facilidade de informações e mobilidades de mercadorias e serviços, os instintos foram acirrados transformando a disputa em uma verdadeira razão de ser da atividade empresarial. Atrelado a isso, o fortalecimento do sistema capitalista obstou a perfeita autorregulação do mercado, sobretudo em razão dos interesses particulares.

São inúmeros interesses em questão que parecem ‘cegar’ os empresários e gestores em relação aos direitos sociais e coletivos, entre eles, o lucro, a concorrência e o fortalecimento do poder econômico e social.

Um dos fatores mais importantes para o engrandecimento da temática concorrencial foi a globalização. O avanço tecnológico e a transposição de barreiras mundiais permitem hoje que produtores de diferentes partes do mundo se imponham quase que de maneira igualitária na disputa por um mesmo mercado consumidor.

Desta forma, foram criados órgãos estatais especificamente destinados ao controle e gerência das atividades econômicas privadas, sobretudo no que diz respeito ao abuso do poder econômico e da concorrência desleal. Dente eles destacamos o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), o Imetro e a Anvisa. Para o nosso estudo, focaremos no primeiro deles.

Todos os órgãos de controle, por integrarem direta ou indiretamente a ordem econômica brasileira, se submetem ao regramento da Constituição Econômica, além do dever de respeito e obediência aos seus mandamentos de otimização.

De imediato esclarecemos que com a lei 12.529/11 o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) autarquia regulada pela lei 8.884/94) cedeu espaço ao novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sem, contudo desaparecer do cenário jurídico concorrencial, haja vista que este último é composto por dois órgãos conforme o artigo 3º da lei: “Art. 3º O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei”.

Isto posto, o SBDC e seus órgãos se orientam por princípios, nos termos do caput do artigo 1º da lei:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a 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.

Não obstante a enumeração feita pelo legislador ordinário, fato é que ainda não tenha consagrado todos os demais princípios regentes da ordem econômica constitucional, nem haveria necessidade de fazê-lo visto que pela natureza imperativa e cogente dos princípios constitucionais, são aplicados a todo o ordenamento indistintamente.

Portanto, é equivocado pensarmos nos princípios norteadores do CADE como sendo apenas os explicitados no artigo 1º, vez decorreu de uma falha legislativa e um caráter, talvez, tendencioso de sua parte.

7.1.2 Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

A forma pela qual o direito concorrencial atua no cenário econômico brasileiro se dá, majoritariamente, pela atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

De acordo com a nova lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, o CADE é continua sendo uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça: “Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território

nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei”.

Em sua estrutura possui como órgãos auxiliares o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; a Superintendência-Geral; e o Departamento de Estudos Econômicos; e atua nos aspectos preventivo, repressivo e educativo.

Um tema de destaque na lei do SBDC é as infrações da ordem econômica. Conforme o artigo 31, elas se aplicam às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Mas o que se constitui como uma infração da ordem econômica? O artigo 36 indica que são os atos independentes de culpa, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos:

- I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

7.1.3 Natureza Jurídica das Decisões Administrativas do CADE

Outra questão pouco debatida sobre o CADE é qual seria a natureza jurídica de suas decisões. Isto porque muito se fala sobre ser um ato administrativo mas sem qualquer embasamento teórico-legal para tal afirmação.

Entendemos por “ato administrativo” aquela manifestação de vontade do Estado (ou de quem lhe faça às vezes, de quem o represente) que vai criar, modificar e extinguir direitos com o objetivo de satisfazer o interesse público. Esta manifestação de vontade é inferior e complementar à previsão legal (lei). O regime jurídico de direito público está sujeito ao controle do Poder Judiciário (à revisão pelo Poder Judiciário, mas é um controle de legalidade).

Da conceituação é possível extrair a composição intrínseca de todo ato administrativo: 1) manifestação de vontade do Estado: ou de quem lhe faça às vezes. Portanto apenas o Poder Público é capaz de praticar atos administrativos; 2) atividade: criar, modificar e extinguir direitos: o ato administrativo afeta o campo jurídico, razão pela qual incide nos direitos; 3) finalidade: satisfazer o interesse público, cujo desrespeito caracteriza um desvio de finalidade, que deve ser coibido e punido; 4) inferior e complementar à previsão legal; 5) regime jurídico de direito público; 6) sujeito ao controle do Judiciário.

7.1.4 Características do ato administrativo

A doutrina se divide quanto à denominação, porém tanto os “atributos” quanto as “características” têm o mesmo significado. Os atributos do ato administrativo possuem quatro dimensões, conforme detalharemos abaixo:

(1) Presunção de Legitimidade: significa estar de acordo com as regras morais. Deve ser pensada junto a presunção de legitimidade temos que pensar junto com a presunção de legalidade e de veracidade. Por ser presunção (e não certeza), é relativa (*juris tantum*), portanto admite prova em contrário.

(2) Autoexecutoriedade: O ato pode ser praticado independentemente da presença do Poder Judiciário; não precisa da sua autorização prévia (esta é a definição majoritária da doutrina administrativa, mas há divergência).

Assim, a autoexecutoriedade não tem relação com a formalidade, mas a análise do Poder Judiciário e não está presente em todos os atos administrativos.

Relacionados à autoexecutoriedade temos a exigibilidade e a executoriedade. A exigibilidade é decidir sem o Poder Judiciário, uma ferramenta de coerção indireta pela Administração. Sendo assim, todos os atos administrativos tem este atributo. Por sua vez, a executoriedade trata da possibilidade da Administração executar seus atos sem a presença ou interferência do Poder Judiciário o que a transforma em um meio de coerção

direta. Nem sempre o ato tem executoriedade, pois ela aparecerá apenas nas situações previstas em lei e situações urgentes.

Assim, é verídica a afirmação de que nem todo ato administrativo goza de autoexecutoriedade porque são necessários para esta prerrogativa os enfoques da exigibilidade e da executoriedade.

(3) Coercibilidade/ Imperatividade: os atos administrativos são obrigatórios, são coercitivos. Só serão imperativos os atos que têm em seu conteúdo uma obrigação. Desta forma, nem todos os atos são imperativos, mas sim apenas aqueles que carregam um conteúdo obrigacional.

(4) Tipicidade: cada ato administrativo tem a sua aplicação determinada (uma finalidade específica). Um exemplo é a aplicação de infração grave para demitir um empregado, e leve quando implicar apenas uma advertência. Assim, não é possível punir com demissão um servidor que praticou infração leve, visto que desobedece a tipicidade: afinal, cada ato administrativo tem a sua aplicação determinada.

Da exposição dos atributos/ características do ato administrativo não podemos afirmar se as decisões administrativas do CADE são ou não atos administrativos pois apesar de não gozarem da executoriedade, esta não é uma característica de todos os atos, mas apenas presente nas situações previstas em lei e urgentes.

Sobre a ausência de executoriedade das decisões administrativas da autarquia federal, Nelson Nazar expõe:

(...) o CADE não tem competência para executar suas próprias decisões, devendo, para tanto, requerer intervenção do Poder Judiciário. As decisões provindas desse órgão têm caráter de título executivo, sujeito a desconstituição, do ponto de vista formal, pela via de embargos à execução, opostos como defesa do executado sob o ponto de vista material¹⁴⁴.

¹⁴⁴ NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. 2 ed. Bauru, SP: Edipro, 2009, p.99.

7.1.5 Ato vinculado e ato discricionário

Caso fossem consideradas as decisões administrativas do CADE como um ato administrativo, ao analisarmos a natureza jurídica do seu mérito, concluímos que estão muito mais próximas ao ato vinculado do que ao ato discricionário justamente por se tratar de órgão técnico, haja vista os critérios técnicos e científicos que devem seguir quando das suas manifestações.

Contudo, ainda que haja o controle judicial do ato administrativo vinculado, não podemos adentrar no mérito no ato, ou seja, no seu objeto e motivo. Neste sentido, o artigo 9º, parágrafo 2º da nova lei 12.529/11¹⁴⁵. O reexame da matéria administrativa é vedado, porém está autorizado o seu reexame jurisdicional.

A análise pelo Poder Judiciário das decisões administrativas do CADE não desnatura a eficácia dos seus julgamentos até mesmo porque temos como característica da República Federativa do Brasil a inafastabilidade do Poder Judiciário quando de lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV, CF), sendo cláusula pétrea do nosso sistema o acesso à justiça conforme o artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal. Neste sentido, afirma Nelson Nazar: “o princípio da inafastabilidade da jurisdição não exclui as decisões do CADE, cujos atos – repita-se – podem ser revistos pelo Poder Judiciário”¹⁴⁶.

As decisões administrativas do CADE, apesar de se assemelharem aos atos administrativos por nós estudados, não convergem para a natureza jurídica de ato discricionário ou vinculado.

O não enquadramento se dá pelas características peculiares destas decisões: não se trata de ato discricionário por se tratar de órgão técnico, não havendo liberdade quanto ao mérito, ainda que assim aparente: uma vez provocado ou quando da inserção em suas competências, o CADE tem o dever de se manifestar e proferir apreciações sobre a matéria sob análise conforme a lei e as regulamentações administrativas; é uma espécie de “subsunção” da matéria já regulada ao caso concreto.

¹⁴⁵ Artigo 9º, § 2º - As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

¹⁴⁶ NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. 2 ed. Bauru, SP: Edipro, 2009, p.99.

Por outro lado, também não é possível atribuir-lhe o caráter vinculado porque, se assim fosse, não haveria a necessidade de constituir um órgão administrativo cuja função, dentre outras, é promover debates e discussões a fim de chegar ao melhor desfecho para o interesse público. Se fosse vinculado, o próprio operador do direito, ou os interessados, poderiam solucionar a controvérsia concorrencial a partir do estudo da matéria envolvida.

A dificuldade para admitir as decisões do CADE como atos de poder é saber se é ou não possível revisar o mérito pelo Poder Judiciário, haja vista que em se tratando de ato discricionário ou vinculado a revisão se limita ao controle de legalidade, quais seja, leis e princípios.

A jurisprudência federal demonstra que nos julgamentos em que há a revisão, anulação ou manutenção das decisões do CADE, o enfrentamento do mérito administrativo ocorre pela via difusa, isto é, na detecção de uma ilegalidade ou ilegitimidade são analisadas incidentalmente o mérito do ato administrativo e proferida sua apreciação ao tema.

O que refletimos é a razão para que tantas decisões administrativas do direito concorrencial sejam rediscutidas no Poder Judiciário, ou seja, parece haver um descrédito em relação às soluções propostas pelo CADE tendo em vista a procura por uma segunda ou última opinião no Poder Judiciário.

Entendemos que uma das razões para a **judicialização das decisões administrativas** condiz com a cultura brasileira em aceitar e obedecer apenas o que o “juiz determina”. Em outras palavras, apenas o juiz é considerado autoridade nos assuntos e o único capaz de efetivamente dizer o direito e aplicá-lo na prática (conceito este que define jurisdição).

Em estudo realizado por Fabricio Cardim de Almeida¹⁴⁷, foram feitas análises quantitativas sobre a revisão das decisões administrativas do CADE pelo Poder Judiciário e os resultados foram que de 22 decisões do

¹⁴⁷ ALMEIDA, Fabricio Cardim de. Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)**. Instituição responsável: Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 260-267.

CADE, dez delas foram alteradas pelo Poder Judiciário. Dessas dez, oito condizem com a revisão do mérito, uma de forma e a outra no mérito e forma.

7.1.6 As decisões do CADE e a coisa julgada

A coisa julgada é uma dos efeitos do comando da sentença. Mas, haveria esta característica se a decisão não fosse judicial, e sim administrativa? Na doutrina administrativa é pacífica a ideia da coisa julgada administrativa, entretanto com características peculiares.

A coisa julgada administrativa não tem o poder de produzir intangibilidade judicial, o que possibilita a revisão pelo Poder Judiciário (quando provocado pelo interessado). Assim, fica impossibilitada a tentativa de modificação pela via administrativa, mas autorizada pela judicial. Em suma: a coisa julgada administrativa impede que a Administração se retrate administrativamente e questione judicialmente¹⁴⁸.

Exceção à intangibilidade administrativa pela Administração é o processo administrativo revisional, equiparada a uma ação rescisória administrativa. (artigo 65, *caput*, da Lei 9.784/99¹⁴⁹).

Da nossa análise sobre a matéria concorrencial, notamos o seu evidente cunho econômico e comercial. Parece-nos certo que foi neste meio o seu nascedouro.

Não obstante a origem notadamente empresarial, o direito da concorrência atualmente apresenta ramificações que atingem e influenciam outras áreas do saber, como o direito do trabalho sob a forma da cláusula de não concorrência (principalmente).

Assim, nota-se, mais uma vez, com o desenvolvimento do pensamento concorrencial econômico, uma intrínseca relação entre capital e trabalho, entre economia e direito, entre direito econômico e direito trabalhista, já numa simbiose equilibrada para o bem estar social.

¹⁴⁸ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p.325 e 332.

¹⁴⁹ Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

8. CONCLUSÃO

O fortalecimento do neoconstitucionalismo na ordem jurídica brasileira fez-nos seguir a tendência mundial da prevalência dos princípios constitucionais sobre a aplicação literal da lei, tal como, em sentido contrário, rezava o positivismo.

Hoje os princípios são caracterizados pela marca de mandamentos de otimização, além de não poderem ser relegados quando da análise do caso concreto, vale dizer, havendo a possibilidade de aplicações simultâneas de princípios, todos devem ser considerados, ainda que um se sobreponha aos outros, o que difere das regras, as quais deverão ser de aplicação singular (na grande maioria dos casos).

Desta feita, a maximização dos princípios constitucionais na ordem jurídica vigente fez com que diversas teorias, como a do diálogo das fontes ou constitucionalização do direito, emergissem para esclarecer que as normas infraconstitucionais devem sempre estarem de acordo com a Constituição Federal, numa verdadeira interpretação solar do sistema jurídico, e não mais insular (isolado).

Ademais, a parte principiológica pode ser separada epistemologicamente para fins de estudo o objeto, que no caso prevaleceu o interesse pelos princípios da ordem econômica constitucionalizados pelo artigo 170 da Constituição Federal.

Da análise dos princípios constitucionais econômicos nota-se uma íntima relação com os direitos sociais e trabalhistas, haja vista que o próprio dispositivo supramenciona ressalta a valorização do trabalho humano como um dos fundamentos a guiar o cenário da economia.

Diante disto, pensamos se a globalização cumpre todos os mandamentos da ordem social e econômico, ou seja, se seus em seus reflexos há a consagração dos ditames da liberdade, valorização do trabalho, dignidade da pessoa humana. Apesar das inúmeras benesses oriundas do fenômeno globalizante, as incidências negativas não de ser consideradas, sobretudo no que diz respeito ao *dumping* social.

Concluimos que o *dumping* social é a alegoria mais identificável da globalização, pois ao passo em que busca o lucro desenfreado, deprime e até exclui direitos trabalhistas para aumentar a competição de preços. A disseminação do *dumping* social foi ocasionado pelo acirramento da concorrência entre mercados nacionais e mundiais, concorrência esta que desconsiderou, como se fosse possível desconsiderar, quaisquer direitos e obrigações de cunho trabalhista, num total retrocesso social. Apesar disso, a teoria do Capitalismo Humanista, ao identificar o problema, propõe que a busca saudável pelo lucro na medida em que considera legítima a competição e crescimento empresarial desde que haja o respeito aos direitos trabalhistas e sociais para todos os integrantes do mercado e sugere que o respeito aos direitos dos trabalhadores (e porque não consumidores?) pouco interferirá na conquista da riqueza.

No embalo da disputa mercadológica, a cláusula de não concorrência no contrato de trabalho ganha destaque, haja vista que quando inserida no contrato de trabalho surte efeitos após a rescisão contratual impedindo que o trabalhador exerça àquela profissão ou atividades pré determinadas, com objetivo de resguardar a livre iniciativa e concorrência saudável entre os agentes.

Eis que é instaurado o aparente embate entre direito à liberdade de trabalho e o direito de propriedade. É pacífico na doutrina que empregado e empregador são titulares de direitos fundamentais, cada qual em sua realidade. Desta forma, não há como subjugar um direito em detrimento a outro, até mesmo porque não há direitos absolutos, mas sim aplicar o princípio da proporcionalidade para que se chegue à solução mais justa e menos gravosa, valendo-se dos subprincípios da adequação, proporcionalidade em sentido estrito e necessidade.

Do cotejo entre os direitos comprovou-se que há uma tendência em dar prevalência momentânea ao direito do empregador, haja vista que o prejuízo ocasionado pela concorrência com a não limitação laboral será desproporcional àquela diminuição da liberdade; até mesmo porque não falamos de um total impedimento de trabalho, e sim de um impedimento episódico e direcionado a certo labor, podendo o ex-empregado trabalhar em

outros ramos ou atividades que não estejam abarcados na proibição da cláusula de não concorrência.

Apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, já há julgados sobre o tema e que se valem analogicamente do Código do Trabalho Português, diploma este visionário quando em comparação com os demais. Do entendimento lusitano, igualmente transposto em nossa jurisprudência, extrai-se que não é qualquer profissão ou ofício que enseja esta cláusula, para sua validade deve haver justo motivo do empregador em possível afronta à sua concorrência quando do exercício em emprego similar.

Assim, foram estabelecidos requisitos objetivos para a validade da cláusula como a forma, tempo e disposição geográfica, esta última em franco desuso dada a globalização. Deve-se ter em mente sempre que apesar de autorizada, é uma cláusula em prejuízo ao trabalhador, razão pela qual toda a cautela no conteúdo e estipulação desta deve ser tomada.

O norte a ser seguido quando da estipulação da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho são os princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato e proporcionalidade, princípios estes que são muito mais que simples entendimentos jurídicos, devem ser condutores de todas as posturas dos agentes sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALMEIDA, Fabrício Antonio Cardim de. **Interpretação constitucional e os princípios da ordem econômica: debate teórico e estudo empírico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009.

ALMEIDA, Fabricio Cardim de. Revisão judicial das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF)**. Instituição responsável: Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. (tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAGÃO, Alexandre. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BELTRAN, Ari Possidonio. **A cláusula de não-concorrência no direito do trabalho**. In: Revista do Advogado, São Paulo, 1999.

_____. **Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais**. São Paulo: LTr, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords. Científicos). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAMANTE, Ivani Contini. **Efeitos das nulidades no contrato individual de trabalho**. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 1997.

CALVO, Adriana Carrera. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

CARRIZOSA PRIETO, Esther. **El principio de proporcionalidad em el Derecho Del Trabajo**. Revista Espanola de Derecho Del Trabajo. Madri, n. 123, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. Tributo e Segurança Jurídica. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CESARINO JÚNIO, Antonio Ferreira. **Direito social**. São Paulo : LTr, 1979.

COELHO, Fábio Uihôa. Dignidade da pessoa na economia globalizada. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.) **Tratado Luso-Brasileira da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código Civil Anotado**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Harvard University Press, 1997.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2 ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Eduardo Paz. **Lições de Direito da Economia**. Reimpressão de 2008. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa: 2001.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

GÊNOVA, Leonardo de. **O princípio da proteção no século XXI: os novos desafios do trabalhador brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direito do Trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005.

GRANCONATO, Márcio. Os pactos de não concorrência e de permanência. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); OLMOS, Cristina Paranhos (org.). **Direitos fundamentais aplicados ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica e a Constituição Federal de 1988**. 6.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRIVONER, Ada Pellegrini...[et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

HUSEK, Carlos Roberto. As normas internas e o direito internacional. In: MARTINEZ, Pedro Romano; SILVA, Marco Antonio Marques da; OLIVEIRA, Nelson Faria (orgs). **Análise Contemporânea do direito em face da globalização e da crise econômica**; II CID- Congresso Internacional de Direito (Brasil - Europa). Lisboa: Almedina, 2009.

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

LOPEZ, Teresa Ancona. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords. científicos). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MALLET, Estevão. Cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho. **Revista LTr**, v. 69, outubro de 2005.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral**. São Paulo: Nacional, 1941.

MARTINEZ NETO, Aldo Augusto. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho: ilicitude e direitos fundamentais**. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2012.

MARTINS, Marcos Antonio Madeira de Mattos. **Análise econômica do direito de empresa**. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdades Metropolitanas Unidas. Nov. 2010.

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

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord). **Intervenção do Estado no domínio econômico**. São Paulo: LTr, 2010.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário**. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

MORIN, Edgar. **A nova configuração mundial do poder**. Gilberto Dupas, Celso Lafer e Carlos Eduardo Lins da Silva (orgs.). Sociedade-mundo ou império-mundo? São Paulo: Paz e Terra, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 6.ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NAZAR, Nelson. **Direito Econômico**. 2 ed. Bauru, SP: Edipro, 2009.

_____. **Direito econômico e o contrato de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETO, Célio. Liberdade de trabalho e a cláusula de não concorrência. In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); SUPIONI JUNIOR, Claudimir; SOBRAL, Jeana Silva Sobral (orgs.). **Direitos laborais inespecíficos: os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (coords). **O Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

NOVO, Catia Guimarães Raposo. **Da cláusula de não-concorrência no contrato individual de trabalho**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2007.

OLIVEIRA, Fabiano Melo de. **Difusos e coletivos**: direito ambiental. Coleção Elementos do Direito, v. 15. 2 ed. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Oris de. **Exclusão de concorrência no contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. As relações de trabalho no Mercosul. In: **Revista LTr** 57-11/1315. Nov. 1993.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SAYEG, Ricardo Hasson. A concretização dos direitos humanos ao pleno emprego, sob o ponto de vista do capitalismo humanista. In: MARTINEZ, Pedro Romano; SILVA, Marco Antonio Marques da; OLIVEIRA, Nelson Faria (orgs). **Análise Contemporânea di direito em face da globalização e da crise econômica**. II Congresso Internacional de Direito (Brasil - Europa). Lisboa: Almedina, 2009.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Marco Antonio Marques da. A escravidão contemporânea, valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana. In: MARTINEZ, Pedro Romano; SILVA, Marco Antonio Marques da; OLIVEIRA, Nelson Faria (orgs). **Análise Contemporânea di direito em face da globalização e da crise econômica**; II CID- Congresso Internacional de Direito (Brasil - Europa). Lisboa: Almedina, 2009.

_____. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da

(coord.) **Tratado Luso-Brasileira da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de Direito Constitucional**. Barueri, SP: Manole. 2007.

VAZ, Isabel. **A Intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites**. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord). **Intervenção do Estado no domínio econômico**. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VERONESE, Alexandre. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

Webgrafia

ALMEIDA, Renato Rua de. **Direitos laborais inespecíficos dos trabalhadores**. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/renato_ rua_almeida/renatorua_direitos_inespecificos_trabalhadores.pdf . Acesso em: 20 mar. 2013.

ALMEIDA, Renato Rua de. **A pequena empresa e a teoria da flexibilização diferenciada**. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/renato_ rua_almeida/renato_ru_a_a_pequena_empresa.pdf . Acesso em: 20 mar.2013.

ALMEIDA, Renato Rua de. **Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?**. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/renato_ rua_almeida/renato_rua_despedida_em_massa.pdf. Acesso em: 18 mar.2013.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El juicio de La igualdad em La jurisprudência de la corte constitucional colombiana**. Comisión Andina de Juristas/ Red de Información Jurídica, Lima, 2006. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/5.pdf>. P. 58. Acesso em: 31 jan. 2013.

BRAMANTE, Ivani Contini. **A aparente derrota da Súmula 331/TST e a responsabilidade do poder público na terceirização.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18479/a-aparente-derrota-da-sumula-331-tst-e-a-responsabilidade-do-poder-publico-na-terceirizacao/1> - Acesso em: 20 ago. 2013.

CALVO, Adriana Carrera. **Os aspectos legais e a cláusula de não concorrência no Brasil.** Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/palestras/nao_concorrencia.pdf - Acesso em: 10 ago. 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22640-22642-1-PB.html> - Acesso em 25 ago. 2013.

MARTINS. Sérgio Pinto. **Globalização e emprego.** Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/globalizacao-e-emprego/722> Acesso em: 12 mar.2013.

MELO, Renata Homem de. **Não Concorrência Na Transferência De Estabelecimento Empresarial.** Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/nao_concorrencia.pdf - Acesso em 25 ago. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em: 31 jan. 2013.

http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_379/Pareceres/ParecerProCADE-AP-2005-08012-000219-Drogaria_Sao_Paulo.pdf - Acesso em 12 de março de 2013.

Julgamentos

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 131000-63.2009.5.04.0005. 4ª Turma. TST. Ministra Relatora Maria de Assis Calsing. Data da publicação: 01 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário 01552.2009.059.02.00- 4. 10ª Turma. TRT-2ª Região. Juiz Relator Paulo Eduardo Vieira e Oliveira. Data da publicação: 14 abr.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201819 – RJ.STF – 2ª Turma. Ministra Relatora: Ellen Gracie. Data da publicação: 27 out. 2006.