

PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA - VALIDADE E SEUS EFEITOS NO DIREITO BRASILEIRO

Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 2 | p. 847 - 863 | Dez / 2010
DTR\2012\1839

Arnoldo Wald

Advogado no Rio de Janeiro. Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Alberto Xavier

Advogado no Rio de Janeiro. Professor de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

Área do Direito: Trabalho; Comercial/Empresarial

Sumário:

Revista dos Tribunais RT 552/1981 out./1981

I – Colocação da questão

1. O problema que se coloca é o da validade dos chamados “pactos de não concorrência” à luz do Direito Positivo brasileiro.

2. Não se encontrando a matéria regulada expressamente em lei, importa socorrer-nos das fontes enumeradas no art. 8º da CLT, segundo o qual “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de Direito, principalmente do Direito do Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o Direito Comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”, acrescentando parágrafo único que “o Direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

II – Normas gerais aplicáveis à hipótese

3. Começamos pelo Direito comum. Em face dos princípios gerais do Direito Privado, não pode duvidar-se da validade e licitude de tal cláusula, na medida em que o art. 115 do CC proclama que “são lícitas, em geral, todas as condições que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes”.¹ Ao optar por esta orientação marcadamente liberal, o Direito Civil brasileiro não admite as restrições e reservas que outros ordenamentos jurídicos – como o português – introduzem às cláusulas limitativas da liberdade, embora mesmo em tais ordenamentos seja amplamente discutida a extensão de tais ressalvas.²

4. Princípio idêntico vale no Direito Trabalhista, estabelecendo o art. 444 da CLT que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

5. Resta, pois, examinar se a cláusula condicional em exame é objeto de qualquer restrição por leis especiais, designadamente a lei trabalhista.

6. O art. 482, “C”, da CLT considera justa causa de rescisão do contrato de trabalho pelo empregador “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". Este dispositivo protege o empregador contra a concorrência do seu empregado durante a vigência do contrato de trabalho, violadora do seu dever geral de lealdade. O problema essencial está, porém, em saber quais as formas possíveis da sua proteção após a cessação da respectiva vigência.

7. Em nossa opinião, essa proteção não só é válida por meios contratuais como se encontra expressamente garantida por normas penais que consideram crimes de concorrência desleal atos daquela natureza.

8. O art. 196 do CP de 1940 considera crime de concorrência desleal a violação de segredo de fábrica ou negócio, assim entendido o ato de alguém divulgar ou explorar, sem autorização, quando a ser viço de outrem, segredo de fábrica ou de negócio que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão de serviço – prevendo a pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa, de Cr\$ 1,00 a Cr\$ 10,00.

9. Como se vê, o Código Penal restringia a incriminação aos atos praticados na constância da relação de emprego. Todavia, posteriormente foi também considerado crime de concorrência desleal o ato pelo qual alguém "divulga ou se utiliza, sem autorização, do segredo de negócio, que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão de serviço, mesmo depois de havê-lo deixado, também punível com pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa, de Cr\$ 1,00 a Cr\$ 10,00."³

10. Esta norma incriminadora consta do art. 178 do antigo Código da Propriedade Industrial, aprovado por Dec.-lei 7.903, de 27.8.45. O novo Código, aprovado pela Lei 5.772, de 21.12.71, ressaltou, porém, no seu art. 128, a plena vigência daquele dispositivo até a entrada em vigor do Código Penal de 1969, não ocorrida.

11. O simples fato de o Direito brasileiro consagrar a tutela do direito do empregador à não concorrência movida pelos seus empregados mesmo no período subsequente ao contrato de trabalho – independentemente de qualquer estipulação contratual – já era, só por si, sinal seguro da validade da cláusula de não concorrência. Mas esta convicção mais se reforça pelo recurso ao Direito Comparado, que é – como já se aludiu – fonte subsidiária do Direito do Trabalho.

III – Do Direito Comparado

12. Ora, o Direito Comparado é, em princípio, favorável à validade da cláusula de não concorrência. Em França admite-se a cláusula de não concorrência desde que não haja uma proibição total do trabalho do empregado.

13. Assim, na Alemanha, a validade da, "Konkurrenzenklauseln" é reconhecida expressamente pelo art. 74 do CComercial alemão, desde que ela proteja um interesse comercial legítimo e não ultrapasse o período de dois anos, devendo ser compensada pelo pagamento de uma indenização. Na tradução francesa de um grupo de juristas dirigidos por William Garcin, o texto da lei alemã é o seguinte: "Toute convention stipulée entre l'employeur et son commis aux termes de laquelle le commis se trouve limite dans l'exercice de ses activités professionnelles pendant un temps consécutif à l'expiration de son rapport de service, nécessite une forme écrite et requiert la remise au commis d'un acte, signé par l'employeur et contenant les conditions stipulées (interdiction de concurrence).

"Cette interdiction de concurrence à la force obligatoire dans le seul cas où l'employeur s'engage à verser pour sa durée une indemnité qui, versée pour chaque année de l'interdiction, doit être au moins égale à la moitié de la valem des prestations prévues par le contrat et dernièrement touchées par le commins."⁴

14. Na Suíça, o Código das Obrigações, no seu art. 356, adota os mesmos princípios, ao determinar que: "Dans les contrats de travail qui permettent à l'employé de connaître la clientèle de l'employeur on de pénétrer dans le secret de ses affaires, les parties pouvant

convenir qu'après la fin du contrat, l'employe ne pourra ni faire en son propre nom concurrence à l'employeur, ni travailler dans une maison concurrente, ni s'y intéresser comme associe ou en quelque autre qualité. La prohibition de faire concurrence n'est licite que si l'employé peut, en mettant à profit sa connaissance de la clientèle et des secrets de l'employeur, causer un sensible préjudice à celui-ci. La clause prohibant la concurrence est nulle si l'employé était mineur quand de la conclusion du contrat".

15. Na Itália, o art. 4.125 do "Código Civile" determina, por sua vez, que: "Patto di non concorrenza - Il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività el prestatore di lavoro, per Il tempo successivo alia cessazione dei coritratto, 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 durate 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 durante maggiore, essa si riduce nella misura suindicata (2.557; tr. 198)."

16. Na Espanha, o art. 74 da Lei do Contrato de Trabalho esclarece que: "La prohibición de la competencia para después de terminado el contrato de trabajo caducará transcurridos dos anos para los trabajadores, y quatro anos para los empleados técnicos, o cuando el empresario se haya negado a pactar con el trabajador o el empleado la oportuna indemnización durante los citados anos, o, una vez convenida, dejarle de pagaria, y, en todo caso, cuando no justificarse el empresario un efectivo interés industrial y comercial en el asunto".

17. Na França, a jurisprudência reconhece a licitude dessas cláusulas desde que não sejam ilimitadas no seu objeto e haja restrições no tempo e no espaço. Assim, a Câmara Cível da Corte de Cassação teve o ensejo de decidir que: "Attendu que la liberte du travail et du commerce peut être valablement restreirite par les conventions des parties, pourvu que ces conventions n'impliquent pás une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire, illimitée tout à la fois quant au temps et quant au lieu; que la restriction demeure licite lorsqu'elle est perpétuelle, mais limitée à un endroit determine, comme aussi lorsque s'étendant à tous les lieux, elle ne doit être observée que pendant un certain temps; que dans l'une comme dans l'autre hypothèse, la convention est pleinement obligatoire si elle a été librement consentie".

18. Comentando a posição do Direito francês, Yves Serra escreve, em monografia que dedicou à matéria, o seguinte: "Ce critère dégagé par la jurisprudence, et toujours appliqué aujour-d'hui, permet de donner une définition de Tinterdictipn de concurrence générale et absolue, done nulle, et par voie de conséquence de déterminer l'interdiction partielle, c'est-à- dire, licite.

"Est générale et absolue l'interdiction dont l'étendue est illimitée à la fois quant au temps et quant au lieu, étant sous-entendu que la limitación quant è l'objet doit toujours exister.

Será donc nulle parce que générale et absolue: 1) Vinterdiction illimitée quant à son objet, qu'elle soit ou non limitée à un autre point de vue; 2) l'interdiction qui limitée quant à l'objet est illimitée quant au temps et quant au lieu.

"Est partielle et donc licite l'interdiction dont l'objet n'est pás illimité et qui est par ailleurs limite soit quant au temps, soit quant au lieu, soit quant aux deux à la fois.

"Ce critère de validité tend à être appliqué pour luimême, le juge en pré-sence d'une interdiction limitée quant au temps ou quant au lieu ne recherchant plus si l'interdiction correspond à un intérêt legitime du créancier de non concurrence, ní si elle porte une atteinte excessive à la liberte du débiteur de non concurrence. La límitation fait présumer que cês deux considération sont respectées."⁵

19. Ainda no Direito Comparado soluções idênticas ou análogas são encontradas na

legislação trabalhista do Luxemburgo (art. 13) e no art. 1.637 do CC holandês.

20. Podemos, pois, concluir que existe em todos os países uma tendência legislativa no sentido de reconhecer a validade das cláusulas de vedação de concorrência especialmente quando: a) limitadas no tempo e no espaço: b) compensadas por um prêmio ou uma indenização.

IV – O Direito brasileiro “in fieri”

21. Embora não constituindo de modo específico fonte do Direito, as normas dos projetos legislativos representam, normalmente, o consenso das posições jurisprudencial e doutrinárias, de modo que refletem a posição existente em relação a determinadas matérias, especialmente quando a legislação vigente delas não trata. No particular, o anteprojeto de Código de Trabalho, de autoria do Prof. Evaristo de Moraes Filho, que foi elaborado pelo eminente Mestre do Direito Trabalhista, em 1963, regulou do seguinte modo a cláusula de não concorrência no contrato individual de trabalho: “Art. 581. O pacto de exclusão de concorrência celebrado entre empregador e empregado é nulo de pleno direito se não for celebrado por escrito, dele constando uma indenização ou compensação mensal durante o prazo de sua vigência a favor do empregado e conforme a certos limites de objeto, tempo e lugar.

“§ 1º. A duração do compromisso não poderá ser superior a quatro anos para os dirigentes e a dois anos nos demais casos.

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

22. Na justificação doutrinária do anteprojeto está esclarecido que: “As cláusulas de permanência no trabalho por um período mínimo, geralmente estipuladas em contrapartida de treinamento propiciado ao empregado, dão ao contrato de trabalho a característica de contrato por prazo determinado, tanto para o empregador como para o empregado, aplicando-se-lhes, integralmente, toda a disciplina jurídica que a CLT dispõe para este tipo de contrato. Obvia mente, só são admissíveis nos casos em que a lei trabalhista permite o contrato por prazo determinado”.

23. Comentando o referido artigo em estudo doutrinário publicado na LTr 41/593, os Advogados João Batista dos Santos e Jary C. Silva acrescentam que: “Essa cláusula surgiu na Inglaterra, por força de usos e costumes, vindo depois a ser adotada no Direito suíço, francês, italiano e alemão. Infere-se daí que o advento de tal cláusula pressupõe certo desenvolvimento tecnológico, uma vez que ela objetiva resolver um problema de concorrência que dificilmente ocorrerá em países subdesenvolvidos.

“Releva notar, a propósito dessa cláusula, que não lhe é aplicável a restrição de dever tratar-se de contrato que possa ser celebrado por prazo determinado para que ela seja válida, óbvio que, só operando após o término do contrato, é indiferente que tal cláusula seja pactuada em conexão com um contrato por prazo determinado ou por prazo indeterminado. O que parece inadmissível é que se pactue cláusula desse teor para o período de vigência do contrato, pois em tal caso incide a disciplina legal prevista na CLT para a hipótese de concorrência desleal pelo empregado, consoante o disposto no art. 482, “c”, do estatuto obreiro, não podendo as partes substituir essa sistemática por uma pena, o que afrontaria, outrossim, o art. 462 da CLT, que veda descontos no salário do empregado, salvo as exceções que enumera.”

V – Posição da jurisprudência

24. O TST, em sessão plenária, em julgado proferido em 25.4.68, no proc. TST/RRE-603/67, teve o ensejo de decidir que era inválida a cláusula de não concorrência pelo fato de sua excessiva duração, cinco anos, que, no caso, era superior ao limite máximo legal de duração do próprio contrato de trabalho, de abranger tanto o

Brasil como o exterior e de não ter havido nenhuma compensação pela obrigação assumida pelo empregado de não competir direta ou indiretamente com o seu antigo empregador.

25. É a seguinte a ementa do acórdão, do qual foi relator o eminente Min. Celso Lanna: "Contrato de trabalho – Concorrência com o empregador – Vedação do exercício profissional – Nulidade da cláusula.

"Não vulnera a lei o julgado que inquina de nulidade a cláusula de vedação do exercício de atividade profissional, durante o período de cinco anos, contados da rescisão do contrato de trabalho.

"...Trata-se de embargos oferecidos contra o acórdão da E. 2ª Turma que acolhera a revista para declarar nula a cláusula contratual de exclusão de concorrência posterior à cessação do contrato de trabalho. O acórdão embargado contém os seguintes fundamentos: "A CLT é omissa no que se refere ao chamado "pacto de exclusão de concorrência". Tal "pacto", por si mesmo e em tese, não é incompatível com a garantia constitucional de liberdade de trabalho. Tanto que é previsto na legislação de outros países e consta do projeto do Código de Trabalho, de autoria do emérito Jurista e Professor Evaristo de Moraes Filho, revisto por uma comissão de que participaram, também, ou não menos ilustres Mozart Victor Russomano e José Martins Catharino. Mas dizer que o "pacto de exclusão de concorrência" pode ser válido não significa afirmar a validade de todo "pacto" dessa natureza. O art. 8ª da CLT permite que o juiz, na falta de disposição legal, se utilize do Direito Comparado. É inegável a influência do Direito do Trabalho italiano na elaboração desse ramo de Direito brasileiro. O "pacto de não concorrência" é disciplinado pelo art. 2.125 do CC italiano e sua validade está condicionada à estipulação de uma vantagem pecuniária ao empregado e à existência de limites relativos a objeto, tempo e lugar. Tal é aquela influência antes referida, que o art. 642 do projeto do Código de Trabalho já mencionado considera nulo de pleno direito o "pacto" se dele não constar uma indenização ou compensação mensal a favor do empregado durante o prazo de sua vigência e não obedecer a limites e objeto, tempo e lugar.

"Não, apenas, entretanto, no Direito italiano a validade do "pacto" de exclusão de concorrência fica subordinada a certas condições, para que se evite a violação da liberdade de trabalho. No direito alemão, p. ex., vigora, também, o princípio da espera paga: "o empregador deve prometer ao empregado uma indenização para o tempo em que dure a proibição" (Huock Nipper Dey, "Compêndio de Derecho del Trabajo", trad. especial, Madri, 1963, pp. 122 e 123). O mesmo ocorre no Direito espanhol (Bayon Chacon-Perez Botija, "Manual de Derecho del Trabajo", 5ª ed., vol. II/ 516, 1964). Na França, como ainda no Brasil, a legislação é omissa. Escrevem, a propósito, Rivero e Savatier que a validade do "pacto" depende da extensão em que atinge a liberdade de trabalho. E acentuam: "Os tribunais verificam, em cada caso, se a cláusula, pela amplitude geográfica, profissional ou de duração, deixa ao interessado uma real liberdade de escolha do emprego. Não basta, como às vezes se afirma... que ela não proíba senão um gênero de atividade, para ser válida" ("Droit du Travail", 1956, p. 294). Ora, no caso, a cláusula tem tal amplitude que importa evidente violação da garantia constitucional da liberdade de trabalho. Para começar, o seu prazo de duração (cinco anos) é superior ao limite máximo legal de duração do próprio contrato de trabalho a termo. Não estabelece limite de lugar; a proibição se estende ao Brasil e ao estrangeiro. E o recorrente se obriga a "não trabalhar no mesmo ramo da empregadora", "por conta própria ou de terceiros, direta ou indiretamente". Tudo isto sem a menor compensação pecuniária para o empregado. Impõe-se, em conclusão, o conhecimento e provimento da revista para que se declare nula a cláusula a que se refere o pedido."

"A ilustrada Procuradoria-Geral opinou pelo não conhecimento ou não provimento dos embargos.

"Os presentes embargos consideram violados os arts. 444 da CLT e 150, § 23, da CF.

Tanto a liberdade de trabalho assegurada no preceito constitucional como a liberdade das partes interessadas de estipularem cláusulas que não contravenham disposição de proteção ao trabalho, segundo o disposto na CLT, em nada foram vulneradas pelo acórdão embargado. Acentuou mais o acórdão que o prazo de cinco anos de vigência da cláusula ultrapassa o próprio prazo estabelecido para o contrato a termo.

“Para a vedação do exercício da função de Químico Industrial, no mesmo ramo da atividade explorada pela recorrente, não se estabeleceu nenhuma compensação ou vantagem para o recorrido durante o período de vigência desta proibição. O que o acórdão embargado garantiu foi, precisamente, a liberdade de trabalho, assegurada por preceito constitucional. Faltando aos embargos o pretendido apoio em violação de norma legal, não merecem ser conhecidos” (proc. TST/RRE-603/67, j. 25.4.68).

26. “A contrario sensu”, chega-se, pela própria leitura do acórdão, à conclusão de que, se fosse menor o prazo da vedação do exercício da proibição e tivesse havido a adequada compensação, não haveria como nem por que considerá-la inválida ou ilícita.

27. Dentro do mesmo espírito manifestou-se o STF ao deixar de conhecer do RE 67.653, por não vislumbrar, no caso, qualquer violação às normas constitucionais. O relator, que foi o saudoso Min. Aliomar Baleeiro, reconheceu, todavia, no seu voto, a moralidade da pretensão do empregador, salientando que somente não conhecia do recurso em virtude da estreiteza do cabimento do mesmo. Afirmou, inicialmente, o relator que a cláusula correspondia ao interesse nacional, pois: “Do Presidente da República ao mais modesto repórter de província, fala-se em desenvolvimento nacional, a grande aspiração do País, tanto dos que conscientemente falam nisso como dos que repetem como aquela ave de grande memória os estribilhos. Todos querem o desenvolvimento nacional.

“Do ponto-de-vista do desenvolvimento nacional, deveria uma cláusula como esta ser mantida, porque precisamos conhecer todos os segredos da técnica, quer da Mecânica, quer sobretudo da Química. Há grandes empresas, onde centenas de indivíduos estão pesquisando produtos novos.”

Em seguida, no seu voto, salientou que: “Em resumo, o caso denuncia a existência de omissão na lei trabalhista, e a conseqüente dificuldade de a solverem os juzes trabalhistas. Não configura, porém, contrariedade à Constituição, capaz de trazer o litígio ao STF.

“2. Em meu voto no agravo, ponderando que não me cabe discutir a posição moral bem penosa do recorrido, aceitando, a troco de custosa viagem e permanência na Inglaterra, para treinamento técnico e conhecimento de segredos industriais, a cláusula impugnada, declarei que, no caso, não me parece ter havido a alegada violação do art. 150, § 23, da CF, na redação de 1967.

“Esse dispositivo estatui que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão...”

“O v. acórdão, ao invés de contrariar essa norma, prestigiou-a.

“Do ponto-de-vista do interesse do desenvolvimento nacional, a solução estiolará a aquisição da tecnologia pelos trabalhadores nacionais, pois o procedimento do recorrido, possivelmente indefensável sob critérios éticos, não encorajará a empresa a arriscar despesas e segredos de fabricação sem um mínimo de garantias.

“Mas o remédio para isso não cabe ao STF.”⁶

28. Na declaração do seu voto, o Min. Eloy da Rocha acrescentou que: “Cuida-se, aqui, de comportamento de trabalho. A conduta do empregado, durante o contrato, a respeito de questão análoga, é prevista na CLT, art. 482, “c” e “g” . Na letra “c” veda-se atividade do empregado que possa importar ato de concorrência ao empregado. Na letra “g” inclui-se como uma das faltas graves do empregado a violação de segredo da

empresa. A cláusula ou pacto de não concorrência refere-se a período posterior.

“Merece ser considerada, a propósito, a lição de Carvalho de Mendonça (“Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, vol. II/462 e 463, ed. 1911, n. 462): “Dissemos que podiam ser estipuladas no contrato de emprego no comércio obrigações de natureza particular.

“A esse respeito aparece a questão: é lícito o pacto pelo qual o preposto se obriga a, quando despedido, não se empregar em outra casa que explore indústria idêntica ou não exercer a profissão comercial?

“Esse pacto é, de ordinário, chamado “cláusula de concorrência”.

“Conforme a opinião radical, este pacto é nulo, por ofender a liberdade de trabalho e de comércio, garantida constitucionalmente. Ele obrigaria o preposto a trabalhar forçadamente na casa do preponente, pois o privaria dos meios de prover honestamente a subsistência. A ordem pública repeliria esse pacto, que importa a condenação à ociosidade. “Outra opinião, porém, conciliando os interesses do preposto com os do preponente, é pela validade do pacto, desde que limitado no tempo e no espaço.

“O que se não pode admitir, em absoluto, é a restrição perpétua, que evitaria o livre progresso e o melhoramento individual e privaria o direito à existência. O direito ao trabalho não é outra coisa que o direito à vida.

“O pacto pode ser tolerado, uma vez que não inutilize o futuro do preposto. Para a sua validade são essenciais as limitações de lugar e de tempo, sendo, quanto a este, bom critério não exceder o período de duração efetiva do contrato.”

“Em atenção ao princípio constitucional de liberdade de trabalho, ou ao Direito ao trabalho, não será admissível cláusula de não concorrência sem tais limitações.

“Não será lícito impedir o empregado de exercer determinada atividade sem limitação de tempo e espaço. É claro que a limitação se restringirá, igualmente, ao objeto de atividade do empregado.

“No caso, a discutida cláusula atende a alguns dos requisitos para validade. Assim, restringe a proibição a cinco anos e ao mesmo ramo de atividade da empregadora. Mas não escapa à censura no tocante ao espaço. O empregado “obriga-se a não trabalhar, nem no Brasil, nem no estrangeiro...” Quer dizer, em parte alguma. Naturalmente, a questão do espaço deve ser apreciada, hoje, em face das comunicações modernas, diferentemente do que acontecia à época de Carvalho de Mendonça.

“O projeto de Código do Trabalho, de 1965, inscreve preceito sobre “pacto de exclusão de concorrência” (art. 642). O pacto, celebrado por escrito, deverá estipular indenização ou compensação mensal, durante o prazo de sua vigência, a favor do empregado e estabelecerá limites de objeto, tempo e lugar.

“O TST não contrariou a Constituição ao julgar inválida a cláusula, como estipulada, por incompatível com a liberdade de trabalho.”⁷⁷

29. No mesmo sentido firmou-se o pensamento do Min. Thompson Flores, que reconheceu não ter sido violada a norma constitucional, razão pela qual a cláusula era legítima, pois: “O que importa, porém, é que a liberdade de trabalho não é absoluta, inelutável, sem restrições.

“O que se percebe é que encontra ela fronteiras no que dispuser a lei.

“E esta, quando traça as condições de capacidade, certamente, não se limita às meras habilitações peculiares. Capacidade envolve área maior. E assim se tem entendido...

“Todavia, a cláusula contratual, introduzida como o foi e aceita pelo TST, a meu ver, não

contraria aquela garantia. É que não é ela absoluta. Pactuada como o foi, nos termos do contrato, de resto já cumprido, tido como legal pelo aresto, não vejo haja afrontado seja a garantia questionada, seja disposição outra do Estatuto Maior.”⁸

30. Verificamos, pois, que o STF somente não conheceu do recurso por inexistir, no caso, violação à norma constitucional, o que, por si só, afastou, no caso, a competência do Excelso Pretório.

VI – Posição da doutrina

31. A doutrina nacional também é favorável à validade das cláusulas de não concorrência. Diz o Prof. A. F. Cesarino Júnior, com a autoridade que lhe é peculiar: “É óbvio que, em nosso Direito, podemos concluir pela licitude da cláusula de não concorrência limitada no tempo e no espaço e, conseqüentemente, pela da aposição duma multa contratual visando a garantir o cumprimento de um contrato em que essa cláusula é expressamente estipulada”.⁹

32. Não se pense tratar-se de opinião isolada. Bem pelo contrário. Ela representa a tradição do Direito brasileiro neste ponto (acolhida, como se verá, pelo próprio Ministério do Trabalho). Por a julgarmos extremamente significativa, transcrevemos o parecer de Dorval M. de Lacerda, proferido em 1939 :¹⁰ “2º. O empregado pode renunciar, após a cessação do contrato, ao exercício de determinada atividade? O Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, Sr. Oliveira Vianna, respondendo a uma consulta da Câmara dos Deputados, concluiu pela afirmativa, obedecidas, entretanto, as três seguintes condições, estritas e limitativas: a) não seja geral, mas exclusivamente para certa e determinada atividade; b) nem ilimitada no tempo e no espaço, mas feita para vigorar apenas durante um certo período, não muito extenso, e numa determinada área de território não muito ampla, e c) ainda assim, no caso de rescisão do contrato se ter operado por ato voluntário do próprio empregado (V. G. Préau, ob. cit., pp. 145 e 156)”.¹¹

33. Muitos autores, e inclusive os citados, admitem a validade da renúncia, com as três limitações acima, quando verificada em cláusula contratual ou na vigência do contrato. Tal não se dá, pois, a situação de dependência após a cessação do pacto, o que seria, como na primeira hipótese, violação da lei penal (art. 192 do CP).

34. Pela nossa parte, observamos que a razão de ser das restrições apontadas na doutrina – limitação da cláusula no tempo e no espaço – consiste em harmonizar a validade desta estipulação com o princípio constitucional de que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelece” (CF, art. 153, § 23).

35. Com efeito, o princípio da liberdade do trabalho seria ofendido se se estipulasse que alguém não poderia trabalhar em qualquer setor de atividade, em qualquer lugar e para todo o sempre. Mas, obviamente, essa liberdade não é atingida se a restrição for temporária, livremente consentida e justamente retribuída.

36. De novo reproduzimos a opinião de Dorval de Lacerda, na sua monografia “A Renúncia no Direito do Trabalho”, p. 172: “Tal restrição não vai de encontro, se a cláusula tiver um justo e razoável fundamento, ao preceito da Constituição brasileira, que assegura a liberdade de trabalho, porque essa mesma Constituição condiciona tal liberdade à capacidade e as restrições impostas pelo bem público, onde se podem, evidentemente, enquadrar, como garantias às empresas, e, conseqüentemente, à produção, as cláusulas lícitas de não concorrência”.

37. Em contrário temos a opinião de Egon Felix Gottschalk,¹² o qual entende que, inobstante a omissão da lei, não encontra fundamento sólido para defender a validade de cláusula e isto porque o regime da CLT não lhe parece compatível com tal cláusula, posto o seu espírito ser favorável à mais ampla liberdade de trabalho. O argumento,

porém, não nos afigura ter rigor jurídico, revestindo mais caráter doutrinário ou ideológico.

38. João Batista dos Santos e Juary C. Silva, no estudo já referido, concluem, por sua vez, que: "As cláusulas de exclusão de concorrência devem obedecer aos requisitos do art. 581, e §§, do ante projeto de Código de Trabalho, de 1963, notadamente a fixação de um correspectivo para o empregado durante o prazo de sua vigência, pois de outro modo estariam inquinadas de nulidade absoluta.

"Tais cláusulas costumam vir acompanhadas de uma pena em dinheiro para o caso de descumprimento pelo empregado, pena, esta, que configura juridicamente a mesma cláusula penal do Direito Civil, sendo-lhes, pois, aplicável a norma jurídica prevista a respeito na legislação civil, como, p. ex., a redutibilidade judicial."¹³

39. É verdade que alguns poucos autores, como o Prof. Egon Felix Gottschalk, suscitam dúvida quanto à legitimidade da cláusula de não concorrência com efeito pós-contratual, por não considerá-la compatível com o regime da CLT, embora entenda este autor ser necessária a regulamentação da matéria "de lege ferenda", no interesse da evolução tecnológica e da amplitude da pesquisa científica.¹⁴ É interessante assinalar que, para Gottschalk, a cláusula constituiria uma convenção distinta do contrato individual de trabalho, pois: "A relação jurídica criada pela cláusula de não concorrência "pós-contratual" distingue-se do próprio contrato individual de trabalho, com o qual ela não se confunde. É um contrato "sui generis", por força do qual o empregado se obriga a não prestar, após o término de seu contrato de trabalho, e por prazo expressamente estipulado e não abusivo, serviços idênticos ou semelhantes a outrem ou por conta própria quando estes possam constituir uma concorrência desleal ou revelar segredos e conhecimentos especiais adquiridos na empresa, obrigando-se, por sua vez, o empregador a pagar ao seu ex-empregado pelo prazo convencional da prestação uma compensação pecuniária, que, no caso de inadimplemento, o empregado perde, além de responder por perdas e danos.

"Sendo assim, não se aplicam a este vínculo contratual as normas que regem o contrato individual de trabalho, inclusive a limitação legal quanto à vigência máxima de contratos a prazo determinado."¹⁵

40. Embora o autor se refira ao pagamento durante o período, entendemos que a situação não se desfigura nem se transforma quando o pagamento foi feito previamente, na vigência do contrato de trabalho, sob a forma de prêmio de não concorrência, nos termos definidos na consulta. É interessante que, assim concebido, o mencionado contrato não sofreria nenhuma objeção do Prof. Gottschalk.

41. Tratar-se-ia de utilizar a liberdade contratual das partes para impedir a concorrência desleal, presumindo-a quando o empregado atuasse no mesmo setor em que opera a sua antiga empregadora e importando a prática do ilícito contratual pagamento de uma cláusula penal nos termos do Código Civil, conforme, aliás, reconhecem João Batista dos Santos e Juary C. Silva, que consideram aplicável na matéria a regulamentação dos arts. 916 a 927 do CC. Os mencionados autores afirmam que: "Nada obsta à introdução da cláusula penal no Direito do Trabalho, dado que ela, como prefixação das perdas e danos, não parece conflitar com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Nessa ordem de idéias, a cláusula penal seria inadmissível apenas no tocante às obrigações derivadas propriamente do contrato de trabalho, porque para estas a lei trabalhista já prevê sanções específicas, afigurando-se inaceitável que as partes as substituam pela cláusula penal. Em relação às cláusulas restritivas da liberdade de trabalho, porém, nada impede a adoção da cláusula penal, uma vez que tais cláusulas não estão reguladas na legislação trabalhista e tampouco defluem, direta ou indiretamente, do contrato de trabalho."¹⁶

VII – Conclusões

42. Colocando-nos seja no campo do Direito do Trabalho, seja no do Direito Civil, não

vemos motivo para discutir a licitude da cláusula de não concorrência, desde que limitada no tempo e no espaço, correspondendo a um interesse legítimo das partes e tendo tido uma adequada compensação contratual, conforme bem salientaram as leis estrangeiras, os acórdãos dos tribunais e os autores que se dedicaram ao estudo da matéria.

43. No caso concreto, a limitação é pelo prazo de dois anos, aplicando-se tão-somente nos países em que o grupo empregador atua, restringindo-se ao campo da hotelaria e fornecimento de refeições sob diversas modalidades e tendo tido uma compensação adequada, que foi contratualmente estipulada. Entendemos, assim, que a cláusula não viola nenhuma norma de ordem pública e, em particular, não infringe as regras que fixam um período máximo de vinculação entre o empregado e o empregador, nem está em contradição com o art. 153, § 23, da CF, com a interpretação que lhe têm dado os tribunais.

44. Como, aliás, já foi indicado na decisão do Excelso Pretório transcrita no n. 29 do presente parecer, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão não significa a possibilidade de praticar a concorrência desleal, podendo sofrer, em certos casos, restrições não somente legais mas, ainda, regulamentares ou até contratuais.

45. Não havendo nenhuma violação de normas de ordem pública na convenção das partes, concluímos que a cláusula penal prevista no contrato pode ser cobrada pela via judicial.

46. Embora a maioria dos autores entenda que, tratando-se de ilícito contratual decorrente de um contrato de trabalho, a competência para a ação própria seja da Justiça Trabalhista,¹⁷ temos algumas dúvidas a este respeito. Em primeiro lugar, não se trata de conflito entre empregado e empregador, mas entre pessoas que, no passado, estiveram ligadas por um contrato de trabalho. Por outro lado, a obrigação violada pelo antigo empregado não decorre da legislação social, mas de contrato que se inspira na legislação civil, referente à liberdade das convenções e à validade da estipulação da cláusula penal. Pelos trechos que citamos tanto do Prof. Gottschalk como de João Batista dos Santos e Juary C. Silva, que constituem a diminuta bibliografia mais recente existente na matéria, concluímos que a cláusula de não concorrência constitui, na realidade, um contrato autônomo não regulado pela legislação trabalhista e não decorrente do contrato de trabalho, que deu apenas ensejo à transmissão ao empregado de conhecimentos comerciais ou técnico-específicos que constituem o fundo de comércio do empregador. A situação não é, pois, muito distinta das demais vinculadas à concorrência desleal vedada pela lei ou pelo contrato e que podem ter as suas origens na locação comercial e na locação de serviços em geral, fora da relação empregatícia.

47. Acresce que a competência da Justiça Trabalhista é específica, enquanto a da Justiça comum é geral, não devendo, assim, aquela sofrer qualquer ampliação que não tenha fundamento legal. É preciso salientar que o art. 643 da CLT, ao definir a competência da Justiça especializada, esclarece que: "Art. 643. Os dissídios, oriundos das relações entre empregadores e empregados reguladas na legislação social, serão dirimidos pela Justiça do Trabalho, de acordo com o presente título e na forma estabelecida pelo processo judiciário do trabalho".

48. Por outro lado, o art. 1º da CLT determina que: "Art. 1º. Esta Consolidação estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho, nela previstas".

49. A "contrario sensu", não se tratando de matéria regulada na CLT, nem de relação individual ou coletiva de trabalho, nem de matéria que conste das normas de Direito Social, parece-nos que a Justiça comum seria a competente para apreciar o conflito existente, embora outro possa vir a ser o entendimento da matéria pelos tribunais, que poucas ocasiões tiveram de decidir as questões suscitadas pela presente consulta.

50. Pelo exposto, concluímos no sentido de considerar legítima e cabível a ação para

cobrar a cláusula penal dos antigos empregados que infringiram a obrigação contratual de não concorrência, pendendo para que a ação seja proposta na Justiça comum, sem prejuízo de poder ser finalmente decidido que a competência deva ser da Justiça especializada.

É o nosso parecer, s. n. j.

Rio de Janeiro, 11 de fevereiro de 1981.

1 Cf. Vicente Ráo, "Ato Jurídico", 3ª tiragem, s/d, p. 313.

2 Cf. Manuel de Andrade, "Teoria Geral de Relação Jurídica", vol. II/373, Coimbra, 1960; Mota Pinto, "Notas sobre Alguns Temas da Doutrina Geral do Negócio Jurídico segundo o Novo Código Civil", Lisboa, 1967, pp. 196 e 197.

3 Cf. Orlando Gomes-Egon Gottshalk, "Curso de Direito do Trabalho", 3ª ed., Rio, Forense, 1968, p. 190.

4 "Codes Allemands Traduits en Français", Paris, Júpiter, 1967, p. 653.

5 Yves Serra, "L'Obligation de Non Concurrence", Paris, Sirey, 1970, p. 17.

6 RTJ 55/43 e ss.

7 RTJ 55/44.

8 RTJ 55/45 e 46.

9 Cf. "Direito Social Brasileiro", vol. 2º/93, São Paulo, Saraiva, 1970.

10 Cf. "O Contrato Individual de Trabalho", vol. 1/208 e ss., São Paulo, Livraria Acadêmica, 1939.

11 "Boletim" 28/97, Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

12 Cf. "A cláusula de "não concorrência" nos contratos individuais de Trabalho", LTr 34/785.

13 João Batista dos Santos e Juary C. Silva, artigo sobre "Cláusulas restritivas à liberdade de trabalho", LTr 41/600.

14 Egon Felix Gottschalk, "A cláusula de "não concorrência" nos contratos individuais de trabalho", LTr 34/786.

15 Artigo cit. na nota anterior, LTr 34/785.

16 Artigo cit. in nota 13, LTr 41/598.

17 João Batista dos Santos e Juary C. Silva, artigo cit., LTr 41/597, e Nélío Reis, "Alteração do Contrato de Trabalho", 4ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1968, pp. 340-342.