OS PRECEDENTES DA CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA APLICAÇÃO

MINIELO, Natália

Resumo: O tema escolhido será cláusula de não concorrência, abrangendo desde a cláusula estabelecida para vigorar durante o contrato de trabalho, até a que se mostra vigente mesmo após o empregado não ter mais vínculo empregatício com o empregador. Serão, portanto, expostos quais foram as primeiras formas de contratos em que começaram a surgir a cláusula, assim como, analisados quais requisitos são necessários para a determinação da cláusula, os direitos e as obrigações de ambas as partes e quais as consequências de aplicá-la ao contrato de trabalho tendo em conta os princípios trabalhistas e constitucionais.
Palavras-chave: Cláusula. Não concorrência. Contrato. Trabalho.

Abstract: The theme chosen to discuss the research project will be a non-compete clause, ranging from the clause established to be in force during the employment contract, to that which is effective even after the employee no longer has an employment relationship with the employer. It will therefore be stated which were the first forms of contracts in which the clause began to appear, as well as, analyzed what requirements are necessary for the determination of the clause, the rights and obligations of both parties and what the consequences of applying it, to the labor contract taking into account the labor and constitutional principles.
Keywords: Clause. No competition. Contract agreement. Job

Palavras Iniciais

Com a demanda cada vez maior no processo de produção das empresas, e com o crescimento cada vez mais acelerado das mesmas, buscou-se meios para assegurar a competitividade, e até a própria conservação daquelas que geram riquezas.

Pesquisas feitas pela universidade de Maryland demonstram que nos Estados Unidos, ainda em 2014, um em cada cinco funcionários estavam ligados à cláusula de não concorrência e que desde os anos 2.000 esses acordos vêm se multiplicando. Outra pesquisa feita em 2016 constatou que 20% dos trabalhadores dos EUA estão vinculados por acordos de não concorrência, incluindo 14% daqueles que ganham menos de US $ 40.000 por ano.

No Brasil, a polêmica que gira em torno de tal conceito diz respeito ao término do contrato, ou seja, até quando essa cláusula seria aplicável mesmo quando não houver mais contrato vigente entre empregador e empregado.

Naturalmente, a cláusula depende de acordo e vontade das partes, ainda mais com a Reforma Trabalhista em que foi feita, de fato, a fim de dar maior notoriedade a esses. O prazo para esse acordo, quando houver, será de cinco anos subsequente ao negócio celebrado – também podendo ser tratado em acordo. Sendo muito usado em contratos que envolvam aquisição de quotas, ações ou ativos financeiros, com o fim de, como já dito proteger a empresa.

Importante destacar que, além da restrição de não exercer função por determinado período de tempo, há também a restrição geográfica, ou seja, o de não exercer atividade em determinado espaço, porém, para este aspecto, dependerá da atividade exercida pelo empregado. A título de exemplo, um vendedor não poderá ser impedido de vender produtos diferentes daqueles que ele vendia quando estava em outro ramo.

O objetivo do presente trabalho é fazer uma análise a respeito de um dos meios empregados pelas empresas para garantir sua sobrevivência, tratando-se da previsão da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho. Tendo em conta o art. 170, IV da Constituição Federal de 1988, que traz “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem, por fim, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: livre concorrência”, também será abordada a respeito da constitucionalidade da cláusula.

Aspectos Históricos

A doutrina aponta que a origem da cláusula de não concorrência se deu nos Estados Unidos e foi de alargando pelo mundo, logo, no direito americano

foram noticiados os primeiros casos de processos envolvendo a cláusula, sendo alguns mais relevantes que os demais, como o caso do Diretor Geral da Pepsi que aceitou o cargo de Diretor Executivo da Quaker, logo após a Pepsi ajuizou uma ação contra seu ex-funcionário alegando que ele assinara contrato de confidencialidade e não-concorrência, fazendo com que o funcionário fosse sentenciado a não trabalhar na empresa.

No Brasil desde o século XX já havia convenções que tratavam o presente tema, alguma delas trazendo posições de advogados como Ruy Barbosa, o qual dissertava sobre se deveria a cláusula ser explicita ou poderia ser somente presumida no contrato de trabalho.

Porém, somente com o Código Civil de 1916 que tal discussão se normatizou, tendo em vista que com o mesmo – em seu art. 244, seria possível fazer uma analogia, baseando-se no princípio da boa-fé. Tendo em vista que nessa época surgiu preceito legal que poderia ser usado somente por similaridade com o Código Civil, continuaria, ainda assim, sendo um empecilho adotá-lo em processos trabalhistas.

Com o advento do Código Civil de 2002, foi determinada uma regra mais específica ao assunto, admitindo-se que, como regra, no silêncio do contrato, prevaleceria a obrigação de não concorrência pelo menos pelos próximos cinco anos subsequentes. Prevaleceu-se também o princípio da boa-fé para esse contrato. Assim como traz o art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Decisão do TST e requisitos para a aplicação da cláusula

No direito brasileiro, como não existe lei que regularize o presente tema, logo, a jurisprudência de divide em duas correntes. A primeira e também minoritária, vai contra a cláusula, em razão do que dispõe o art. 170, IV da CF/88, o qual a faz considerar inconstitucional, tendo em vista que as leis devem se adequar à Constituição Federal e não o contrário.

Nos Estados Unidos também há algumas visões análogas a essa corrente, A administração Obama quer proibir esses acordos de não concorrência e emitiu "apelo à ação" em um esforço para “incentivar a

concorrência”, na esperança de que isso levaria a um crescimento salarial mais rápido. O principal assessor econômico da Casa Branca acredita que “Se você tem menos capacidade de ameaçar deixar um emprego para um trabalho melhor, então você tem menos capacidade de ganhar”.

Porém, a jurisprudência majoritária entende ser válida a cláusula, desde que atenda-se certos requisitos, sendo eles: Limitação de tempo para o compromisso de lealdade, que, em regra, são de no máximo cinco anos, porém alguns consideram que pode ser usado, para o caso, por analogia, o art. 445 da CLT e aplicar o prazo de dois anos (que é o tempo do contrato de trabalho por tempo determinado). O STJ entende abusiva a cláusula por tempo indeterminado. Compensação financeira adequada e – como já mencionado – limitação geográfica do acordo.

Outro requisito diz respeito ao próprio contrato, trata-se da restrição material, nele as restrições mencionadas devem se referir apenas à atividade exercida pelo empregado especificando todas as restrições, sob pena de abuso. Por exemplo, um empregado no setor de manufatura não pode ser impedido de trabalhar no comércio comercial sob a cláusula de não concorrência.

Por fim, deve haver uma fixação de multa para o não cumprimento da cláusula, sendo aplicável de forma recíproca, ou seja, tanto para o empregado como para o empregador, tal multa não pode extrapolar o valor principal, dessa forma, é utilizado o art. 413 do Código Civil (2002).

Da não concorrência durante o contrato de trabalho

Previamente, é importante ressaltar que há respaldo legal para funcionários que praticarem concorrência durante o contrato de trabalho, o que pode gerar, inclusive, na rescisão por justa causa caso o empregado o faça. É o que traz de forma expressa o art. 482, alínea C da CLT.

A esse respeito também comenta o doutrinador Maurício Godinho Delgado:Para que seja desleal a concorrência, é necessário que ela afronte expressamente o contrato, ou agrida o pacto inequivocamente implícito entre as partes, ou, por fim, derive, naturalmente, da dinâmica própria do empreendimento do trabalho. (DELGADO, 2006, p. 1193).

No momento em que o empregado e empregador se vêem diante de uma

suspensão trabalhista – independentemente do motivo que a acarretaram – vale salientar que esta cláusula não está sujeita à suspensão Considerando que a suspensão trabalhista corresponde à sustação ampla e recíproca das cláusulas e efeitos contratuais, entende-se, a princípio que haverá a sustação plena de todas as cláusulas, porém tal cláusula continuará em vigência.

Dos deveres do empregado

Manifesta-se do próprio contrato de trabalho os deveres que devem ser obedecidos por ambas as partes, tais deveres são feitos mediante acordo fazendo surgir, assim como os deveres, obrigações recíprocas. Considerando essas normas recíprocas e também que devem ser expressas no contrato de trabalho, devem ser seguidas de acordo com o que está delineado no acordo, caso não o faça poderá acarretar em multa ou até mesmo processo de indenização por danos morais, por considerar que ao extrapolar o que determina o contrato configuraria abuso – como já foi acolhido pelo TST.

O primeiro desses deveres vem expresso no Código Civil (2002) e pode ser aplicado ao Direito do Trabalho. Dispõe o art. 422: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.” Este princípio – boa-fé – deve estar presente desde as negociações pré-contratuais até o período posterior ao término do contrato de trabalho.

Outro dever atribuído ao empregado relaciona-se ao Princípio do Maior Rendimento, o qual foi mencionado pela primeira vez pelo doutrinador Américo Plá Rodriguez, que esclarece:

Nota-se que não se refere ele à produção, mas à produtividade. Procura-se frisar o dever de aumentar não tanto o resultado global, como a eficácia dos esforços realizados em função dos meios utilizados. Proporcionalidade entre esforço e resultado. (RODRIGUEZ, 2.000, p. 174).

Com isso, nota-se que também pode ser é aplicado, de forma recíproca, no contrato de trabalho. A respeito desse princípio, elucida Maurício Godinho Delgado:

Seria a diretriz subjacente a todo o poder disciplinas empregatício, conferindo fundamento a algumas figuras típicas de justa causa, como, ilustrativamente, a

desídia e a negociação concorrencial ao empregador. (DELGADO, 2017, p. 230).

Decorre, consequentemente, o dever de fidelidade ao empregador. A título de exemplo um empregado não pode fazer solicitação de clientes após a rescisão do contrato de trabalho.

Deve ser dada atenção ao fato de que, se houver o descumprimento por parte do empregado, pode acarretar também em processo de indenização por danos morais, além de que o empregador pode, ainda, exigir reembolso do montante pago pela compensação.

Da não concorrência após o término do contrato de trabalho

O grande problema surge quando do término do contrato de trabalho, ou seja, se essa cláusula pode continuar vigente mesmo após o empregado não prestar mais contas ao empregador.

Ocorre que os legisladores têm entendido ser possível, para esse caso, a aplicação por analogia do art. 8º da CLT ao tratar que na falta de disposições legais ou contratuais seria permissível a decisão de acordo com normais e princípios gerais de direito, desde que não prevaleça interesse de alguma das partes.

Ademais, em virtude aos princípios da boa-fé, do bom rendimento e da lealdade – como já tratado – e que são inerente para esse tipo de contrato de trabalho, deve o empregado preservar os segredos da empresa, certo dever pode acarretar em uma limitação à liberdade de trabalho do empregador que deve ser sempre relativa.

Relativa, pois a limitação à liberdade diz respeito somente à cláusula, não podendo ser estipulado proibição a qualquer atividade que o empregado queira exercer. Sobre esse aspecto, oriente Alice Monteiro de Barros:

Não cremos, possa a referida cláusula cercear a liberdade de exercício de qualquer trabalho, na forma do art. 5º, XIII, da CF/88, pois a inserção da cláusula deverá permitir ao empregado a possibilidade de exercer a atividade que lhe é própria, desde que junto a estabelecimentos insuscetíveis de ocasionar concorrência danosa ao ex-empregador. (BARROS, 2009, p. 259).

Torna-se de extrema relevância mencionar que os requisitos exigidos para a validade da cláusula durante o contrato de trabalho também serão aplicados

para esse caso.

No direito italiano é dado ao empregado o prazo cinco anos em cargos de gerências e três anos aos demais casos. No Brasil há duas vertentes em relação ao tempo empregado. A primeira delas baseia-se no art. 1.147 do CC/02 que traz de forma expressa que não pode o alienante fazer concorrência ao adquirente no prazo de cinco anos.

Porém os legisladores vêm entendendo ser mais coerente para os contratos trabalhistas o prazo de dois anos após o término, isso decorrente do uso por analogia do art. 445 da CLT que dispõe: O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 51". A jurisprudência não diz nada a respeito da prorrogação da cláusula.

Outro requisito é a limitação geográfica ou limitação espacial. Essa limitação impõe ao empregado o impedimento de exercer suas atividades em determinado espaço geográfico. Assim explica Sérgio Pinto Martins: "não terá valor a cláusula em locais que a empresa não venha a competir com outras no mesmo mercado. Assim, ela deve ser estabelecida para certa área geográfica" (MARTINS, 2008, p. 124).

Ao que difere, para a cláusula após o contrato de trabalho, nos requisitos é o fato de que deverá o empregador compensar o empregado que deverá ser proporcional ao tempo e à limitação imposta no contrato. Tal requisito também não está previsto de forma legal, porém considera-se essencial para a validade do contrato.

A remuneração financeira acolhe diversos posicionamentos. Autores como o já reportado Sérgio Pinto Martins entende que o valor a ser estipulado deve ser feita em cima da última renumeração do empregado multiplicado pelo número de meses em que deixará de exercer outra atividade.

Por outro lado, há outro posicionamento como o do advogado Estêvão Mallet que entende desnecessário fixar valores para a compensação, tampouco vinculado ao montante da última remuneração recebida. Deve-se observar comente a proporção em cada caso.

Tal compensação não tem sua natureza especificada por qualquer doutrina, existindo para tanto duas correntes passíveis de serem adotadas. A primeira que diz ser de natureza salarial enquanto a outra diz assumir um caráter

indenizatório.

Referências

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 16ª Edição. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 33ª Edição. 2017.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho.** 6ª Edição. 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho.** 3ª Edição. 2000.

DOUGHERTY, Conor. **How noncompete clauses keep workers locked in.** 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/05/13/business/noncompete-clauses.html>

CARDOZO, Maria Izabel A. Lima. **Apontamentos sobre a cláusula de não concorrência.** 2003. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2211,71043-Apontamentos+sobre+a+clausula+de+nao+concorrencia>

AZEREDO, Roberta Cunha Andrade. **Fixar cláusula de não concorrência exige cuidados.** 2016. Disponível em: <https://jota.info/artigos/fixar-clausula-de-nao-concorrencia-exige-cuidados-28032016>

FRUGIS, Antônio Carlos. **Brazil: Non-Competition Clause In Labor Law.** 2015. Disponível em: <http://www.mondaq.com/brazil/x/434634/Contract+of+Employment/NonCompetition+Clause+In+Labor+Law>

BEN-SHAHAR, Omri. **California Got It Right: Ban The Non-Compete Agreements.** 2016. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/omribenshahar/2016/10/27/california-got-it-right-ban-the-non-compete-agreements/#2182b8c03538>

MANUELA, Rinaldi. **Il patto di non concorrenza nella giurisprudenza.** 2014. Disponível em: <https://www.diritto.it/il-patto-di-non-concorrenza-nella-giurisprudenza/>