

LEGALIDADE DA OBRIGAÇÃO DE CONFIDENCIALIDADE E PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA

LEGALITY OF THE OBLIGATION OF CONFIDENTIALITY AND NON- COMPETITION COVENANT

LEONAM MACHADO DE SOUZA – ADVOGADO. Mestrando em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

RODRIGO DE OLIVEIRA BOTELHO CORRÊA – PROCURADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Mestrando em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário: Introdução – 1. Requisitos para a classificação de uma informação como confidencial; 1.1. Segredo de negócio; 1.2. Cláusula de confidencialidade – 2. A confidencialidade na perspectiva da concorrência desleal; 2.1. Uso desautorizado da informação confidencial; 2.2. Parâmetros para caracterização da concorrência desleal no âmbito da confidencialidade; 2.3. Cláusula de confidencialidade e caracterização do crime de concorrência desleal – 3. Pacto de não concorrência e confidencialidade; 3.1. Pacto de não concorrência e confidencialidade no contrato de trabalho - Conclusão.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar aspectos relacionados à obrigação de confidencialidade e ao pacto de não concorrência no Brasil. Discutem-se o conceito de mercado e a sua função como critério político de distribuição e alocação de bens econômicos. A concorrência surge como a grande força motriz, que leva o mercado a cumprir com essa sua função de promover a alocação de bens. Daí a necessidade de se tutelar a concorrência, sobretudo quanto à legalidade, legitimidade, eticidade e moralidade das condutas dos diversos agentes de mercado. Essa tutela da ética na concorrência encontra ressonância em inúmeros institutos jurídicos, entre os quais se destaca o contrato de trabalho e lei de propriedade intelectual.

Palavras-chave: Concorrência – Obrigação de Confidencialidade – Pacto de Não Concorrência.

Abstract: This article aims to analyze aspects related to the obligation of confidentiality and non-competition covenant in Brazil. We discuss the concept of market and its function as political criteria of distribution and allocation of goods. Competition emerges as the major driving force that leads the market to fulfill this function. Hence the need to safeguard competition, especially as to the legality, legitimacy, ethics and morality behind the behavior of various market players. This tutelage of ethics in competition finds resonance in numerous legal institutions, among which stand out the employment contract and the intellectual property law, specially the dispositive of illegal competition.

Keywords: Competition - Duty of Confidentiality - Non-Compete Covenant.

Introdução

A compreensão do mercado é sem dúvida uma das principais questões enfrentadas pelos teóricos, sobretudo do direito comercial. As dificuldades decorrem tanto da indefinição da palavra, visto sua polissemia, quanto, sobretudo, da complexidade dos efeitos e institutos decorrentes e derivados desse instituto.

Paula A. Forgioni¹, valendo-se da compreensão de Asquini para o conceito de empresa, caracteriza o mercado como um “fenômeno poliédrico”. Dessa forma, o mercado, conquanto fosse uno em sua existência, não poderia ser compreendido senão quando encarado por uma de suas faces, todas independentes entre si². Os perfis ou dimensões desse fenômeno poliédrico seriam o econômico, o político, o social e o jurídico.

A importância dessa classificação é que ela desmitifica a ilação de que o mercado seria o único mecanismo de distribuição e alocação de recursos.

Os bens perseguidos pelo homem são aqueles que lhe são úteis e necessários à satisfação de suas vontades. E eles são escassos porque a quantidade existente é insuficiente para suprir as necessidades humanas, sendo que estas dificilmente podem ser medidas e limitadas.

Diante da escassez desses bens, é necessário que se escolha um critério para alocação desses recursos. Vários já foram experimentados: estamental, religioso, jurídico. O mercado, na sua dimensão política, é um desses critérios para a alocação de recursos. Ele, portanto, não

¹ *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 196.

² *Ibid.*, p. 190.

é o único, nem precisa ser utilizado de forma isolada, sem que outros critérios também sejam utilizados, como, por exemplo, o jurídico.

O mercado promove a divisão e alocação de bens por meio do poder e da força concorrencial³.

Escolhido este como critério de alocação de recursos, fato que ocorre, sobretudo, em regimes capitalistas, em que são tuteladas a livre concorrência e a livre iniciativa, haverá concorrência, ainda que varie o seu grau. A doutrina identifica 5 (cinco) grandes tipos ou estruturas de mercado. São elas: a concorrência perfeita, a concorrência imperfeita ou monopolística, o oligopólio (com seu correspondente oligopsônio), o monopólio (com o seu correspondente monopsônio) e o monopólio bilateral⁴. O primeiro e o quinto modelo são basicamente teóricos, pois muito dificilmente serão encontrados no mundo real. No primeiro existe um grau tão elevado de concorrência, que as chances de haver progresso ficariam sobremaneira prejudicadas, pois os agentes econômicos aufeririam remunerações mínimas, com lucros muito baixos ou mesmo inexistentes, o que impediria o investimento e a acumulação. No último, não haveria concorrência, mas sim um impasse entre comprador e vendedor, que fatalmente seria resolvido com algum acordo.

Nos demais cenários – concorrência imperfeita, oligopólio e monopólio – a concorrência é percebida, ainda que com graus distintos. Mesmo quando o grau de concorrência é baixo, se não existirem conluios, os participantes do mercado tenderão a agir de acordo com a propalada Teoria dos Jogos, “pois cada um deles estará numa situação muito próxima à do jogador que precisa saber qual o próximo lance dos seus parceiros, mas não têm como fazê-lo”⁵. Como afirma Fábio Nusdeo:

É nesse contexto que surgem os chamados segredos industriais (tecnológicos) e comerciais, ciosamente guardados pelas empresas e alvo muitas vezes de mirabolantes esquemas de espionagem industrial, contrafação de marcas e patentes e diversos outros expedientes aos quais o Direito dedica atenção especial, mediante os conceitos de concorrência desleal, práticas abusivas de comercialização, propaganda mentirosa e abusiva, e tantos outros esparsos em leis diversas, como as de tutela da concorrência ou antitruste, as de defesa do consumidor, as de propriedade industrial.⁶

À luz dos conceitos de mercado e de concorrência, devem ser estudadas a obrigação de confidencialidade e pacto de não concorrência, que são o mote desse estudo, notadamente

³ Ibid., p. 195.

⁴ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 266.

⁵ NUSDEO, Fábio. Ibid., p. 272

⁶ Ibid., p. 272

quanto à aplicação desses institutos ao contrato de trabalho. O método utilizado será o bibliográfico, qualitativo.

1 Requisitos para a classificação de uma informação como confidencial

Como será visto a seguir, não basta que um agente de mercado classifique determinada informação como confidencial, para que a ordem jurídica tutele o direito à preservação desse segredo. É indispensável que essa informação possa influir de forma razoável na competição empresarial. Além disso, o agente deverá zelar para que essa informação não saia de seu domínio. Como profissional que é – o Código Civil, ao conceituar empresário, o que faz no seu artigo 966, vale-se do advérbio “profissionalmente” para qualificar a atividade empresarial – o titular do segredo de negócio deve se cercar daqueles cuidados, que normalmente o bom profissional tomaria para impedir que a informação sigilosa fosse indevidamente revelada. Um descuido no desempenho desse mister, pode significar a perda da proteção jurídica ao segredo.

1.1 Segredo de negócio

A informação classificada como confidencial é o segredo de negócio. O segredo de negócio abarca “qualquer fórmula, modelo, artifício, ou compilação de informações, que é usado no negócio de uma pessoa, concedendo-lhe uma oportunidade de obter vantagem sobre seus competidores que não o conhecem ou não o utilizam”⁷. O segredo de negócio é, portanto, aquela informação cujo titular deseja proteger porque ela lhe traz um retorno financeiro. Além de possuir um viés econômico, essa informação não pode ser conhecida pelo público em geral.

A opção por proteger essa informação como um segredo de negócio, na hipótese em que a proteção dessa informação também pode ser realizada pela patente, ocorre em razão da limitação temporal da patente. Ao contrário da patente, o segredo de negócio pode ser guardado eternamente. Isso ocorre em razão de a proteção desse segredo ser fática. Logo, enquanto a informação não for divulgada, o detentor terá a exclusividade da utilização dessa

⁷ BRAGA, Rodrigo Bernardes. O segredo de negócio no direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. Vol 401, ano 105, p. 753- 771, p. 755, jan-fev, 2009.

informação. Ao revés, se fosse o caso de patente, expirado o prazo legal, a informação cairia em domínio público. Dessa forma, todos que desejassem poderiam se valer dessa informação.

O segredo de negócio se confunde com o *know how*. Para a professora Maria Helena Diniz:

O contrato de *know how* é a transferência, por tempo determinado, desses conhecimentos, técnicas, ou processos, secretos e originais, a outra pessoa, que os empregará, mas não os poderá divulgar, pois tal transferência se operará mediante cláusulas especiais, sendo que uma delas impõe ao que recebe o *know how* a obrigação de guardar segredo, sob pena de receber uma sanção pela sua divulgação, evitando assim que seja repassado. Logo, *know how* e segredo industrial ou negocial são sinônimos⁸.

Portanto, o *know how* tem como características ser um segredo, ter valor econômico e não ser conhecido pelo público em geral. Logo, trata-se, de fato, de um segredo de negócio.

O valor econômico do segredo de negócio deve ser relevante, auferido pela possibilidade de aumento ou conservação de lucros com a manutenção dessa informação em segredo. Consequentemente, o valor econômico não precisa ser real, ele pode ser meramente potencial. Basta, para que tenha valor econômico, que se vislumbre a possibilidade de ganho financeiro com o uso de determinada informação.

1.2 Cláusula de confidencialidade

O objeto da cláusula de confidencialidade são as informações comerciais secretas. Para que essas informações possam ser objeto de cláusula de confidencialidade, elas devem ser um segredo de negócio.

Os interessados em manter essas informações em segredo devem se empenhar para a concretização desse objetivo. Isso não significa que essas informações devam ser guardadas em um cofre, ao qual somente uma pessoa tenha acesso. Ao contrário, é característica desse tipo de informação a sua circulação dentro de um determinado grupo de pessoas, interligadas por circunstâncias fáticas ou jurídicas, como, por exemplo, em razão de trabalharem em determinada pesquisa ou de serem responsáveis pelo processo de produção de um determinado produto.

Enfim, esse empenho em manter em segredo significa que as informações não devem circular de modo a possibilitar que terceiros tenham acesso a elas sem realizar qualquer tipo

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed., 4. v. São Paulo: Saraiva, 2006.

de esforço, pois, diante dessa situação, essa informação não merecerá proteção pela cláusula de confidencialidade. Logo, não basta querer manter a informação em segredo, é necessário um esforço razoável para mantê-la em segredo. Esse esforço razoável é amplo e subjetivo, devendo ser observado no caso concreto.

Além desses, outro requisito para que seja caracterizado o segredo de negócio é a novidade. Conforme Rodrigo Braga:

(...) o grau de novidade não se confunde com o ineditismo exigido para inovações patenteáveis (...) o empresário pode optar pelo segredo ao invés da patente uma vez que não deseja revelar todo o processo de criação em seu pedido de patente (...) Invariavelmente, a tecnologia é conhecida – não havendo que se falar em inovação patenteável...⁹

Da citação acima, se extrai outro requisito do segredo de negócio: o elemento volitivo. Logo, o segredo de negócio será aquele que o titular voluntariamente deseja proteger por cláusula ou acordo de confidencialidade.

Para que uma informação possa ser classificada como confidencial, ela também exige como característica um mínimo de originalidade, pois “não há segredo quando os conhecimentos gerados são facilmente detectáveis ou apreendidos por um técnico no assunto¹⁰”.

Classifica-se como segredo de negócio as informações necessárias para a fabricação de produtos objetos de patentes. Nesse caso, o objetivo da cláusula de confidencialidade será “coibir a pesquisa alternativa (pois implica, para os demais possíveis produtores, em refazer os testes) e retardar ou tornar mais caro o acesso ao mercado após a extinção do privilégio”¹¹

Conseqüentemente, o término da patente não autoriza o uso de informações confidenciais relacionadas com o processo de produção desse objeto. O objetivo da cláusula de confidencialidade, nessa hipótese, será a de estender as vantagens sobre os concorrentes em razão da detenção do segredo de negócio. Assim, comete crime de concorrência desleal quem divulga esse tipo de informação, conforme artigo 195, inciso XI, da Lei 9.279/96.

2 A confidencialidade na perspectiva da concorrência desleal

⁹ BRAGA, *op. cit.*, p. 759.

¹⁰ *Ibid.*, p. 759.

¹¹ BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das informações confidenciais pela lei 9279/96*, p. 3. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html>> Acesso em: 29 jul 2012.

Conquanto a ordem jurídica tutele a concorrência, esta impede que práticas não equitativas sejam praticadas, com vistas à frustração de direitos e expectativas legítimas dos agentes de mercado. A concorrência deve se dar de forma ética, leal, em consonância com princípios como o da boa-fé e da função social da propriedade e do contrato¹². A violação a esses preceitos jurídicos poderá levar à responsabilização civil, penal e administrativa do concorrente.

2.1 Uso desautorizado da informação confidencial

A utilização dessa informação confidencial desautorizadamente configura o crime de concorrência desleal.

A lei de propriedade intelectual (Lei 9.279/1996) enumera no artigo 195 as hipóteses em que correrá o crime de concorrência desleal. Deve-se observar que, quanto aos aspectos penais, o rol do artigo 195 é taxativo, em razão da tipicidade penal. Contudo, quanto aos aspectos cíveis, o rol pode ser ampliado.

No inciso XI do artigo 195, o legislador tratou do uso desautorizado das informações confidenciais obtidas de forma lícita.

Dispõe o artigo 195, caput e inciso XI, lei 9279/1996:

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;

A Convenção da Organização Mundial de Comércio, no artigo 39, também configurou como ato de concorrência desleal o uso de informação confidencial sem o consentimento do titular. Conforme o artigo 39, itens 1 e 2, TRIPs:

1. Ao assegurar proteção efetiva contra competição desleal, como disposto no Artigo 10bis da Convenção de Paris (1967), os Membros protegerão informação confidencial de acordo com o parágrafo 2 abaixo, e informação submetida a Governos ou a Agências Governamentais, de acordo com o parágrafo 3 abaixo.

¹² Como bem adverte Paula A. Forgioni (2009, p. 229), “[s]em trocas e sem propriedade não existe mercado, porque não haverá sequer a possibilidade de tráfico”. Por essa razão, o contrato e a propriedade são institutos jurídicos absolutamente indispensáveis para o estabelecimento de relações econômicas.

2. Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas (10)¹³, desde que tal informação:

(a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes;

(b) tenha valor comercial por ser secreta; e

(c) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta.

Durante ou após o término do contrato de trabalho, caso o empregado se utilize das informações confidenciais obtidas, ele comete o crime de concorrência desleal. No mesmo crime incorre o contratante, conforme o disposto no artigo 195, inciso XI, da Lei 9279/96. Portanto, o objetivo da cláusula de confidencialidade é impedir a concorrência desleal.

2.2 Parâmetros para caracterização da concorrência desleal no âmbito da confidencialidade

O rol do artigo 195, inciso XI, da Lei 9279/96, como afirmado, pode ser estendido na esfera cível para abarcar as demais hipóteses não previstas pela lei como atos de concorrência desleal. Dessa forma, diante de um caso concreto, deve-se analisar se a hipótese configurou ato de concorrência desleal. O artigo 39(2) do TRIPs fornece alguns parâmetros para essa análise. Destaca Denis Barbosa:

O art. 39(2) do TRIPs ilumina, em parte, o que possa ser entendido como prática comercial reprovável neste contexto: por exemplo, a infração de deveres contratuais ou de confiança, ou indução ao inadimplemento de tais obrigações.

(...) Para que se configure *deslealdade* na concorrência o parâmetro não é legal, mas fático. É preciso que os atos de concorrência sejam contrários aos 'usos honestos em matéria industrial ou comercial'(TRIPs, art. 39) – sempre apurados segundo o contexto fático de cada mercado, em cada lugar, em cada tempo. Os textos internacionais fixam parâmetros básicos para o que seja, em princípio, desleal, mas em cada caso a ponderação do ilícito será feita contextualmente.

(...) O parâmetro legal, assim, é a expectativa objetiva de um *standard* de competição num mercado determinado, o qual fixa o risco esperado de fricção concorrencial¹⁴.

¹³ Nota de rodapé do texto da TRIPs [(10) Para os fins da presente disposição, a expressão "de maneira contrária a práticas comerciais honestas" significará pelo menos práticas como violação ao contrato, abuso de confiança, indução à infração, e inclui a obtenção de informação confidencial por terceiros que tinham conhecimento, ou desconheciam por grave negligência, que a obtenção dessa informação envolvia tais práticas.

¹⁴ BARBOSA, Denis Borges, *op. cit.*, p.6/17/18.

A concorrência desleal está relacionada aos atos em que o empregado, sócio ou contratante se vale de um segredo de negócio para desviar clientela. A confidencialidade está atrelada a divulgação desse segredo de negócio. Dessa forma, em se tratando de cláusula de confidencialidade, não há que se falar em restrição quanto ao espaço, tendo em vista que, mesmo que a informação seja divulgada para outro país, os produtos lá fabricados poderão ser importados para o país em que está sediada a sociedade empresária que visava proteger a informação. Inclusive, podem ser fabricados a um preço menor. Por outro lado, se outra pessoa toma conhecimento dessa informação nesse país e a divulga, agora, no país sede da sociedade empresária, que desejava manter essa informação em sigilo, não haverá sequer o crime de concorrência desleal, pois esse terceiro que divulgou a informação não tinha a obrigação de mantê-la em sigilo.

O crime de concorrência desleal, conforme Celso Delmanto:

[consuma-se] com o simples emprego de meio fraudulento idôneo ao desencaminhamento de fregueses. Crime de *perigo*, não é necessário que efetivamente se encontre uma clientela retirada ou arredada pelo agente desonesto. Antecipando-se ao dano, o legislador já pune sua probabilidade, independente de um real prejuízo do ofendido ou da positiva obtenção de benefício a favor do autor. Se a freguesia for realmente desencaminhada, isso só significará o exaurimento da infração, posto que é aquele ato, e não o seu efeito, o que aqui se pune¹⁵.

Portanto, também na esfera cível não haverá necessidade da comprovação de um efetivo prejuízo, basta que a conduta do contratante, sócio ou empregado, seja capaz de gerar um prejuízo ao detentor do segredo de negócio.

2.3 Cláusula de confidencialidade e caracterização do crime de concorrência desleal

A informação só se torna confidencial se o titular da informação exteriorizar essa vontade, bem como se ele tratar essa informação como confidencial. Nessa perspectiva, a cláusula de confidencialidade não é requisito para a ocorrência do crime de concorrência desleal, contudo facilita-se a prova de que se tratava de uma informação confidencial e de que o contratante, empregado ou sócio tinha o dever de mantê-la em sigilo.

Portanto, em razão do ônus da prova em possível litígio decorrente da divulgação de um segredo de negócio, a cláusula de confidencialidade sempre deve constar de um contrato quando se deseja preservar essas informações. Em razão da dificuldade de se provar, em

¹⁵ DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

determinados casos, que determinada pessoa se valeu da informação confidencial obtida por meio lícito para se beneficiar desautorizadamente, é possível defender a inversão do ônus da prova nessas hipóteses, cabendo ao infrator provar que não fez o uso ou divulgou o segredo de negócio.

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, referendada pelo Superior Tribunal de Justiça, no acórdão proferido no agravo regimental no agravo em recurso especial n.º 21.167 – RS¹⁶, relator Ministro Sidnei Beneti, em que se discutia a prática de concorrência desleal pelo agravado, em razão de ele ter se utilizado, conforme alegou a agravante, de informações confidenciais obtidas no período em que foi empregado da agravante, foi ressaltado o fato de não ter sido evidenciado no contrato de trabalho celebrado com o agravado cláusula de exclusividade e sigilo. Em razão dessa omissão, concluiu-se pela não ocorrência de crime de concorrência desleal.

3 Pacto de não concorrência e confidencialidade

O pacto de não concorrência e de confidencialidade tem como objetivo impedir a concorrência desleal. O empregador, ao celebrar o contrato de trabalho com o empregado, inclui, além da cláusula de confidencialidade, a cláusula de não concorrência. A cláusula de não concorrência é estipulada, no contrato realizado com o empregado, para após a vigência do contrato de trabalho, pois durante a vigência incide a regra do artigo 482, CLT¹⁷.

Dessa forma, após o término do contrato de trabalho, o empregado fica impossibilitado de constituir uma sociedade empresária ou celebrar novo contrato de trabalho, se a atividade a ser desempenhada por ele for a mesma que ele exercia na sociedade anterior. Logo, o pacto de não concorrência impede que o empregado se valha das informações a que teve acesso durante o contrato de trabalho anterior. Essa vedação do uso dessas informações possibilita ao empregador manter a vantagem competitiva que ele possui no mercado.

A cláusula de não concorrência se distingue do contrato de trabalho. Pelo menos esta é a visão de Gottschalk, citado por Arnold Wald e Alberto Xavier:

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 21.167/RS, 3. Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1108219&sReg=201100799305&sData=20111214&formato=PDF> Acesso em: 01 ago. 2012. D.J. 22 nov. 2011.

¹⁷ WALD, Arnold; XAVIER, Alberto. Pacto de não concorrência: validade e seus efeitos no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 70, vol. 552, p. 32-42, p. 40, out. 1981.

a cláusula [de não concorrência] 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”¹⁸.

Essa cláusula poderia ser presumida “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”¹⁹.

Nos contratos sociais pode constar a cláusula de não concorrência que tem como fundamento impedir a divulgação de segredos de negócio. Assim, o sócio de uma sociedade, não poderá, após ter acesso aos segredos de negócio, tornar sócio de sociedade concorrente. Nessa hipótese, o pacto de não concorrência também poderá ser presumido, sobretudo, em razão da boa-fé objetiva.

Caso no contrato conste a cláusula de confidencialidade, da mesma forma será importante constar o pacto de não concorrência, para evitar discussões judiciais acerca da abrangência do artigo 195, inciso XI, da Lei 9.279/95, tendo em vista que a interpretação do artigo depende de análise de circunstâncias fáticas. Isto porque, para a caracterização do crime de concorrência desleal com base no aventado inciso XI, exige-se que a informação tenha sido obtida mediante relação contratual ou empregatícia (discute-se a inversão do ônus da prova) e, ainda, que ela não possa ser considerada um conhecimento evidente para um técnico no assunto, o que em regra também pode demandar a realização de prova. Ao revés, com a celebração do pacto de não concorrência, o empregador apenas deverá provar o exercício de atividade pelo ex-empregado que implique em desvio de clientela.

3.1 Pacto de não concorrência e confidencialidade no contrato de trabalho

A questão da validade de cláusula de não concorrência em contrato de trabalho não é, no Brasil, um tema incontroverso. Inexiste disciplina legal específica para esse assunto.

¹⁸ *Ibid.*, p. 40.

¹⁹ *Ibid.*, p. 40.

É da essência do capitalismo a exploração do trabalho pelo capital. A empresa, como atividade, está tão intimamente ligada ao trabalho humano, que seria difícil imaginar uma empresa sem esse tipo de trabalho. Cuida-se da clássica divisão entre capital (organização e meios de produção) e trabalho.

Diante desse fato social, a Constituição da República Federativa do Brasil tutela tanto a atividade empresarial, quanto o trabalho humano. Os interesses da atividade empresarial são resguardados, principalmente, na Constituição da Ordem Econômica. Já a proteção aos direitos do trabalho humano está prevista na parte dos direitos sociais.

Não raro, esses direitos se colidem. Quando isso acontece, é necessário se valer das técnicas de interpretação e hermenêutica constitucional para eliminar o aparente conflito. Um desses casos, diz respeito exatamente à previsão de cláusula de não concorrência em contrato de trabalho.

De um lado, há a previsão contida no inciso XIII, do artigo 5º da Constituição do Brasil, segundo o qual “[é] livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Do outro lado, a Constituição expressamente assegura a livre concorrência, donde se conclui que ela proíbe a concorrência desleal ou qualquer outra medida que pretenda reduzir a concorrência.

Para que a concorrência seja equilibrada, é preciso buscar um cenário em que os atores econômicos não obtenham vantagens artificiais ou por meios ilícitos. Não haveria equilíbrio, se um concorrente pudesse ter acesso às experiências, a todo cabedal intelectual e de *expertise* de outro, sem que houvesse uma justa compensação. Afinal, aquele outro concorrente investiu tempo e dinheiro para conseguir todo aquele conhecimento, e não seria justo que um concorrente, que nada gastou, ficasse na mesma posição que ele.

Por isso, o ordenamento jurídico tutela os segredos de fábrica e os segredos de negócio ou, na dicção da Lei 9.279/96, as informações confidenciais das sociedades.

Como a sociedade (empresária ou não empresária) pode proteger essas informações, de modo a evitar uma prática de concorrência desleal? No caso do empregado, a CLT expressamente prevê como justas causas para a sua demissão, a “negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço” e a “violação de segredo da empresa”.

Conquanto exista discussão doutrinária acerca da efetiva configuração da primeira justa causa para a demissão do empregado acima elencada (“negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à

empresa para qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço”), não existe dúvida de que o empregado não pode concorrer, nem praticar atos que visem a favorecer concorrente direto de seu empregador.

A grande celeuma está em saber se é possível se convencionar uma cláusula, que impeça o empregado de, após o término do contrato de trabalho, trabalhar em atividade concorrente a do empregador.

Parte da doutrina entende não ser possível esta cláusula, em vista da proteção constitucional do trabalhador. Há decisões judiciais nesse sentido.

Todavia, a razão não parece estar com essa corrente. Isto porque, como visto, a Constituição não protege apenas o trabalhador; ela também tutela o direito do empresário de exercer a sua atividade econômica em um regime de livre concorrência. Ademais, não existem direitos absolutos. Nem mesmo os direitos fundamentais o são. Quando há uma colisão entre bens igualmente tutelados pela ordem constitucional, é necessário sopesá-los, de modo que se alcance uma solução que preserve os núcleos essenciais de cada um dos direitos envolvidos.

Pois bem, o artigo 444 da CLT prevê que “as relações contratuais 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”. A cláusula de não concorrência, a toda evidência, não trata de disposições de proteção ao trabalho. Ela até poderá ser prevista em acordo ou convenção coletiva, tanto no sentido de permiti-la como de proibi-la. Mas na sua ausência, os contratantes não estarão impedidos de a convencionarem no respectivo contrato de trabalho.

Assim, na falta de norma coletiva de trabalho dispendo sobre esse tema, será lícito incluir cláusula de não concorrência em contrato de trabalho. No entanto, como sustenta Adriana Carrera Calvo²⁰, com amparo em doutrina nacional e alienígena, para que essa cláusula de não concorrência seja considerada válida, deverão ser respeitadas as seguintes condições:

- a) a cláusula deve conter limitações temporais, espaciais e no tocante à atividade;
- b) deve corresponder a um interesse legítimo das partes;
- c) o empregado deve ter uma compensação financeira diante da limitação contratual (geralmente o valor do último salário multiplicado pelo prazo de não-concorrência,

²⁰ *Aspectos legais e validade da cláusula de não-concorrência no Brasil*, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6450/os-aspectos-legais-e-a-validade-da-clausula-de-nao-concorrencia-no-brasil>
Acesso em: 28 ago. 2012

podem ser pago ao término do contrato de trabalho ou mensalmente durante o referido prazo);e

- d) deve haver a previsão de uma multa contratual para o caso de descumprimento, sendo que o valor dessa multa não poderia exceder o da obrigação principal, na forma do Código Civil.

Essa linha de entendimento foi adotada pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em acórdão relatado pelo Juiz do Trabalho Sérgio Pinto Martins (recurso ordinário 02243.2000.3810200-9), que recebeu a seguinte ementa:

Cláusula de não-concorrência. Validade.

A cláusula de não-concorrência foi estabelecida por tempo razoável e houve pagamento de indenização. Logo, está dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É, portanto, considerada válida. Não há dano moral a ser reparado.

Nada obstante, nesse acórdão, fez-se alusão a outro, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário n.º 67.653, relator Ministro Aliomar Baleeiro (DJ 3.11.70, p. 5.294, RTJ 55, 1971, p. 42). Esta foi a ementa daquele acórdão:

Liberdade de trabalho. Cláusula pela qual o empregado, que fez cursos técnicos às expensas do empregador, obrigou-se a não servir a qualquer empresa concorrente nos 5 anos seguintes, ao fim do contrato. Não viola o artigo 153, § 23 da Constituição o acórdão que declarou inválida tal avença.

É importante destacar que o recurso extraordinário em questão não foi conhecido. Ademais, o caso ocorreu sob a égide da Constituição de 1967 e em momento político e social bem diferente do atual.

Diante do exposto, conclui-se ser possível a previsão de tal cláusula de não-concorrência em contratos de trabalho, respeitadas as condições acima mencionadas.

Conclusão

O mercado, conquanto não seja o único, é um critério eficiente para a distribuição e alocação de bens. Mas para que ele funcione de maneira satisfatória, é necessário que exista concorrência. Não à toa, o sistema capitalista tem como princípios fundamentais, a livre iniciativa e a livre concorrência.

O Direito tutela o mercado e, conseqüentemente, a concorrência. Em virtude do caráter civilizado do Direito, não seria possível se admitir a tutela da concorrência que não atendesse a valores caros à sociedade, como a ética e a moral. Conseqüentemente, não seria admissível se proteger a concorrência que fosse desleal.

Os segredos de negócio são essenciais para que os atores do mercado alcancem o sucesso. Eles invariavelmente constituem conhecimentos técnicos, que possuem grande valor para o aviamento e demais elementos intangíveis que constituem o fundo de empresa.

Dessa forma, não seria justo que o concorrente que nada contribuiu para a formação daquele conhecimento, pudesse dele se apropriar, sem uma contraprestação, e valendo-se de métodos escusos. Conseqüentemente, a ordem jurídica protege os segredos de negócio, inclusive por meio da tipificação dessa conduta como crime.

Essa proteção encontra amparo também na ordem internacional. O TRIPS consagra essa tutela jurídica aos segredos de negócios e o combate à concorrência desleal.

A tutela da concorrência e, via de consequência, dos segredos de negócio alcançam institutos como o da sociedade empresarial e o contrato de trabalho. Os vínculos provenientes desses negócios jurídicos não estão livres do respeito à proteção dessas informações sigilosas, motivo por que a cláusula prevendo a obrigação de confidencialidade e pacto de não concorrência, respeitadas certas condições, não pode ser considerada inválida, pelo menos não *prima facie*.

Referências

BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das informações confidenciais pela lei 9279/96*. Disponível em: < <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html> > Acesso em: 29 jul 2012.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. O segredo de negócio no direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. Vol 401, ano 105, p. 755, jan-fev, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 21.167/RS, 3. Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1108219&sReg=201100799305&sData=20111214&formato=PDF> Acesso em: 01 ago. 2012. D.J. 22 nov. 2011

CALVO, Adriana Carrera. *Aspectos legais e validade da cláusula de não-concorrência no Brasil*, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6450/os-aspectos-legais-e-a-validade-da-clausula-de-nao-concorrencia-no-brasil> Acesso em: 28 ago. 2012.

DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed., 4. v. São Paulo: Saraiva, 2006.

FORGIONI, Paula A. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WALD, Arnold; XAVIER, Alberto. Pacto de não concorrência: validade e seus efeitos no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 70, vol. 552, p. 32-42, out. 1981.