



APLICAÇÃO DO PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA AO TRABALHADOR INOVADOR

ELAINE RIBEIRO DO PRADO

Especialista em direito e processo trabalhista pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestranda em propriedade intelectual e inovação pela Academia de Inovação e Propriedade Intelectual do Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Advogada e sócia do escritório Denis Borges Barbosa Advogados.

Sumário: 1. Introdução - 2. Liberdade de trabalho - 3. Da necessidade de se proteger os interesses legítimos da empresa - 4. Conclusão - 5. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Informações privilegiadas e dados sigilosos podem representar, para uma empresa, o seu maior valor concorrencial e estratégico. Mas isso só ocorre se aquilo que já não seja de domínio geral ou, pelo menos, não represente algo cuja fonte de informação possa ser livremente acessível pelo concorrente, seja tratado devidamente como segredo.

O tratamento adequado do segredo, enquanto este represente um valor concorrencial e estratégico, pressupõe a regra de Savigny. Ou seja, o *animus domini* (a vontade de manter o segredo como seu monopólio de fato) deve ser aparente através de instrumentos jurídicos adequados - ou mesmo de elementos fáticos inegáveis. É essencial que tais meios e instrumentos realmente demonstrem essa manifestação de vontade: não só limitada em relação a *quem* tenha acesso ao segredo, mas também, de forma criteriosa, em relação a quem *deva* ter acesso.

Enquanto estamos falando do valor concorrencial gerado pela própria empresa, temos, em nossa doutrina e jurisprudência, razoável

análise acerca desse direito ao segredo - este representando um legítimo interesse, suas condições e limites de pactuação, por exemplo, com seus empregados durante o vínculo empregatício e/ou seu rompimento.

Para que todas as informações e dados confidenciais a que se teve acesso, mediante relação contratual ou empregatícia, possam ser preservados mesmo após término do contrato é indispensável às partes estabelecerem entre si um pacto de não concorrência.

Não houve ainda em nosso direito uma norma específica que regulamentasse o pacto de não concorrência nesse contexto da relação laboral. Parece possível, no entanto, que as partes pactuem nesse sentido, por interpretação do artigo 444¹ de nossa Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Encontramos nas explicações de Mello João² que, a despeito das inúmeras tentativas de se criar um Código do Trabalho, em pelos menos três delas essa questão foi proposta como acréscimo às normas para o contrato individual de trabalho. Assim, relata a autora:

1. Art. 444 da CLT: 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.

2. JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. *Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 37.



Pelo anteprojeto de Código do Trabalho de Evaristo de Moraes Filho, de 1963, e o anteprojeto do Código do Trabalho de 1965 da Comissão revisora formada por Mozart Victor Russomano, Evaristo de Moraes Filho e José Martins Catarino apresentavam o seguinte teor:

“Art. 381. O pacto de exclusão de concorrência celebrado entre empregador e empregado é nulo de pleno direito se não for celebrado por escrito, dele constando uma indenização ou compensação mensal durante o prazo de sua vigência a favor do empregado e conforme certos limites de objeto, tempo e lugar.

§ 1º. A duração do compromisso não poderá ser superior a 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, assegurada no art. 2º deste Código.”

O anteprojeto de Consolidação das Leis do Trabalho de 1979 dispunha:

“Art. 26. É válido o pacto de exclusão de concorrência, desde que celebrado por escrito, por período não superior a dois anos, e dele conste uma compensação mensal em favor do empregado durante sua vigência.

Parágrafo único. O pacto deverá cingir-se ao desempenho das mesmas funções exercidas anteriormente e limitar-se a determinada área geográfica”.

O pacto entre empregador e empregado é um instrumento acessório ao contrato de trabalho, encontrando sua justificativa pelo que prevê o artigo 482,³ alíneas “c” e “g” da CLT.

No entanto, a condição imposta através de um pacto de não concorrência para não se revelar as informações e/ou dados confidenciais, mesmo depois de finda a relação contratual ou empregatícia, deve ser cuidadosamente estabelecida entre as partes.

Isto ocorre em virtude de a regulação legal de tais pactos não poder ser considerada como restritiva que oprimisse, de forma constitu-

cionalmente intolerável, a liberdade de trabalho. Assim julgam nossos tribunais, considerando também o que está previsto no artigo 8º da CLT.

No presente estudo, vamos analisar a aplicação do pacto de não concorrência ao trabalhador inovador, tendo como fundamento a hipótese de o empregado possuir um valor concorrencial próprio.

Ou seja, nosso tema versa sobre uma hipótese diferente do que conhece nossa doutrina – a do empregado que passa a ter acesso às informações privilegiadas e ao segredo de empresa; como tais informações não são valor concorrencial seu, justifica-se o pacto com seu empregador no sentido de não revelá-las a terceiros durante e após rescindida a relação empregatícia.

2. LIBERDADE DE TRABALHO

Nossa Lei Pátria preceitua a garantia de liberdade ao trabalho no artigo 5º, inciso XIII, que abaixo transcrevemos:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...)

Por outro lado, é direito do empregador exigir de seu empregado o dever de fidelidade, de resguardo de sigilo de informações privilegiadas e ou de segredo da empresa a que teve acesso por decorrência de seu vínculo laboral.

3. Art. 482 da CLT, alíneas: c) 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; (...) g) violação de segredo de empresa; (...).

4. Art. 8º - 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.



Trata-se de um legítimo direito (ainda que não exclusivo) de propriedade intelectual, também previsto em nossa Constituição em seu artigo 5º, inciso XXIX, assim como em nossa Lei de Propriedade Industrial, nº 9.279/1996,⁵ artigos 42, § 1º e 195, inciso XI. Como analisa Alice Monteiro de Barros,⁶ a cláusula de não concorrência é aceita em nossa doutrina por aplicação subsidiária da legislação estrangeira, conforme autoriza o artigo 8º. da CLT, já descrito em nota de rodapé.

Note-se que o interesse material ao qual o pacto se volta é protegido pelo artigo 482, alíneas “c” e “g” da CLT, nas quais encontramos a previsão de que será demitido por justa causa o empregado que, sem permissão do empregador, constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha e violar o segredo de empresa.

Mas, voltando à aplicação subsidiária do pacto de não concorrência pelas leis estrangeiras, encontramos em Guglielmetti⁷ que, no direito italiano antes da entrada em vigor do código civil de 1942, a aplicação do pacto por um período subsequente à cessação do contrato de trabalho era vedada, mas previa a obrigação de fidelidade durante a vigência do contrato.

A partir do Código Civil de 1942, como abaixo transcrevemos o artigo 2.125, na Itália passou ser previsto o pacto de não concorrência para o período subsequente ao da cessação do vínculo laboral, o qual foi estabelecido no limite de até cinco anos para dirigentes e três anos para outros.

Art. 2.125

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

5. Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:
I - produto objeto de patente;
II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.
§ 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.
Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) 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; (...)

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.

Continua Alice Monteiro de Barros,⁸ a respeito da aplicação da cláusula de não concorrência após rescindido o contrato: Assim como vimos pelo código civil italiano, na Espanha, a possibilidade de se firmar tal condição também está prevista em seu Estatuto do Trabalhador.

Neste país a pactuação se dará por um período máximo de até dois anos para técnicos e até seis meses para os demais trabalhadores. Além de se estabelecer esse período, também é preciso que o empregador comprove interesse industrial ou comercial e que, para validade do pacto com o empregado, seja a ele paga uma compensação econômica adequada.

O limite máximo de dois anos para aplicação da cláusula de não concorrência pós-rescisão de contrato também é previsto no Código do Trabalho português; neste caso o pacto não incorre em nulidade se houver sido previsto por escrito no contrato ou no acordo de cessação. Ademais, para a aplicabilidade do pacto naquele país, a atividade exercida deve efetivamente causar prejuízo ao empregador, sendo também exigida uma compensação ao empregado para que este seja privado de exercer sua atividade laboral.

No direito francês⁹ a validade do pacto de não concorrência deve atender a cinco condições cumulativas:

6. BARROS, Maria Alice de. *Curso de direito do trabalho*. 2ª edição. São Paulo: LTI, 2006, p. 237.
7. GUGLIELMETTI, Giannantonio. *Limiti negoziali della concorrenza*. Padova: Cedam, 1961, p. 265.
8. *Ibidem*, p. 235.
9. Cour de Cassation - chambre sociale - Audience publique du 13 juillet 2005 - n° de pourvoi: 03-45586, acessado em 26/02/2009 em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affich-JuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007502049&fastReqId=189942429&fastPos=1>.



- necessidade de se proteger os interesses legítimos da empresa;
- limitação de tempo;
- limitação geográfica;
- especificidade da atividade profissional do empregado;
- compensação financeira.

É válido analisarmos cada um dos requisitos acima, uma vez que as decisões de nossos tribunais têm considerado tais requisitos como condições cumulativas para validade da cláusula de não concorrência.

3. DA NECESSIDADE DE SE PROTEGER OS INTERESSES LEGÍTIMOS DA EMPRESA

Os interesses legítimos da empresa são necessariamente justificados enquanto estejam representados pelo que caracterize um valor econômico e de vantagem competitiva e, como já dissemos na introdução deste estudo, desde que não seja de conhecimento público ou evidente para o concorrente.

Encontramos em nossa Lei nº 9.279/1996, em seu artigo 195, incisos XI e XII, que haverá crime de concorrência desleal por quem divulgue, explore ou utilize, sem autorização, 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, ou que tenham sido obtidos por meios ilícitos ou acessados mediante fraude.

Os interesses legítimos são conferidos, portanto, pelo que a empresa procura proteger e tratar como valor concorrencial e estratégico, e, por conseguinte, justificados quando sejam para impedir o empregado de fazer uso desautorizado do segredo e /ou informações privilegiadas para favorecer o concorrente ou mesmo passar a concorrer com seu ex-empregador.

3.1 Limitações e compensações

Diz Denis Borges Barbosa:¹⁰

(...).As restrições devem ser limitadas no tempo, espaço e objeto, para subsistirem tão somente na proporção em que forem úteis, necessárias, para proteger um interesse legítimo do beneficiário. Assim sendo, tais cláusulas e pontos teriam uma função acessória, de garantir o ajuste principal, cujo propósito não é afetar diretamente a concorrência.

Porém depreende-se naturalmente mais um requisito: a limitação à concorrência não pode ser, por outra razão, contrária à lei, ou lesiva ao direito de terceiros. Neste último passo, já se está na fronteira entre as disposições do direito comum e os imperativos do direito antitruste.

Começamos pela análise de limitação temporal de validade do pacto de não concorrência, pois temos em nossa doutrina e jurisprudência que há de ser fixada por um determinado tempo, seguindo, assim, o exemplo do que aplicam Espanha, Itália e França.

Por outro lado, encontramos a discussão da falta de previsão legal do dever temporário do ex-empregado de não revelar o segredo da empresa para qual trabalhou. Há um recente acórdão dos ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho que, por maioria, decidiram:

SEGREDO INDUSTRIAL. COMPROMISSO DE NÃO DIVULGAR. LEGALIDADE

1. É vedado ao empregado divulgar o segredo da empresa (a lei não estabelece prazo para essa vedação); se o empregado divulgar comete falta grave. A proibição alcança o ex-empregado, visto que a rescisão do contrato de trabalho não transfere a este o direito de divulgar, explorar ou comercializar a fórmula industrial de que teve conhecimento, ainda que passe a trabalhar para empresa concorrente.

2. O ajuste consistente no compromisso firmado pelo reclamante de não divulgar, não explorar e não utilizar o segredo da fórmula do produto industrial de que tem conhecimento guarda perfeita sintonia com o disposto no art. 195, inc. XI, da Lei nº 9.279/1996.

Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(TST-RR-1.533/2001-093-15-00.0)

É interessante também destacar dessa mais recente decisão que a pactuação com o ex-empregado, de não revelação de segredo sem que para isso deva ser estabelecido um prazo obrigacional, não impede o mesmo ao seu livre exercício de trabalhar.

O compromisso de “não transmitir esse conhecimento sob qualquer forma ou meio às cervejarias congêneres/concorrentes” assumido pelo reclamante ao aposentar-se não significa “não-trabalhar” em empresa concorrente, ou não fabricar produto congêneres; significa não divulgar a fórmula e o método de fabricação do produto utilizado pela ex-empregadora, de que teve conhecimento, tampouco deles se utilizar. Essa vedação não pode mesmo ser limitada no tempo, se o proprietário da fórmula industrial assim não deseja, nem lei de regência estabelece qualquer prazo para essa proibição.

No entanto, a interdição do ex-empregado ao trabalho, sem dúvida, só pode ser aceita juridicamente se condicionada a uma compensação razoável e desde que aceita sem vícios de consentimento, o que não se deve confundir com o dever pactuado de não revelação do segredo.

Um exemplo noticiado no *Seattle Times*¹¹ é o que a conhecida rede Starbucks firmou com seu ex-CEO, Jim Donald, para que recebesse 1,25 milhão de dólares para ficar em casa. Como diz a notícia, “foi um acordo feito com a cafeteria para afastá-lo dos concorrentes pelos próximos 18 meses.”

10. Uma introdução à propriedade intelectual. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 314.

11. Conf. entrevista de Melissa Allison, *Seattle Times*, acessado em pelo site <http://seattletimes.nwsourc.com>



Desta forma decidem nossos tribunais:

EMENTA

Cláusula de não-concorrência. Nulidade. Nula cláusula de não concorrência que impede exercício de profissão, tendo em vista a vastidão das atividades do ex-empregador, sem a devida indenização expressiva pelo período de vigência da referida cláusula.

DECISÃO

Por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso do reclamante para acrescer à condenação o que em execução restar apurado a título de indenização correspondente a vinte e quatro vezes o valor do último salário; por igual votação, negar provimento ao recurso da reclamada. Arbitrados à condenação e custas os respectivos valores de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais).

IDENTIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO

TRIBUNAL: 2ª Região

Acórdão nº 20070117254 decisão: 27 02 2007

Tipo: ro01 nº 02570, ano: 2004

número único proc: ro01 - 02570-2003-045-02-00.

Recurso ordinário, turma: 5ª Órgão Julgador - Quinta Turma

É válido trazer parte do voto contido em uma ação rescisória,¹² movida por ex-empregado que não logrou êxito ao pleitear a desconstituição de cláusula de conciliação que previa a não concorrência, embora tivesse recebido uma considerável importância:

Voto. Ação rescisória. Desconstituição de cláusula de conciliação. Impossibilidade do pedido. O autor, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 14.000304/2001, que teve curso perante o MM. Juízo da 14ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, celebrou acordo com o ora réu, recebendo deste, na oportunidade, a importância de R\$ 415.340,00 (quatrocentos e quinze mil trezentos e quarenta reais). Em contrapartida, coube ao então reclamante a observância de uma cláusula de não concorrência, com duração fixada em vinte e quatro meses. Na esteira do que fora ajustado, “a **cláusula de não concorrência** implica, além de não violação de informações sobre produtos (móveis para ambientes tecnológicos; arquivamento, organização e segurança

de documentos; e segurança física para informação) decorrentes do contrato de trabalho, também o compromisso do reclamante de não prestar serviços, a qualquer título, para empresas congêneres ou concorrentes, que explorem, ou venham a explorar a mesma atividade” (fl. 30). O autor, com recosto no inciso VIII do art. 485 do CPC, comparece em Juízo para pleitear seja “anulada” apenas a cláusula que estabeleceu contra si o compromisso de não concorrência, preservando-se, todavia, a integridade do acordo nos demais tópicos, ou seja, mantendo-se, em última análise, as cláusulas que estabeleceram sacrifício apenas para a empresa ré, ocasionando-lhe vultosa vantagem econômica. Aduz o autor que a cláusula indigitada lhe subtrai a plena liberdade de se colocar no mercado de trabalho, afrontando, dessa forma, dispositivos legais que invoca. Alternativamente, “postula o autor que, em não sendo declarada a nulidade da cláusula de não concorrência, seja estipulada uma compensação financeira mensal, a cargo da ré, por todo o período de inatividade do demandante (vinte e quatro meses a contar da data de 02 de abril de 2001), cujo valor de pagamento mensal resta fixado em R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais)...” (fl. 23).

3.2 Especificidade da atividade profissional do empregado

Em relação à atividade profissional do empregado, significa dizer que o pacto de não concorrência não será nulo enquanto não impedir o empregado de exercer sua profissão. Mas, como dissemos acima, a não revelação do segredo não impede o empregado de continuar trabalhando.

Então, é preciso delimitar o que seja para preservar uma vantagem legítima do ex-empregador em relação a uma condição estratégica de manter o ex-empregado longe da concorrência, o que, para tanto, como vimos, só é possível mediante uma compensação financeira razoável.

O que se deve analisar em relação à especificidade da atividade profissional do empregado é quanto ao pacto de não concorrência não impedir ao ex-empregado o livre exercício de sua profissão, como ampara nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XIII.

12. Conf. voto integrante da decisão proferida em 18.10.2002 pelo TRT da 10ª Região sobre a Reclamação Trabalhista nº 14.000304/01, que teve curso perante o MM. Juízo da 14ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, disponível em <http://www.tst.gov.br/>



Destacamos a declaração de voto do ministro Eloy de Rocha quanto a esta questão:

(...) O que não se 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 direito ao trabalho, não será admissível cláusula de não concorrência sem tais limitações (*Revista Trimestral de Jurisprudência* do STF nº 55/44).¹³

Para que o pacto de não concorrência não seja nulo, deverá este atender critérios de razoabilidade e de legitimidade do empregador. No entanto, a proteção do segredo é um interesse legítimo da empresa e, pela mais recente decisão, já mencionada, não se condiciona um prazo para que o ex-empregado não o revele e nem significa impedi-lo do livre exercício de sua profissão.

4. VALOR CONCORRENCIAL DO PRÓPRIO EMPREGADO

Como vimos, o pacto de não concorrência entre empregador e empregado é aceito em nossa jurisprudência quando obedecidas as condições que delimitam tempo, lugar e objeto, bem como se estabelecida uma compensação financeira ao ex-empregado para que se cumpra tal pacto após findado seu vínculo com a empresa.

Também verificamos a recente decisão acerca de que para a obrigação de manter o segredo em sigilo não será preciso estipular

prazo, considerando que tal obrigação não impede o livre exercício profissional do ex-empregado, ainda que este venha a trabalhar em empresa concorrente ao do empregador anterior.

Ao falarmos do objeto do pacto de não concorrência, está claro que este é lícito enquanto esteja limitado ao que represente um valor concorrencial estratégico *da empresa*, ou seja, conhecimento, informações, dados confidenciais que tenham sido desenvolvidos pela ou para a empresa.

No caso do trabalhador inovador,¹⁴ ou seja, aquele que tem sua própria bagagem de conhecimento e real aplicação estratégica, de modo a passar a representar um valor concorrencial para seu empregador, defrontamo-nos com a questão da aplicabilidade do pacto de não concorrência pós-rescisão do contrato de trabalho.

Pudemos analisar que uma das razões de nulidade do pacto de não concorrência é o impedimento *irrazoável*¹⁵ ao livre exercício profissional.

Portanto, em relação ao trabalhador inovador que possui um valor concorrencial próprio, na medida em que tenha sido capaz de gerá-lo para o aproveitamento da empresa à qual tenha se dedicado, é necessário observar até que ponto um pacto de não concorrência impedirá irrazoavelmente o livre exercício profissional, se para este for inevitável a aplicação de seus conhecimentos.

É possível considerar que, para este tipo de empregado, cuja subordinação é invertida,¹⁶ deva ser explícito no pacto o objeto a ser impedido de transmitir ao novo empregador concorrente, desde que este objeto represente, de fato, um elemento integrante do patrimônio do empregador, ou seja, que tenha sido previsto como tal no

13. Conforme cita CALVO, Adriana Carrera. Os aspectos legais e a validade da cláusula de não concorrência no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 616, 16 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6450>>. Acesso em: 28 fev. 2009.

14. PRADO, Elaine Ribeiro do. Da legislação trabalhista ao trabalhador inovador. In *Revista Criação*, ano I, número 1. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 7.

15. BARBOSA, Denis Borges. *Know how e poder econômico*. Dissertação de mestrado, UGF, 1982: Parece necessário valer-se, aí, do critério da razoabilidade, “consagrado *standard* do direito anglo-americano, que a doutrina jurídica contemporânea no centro da problemática hermenêutica (cf. o conhecido ensaio de SICHER, Luis Recasen. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*)”. (COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaíos e pareceres*, p. 389.).

16. ERMIDA URIARTE, Oscar e HERNÁNDEZ ALVAREZ, Oscar. Considerações sobre os questionamentos acerca do conceito de subordinação. *Revista Synthesis* n. 35/33. Texto resumido e traduzido por Eurides Avance de Souza apud Alice Monteiro de Barros. *Curso de direito do trabalho*, 2ª edição. São Paulo: LTr 2006, p.261: “Sucede que, em uma sociedade como a atual, caracterizada pela racionalização do trabalho, com a conseqüente especialização da mão-de-obra, o empregador nem sempre possui superioridade ou igualdade de conhecimentos profissionais em relação ao empregado, mesmo porque, cada vez mais, as contratações recaem sobre as pessoas que possuem um grau de conhecimento em determinada profissão (know how) do qual o empregador não é detentor. Nasce daí o que se chama de ‘subordinação técnica invertida’, frequentemente presente nas relações de trabalho intelectual.”



momento da contratação do empregado e, com o transcorrer de sua participação laborativa, também esteja devidamente delimitado em contrato, assim como acessoriamente, pelo pacto, para valer após a rescisão do contrato de trabalho.

Do contrário, o pacto de não concorrência terá extrapolado em seu objeto, vindo a impedir irrazoavelmente o livre exercício profissional do trabalhador inovador na medida em que poderá estar lhe privando de utilizar naturalmente seus conhecimentos na empresa concorrente, ou seja, o seu próprio capital concorrencial.

Não se deve confundir o valor concorrencial gerado para o empregador anterior com o valor concorrencial que o empregado já detenha e possa explorar, por estar intrínseco à sua própria atividade profissional.

Citando Luiz Teixeira Rodrigues,¹⁷ engenheiro e advogado, muito claramente encontramos em sua monografia a seguinte situação:

Um prestador de serviço empregado pode tanto descobrir quanto inventar. Também pode, de acordo com a natureza dos serviços para que o trabalhador foi contratado, desempenhar atividade inventiva de modo indireto. Assim, um *expert* pode ser contratado para resolver determinado problema de processamento de um equipamento. Esse equipamento produz determinado produto com pureza P_1 , mas a empresa precisa do produto em questão com pureza P_2 , além, é claro, do desempenho originariamente projetado para o processador. Esse contrato não prevê diretamente a atividade inventiva. Para tanto, basta que o técnico contratado exerça sua criatividade para atingir o resultado pretendido, em vez de se socorrer de soluções já existentes. A lei não exige que a realização de inventos esteja expressamente prevista, mas foi decorrente da atividade contratada.

Com base na situação acima ilustrada, podemos depreender que a atividade inventiva indireta realizada pelo empregado seja parte essencial do pacto de não concorrência, enquanto ela implique em levar o mesmo resultado da solução esperada para o concorrente que não tenha conseguido tal solução.

Ou seja, o legítimo interesse do ex-empregador em relação ao empregado com próprio valor concorrencial encontra esse limite de pactuação. Se extrapolado resultará no impedimento ao ex-empregado capacitado de poder se utilizar de seu próprio capital, enquanto este signifique, por exemplo, o próprio exercício de empenhar sua criatividade, o que, por conseguinte, é sua condição de recolocação no mercado.

Mesmo havendo uma compensação pactuada para tal interdição, esta poderá ser nula por atentar um direito constitucional à liberdade de trabalho. Além disso, temos como um dos princípios do direito do trabalho o da irrenunciabilidade de direito pelo empregado.

Portanto, o pacto, ainda que preveja cumulativamente as condições tempo, espaço, objeto e remuneração, não poderá representar uma interdição absoluta ou irrazoável ao trabalho.

Cláusula de não concorrência. Cumprimento após a rescisão contratual. Ilegalidade. A ordem econômica é fundada, também, na valorização do trabalho, tendo por fim de assegurar a todos existência digna, observando dentre outros princípios a busca do pleno emprego. Pelo menos, assim está escrito no art. 170, inciso VIII, da Constituição. O art. 6º do diploma deu ao trabalho grandeza fundamental. A força de trabalho é o bem retribuído com o salário e assim meio indispensável ao sustento próprio e familiar, tanto que a ordem social tem nele o primado para alcançar o bem-estar e a justiça sociais. Finalmente, o contrato de trabalho contempla direitos e obrigações que se encerram com sua extinção. Por tudo, cláusula de não concorrência que se projeta para após a rescisão contratual é nula de pleno direito, a teor do que estabelece o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.¹⁸

Em nossa doutrina também encontramos tal entendimento jurisprudencial. Há a corrente que considera que persiste a presunção de vício de consentimento por parte do empregado ao renunciar seu direito. Como diz Cabanellas “constitui presunção *juris tantum* que toda renúncia a do trabalhador haja sido forçada”¹⁹ e, embora seja compensada financeiramente, ainda assim será uma renúncia.²⁰

17. RODRIGUES, Luiz Teixeira. *O empregado inventor*. Trabalho monográfico da Emerj, julho/2000, p. 40.

18. Conf. Acórdão TRT: 2ª Região no: 20020079847, decisão de: 18/02/2002, disponível em <http://www.ist.gov.br/>.

19. CABANELLAS apud PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. *Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho: do estudo dos princípios “à economic analysis of law aplicados ao direito do trabalho”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 170.

20. BEVILÁQUA apud PEDROSO, *ibidem*, p. 177.



É preciso, pois, que haja risco de aproveitamento indevido do valor concorrencial adquirido pela empresa ex-empregadora, ainda que este valor tenha sido resultado de uma atividade inventiva indireta, como ilustramos. Mas o exercício de atividade inventiva do trabalhador inovador não poderá ser interdito por haver simplesmente uma concorrência de mercado.

Uma vez que o empregado realizou sua atividade inventiva para solução esperada daquela empresa, ainda que tenha ocorrido de forma indireta, o resultado obtido e toda atividade meio para alcançá-lo representará, portanto, o valor concorrencial adquirido da ex-empregadora. Dessa forma, será lícito que ela afaste o risco de ser arruinada pela perda desse valor para o concorrente, mas dentro de um limite que não implique em absoluta ou irrazoável interdição ao exercício profissional do ex-empregado, exercício este que esteja inerente à aplicação de seus conhecimentos e que representem seu valor concorrencial próprio.

Em julgado recente,²¹ percebemos a noção de valor concorrencial próprio do empregado, como abaixo transcrevemos trecho do voto:

(...) Isso não é julgar fora do que foi pedido, mas sim dar a justiça conforme o direito de cada uma das partes, ou seja, a autora proporcionou ao recorrido parte do conhecimento para tal invenção, pelo uso de seus equipamentos e estrutura, no entanto, por sua própria capacidade de criar, curiosidade e inteligência, foi possível ao réu obter êxito no desenvolvimento de sua experiência, utilizando, da mesma forma, equipamentos e estrutura de uma Universidade da qual o mesmo já era professor de pós-graduação.

No caso exposto, tratava-se de um empregado já experiente e que continuamente desenvolvia suas pesquisas, uma delas resultando numa invenção com a utilização dos recursos do empregador.

Assim, quando falamos de pacto de não concorrência, como já dissemos, o seu objeto delimita-se a não revelação de conhecimentos, dados e informações confidenciais e a não dedicação temporária, desde que remunerada, para empresa concorrente após rescindido o contrato de trabalho.

Logo, se o empregado possuidor de capacidade para desenvolver estes conhecimentos, dados e informações confidenciais para seu empregador tiver sido contratado para esta finalidade, por analogia à Lei nº 9.279/1996,²² podemos dizer que todo este ativo intelectual gerado deva ser preservado para a empresa que o contratou.

E, ainda por analogia à mesma Lei, quando o desenvolvimento criativo for incidental, mas com recursos da empresa, será lícito que entre as partes haja uma pactuação no sentido de também preservar para o ex-empregador o que represente um valor concorrencial gerado na constância do contrato de trabalho.

4. CONCLUSÃO

Verificamos que a doutrina brasileira aceita a validade do pacto de não concorrência, desde que observadas as condições cumulativas de objeto, tempo e espaço, acompanhando, assim, a legislação estrangeira de países como Itália e França. No entanto, nossa jurisprudência não é uniforme e, mais recentemente, inovou ao decidir sobre a não exigência de prazo para o resguardo de sigilo do segredo da empresa, após desligamento do empregado.

Percebemos também que não há considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o limite de aplicação do pacto de não concorrência em relação ao trabalhador inovador, ou seja, aquele que já tem uma bagagem de conhecimento e é justamente contratado pela empresa em vista desse seu capital, o qual corresponde também a um valor concorrencial, só que do próprio empregado.

A aplicação do pacto num contexto em que o valor concorrencial não é só do empregador, certamente deverá ser feita sob critérios de razoabilidade e legítimo interesse de parte a parte. Entendemos que tais critérios podem ser alcançados aplicando-se a regra contida no artigo 91 da Lei nº 9.279/1996, por exemplo. Ou seja, a que dispõe sobre a propriedade em comum dos inventos desenvolvidos de forma incidental pelo empregado.

Como diz a lei, a propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais - ao empregador e ao empregado, quando resultar da contribuição pessoal deste último e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, sendo que será garantida uma justa remuneração ao seu empregado. Dessa forma, se o empregado é quem gera um valor concorrencial, ele se equipara à situação daquele que desenvolve uma invenção sem ter sido contratado para tal finalidade.

Logo, concluímos que uma vez sendo o empregado quem detém seu próprio valor concorrencial, a condição de razoabilidade do pacto de não concorrência seja aquela que preveja uma justa remuneração para o que resulte do valor concorrencial próprio do empregado que remanesça para aproveitamento de seu ex-empregador. É justa esta remuneração em face da interdição que ocorra para o empregado enquanto dele se exija, mediante o pacto, a não revelação e não exploração findo seu contrato de trabalho e que implique numa inevitável limitação de seu livre exercício profissional.

Já para os casos em que o empregado, por conta de seu vínculo, tem acesso às informações, conhecimentos e dados sigilosos de seu empregador, estes representando o valor concorrencial já da empresa, o pacto com suas limitações de objeto, tempo e espaço seria ideal que fosse previsto em convenção coletiva, pois a aplicação se daria *erga omnes* para as respectivas categorias econômicas ali representadas.

21. Decisão do STF sobre o Agravo de Instrumento nº 939.689 – RJ (2007/0187256-7). Apelação Cível no. 2000.02.01.048903-0 1ª. Primeira Turma Especializada – Processo originário nº 9800080422.

22. Referimo-nos aqui ao exemplo do artigo 88 da Lei nº 9.279/1996 que diz: “a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado”.



5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLISON, Melissa. Starbucks' ex-CEO can't work for rivals. *Seattle Times*, 09/05/2009, disponível em <<http://seattletimes.nwsourc.com>>. Acesso em: 26/02/2009.
- ASCARELLI, Tullio. *Teoria de la concurrencia y de los bienes immateriales*. 3ª edição. Milão: Giuffrè Editore, 1960.
- BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. A propriedade intelectual no século XXI. *Estudos de direito*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Know how e poder econômico*. 1982. 104 f. Dissertação de mestrado em Direito Empresarial. Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 1982.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.432, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.
- BRASIL. Lei nº 9.279/1996, de 14 de maio de 1996. Regula direito e obrigações relativos à propriedade industrial.
- CALVO, Adriana Carrera. Os aspectos legais e a validade da cláusula de não-concorrência no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 616, 16 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6450>>. Acesso em: 28 fev. 2009.
- CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. Vol. II. Tomo II. Parte III.
- CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. 2ª edição. Vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.
- CORTE DE CASSAÇÃO FRANCESA. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 26/02/2009.
- FEKETE, Elisabeth Kasznar. *O regime jurídico do segredo de indústria e comércio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- GHIROTTI, Enrico. *Il patto di non concorrenza nei contratti commerciali*. Milão: Giuffrè Editore, 2008.
- GUGLIELMETTI, Giannantonio. *Limiti negoziali della concorrenza*. Padova: Cedam, 1961.
- JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. *Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- PEDROSO, Marcelo Bатуira da C. Losso. *Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho: do estudo dos princípios "à economic analysis of law aplicados ao direito do trabalho"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- PRADO, Elaine Ribeiro do. Da legislação trabalhista ao trabalhador inovador. In: *Revista Criação*, ano I, número 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RODRIGUES, Luiz Teixeira. *O empregado inventor*. Trabalho monográfico da Emerj. Julho/2000.
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 26/02/2009.