



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

LOHAMA BARBOSA NASCIMENTO

**CLÁUSULA ESPECIAL DE EXCLUSIVIDADE NOS CONTRATOS DE
TRABALHO: DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA
PROPORCIONAL**

Tubarão

2017

LOHAMA BARBOSA NASCIMENTO

**CLÁUSULA ESPECIAL DE EXCLUSIVIDADE NOS CONTRATOS DE
TRABALHO: DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA
PROPORCIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito, da Universidade do Sul de Santa
Catarina, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Francisco Luiz Goulart Lanzendorf, Esp.

Tubarão

2017

LOHAMA BARBOSA NASCIMENTO

**CLÁUSULA ESPECIAL DE EXCLUSIVIDADE NOS CONTRATOS DE
TRABALHO: DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA
PROPORCIONAL**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.

Tubarão, 01 de dezembro de 2017.



Prof. e orientador Francisco Luiz Goulart Lanzendorf, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Alexandre Fernandes Souza, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Irau Oliveira de Souza Neto, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedicado aos meus pais, Maria Divina e José Damasse, que muito cedo acreditaram na minha capacidade de vencer e, de forma generosa, me doaram suas vidas.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser minha força e serenidade e por me sustentar durante cada derrocada nesses cinco anos de caminhada.

A minha família, por me educarem da forma mais reta e correta que puderam, me proporcionando um mundo de oportunidades do qual não tenho a intenção de renunciar.

A Maria Isabel e Alfredo, por terem confrontado médicos e enfermeiros, que logo após o meu nascimento disseram que eu não viveria.

A família Santos, Diana, Ferreira, Lara, Paulo e a nova integrante, Helena, por me acolherem em sua casa como se eu fosse uma filha.

Ao Dr. Laércio Mendes Nunes e à Dra. Klisiomar Lopes Dias, Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado do Amapá, que contribuíram muito para a minha escolha de perseguir esta graduação.

As amigas que conquistei no Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por me receberem em suas vidas e me incentivarem a doar o melhor que há em mim.

Ao meu grupo de voluntariado do Hospital Nossa Senhora da Conceição, em Tubarão, pelos momentos de fé e caridade que me levaram a estar um pouco mais perto de Deus.

Ao meu orientador Francisco, que de forma caridosa suportou o ônus de lidar com meus autos e baixos durante a estruturação do projeto e do presente trabalho monográfico.

Aos meus amigos, por todo amor, por cada riso e por cada palavra de incentivo, por me fazerem acreditar que o futuro pode ser ainda melhor se tivermos com quem contar.

Não há oposição entre a coerção e a liberdade. Ao contrário, elas se auxiliam: toda liberdade se exerce para contornar ou superar uma coerção, e toda coerção apresenta fissuras ou pontos de menor resistência que são incitações à criação (Claude Lévi-Strauss).

RESUMO

Trata-se de trabalho monográfico que tem por objetivo analisar a possibilidade de aplicação de multa proporcional nos contratos de trabalho com cláusula especial de exclusividade, em decorrência dos danos causados pela limitação do direito ao livre labor. O método de abordagem utilizado foi o método dedutivo, com nível exploratório e abordagem qualitativa. Para a coleta de dados, foram utilizadas pesquisas bibliográficas e documentais. Restou evidenciado que a responsabilidade civil do empregador se relaciona ao instituto da teoria de risco, uma vez que esta realiza atividade econômica capaz de gerar riscos a direito de outrem, ou seja, sua responsabilização será objetiva, uma vez que, independe da comprovação de culpa, bastando apenas que a vítima comprove o liame entre a atividade desenvolvida e o dano dela decorrente. Desse modo, por meio da análise da teoria do risco proveito, conclui-se que, embora a cláusula de exclusividade seja um instituto recentemente inserido no ordenamento jurídico trabalhista, nada mais é do que um desdobramento da cláusula de não concorrência, de modo que sua estipulação estará atrelada aos mesmo pressupostos de validade das cláusulas dessa natureza. Por fim, constata-se que a excessiva limitação do direito ao livre trabalho, exercida pela cláusula especial de exclusividade, ao tempo que proporciona ao empregador o proveito da livre concorrência, também é capaz de gerar danos ao direito do trabalhador. Por conseguinte, sua estipulação se condiciona à aplicação de uma compensação financeira ao trabalhador ofendido, a qual deverá ser estipulada pelo magistrado dentro dos parâmetros impostos pelo princípio da razoabilidade, o qual proporcionará o equilíbrio da relação empregatícia.

Palavras-chave: Contrato. Cláusula. Multa. Contrato de trabalho.

ABSTRACT

It is a monographic study that aims to analyze the possibility of applying a proportional fine in employment contracts with a special exclusivity clause, as a result of the damages caused by the limitation of the right to free labor. The approach method used was the deductive method, with exploratory level and qualitative approach. For the data collection, it was used bibliographical and documentary research. It was evidenced that the civil liability of the employer relates to the institute of risk theory, since it carries out economic activity capable of generating risks to the right of others, that is, its liability will be objective, since it is independent of the proof of fault, remaining sufficient that the victim proves the link between the risk activity developed and the resulting harm. Thus, through the analysis of risk theory, it is concluded that, although the exclusivity clause is an institute recently inserted in the labor legal system, it is nothing more than an unfolding of the non-compete clause, so that its stipulation will be tied to the same conditions of validity clauses of this nature. Finally, it was found that the excessive limitation of the right to free work, exercised by the special exclusivity clause, while providing the employer with the benefit of free competition, it is also capable of causing harm to the employee's right to free work. Therefore, its stipulation is conditioned to the application of financial compensation to the offended worker, which must be delimited by the magistrate within the parameters imposed by the principle of reasonableness, which will provide the balance of the employment relationship.

Keywords: Contract. Clause. Fine. Contract of work.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	11
1.2 OBJETIVOS	15
1.2.1 Objetivo geral	15
1.2.2 Objetivos específicos	15
1.3 JUSTIFICATIVA	15
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	16
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS	17
2 CONTRATO DE TRABALHO	19
2.1 ORIGEM	19
2.2 CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO	20
2.3 SUJEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO	23
2.3.1 Empregador	23
2.3.2 Empregado	25
2.4 MODALIDADES DE CONTRATO DE TRABALHO.....	27
2.4.1 Quanto à sua forma	27
2.4.1.1 Verbal.....	28
2.4.1.2 Escrito.....	29
2.4.1.3 Tácito.....	30
2.4.2 Quanto ao prazo	31
2.4.2.1 Prazo indeterminado.....	32
2.4.2.2 Prazo determinado.....	33
2.5. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO.....	34
2.6 PRINCÍPIOS CORRELATOS À CLÁUSULA ESPECIAL DE EXCLUSIVIDADE.....	36
2.6.1 Princípio da Proteção	37
2.6.2 Princípio da livre concorrência	38
2.6.4 Princípio da irrenunciabilidade	40
2.6.5 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade	41
3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL	44
3.1 CÓDIGO CIVIL COMO FONTE SUBSIDIÁRIA DO DIREITO LABORAL	44
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL	45
3.2.1 Subjetiva	46
3.2.2 Objetiva	48
3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E A TEORIA DO RISCO	50
3.4 PRESSUPOSTOS DE INDENIZAÇÃO.....	52

3.4.1 Ato danoso (comissivo ou omissivo)	53
3.4.2 Dolo ou culpa	54
3.4.3 Dano	55
3.4.4 Nexo causal	56
4. DA (IN)APLICABILIDADE DE MULTA PROPORCIONAL NOS CONTRATOS DE TRABALHO COM CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE	58
4.1 CLÁUSULA ESPECIAL DE EXCLUSIVIDADE	58
4.1.1 Conceito	58
4.1.2. Pressupostos de validade	60
4.1.2.1 Interesse legítimo do empregador.....	60
4.2.2.2 Limite material.....	61
4.2.2.3 Limite de tempo.....	61
4.2.2.4 Limitação geográfica.....	61
4.2.2.5 Compensação.....	62
4.1.3 Da sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro	63
4.2. CARACTERIZAÇÃO DO DANO	64
4.2.1 Limitação do direito de livre exercício ao trabalho	64
4.3 PARÂMETROS PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO	67
5 CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a possibilidade de aplicação de multa proporcional nos contratos de trabalho com cláusula especial de exclusividade, em razão da limitação do direito constitucional do livre exercício do trabalho, ou seja, busca demonstrar os danos causados ao empregado e ajusta-los à responsabilidade civil do empregador, de forma que seja possível estabelecer parâmetros para aplicação de multa proporcional.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Desde a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho, ocorrida no ano de 1943, por meio do Decreto-Lei nº 5.452, as relações de trabalho vêm sofrendo constantes modificações, tantas, que a própria legislação brasileira encontra dificuldade em adequar-se.

Nascimento, em suas pesquisas durante o ano de 2009, já vislumbrou a necessidade da adequação da legislação brasileira às relações de trabalho da época. O doutrinador alegou que, embora a Consolidação das Leis do Trabalho tenha sido um marco no ordenamento jurídico, com o passar do tempo tornou-se obsoleta, o que, conseqüentemente engloba uma miríade de dilemas na seara trabalhista, gerando grande necessidade de modernização das leis laborais.¹

É cediço que a relação empregador e empregado possui um desequilíbrio desde a sua gênese, esta foi uma das principais justificativas utilizadas pelo legislador ao elaborar a Consolidação das Leis do Trabalho.

Martins corrobora para este entendimento e exprime a necessidade de se aplicar uma proteção especial ao trabalhador, tendo em vista tratar-se da parte mais fraca da relação de trabalho. Veja:

A relação entre empregado e empregador não é igual, por isso há necessidade de proteção ao economicamente mais fraco, visando equilibrar a relação entre os envolvidos e evitar o abuso do poder econômico, de forma a que o empregador não imponha sua vontade ao empregado.

Em certos casos, o trabalhador aceita as imposições do empregador, porque precisa do emprego e da remuneração correspondente.²

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 35. ed. São Paulo: Ltr80, 2009. p. 51.

² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 171.

Dessa forma, compreende-se que o empregado, sendo a parte mais frágil desta relação jurídica, por diversas vezes ver-se-á no meio de um dilema entre aceitar todas as cláusulas contratuais, inclusive a cláusula especial de exclusividade ou permanecer desempregado.

Gomes, citado por Martins, afirma que “o contrato de trabalho é um contrato de adesão em que o empregado adere às cláusulas determinadas pelo empregador, sem possibilidade de discuti-las”.³

Sobre o tema, Martins atesta a natureza frágil do empregado e afirma que ou o empregado aceita em blocos as cláusulas do contrato ou as rejeita em bloco e não tem o emprego. Tal situação decorre de sua situação econômica, sendo possível a negociação apenas das cláusulas do salário e do horário.⁴

Delgado corrobora com a visão dos autores ao afirmar que:

No Direito do Trabalho, a figura do contrato desponta com toda a sua faceta enigmática. É que de um lado, está-se diante talvez do mais eloquente exemplo de contrato de adesão fornecido pelo mundo contemporâneo, onde o exercício da liberdade e vontade por uma das partes contratuais – o empregado – encontra-se em polo extremado de contingenciamento.⁵

Diante disso, com a restrição do livre labor é possível visualizar a probabilidade de danos presentes e futuros ao trabalhador, uma vez que este, ao celebrar o contrato de trabalho, concorda com a limitação ao seu direito de trabalho e, por diversas vezes sofre lesões consideráveis em seu patrimônio.

Em contrapartida, Nascimento, apesar de reconhecer o direito do trabalhador em possuir diversos empregos, estabelece que o descumprimento da cláusula especial de exclusividade é motivo de rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador por justa causa. Veja:

O empregado pode ter simultaneamente diversos empregos. Nada impede que isso ocorra, e a doutrina é nesse sentido. Entretanto, apesar desta presunção de pluralidade empregatícia, pode em cada caso concreto ser estipulado expressamente o contrário. Assim, desde que empregado ou empregador, verbal ou por escrito, deixem ajustada cláusula de exclusividade, ela será válida. A sua violação importaria em justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador.⁶

³ GOMES, 1966, p. 118 apud MARTINS, 2017, p. 171.

⁴ MARTINS, loc. cit..

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl.. São Paulo: LTr, 2017. p. 574.

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 682-683. Disponível em:

A Consolidação das Leis do Trabalho traz em seu artigo 482, as possibilidades de rescisão contratual por parte do empregador, dentre elas encontra-se uma situação fática que amarra o empregado ao cumprimento rigoroso das cláusulas de não concorrência, entre elas a cláusula especial de exclusividade.

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

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.⁷

No entanto, a norma infraconstitucional, em nenhum momento prevê proteção ao trabalhador, quando este, em decorrência da aplicação da cláusula especial de exclusividade, sofre danos ou vislumbra danos futuros ao seu patrimônio em virtude da limitação à sua liberdade de trabalho. Semelhante conflito tem sido recentemente tratado apenas pela doutrina e jurisprudência trabalhista.

Desse modo, fica pendente a reflexão de como esta lacuna na lei trabalhista pode ser preenchida, de que forma o trabalhador prejudicado com a aplicação da referida cláusula de não concorrência terá a relação trabalhista equilibrada?

Aqui, utilizaremos o direito comparado para o fim de estabelecer um liame entre a ação lesiva do empregador e a lesão sofrida pelo empregado, manuseando para tanto as normas de Direito Civil, atualmente regido pelo Código Civil de 2002, o qual traz em sua infinidade de institutos a responsabilidade civil em decorrência de ato ilícito, instituto que regula o dever de indenizar em casos de danos, seja material ou moral.

O objetivo principal do tema é a possibilidade da responsabilização civil do empregador que celebra cláusula especial de exclusividade com o empregado, assim limitando o direito à liberdade de trabalho e causando-lhe dano pela perda de outras chances de emprego.

Mesmo com esta relevante limitação ao direito constitucional do trabalhador, o legislador brasileiro compreende que as cláusulas de não concorrência do contrato de trabalho são constitucionais e, portanto, sua aplicabilidade tem total eficácia.

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502217362/cfi/140!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

⁷ BRASIL. **Lei 5.452, de 1º de maio de 1943**. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.palananalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 4 abr. 2017.

No entanto, o empregado, ao celebrar contrato de trabalho com o empregador adere à cláusula especial de exclusividade e limita seu direito ao livre trabalho, o que possibilita a perda de uma oportunidade de obter vantagens futuras, mas com repercussões presentes em seu patrimônio, uma vez que este, engessado pela força limitante da cláusula, não poderá celebrar nenhum outro tipo de atividade laboral que complemente sua renda.

Para melhor compreensão dessa controvérsia jurídica, antes de explicar a possibilidade de um liame entre a limitação da liberdade de trabalho e o instituto da responsabilidade civil do empregador, faz-se necessário entender que:

Nem sempre o autor de um dano patrimonial ou moral é obrigado à reparação; apenas quando violar a ordem jurídica. É preciso que o agente tenha ofendido algum direito da vítima, provocando-lhe prejuízo. São reparáveis, destarte, os danos causados à integridade física ou moral da pessoa, a destruição total ou parcial de bens, os lucros cessantes, entre outros.⁸

É importante lembrar que, nos termos do artigo 186 do Código Civil Brasileiro “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.⁹

Neste norte, considerando a natureza contratual da relação trabalhista, considerando também o significativo desequilíbrio entre empregador e empregado, considerando ainda o engessamento do empregado – decorrente do cumprimento fiel da cláusula especial de exclusividade –, tendo em vista que em caso de descumprimento o empregado terá seu contrato de trabalho rescindido por justa causa, faz-se necessário uma análise da possibilidade de aplicação de multa proporcional pelo dano sofrido.

Com base no exposto, apresenta-se a seguinte delimitação temática de pesquisa: Cláusula especial de exclusividade nos contratos de trabalho: da possibilidade de aplicação de multa proporcional.

Para corroborar com a natureza do tema proposto e motivar a investigação lançam-se primeiramente algumas indagações, como: de que forma se dá a aplicação subsidiária da norma civil ao ordenamento justralhista? O que é a cláusula especial de exclusividade e de que forma sua aplicação causa lesão ao empregado? Quais os parâmetros utilizados para a responsabilização do empregador?

⁸ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil v.7: Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 79. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968724>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

⁹ BRASIL..**Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.

Destacadas as indagações e com o fim de tornar preciso o problema da pesquisa, estabelece-se como pergunta central: **É possível aplicação de multa ao empregador que firma cláusula especial de exclusividade com o empregado, vindo este a sofrer danos com a perda de uma oferta séria de trabalho complementar à sua renda?**

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 Objetivo geral

Analisar a possibilidade de aplicação de multa proporcional nos contratos de trabalho com cláusula especial de exclusividade, em decorrência dos danos causados pela limitação do direito ao livre labor.

1.2.2 Objetivos específicos

1 - Investigar a aplicabilidade de multa proporcional nos contratos de trabalho com cláusula de exclusividade em razão da limitação do direito ao livre trabalho;

2 - Demonstrar os prejuízos causados ao trabalhador com a inserção da cláusula especial de exclusividade nos contratos de trabalho;

3 - Interpretar a aplicação da teoria responsabilidade civil nas relações trabalhistas em que o empregado deixa de obter resultados decorrentes da cláusula especial de exclusividade;

4 - Identificar os parâmetros para a aplicação da multa proporcional nos contratos com cláusula especial de exclusividade.

1.3 JUSTIFICATIVA

A natureza negocial da relação empregatícia, apesar de ser tema constante de discussões entre os juristas, encontra-se consolidada na doutrina trabalhista majoritária, o que, todavia, não quer dizer que seu estudo encontra-se engessado, pelo contrário, sua natureza exige constantes transformações, uma vez que as relações trabalhistas alinham-se às transformações sociais.

Em que pese as transformações trabalhistas serem constantemente estudadas, o tema hora abordado muito pouco foi explorado e necessita de progresso no ordenamento justralhista, uma vez que no campo legislativo o Brasil ainda encontra dificuldade em adequar-se a realidade das relações contratuais trabalhistas, especialmente no que diz respeito às cláusulas de não concorrência, utilizadas pelos empregadores como forma de limitação do livre labor e garantia dos interesses empresariais do empregador.

Segundo Barros:

A inserção das cláusulas de não concorrência nos contratos de trabalho é polêmica, pois se de um lado ela é necessária para à proteção dos legítimos interesses da empresa, “numa época em que o capital intelectual importa mais do que o segredo de fabricação”, dada a intensa concorrência a que são submetidas as empresas, de outro lado ela poderá infringir a liberdade de trabalho, ofício ou profissão assegurada em preceito constitucional.¹⁰

Torna-se pertinente, portanto, trazer para o centro das discussões a possibilidade de aplicação de multa proporcional nos contratos de trabalho com cláusula especial de exclusividade e mostrar a forma com que a limitação do direito do livre trabalho pode impactar a vida patrimonial do trabalhador. Assim, o estudo do tema pode ser um passo decisivo na modernização da Consolidação das Leis do Trabalho, no que diz respeito a este novo instituto criado pelos empregadores.

Durante a análise do tema, será possível discutir a relação direta da atividade de risco exercida pelo empregador com a grave perda patrimonial do trabalhador, o que, se comprovado, poderá gerar reflexos significativos na norma trabalhista. Isso porque, com a caracterização do dano, o empregador deverá arcar com as possíveis indenizações derivadas de sua excessiva rigorosidade na limitação ao direito constitucional do livre trabalho.

Desse modo, tendo em vista o desequilíbrio nas relações contratuais trabalhistas e a natureza protecionista do Direito Trabalhista, resulta relevante a busca pelo equilíbrio contratual e a responsabilização do empregador em decorrência de danos causado pela limitação do livre exercício laboral.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr80, 2016. Atual. por: Jessé Claudio Franco de Alencar. p. 169.

Para a produção deste trabalho monográfico foi utilizado o método de abordagem dedutivo que, na visão de Matias-Pereira “tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas”, utilizando-se para tanto uma sequência de raciocínio que parte da análise do geral para o particular afim de se chegar à uma conclusão.¹¹

Desta forma, a primeira análise realizada diz respeito à essência dos contratos de trabalho nos termos da Consolidação das Leis Trabalhistas em sua ampla acepção, para se chegar às peculiaridades das suas cláusulas, em especial a cláusula de exclusividade.

A pesquisa terá nível exploratório, que proporcionará um aprofundamento do tema proposto e perseguirá o esclarecimento da situação problema, no que diz respeito à possibilidade da aplicação de multa nos contratos de trabalho com cláusula de exclusividade, ou seja, com essa modalidade de estudo “busca-se descobrir se existe ou não um fenômeno”.¹²

O objeto de estudo do presente trabalho de conclusão de curso é relativamente novo e pouco explorado pelo direito trabalhista brasileiro, o que torna essencial “desencadear um processo de investigação que identifique a natureza do fenômeno e aponte as características essenciais das variáveis que se quer estudar”.¹³

Quanto a abordagem do tema proposto, esta será realizada com uma abordagem qualitativa, tendo em vista o objetivo de interpretação do fenômeno da cláusula de exclusividade nas relações empregatícias.

A coleta de dados do presente trabalho foi efetuada por meio de pesquisas bibliográficas e documentais, uma vez que se utilizou fontes primárias e secundárias do campo jurtrabalhista, com o fim de se conhecer as principais contribuições teóricas e legislativas sobre o tema¹⁴

De fato, para a realização do presente trabalho monográfico, utilizou-se leis, livros físicos e eletrônicos, artigos, manuais, jurisprudências de tribunais, etc., material essencial para agregar bom aporte fático e doutrinário na análise do tema proposto.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

¹¹ PEREIRA, José Matias. **Manual de Metodologia de Pesquisa Científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 49. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/cfi/6/10!/4/12/2@0:12.8>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

¹² Ibid., p. 67.

¹³ HEERDT, Mauri Luiz; LEONEL, Vilson. **Metodologia da pesquisa**. 5. ed. Palhoça, 2007. rev. p. 65 Disponível em: <http://pergamum.unisul.br/pergamum/pdf/88820_Mauri.pdf>. Acesso em: 4 set. 2017.

¹⁴ Ibid. p. 69/78.

A presente pesquisa divide-se em 3 (três) capítulos. O primeiro capítulo tratará sobre os aspectos gerais do contrato de trabalho, sua função social, sua origem, seu conceito, suas espécies e seus prazos, bem como abordará o princípio da livre iniciativa e seus reflexos nas cláusulas de não concorrência no contrato de trabalho, com ênfase na cláusula de exclusividade.

No segundo capítulo abordaremos a aplicabilidade do Código Civil Brasileiro como fonte subsidiária no Direito do Trabalho, a responsabilidade civil em *lato sensu* como caracterizadora da obrigação de indenizar e os fundamentos da responsabilidade civil do empregador.

Posteriormente, no terceiro capítulo, será explanado o dano causado ao empregado pela restrição excessiva do seu direito do livre labor a inserção da cláusula de exclusividade no contrato de trabalho, bem como a responsabilização objetiva do empregador fundada na teoria do risco e a possibilidade de aplicação de multa proporcional ao agente lesado.

2 CONTRATO DE TRABALHO

Tomando por instrumento de estudo o acervo doutrinário e legislativo do universo trabalhista, o presente capítulo apresentará os aspectos gerais e específicos do contrato de trabalho, de modo a evidenciar suas particularidades e abordar os principais entendimentos doutrinários acerca do tema.

2.1 ORIGEM

Em uma sociedade viva, que passa por constantes transformações na esfera trabalhista, analisar a história do contrato laboral é uma tarefa árdua, uma vez que se trata de uma espécie contratual quase tão antiga quanto a humanidade. No entanto, sua análise é necessária para a compreensão da relação existente entre empregado e empregador, foco central do presente trabalho monográfico.

Nesse interim, importante ressaltar que o contrato não é uma criação do direito e sim um fenômeno econômico que o direito impõe certos condicionamentos e limites em razão da vida em sociedade. Levando-se em consideração a natureza negocial do contrato, onde a iniciativa pessoal e a liberdade individual são a razão de ser deste fenômeno, aplicar qualquer norma impeditiva à sua realização seria anormal.¹⁵

No Brasil, ainda no período da escravatura¹⁶, a Lei de 11 de outubro de 1837 denominava a prestação de serviços pelo homem como locação de serviços. O termo contrato de trabalho só teve surgimento em 1935 – anos após o período escravocrata – com a promulgação da Lei n. 62 de 5 de junho, que tratava da rescisão do pacto laboral.¹⁷

¹⁵ JUNIOR, Humberto Theodoro. **O Contrato e sua Função Social**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5653-0/cfi/6/44!/4/4/2/2/2@0:100>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

¹⁶ Na Antiguidade, o trabalho, em grande parte, era executado por escravos cuja condição não era a de pessoa, mas a de coisa. Havia, na época, grande desestima pelo trabalho, considerado aviltante pelos gregos, um verdadeiro castigo dos deuses. O pensamento humano não compreendera, ainda, o verdadeiro sentido do trabalho, como motor que propulsiona o desenvolvimento das civilizações. Diante dessa situação social, as relações trabalhistas não se prestavam a um tratamento jurídico do tipo contratual, nem permitiam um relacionamento de mútuos deveres e direitos. Só existiam direitos para uns, os proprietários dos escravos, e deveres para os outros, os escravizados. A ilimitação de poderes dos primeiros sobre os segundos, portanto, era a característica desse período histórico (NASCIMENTO, 2014, p. 899).

¹⁷ NASCIMENTO, 2014 p. 905.

Quanto a este tema, Delgado provoca uma análise construtiva da trajetória histórica do contrato de trabalho, fazendo uma comparação entre a relação contratual trabalhista atual e pretérita. Vejamos:

A relevância assumida pela noção e prática do contrato, nos últimos séculos, deriva da circunstância de as relações interindividuais e sociais contemporâneas – à diferença dos períodos históricos anteriores – vincularem *seres juridicamente livres*, isto é, seres desprendidos de relações institucionalizadas de posse, domínio ou qualquer vinculação extravolitiva a outrem (como próprio da escravidão ou servidão). Ainda que se saiba que tal liberdade muitas vezes tem dimensão extremamente volátil ou enganosa [...], o fato é que a os sujeitos comparecem à celebração dos atos jurídicos centrais da sociedade atual como seres teoricamente livres. Nesse quadro, apenas o contrato emergiu como instrumento jurídico hábil a incorporar esse padrão específico de relacionamento entre os indivíduos, à medida que essencialmente o contrato é que se destacava como veículo jurídico de potenciamento ao exercício privado da liberdade e da vontade.¹⁸

Destarte, após o período da escravatura e o surgimento de uma nova sociedade – livre e baseada no trabalho humano despojado de correntes, Lisboa nos apresenta um novo modelo de sociedade oriundo do período pós Primeira Guerra Mundial, na qual a necessidade de reconstruir os países atingidos “resultou no reconhecimento de que certas atividades de trabalho tinham importância essencial para a nação”. Destaca, ainda, que em decorrência disso o contrato de trabalho se tornou público e então foram criadas as convenções coletivas e as negociações diretas entre o sindicato dos operários e o patronato.¹⁹

Logo, resulta que as relações laborais possuem uma larga linha histórica, uma vez que se trata de uma atividade inerente à vida humana – ainda que não seja de forma remunerada, de maneira que, com a sua evolução, os estudiosos da área vivenciaram a gradativa transformação do pacto que constantemente era realizado entre empregadores e empregados.

2.2 CONCEITO DE CONTRATO DE TRABALHO

O conceito legal de contrato de trabalho encontra-se grafado no artigo 442 da Consolidação das Leis Trabalhistas, o qual estabelece que “o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.²⁰

O conceito legal foi instituído pelo legislador no ano de 1943, durante a concepção do mais importante instrumento de defesa das relações laborais do Brasil, a Consolidação das

¹⁸ DELGADO, 2017. p. 573.

¹⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 83. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502184411>>. Acesso em 11 nov. 2017.

²⁰ BRASIL, 1943.

Leis do Trabalho. No entanto, no campo doutrinário, esta definição tem recebido fortes críticas, pois “reverenciou, a um só tempo, tanto a noção de contrato (teoria contratualista) como a noção de relação de emprego (teorias da relação de trabalho e institucionalista)”.²¹

Em verdade, Maranhão, citado por Delgado, afirma que:

O texto da CLT não observa, como se nota, a melhor técnica de construção de definições: em primeiro lugar, não desvela os elementos integrantes do contrato empregatício; em segundo lugar, estabelece uma relação incorreta entre seus termos (é que em vez de o contrato *corresponder* à relação de emprego, na verdade ele propicia o surgimento daquela relação); finalmente, em terceiro lugar, o referido enunciado legal produz um verdadeiro círculo vicioso de afirmações (contrato/relação de emprego, relação de emprego/contrato).²²

Contrato é muito mais que um documento escrito, é um instrumento dotado de autonomia da vontade, pois nos contratos de trabalho há o comprometimento da própria pessoa do trabalhador com um fazer – para outro – que a insere como pessoa no próprio objeto do contrato, o que o diferencia dos contratos do direito comum.²³

Carrion não compartilha do mesmo entendimento, para o estudioso o conceito utilizado pelo legislador não merecia ser tão criticado. Em verdade, Carrion acredita que:

A expressão legal permite identificar de que *acordo* de vontade se trata: aquele que tem por conteúdo, ou elemento objetivo, a relação de emprego, a que se estabelece entre o empregado e o empregador, como conceituados no início da Consolidação, nos arts. 2º e 3º. A tolerância para com aquele conceito em nada se modifica pelo fato de que o direito positivo considere contrato não só o pacto expresso como o tácito (tal como acontece em outros contratos), nem a circunstância de que do contrato de trabalho nulo ou contrário à ordem pública se derivem efeitos, em face da proteção do trabalho, que é o que pretende a tão social, mas tão pouco jurídica teoria institucionalista.²⁴

Nesse norte, após essa sucinta explanação de conflitos argumentativos em relação ao conceito legal de contrato de trabalho, passemos à exposição do conceito doutrinário adotado pelo ordenamento jurídico, o qual usualmente estrutura-se pelos elementos caracterizadores do conceito de empregado.

É o que se extrai do conceito idealizado por Barros, vejamos:

²¹ DELGADO, 2017. p. 575.

²² MARANHÃO, 1986, p. 35 apud DELGADO, loc. cit.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 366-367. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139947/cfi/550!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

²⁴ CARRION, Valentin. **CLT: Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas: legislação complementar: jurisprudência**. 40. ed. ver. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 350.

Contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica. Sua nota típica é a subordinação jurídica. É ela que irá distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhe são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo.²⁵

Delgado reafirma o conceito apresentado e apresenta o contrato de trabalho como “o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante uma pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços”.²⁶

No mesmo sentido Martinez:

Contrato de emprego é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (o empregado) obriga-se, de modo pessoal e intransferível, mediante o pagamento de uma contraprestação (remuneração), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), que assume os riscos da atividade desenvolvida e que subordina juridicamente o prestador.²⁷

Encontramos ainda na doutrina, fortes observações de que contrato de trabalho é um termo que se perpetuou no tempo, mas que destoa da realidade fática, uma vez que a Consolidação das Leis do Trabalho rege a relação de emprego, sendo esta uma espécie da relação de trabalho.

De fato, o autor Martins afirma que o termo mais correto a ser utilizado deveria ser contrato de emprego, “porque não será tratada da relação de qualquer trabalhador, mas do pacto entre o empregador e o empregado, do trabalho subordinado”²⁸. Afirma ainda que:

Relação de trabalho é o gênero, que compreende o trabalho autônomo, eventual, avulso, etc. relação de emprego trata do trabalho subordinado do empregado em relação ao empregador.
ACLT disciplina a relação de empregados. A Justiça do Trabalho, de modo geral, julga questões de empregados.
Contrato de trabalho é gênero, e compreende o contrato de emprego.²⁹

²⁵ BARROS, 2016, p. 157.

²⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Ltr80, 2013. p. 504.

²⁷ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 169. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502638518/cfi/169!/4/4@0.00:27.7>>. Acesso em: 28 set. 2017.

²⁸ MARTINS, 2017, p. 159.

²⁹ MARTINS, 2017, p. 160.

Desse modo, é possível perceber que o conceito legal de contrato de trabalho, apesar de muito criticado, não é um quebra cabeça difícil de ser interpretado, de maneira que, a própria doutrina trabalhista é capaz de sanar qualquer equívoco cometido pelo legislador ao conceber o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho.

2.3 SUJEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO

Como toda relação negocial, os contratos de emprego caracterizam-se pela existência de sujeitos na relação contratual. No contrato de emprego, independentemente de sua especificidade, sempre encontraremos o empregado e o empregador, sendo a presente regra aplicável tanto aos contratos comuns de tempo pleno, como aos contratos especiais de trabalho.³⁰

2.3.1 Empregador

Inicialmente trataremos do sujeito da relação empregatícia denominado pela Consolidação das Leis Trabalhistas como empregador, a quem o Códex trabalhista deu a prerrogativa de pessoa tomadora de serviços.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 2º, definiu empregador como “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”, bem como, equiparou aos empregadores, “os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.”³¹

O que se verifica novamente na doutrina é a crítica ao método adotado pelo legislador para traçar os conceitos legais da Consolidação das Leis do Trabalho, aliás nota-se que vários dispositivos da mais importante norma trabalhista apresentam conceituação defasada.

Assim, Resende apresenta dois posicionamentos doutrinário em relação ao tema: a primeira corrente critica o conceito, “por considerar que o empregador é a empresa, e não a

³⁰ NASCIMENTO, 2014, p. 665.

³¹ BRASIL, 1943.

pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado; em segundo lugar, por considerar *equiparados a empregador* outras pessoas que, na verdade, são autênticos empregadores”. (grifo do autor)³²

De modo diverso, o doutrinador explica que a segunda corrente defende a definição dada ao artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho e a consideram como orientação doutrinária para o legislador que acaba por reforçar a ideia de despersonalização do empregador, que consequentemente amplia a proteção do empregado. Destaca ainda que:

Para esta corrente, o legislador quis destacar, quanto ao aspecto subjetivo do contrato de emprego, a empresa (como empreendimento) em detrimento da pessoa do tomador dos serviços (quem contrata), ideia esta que serviria de base inclusive para a teoria da sucessão de empregadores.³³

Sobre o tema, Barros define empregador como “a pessoa física, jurídica ou o ente que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, assumindo os riscos do empreendimento econômico”.³⁴

No mesmo sentido Martinez:

No contexto do contrato de emprego, o empregador aparece como sujeito concedente da oportunidade de trabalho. Ele pode materializar a forma de pessoa física, de pessoa jurídica (entes políticos, associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos) ou até de ente despersonalizado, excepcionalmente autorizado a contratar (condomínios, massa falida, espólio, família, etc.). em qualquer circunstância, porém, o empregador assumirá os riscos da atividade desenvolvida e orientará o modo de execução das tarefas de que será destinatário. Como contrapartida pela execução dessas tarefas, o empregador oferecerá uma retribuição pecuniária intitulada salário, aqui identificado em sentido amplo.³⁵

Destaco aqui o entendimento do autor no sentido de que o conceito apresentado possui dois elementos que são de extrema importância na hora de identificar o empregador perante o Direito do Trabalho, a despersonalização e a assunção dos riscos da atividade desenvolvida [princípio da alteridade].³⁶

Martinez infere que a despersonalização:

Consiste na desvinculação entre a empresa e as pessoas que a constituíram ou que a administraram. Estas podem sair do empreendimento ou até desaparecer, mas a

³² RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. rev., atual. e ampl. p. 181. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971502/cfi/6/10!/4/10/2@0:13.4>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

³³ Ibid., p. 182.

³⁴ BARROS, 2016, p. 249.

³⁵ MARTINEZ, 2016, p. 255.

³⁶ Ibid., p. 257.

empresa, por conta da mencionada despersonalização, continuará a existir e a seguir seus propósitos. Há empresas centenárias que, apesar dos muitos anos de existência sob gestões diferentes, continuam sólidas, independentemente das pessoas que por elas passaram.³⁷

Ainda, sobre o princípio da alteridade, afirma que:

Arriscar é, sem dúvida, uma ação que pode produzir vantagens ou prejuízos. Nesses termos, se o empregado não é destinatário dos proveitos advindos de uma bem-sucedida aposta empresarial, também não poderá sê-lo das desventuras daí decorrentes. Por essa razão o artigo 2o da CLT tratou de atribuir ao empregador o caractere ora estudado, deixando claro que ele tem o comando do empreendimento e que, justamente por isso, assume ‘os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços’.³⁸

Ante todo o exposto, é possível perceber que apesar da retrógrada a conceituação legal contida no texto do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, a doutrina tratou de pacificar o conceito de empregador e logrou êxito em dirimir qualquer dúvida que o legislador tenha deixado em aberto.

2.3.2 Empregado

Na outra ponta temos o empregado, que nos termos do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho é toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.³⁹

Assim como no tópico anterior, a conceituação de empregado no Códex Trabalhista também recebe fortes críticas pela doutrina laboral, tanto que Nascimento afirma que:

Os dispositivos merecem ser modernizados porque foram elaborados para determinado tipo de processo produtivo e de relação de emprego do operário da fábrica, enquanto na sociedade industrial as situações que todo dia aparecem para julgamento da Justiça do Trabalho, nas quais se procura enquadrar o vínculo jurídico num modelo contratual, são as mais variadas e inovadoras.⁴⁰

Do mesmo modo, Resende compreende que o conceito apresentado no texto legal é incompleto e necessita do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho para estar

³⁷ MARTINEZ, 2016, p. 258.

³⁸ MARTINEZ, loc. cit.

³⁹ BRASIL, 1943.

⁴⁰ NASCIMENTO, 2014, p. 666.

inteiramente estruturado, pois somente este dispositivo revela os requisitos da alteridade, da pessoalidade e ainda completa a ideia de subordinação jurídica.⁴¹

Em que pese a limitação do texto legal, a doutrina e a jurisprudência durante anos vêm suprindo o déficit constante na legislação – que se tornou antiquada para sua aplicação. Por conseguinte, passaremos a relacionar os diversos entendimentos colhidos pela doutrina.

Oportunamente, Resende afirma que “empregado é a pessoa física (pessoa natural) que presta serviços a outrem, serviços estes caracterizados pela pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação e alteridade”.⁴²

É preciso ressaltar que, apesar da constante utilização da expressão trabalhador nos conceitos legais expostos na Consolidação das Leis do Trabalho, empregado não pode ser confundido com trabalhador, isso porque aquele é uma espécie deste.

É possível constatar que o conceito de empregado se liga de forma explícita aos requisitos do contrato de emprego e diferencia-se sobremaneira do conceito geral de trabalhador. Senão, vejamos o entendimento do jurista Martins:

Se o prestador de serviço é pessoa física, trabalha com continuidade, subordinação, pessoalmente e recebe um valor pela prestação de serviço, é empregado. Está sujeito, portanto, às leis trabalhistas.
Ao contrário, se de fato o trabalhador presta serviço por meio de sua empresa, inclusive para outras empresas, sem subordinação, não será considerado empregado.⁴³

A parte final do trecho extraído da obra de Martins revela uma das espécies do termo trabalhador em sentido *lato*, pois descreve uma relação laboral regida pelas leis civil e não trabalhista, o que apenas reafirma a importância da utilização da terminologia correta, qual seja empregado.

Trilhando o mesmo caminho dos demais doutrinadores, encontramos Delgado, que corrobora a ideia apresentada por Resende e conceitua empregado como “a pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação”.⁴⁴

Não distante disso, colhemos a convicção de Gustavo Barbosa Garcia, que em sua obra expõe que “o empregado é sempre uma pessoa física ou natural, que presta serviços com

⁴¹ RESENDE, 2016, p. 102.

⁴² RESENDE, loc. cit.

⁴³ MARTINS, 2017, p. 236.

⁴⁴ DELGADO, 2017, p. 392.

subordinação (‘dependência’), não eventualidade, onerosidade (prestação de serviço ‘mediante salário’) e pessoalidade”.⁴⁵

Nesses termos, constata-se que empregado é uma espécie de trabalhador que presta serviços de maneira pessoal, subordinada, permanente e onerosa nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho.

2.4 MODALIDADES DE CONTRATO DE TRABALHO

Definido as características dos sujeitos da relação de emprego, neste subitem nos desvelaremos sobre as principais modalidades do contrato de trabalho, tema bastante abrangente na doutrina trabalhista, que de modo geral o classifica quanto à sua forma, verbal, escrita ou tácita – que se liga essencialmente à vontade das partes – e quanto ao seu tempo de duração, por tempo determinado e por tempo indeterminado.

O contrato de trabalho que viabiliza a concretização da relação jurídica empregatícia tipificada pelos arts. 2º e 3º da CLT, assume modalidade distintas, segundo o aspecto enfocado em face do universo de pacos laborais existentes. Diversas tipologias de contratos empregatícios podem ser construídas, elegendo-se para cada uma delas um tópico de comparação e diferenciação entre eles.⁴⁶

O autor trata o tema de forma construtiva e nos mostra a real importância do contrato de trabalho para a caracterização da relação de emprego constante na Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, passamos a estudar as modalidades do contrato de emprego, também usualmente denominado como contrato de trabalho.

2.4.1 Quanto à sua forma:

A legislação justralhista não adota nenhuma forma em especial para a realização do contrato de trabalho, podendo a relação empregatícia estabelecer-se de diversos modos. As formas adotadas pela Consolidação das Leis do Trabalho encontram-se expressas nos artigos 442, *caput* e 443, sendo elas a forma verbal, a forma escrita e forma tácita.

⁴⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 9. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 120. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972219/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acessado em: 02 out. 2017.

⁴⁶ DELGADO, 2017, p. 528.

2.4.1.1 Verbal

Em princípio, cabe tratar da forma verbal de pactuação da relação empregatícia, pois esta, por diversas vezes, torna-se o meio pelo qual as demais formas contratuais trabalhistas serão constituídas. Por certo, Martins afirma que “qualquer contrato pode ser feito verbalmente, bastando haver o ajuste entre as partes”.⁴⁷

Parte da doutrina brasileira entende que a forma verbal de contrato de trabalho é uma ramificação da manifestação expressa de vontade das partes da relação laboral. Para Delgado, a relação de emprego pactuada de forma verbal é “uma revelação explícita, pela qual as partes estipulam o conteúdo básico de seus direitos e obrigações recíprocas – ou ao menos o conteúdo que não seja automaticamente derivado da legislação imperativa”.⁴⁸

Em consonância com as orientações do autor, encontra-se os pensamentos do advogado Nascimento, que, ademais, esclarece que a declaração de vontade manifestada oralmente, poderá ser realizada diretamente entre as partes ou por meio de terceiros representantes.⁴⁹

O autor nos faz compreender, ainda, que nesta modalidade de contrato de emprego basta o ajuste simples entre as partes, sem que para isso seja preciso a combinação de qualquer detalhe. Devendo, no entanto, estarem cientes de que as garantias mínimas do trabalhador estarão intrínsecas na relação aí constituída.⁵⁰

Nascimento, por sua vez, define que o contrato expresso em sua forma verbal acontece:

Quando entre empregado e empregador há simples troca oral de palavras sobre alguns aspectos e que, por se tratar de acordo de vontades, produzirá efeitos jurídicos, obrigando reciprocamente os interlocutores. [...] se há mera relação de emprego sem nenhuma documentação, os efeitos jurídicos são equiparados aos do contrato.⁵¹

O consentimento nos contratos trabalhistas tornou-se uma característica tão forte ao longo dos anos, que é capaz de transpassar as formalidades previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas e tornar-se hábil para sobrepor as exigências de contratos escritos nos casos em que a lei expressamente requereu. Assim nos demonstra Cassar:

Mesmo quando exigida a forma escrita, se o pacto for verbal e de fato houver a prestação de serviços, na forma dos arts. 2º e 3º da CLT, via de regra, o vínculo deve

⁴⁷ MARTINS, 2017, p. 189.

⁴⁸ Delgado, 2013, p. 528.

⁴⁹ NASCIMENTO, 2014, p. 911.

⁵⁰ NASCIMENTO, loc. cit.

⁵¹ NASCIMENTO, 2014, p. 741.

ser reconhecido e validado, porque o requisito (normalmente) é para proteger o trabalhador, e não prejudicar terceiros. Por isso, podemos afirmar que a ausência da forma escrita não acarreta, como regra geral, a nulidade do contrato de trabalho, quando muito, nula será a cláusula que submetia referido contrato à lei especial.⁵²

Desse modo, firma-se a ideia de que a relação de trabalho em geral será pactuada de forma verbal, devendo o empregador apenas atentar-se aos direitos básicos do empregado, aqueles que são inerentes da relação laboral e provêm da legislação. Semelhante afirmação encontra respaldo no próprio Códex Trabalhista, que garante em seu artigo 9º que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos ali contidos.

2.4.1.2 Escrito

Após o exame da regra geral da forma dos contratos de trabalho, passa-se à análise dos posicionamentos doutrinários e legislativos sobre os contrato de trabalho em sua forma escrita.

Inicialmente, cumpre salientar que sua aplicação é uma exceção no ordenamento justralhista, isso porque, como visto anteriormente, os contratos de trabalho possuem característica essencialmente consensual, ou seja, para a sua formação não é necessário qualquer forma solene para determinar a relação empregatícia.

Delgado garante que:

O ajuste contratual trabalhista pode firmar-se mediante duas modalidades de expressão (ou revelação) da vontade das partes. A primeira, concernente à uma revelação explícita, pela qual as partes estipulam o conteúdo básicos de seus direitos e obrigações recíprocas – ou ao menos o conteúdo que não seja automaticamente derivado da legislação imperativa [...]. Trata-se dos *contratos expressos*.⁵³

Martins afirma categoricamente que “devem constar por escrito os contratos de trabalho quando o exigir uma disposição legal”, de modo que é correto afirmar que a formalidade é, sem sombra de dúvidas, dispensável à caracterização da relação laboral e só será seguida quando o Códex Trabalhista assim o exigir.

Nesta mesma trilha encontram-se os ensinamentos de Resende, o qual trata de nos alertar que:

⁵² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6499-3/cfi/6/58!4/406/4/2@0:0€>>. Acesso em: 06.11.2017.

⁵³ DELGADO, 2017. p. 528.

Sempre é bom lembrar que a informalidade na pactuação do contrato de trabalho é a regra geral, a qual, entretanto, comporta exceções, como, por exemplo, no caso do trabalho temporário, do contrato de atleta profissional de futebol, do contrato de aprendizagem, entre outros, para os quais a lei exige a forma escrita como requisito da substância do ato.⁵⁴

Nascimento corrobora o entendimento dos demais autores, no sentido de que os contratos de trabalho na forma escrita são exceções no ordenamento justralhista e, afirma ainda, que a forma escrita dos contratos a prazo obedecem tal preceito para que não reste dúvidas quanto a sua duração.⁵⁵

Ainda que esta forma seja utilizada como exceção normativa, o ordenamento jurídico trabalhista a reconhece como a forma mais segura de constituição da relação entre empregador e empregado, uma vez que sua aplicação evita as fraudes de contratações nas relações trabalhistas.

2.4.1.3 Tácito

Nessa passagem pelos preceitos trabalhistas, encontramos mais uma forma de constituição do vínculo empregatício entre empregador e empregado, qual seja: os contratos estabelecidos de forma tácita, os quais se revestem de um conjunto de atos e omissões por parte dos sujeitos da relação empregatícia.

Assim, iniciamos esta análise embasados nos ensinamentos de Delgado⁵⁶ o qual, de forma didática nos ensina que “pelo ajuste tácito o contrato revela-se em face de um conjunto de atos (e certas omissões) coordenados das partes, indicativos da presença de uma pactuação empregatícia entre elas, sem que exista um instrumento expresse enunciador.

Nascimento também incumbe a efetiva caracterização do contrato de trabalho tácito aos atos e omissões cometidos pelos sujeitos da relação laboral, de forma que seus comportamentos são essenciais para a concretização da relação laboral:

Nesse caso, a manifestação da vontade das partes se faz não mediante declaração expressa, mas implícita no comportamento. Se alguém permite que outrem preste serviços remunerados e subordinados em seu benefício e continuamente, é desnecessária a existência de um documento dizendo que há relação de emprego ou mesmo da comprovação de que houve trato verbal, porque o comportamento de ambos é suficiente para revelar a intenção que os moveu.⁵⁷

⁵⁴ RESENDE, 2016, p. 298.

⁵⁵ NASCIMENTO, 2014, p. 741.

⁵⁶ DELGADO, 2013, p. 528.

⁵⁷ NASCIMENTO, 2014, p. 911.

Nesta mesma senda, Carrion adota o entendimento dos demais juristas e nos recorda dos ensinamentos anteriormente vistos quando afirma que “a simples tolerância de alguém permitindo e usufruindo o trabalho alheio terá os mesmos efeitos jurídicos do pacto expreso, se o esforço humano desenvolvido estiver cercado das mesmas características do contrato de emprego”.⁵⁸

Nessa perspectiva, é importante lembrar que nem todo comportamento proveniente da prestação de serviço poderá configurar a relação laboral de forma tácita, tal liame deve estar constituído de todos os pressupostos caracterizadores da relação empregatícia constante na Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, “é tácito o contrato de trabalho que se forma pela presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego, sem, contudo, que exista uma ação direta dos contratantes no sentido da expressão do pacto”.⁵⁹

Russomano, citado por Martins, afirma que:

O ajuste das disposições contratuais pode ser tácito (artigo 443 da CLT), mesmo que as partes não façam nenhum arranjo claro, inequívoco, nenhum entendimento direto e taxativo. O acordo tácito mostra que o contrato de trabalho pode ser decorrente dos fatos, sem que exista nenhum ajuste entre as partes. Com a continuidade da prestação de serviços, revela-se a vontade, a concordância na pactuação do contrato de trabalho.⁶⁰

É indispensável, porém, compreender que o caráter informal dos contratos tácitos não elimina a importância da documentação dos atos contratuais. Isso porque, tal documentação faz “*prova pré-constituída*”, cumprindo importante papel na aferição futura acerca dos direitos e obrigações contratuais.⁶¹

Em que pese a falta de formalidade da forma tácita de contratação, esta, assim como as demais, não poderá desprezar os direitos que se originam do ordenamento jurídico trabalhista e que estão inerentes na relação empregatícia constituída entre empregador e empregado.

2.4.2 Quanto ao prazo

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 443, classifica o contrato de trabalho em duas modalidades de prazo, o primeiro por prazo indeterminado e o segundo por

⁵⁸CARRION, 2015, p. 442.

⁵⁹ RESENDE, 2016, p. 298.

⁶⁰ RUSSOMANO, 1990, p. 394 apud MARTINS, 2017, p. 190.

⁶¹ DELGADO, 2013, p. 529.

prazo determinado, sendo o primeiro a regra geral do ordenamento justralhista. Tal classificação é importante no estudo dos contratos de trabalho, uma vez que cada um gera diferentes efeitos na relação laboral, como será visto a seguir.

2.4.2.1 Prazo indeterminado

Inicialmente, abordaremos os contratos de trabalho por tempo indeterminado, previstos no artigo 443 da Consolidação das Leis Trabalhistas como uma das formas de contrato de emprego, o qual de forma unânime na doutrina é considerado a regra geral a ser adotada na constituição das relações empregatícias.

Este tipo de contrato caracteriza-se pela indeterminação de termo final para sua vigência, perdurando no tempo até que a relação trabalhista “se desconstitua por meio de uma das suas formas normais de extinção”.⁶²

Os contratos de trabalho regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho regularmente são regidos a prazo indeterminado, para o fim de aferir segurança ao trabalhador. Para Delgado:

*A indeterminação da duração contratual é meio de se conferir concretude ao essencial princípio justralhista da *continuidade da relação de emprego*. A prefixação de um termo final ao contrato conspiraria contra a efetivação, na prática cotidiana do mercado, desse princípio específico do Direito do Trabalho (a relação empregatícia já teria sua morte pré-anunciada). Por essa razão é que as autorizações legais para pactuação de contrato a prazo surgiram como claras exceções no estuário normativo justralhista.*⁶³

O princípio da continuidade da relação de emprego, pois, recomenda que os contratos de emprego sejam celebrados preferencialmente por tempo indeterminado, já que a principal característica do contrato de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro é o contrato de trato sucessivo.

Nesse sentido, o jurista Lisboa demonstra a potencial proteção gerada pela indeterminação de tempo nos contratos que regem a relação trabalhista:

O contrato de prazo indeterminado gera uma gama considerável de direitos ao empregado, garantindo-se-lhe, ao menos teoricamente, uma permanência maior no emprego, de vez que o empregador pode não vir a tomar providências para proceder a uma despedida injustificada, ante os encargos trabalhistas e previdenciários que terá de arcar, muito superiores se comparados com o contrato de experiência.⁶⁴

⁶² NASCIMENTO, 2014, p. 903.

⁶³ DELGADO, 2013, p. 533-534.

⁶⁴ LISBOA, 2012, p. 468.

À vista disso, constata-se que o contrato de trabalho por tempo indeterminado tornou-se a regra geral nos pactos trabalhistas, visto que se trata de contratos que possuem como característica basilar a continuidade e oferecem ao empregado a segurança de um vínculo sem tempo certo de sucumbência.

2.4.2.2 Prazo determinado

De outra banda, extrai-se do artigo 343 da Consolidação das Leis do Trabalho que o contrato de trabalho por prazo determinado é o contrato de trabalho cuja vigência depende de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada⁶⁵

O que se afere da norma trabalhista é que o contratos por prazo determinado sempre terá data inicial e data final, a qual estará pactuada previamente entre as partes da relação laboral.

De fato, o ex-jurista Valentin Carrion, apresenta um excelente delineamento do tema, atestando que na existência do contrato de trabalho por tempo determinado “presume-se que o contrato foi pactuado sem limite de tempo, salvo prova em contrário”⁶⁶. Além disso, aclara que:

‘Por tempo determinado’ é aquele em que as partes preveem um limite à sua duração; esse limite pode ser um dia determinado, a execução de certos trabalhos ou um fato futuro de cujo acontecimento há certeza, e, não se sabendo o dia exato, pode-se antevê-lo com aproximação.⁶⁷

Nessa mesma linha de pensamento, encontramos as instruções de Delgado, que além das confirmações quanto à característica do curto tempo de duração, afirma que o contrato em análise se pauta “segundo normas rigorosas, quer no tocante à sua sucessividade por outro contrato da mesma natureza, quer quanto à prorrogação contratual”.⁶⁸

O autor afirma, ainda, que semelhante rigor ocorre pelo fato de que os contratos com prazo determinados, ao contrário dos demais, produzem repercussões rescisórias mais restritas e que “distinguem-se por não se subordinarem à mesma amplitude de efeitos própria à

⁶⁵ BRASIL, 1943.

⁶⁶ CARRION, 2015, p.356.

⁶⁷ CARRION, loc. cit.

⁶⁸ DELGADO, 2013, p. 537.

interrupção e a suspensão contratuais e às garantias jurídicas de emprego, em contraponto aos contratos de duração indeterminada.⁶⁹

Nessa esteira, torna-se imperativo alertar que a contratação por prazo determinado se trata de uma exceção jurídico trabalhista, tanto que – com o não cumprimento do prazo acordado entre as partes – o contrato passa a vigorar como contrato por prazo indeterminado.

Como bem assegura Martins:

No Direito do Trabalho, a regra é a contratação por tempo indeterminado. O contrato de trabalho é um contrato de prestações sucessivas, de duração. Em razão do princípio da continuidade do contrato de trabalho, presume-se que este perdura no tempo. A exceção é a contratação por prazo determinado. Não cumprido o prazo estabelecido, o contrato passa a ser por prazo indeterminado.⁷⁰

Nesse norte, a legislação trabalhista tratou de delinear de forma expressa os casos em que o contrato de trabalho reger-se-á por tempo determinado, estando todos elencados no §2º, do artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Garcia, em seu Manual de Direito do Trabalho, desvenda as formas de contratação por prazo determinado. Vejamos:

Serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo: trata-se de caso em que o serviço é transitório, como em razão de aumento de produção em épocas festivas; – atividades empresariais de caráter transitório: aqui a própria atividade da empresa reveste-se de transitoriedade, podendo-se exemplificar com empresa constituída somente para realizar certa atividade de duração determinada, como organizar uma excursão para visitar certo evento em determinado local, ou realizar venda de produtos relacionados às festas do mês de junho, encerrando-se a atividade empresarial logo após estes eventos; – contrato de experiência.⁷¹

Desse modo, averigua-se que os contratos de trabalho por termo determinado só poderá ser realizado em casos excepcionais em que a lei determinará sua forma de vigência, em que seu descumprimento acarreta automaticamente sua conversão em contrato por tempo indeterminado.

2.5. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE TRABALHO

⁶⁹ DELGADO, loc. cit.

⁷⁰ MARTINS, 2017, p. 191.

⁷¹ GARCIA, 2016, p. 104.

Partindo da premissa de que o Direito Laboral teve sua gênese no Direito Civil, e que este – simultaneamente com o Direito Constitucional - disciplina a função social dos contratos em geral, julga-se coerente que o contrato de trabalho também possua sua função social no universo jurídico brasileiro.

Verdadeiramente, a função social dos contratos laborais encontra maior resguardo no Direito Constitucional⁷² brasileiro, pois são vários os dispositivos que garantem o direito do pleno emprego ao trabalhador, entre eles podemos citar:

Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]

Artigo 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Artigo 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [e seus incisos].

Artigo 170. 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:
[...] VIII - busca do pleno emprego;

Nesse norte, direcionados pelos preceitos da Carta Magna brasileira, verificamos que a relação laboral possui alicerces constitucionais sólidos que garantem a sua função social no mundo jurídico, isto é, salvaguardam a busca pelo pleno emprego e sua característica de direito fundamental à vida humana.

Ainda no direito comparado, encontramos no Código Civil brasileiro o artigo 422 que, em linhas gerais, institui que a liberdade das contratações atenderá os limites da função social do contrato e em razão dela será exercida.⁷³

Sidou, juridicamente conceitua função como o “complexo de atividades peculiares à consecução de dado objetivo lícito”.⁷⁴

⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 nov. 2017.

⁷³ BRASIL, 1988.

⁷⁴ SIDOU, J. M. Othon. (org.). **Dicionário Jurídico**. 11. ed.. ver. e atual. pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 289. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973056/cfi/6/34!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

Desse modo, como demonstração da efetividade da função social dos contratos na esfera trabalhista, retira-se da obra de Nascimento o seguinte discurso:

Não é por outra razão que nos contratos individuais de trabalho é nulo todo ato destinado a desvirtuar, impedir ou fraudar as disposições da lei (CLT, artigo 9º), nenhum interesse de classe ou particular deve prevalecer sobre o interesse público (CLT, artigo 8º, parágrafo único), as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes em tudo que não contravenha as disposições de proteção ao trabalho (CLT, artigo 444), e nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente esta garantia (CLT, artigo 468).⁷⁵

Instruídos por estes preceitos, deduzimos que, assim como nos contratos civis, os contratos de trabalho também se regem pela boa-fé das partes. Segundo o autor, isso acontece em “decorrência do princípio da eticidade⁷⁶ nos contratos, o que não é reserva do direito civil, mas uma ideia básica comum aos contratos em qualquer setor do direito”.⁷⁷

Theodoro Junior, em seus estudos sobre a função social dos contratos, concluiu que a base desse instituto está alicerçada no princípio da igualdade, o qual atual com o objetivo de superar o individualismo que antes acometia as relações contratuais, de modo que nasça a “ideia de *igualdade* na dignidade social ou na liberdade ‘para todos’”.⁷⁸

Desse modo, findamos os estudos do instituto da função social dos contratos de trabalho inteirados de sua natureza civil e constitucional, tendo como preceito a igualdade, lealdade e boa-fé entre os contraentes e iniciamos o estudo dos princípios básicos inerentes às cláusulas de não concorrência.

2.6 PRINCÍPIOS CORRELATOS À CLÁUSULA ESPECIAL DE EXCLUSIVIDADE

Neste subitem trataremos de alguns princípios básicos do contrato de trabalho inerentes a cláusula de exclusividade – essencialmente considerada uma cláusula de não concorrência –, trataremos, ainda, de princípios constitucionais que norteiam as relações empregatícias, todos necessários para melhor análise da problemática apresentada na presente pesquisa monográfica.

⁷⁵ NASCIMENTO, 2014, p. 597.

⁷⁶ “Segundo este princípio, tanto o empregado quanto o empregador devem agir, em sua relação, pautados pela lealdade e boa-fé” (RESENDE, 2016, p. 295).

⁷⁷ NASCIMENTO, loc. cit.

⁷⁸ JUNIOR, Humberto Theodoro. **O Contrato Social e sua Função**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 44.

2.6.1 Princípio da Proteção

Verificamos em tópicos anteriores que o maior preceito das leis trabalhistas é a proteção do empregado, considerado pelo ordenamento jurídico brasileiro como a parte hipossuficiente da relação empregatícia e merecedor de maior proteção pelo Estado.

Instruídos por esse preceito básico da norma laboral e analisando o artigo 7º, caput, da Constituição Federal, deduzimos que o princípio da proteção é a mais pura aplicação do princípio da igualdade, meio pelo qual o legislador busca equiparar a condição social do empregado a do empregador.

Com efeito, Resende corrobora para o entendimento de que o ramo do Direito do Trabalho tem como objetivo principal “reequilibrar a relação jurídica capital/trabalho (empregador x empregado) mediante o estabelecimento de mecanismos de proteção à parte mais fraca na relação jurídica”.⁷⁹

Delgado afirma que este princípio:

[...] estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro -, visando verificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.⁸⁰

Efetivamente, após análise da doutrina justtrabalhista o que se verifica é que o princípio aqui analisado é essencialmente constituído pelos subprincípios da “norma mais favorável e da condição mais benéfica”^{81, 82} e do “*in dubio pro operario*”^{83, 84}, todos eles criados para oferecer à parte hipossuficiente da relação trabalhista uma estrutura protecionista.

Além do mais, nas relações contratuais em que os sujeitos estão em pé de igualdade, a interferência do Estado consiste em não privilegiar um contratante ou outro. No entanto, na relação trabalhista – em que existe grande dessemelhança de forças e de oportunidade entre os sujeitos da relação contratual – isto não pode acontecer, de forma que o Estado deve criar mecanismos de proteção aos vulneráveis⁸⁵

Pedreira, citado por Martinez, afirma que:

⁷⁹ RESENDE, 2016, p. 25.

⁸⁰ DELGADO, 2017, p. 213.

⁸¹ RESENDE, loc. cit.

⁸² MARTINS, 2017, p. 134-135.

⁸³ RESENDE, loc. cit.

⁸⁴ MARTINS, loc. cit..

⁸⁵ MARTINEZ, 2016, p. 108.

O motivo dessa proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade lhe permite, ou a um organismo que o represente, impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco.⁸⁶

Isto posto, o que se verifica dos ensinamentos colhidos é que o princípio da proteção nasceu do firme propósito do legislador em proporcionar um equilíbrio contratual entre empregador e empregado e evitar a ocorrência de abusos que possam desvirtuar a função social do contrato de trabalho.

2.6.2 Princípio da livre concorrência

Para melhor análise da responsabilidade do empregador nos atos de limitação do livre trabalho com estipulação de cláusula de exclusividade, faz-se necessário a abordagem do princípio da livre concorrência⁸⁷, o qual encontra-se “entre os princípios gerais da ordem econômica”⁸⁸ e assume importante papel no ramo trabalhista.

Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil traz o princípio da livre concorrência consubstancializado no artigo 170, IV⁸⁹, o qual consiste na presunção de que a concorrência não pode ser monopolizada pelos agentes possuidores de grande poder econômico, de forma que estimula a criatividade e a inovação das empresas.⁹⁰

Assim, verifica-se que o presente princípio constitucional persegue o equilíbrio entre os agentes econômicos, de forma que nenhum seja favorecido em detrimento do outro, preceito que também acompanha o Direito do Trabalho.

Em uma comparação entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional, verifica-se que existe grande semelhança entre o princípio da livre concorrência e o princípio da proteção, ao passo que o primeiro busca o equilíbrio nas relações econômicas – existente

⁸⁶ PEDREIRA, 1996, P. 19 apud MARTINEZ, loc. cit.

⁸⁷ Concorrência é disputar, em condições de igualdade, cada espaço com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais. Consiste, no setor econômico, na disputa entre todas as empresas para conseguir maior e melhor espaço no mercado. (TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: MÉTODO. 2011. p. 256. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4775-0/cfi/212!/4/4@0.00:56.2>>. Acesso em: 12 nov. 2017).

⁸⁸ MASSO, Fabiano Del. **Direito Econômico Esquematizado**. 4. ed. São Paulo: MÉTODO. 2016. p. 154. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971816/cfi/6/24!/4/254/2/2@0:0>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

⁸⁹ *In verbis*: Art. 170. 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: [...] **IV – livre concorrência**; (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

⁹⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **O que é livre concorrência**. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

entre empresas que geralmente são agentes empregadores –, o segundo persegue o equilíbrio contratual entre empregador e empregado.

Para Neto:

O princípio possui tanto um teor de garantia (i.e., de limite à ação estatal em relação aos administrados) quanto de diretriz (determinação para prestação positiva do Estado). Quanto à primeira faceta, ela obriga o Estado a garantir um espaço para o desenvolvimento da livre concorrência. Assim, ao Estado é defeso impor regras à iniciativa privada que injustificadamente restrinjam sua liberdade de concorrer no mercado. Já a diretriz constitucional relativa à livre concorrência determina que o Estado deve implementar regras que impeçam a restrição injustificada da livre concorrência por agentes privados (conforme determinado pelo artigo 173, § 4o, da Constituição de 1988), diretriz essa implementada primordialmente pelas Leis n. 12.529/2011 e 8.137/90.⁹¹

Ainda, Bastos, citado por Masso, afirma que:

A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado.⁹²

Como para toda regra há uma exceção, o contrário não poderia ocorrer com o princípio que ora estudamos. Curiosamente, o legislador brasileiro abriu uma exceção a este princípio basilar da ordem econômica e – com o objetivo de favorecer, isto é, igualar as microempresas em detrimento das demais – incorporou ao artigo 170 da norma pátria o trecho do inciso IX.⁹³

Segundo Tavares, esse favorecimento conferido às microempresas evidencia a imprescindibilidade da proteção dos organismos que, em comparação às grandes empresas, possuem condições inferiores de competitividade. Trata-se de uma preocupação do legislador em garantir, de forma justa, a efetiva liberdade de concorrência entre micro e pequenos empresários e grandes empresários.⁹⁴

Ante o exposto, conclui-se que, assim como o princípio da proteção, a livre concorrência também se caracteriza por sua natureza protetiva, de forma que sua aplicação

⁹¹ NETO, Caio Mario Silva Pereira. **Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. 1 ed.. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 27. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620070/cfi/27!/4/4@0.00:9.05>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

⁹² BASTOS, 1990, p. 25-26 apud MASSO, 2016, p. 66.

⁹³ TAVARES, 2011, p. 211.

⁹⁴ TAVARES, loc. cit.

garantirá a igualdade entre os agentes econômicos e perseguirá o equilíbrio da economia nacional.

2.6.4 Princípio da irrenunciabilidade

Preliminarmente, cumpre informar que a irrenunciabilidade é “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”⁹⁵, ou seja, “é ato unilateral da parte, através do qual ela se despoja de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiada pela renúncia”.⁹⁶

Como tratado anteriormente, a norma trabalhista é essencialmente composta por mandamentos protecionistas que tentem a proporcionar ao trabalhador segurança e igualdade diante de uma relação primitivamente desigual, em que o trabalhador é considerado um sujeito frágil e merecedor de especial atenção.

Nesse norte, entende-se que o objetivo primordial desse princípio é evitar que um ordenamento impregnado de normas protetoras, permita que o empregado – presumivelmente pressionado pelo temor de não obter o emprego ou de perde-lo - despoje-se de direitos sem qualquer formalidade.⁹⁷

Nessa lógica, Garcia afirma que:

O princípio da irrenunciabilidade significa não se admitir, em tese, que o empregado renuncie, ou seja, abra mão dos direitos assegurados pelo sistema jurídico trabalhista, cujas normas são, em sua grande maioria, de ordem pública, dotadas de natureza cogente. Sendo assim, as normas que regulam as relações de trabalho não podem ser modificadas livremente pelo empregador, ou seja, não são dispositivas.⁹⁸

Observa-se que a doutrina constantemente nos direciona à percepção de que o empregado normalmente subordina-se aos ditames do empregador no momento da pactuação da relação laboral, visto que este encontra-se em uma situação de desigualdade em relação ao seu empregador, uma vez que necessita do emprego para sua subsistência.

Resende corrobora os fundamentos expostos e afirma que:

⁹⁵ PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. 2. ed. atual. São Paulo: LTr. 2000. p. 142.

⁹⁶ RESENDE, 2016, p. 35.

⁹⁷ BARROS, 2016. p. 126.

⁹⁸ GARCIA, 2016, p. 37.

Este princípio é importante para proteger o empregado que, no mais das vezes, é coagido pelo empregador mediante os mais variados estratagemas, sempre no sentido de renunciar a direitos e, conseqüentemente, reduzir os custos do negócio empresarial. Dessa forma, ao passo que o ordenamento não permite ao empregado dispor destes direitos, acaba por protegê-lo da supremacia do empregador na relação que se estabelece entre ambos.⁹⁹

Nesse sentido, verifica-se que o princípio da irrenunciabilidade de direitos é um mandamento protetivo que impede o empregado de realizar renúncias ou transações de direitos que lhe são essenciais. Em caso de ocorrência, a expressão da renúncia ou transação será considerada nula, visto que viola o preceito geral do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, qual seja, o de impedir que “o vulnerável, sob a miragem do que lhe seria supostamente vantajoso, disponha dos direitos mínimos que à custa de muitas lutas históricas lhe foram assegurados nos termos da lei”.¹⁰⁰

2.6.5 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

Nesta ocasião faremos uma breve análise do princípio da proporcionalidade, também conhecido como o princípio da razoabilidade¹⁰¹, o qual, segundo Lenza, “emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins”¹⁰²

Bonavides interpreta o princípio da proporcionalidade como um princípio vivo, elástico e presente, “que protege o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais”¹⁰³, de modo que sua utilização jurisprudencial se torna cada vez mais imperiosa.

Trata-se de um princípio constitucional não expresso na Carta Magna brasileira, no entanto tornou-se uma “imposição natural”¹⁰⁴ do sistema constitucionalista brasileiro, uma vez que se trata de um instrumento de balanceamento entre conflitos principiológicos.

⁹⁹ RESENDE, 2016, p. 35.

¹⁰⁰ MARTINEZ, 2016, p. 114.

¹⁰¹ É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia: o que não seja arbitrário, ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. (BARROSO, 2014, p. 293).

¹⁰² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2012. p 178. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212087/cfi/178!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 448.

¹⁰⁴ NUNES, Luiz Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. 2010. São Paulo: Saraiva. p. 55. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502135413/cfi/55!/4/4@0.00:32.3>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

No presente trabalho monográfico será analisado a colisão entre o direito constitucional da liberdade de trabalho e o princípio da livre concorrência, sendo o primeiro um direito individual do empregado, com reflexos consideráveis na garantia da ordem econômica e o segundo um princípio da ordem econômica que garante a paridade entre empresas que concorrem entre si.

O que ocorre é que no uso de seu direito à livre concorrência, o empregador utiliza técnicas de restrição ao direito de livre labor do empregado – entre elas a estipulação de cláusula de exclusividade, o que conseqüentemente onera o trabalhador e lhe causa prejuízos patrimoniais, decorrente da perda de ofertas de empregos complementares à sua renda.

Segundo Nunes:

[...] o princípio da proporcionalidade se impõe como instrumento de resolução do aparente conflito de princípios. Quando o interprete se depara com uma circunstância na qual um princípio colide com outro, um dos principais meios de que ele pode se utilizar para solucionar o problema é, xeatamente [sic], o princípio da proporcionalidade — quer ele declare, quer não; quer tenha consciência disso ou não.¹⁰⁵

Com tal interpretação, constata-se que o princípio da proporcionalidade se encontra em uma dimensão subjetiva, pois sua principal função é controlar a discricionariedade legislativa e administrativa, isto é, “trata-se de um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.¹⁰⁶

Em seus estudos, Bonavides encerra sua análise sobre o assunto afirmando que o princípio da proporcionalidade:

É o axioma do Direito Constitucional, corolário [seguimento] da constitucionalidade e cânone [modelo] do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro.¹⁰⁷

Conhecido também como o princípio da razoabilidade, o preceito em pauta ponderará valores constitucionais contrapostos, em especial a colisão de direitos fundamentais

¹⁰⁵ NUNES, loc. cit.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 294. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502228061/cfi/293!/4/2@100:0.00>>. Acesso em 9 nov. 2017.

¹⁰⁷ BONAVIDES, 2012, p. 450.

e estes com os direitos coletivos, ou seja, funcionará “como um critério de ponderação entre proposições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou que entrem em rota de colisão”.

108

Nesse norte, após essa sucinta análise, verifica-se que o princípio da proporcionalidade é um preceito não expresso na Constituição Federal, mas que encontra sua aplicação consolidada na doutrina e na jurisprudência trabalhista, entende-se, pois, que o presente preceito se enquadra na norma global do § 2º do artigo 5º da Carta Magna¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BARROSO, 2014, p. 295.

¹⁰⁹ *In verbis*: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Com o fim de permitir que o mercado se autorregule o direito privado se esforça ao máximo para não intervir no exercício de atos e atividades da iniciativa privada, de forma a preservar sua independência. Desse modo, a interferência se dará apenas em momento posterior, quando da ocorrência de excessivo dano, o qual conseqüentemente implicará a fixação de uma indenização que seja capaz de equilibrar a relação abalada pela lesão sofrida.¹¹⁰

3.1 CÓDIGO CIVIL COMO FONTE SUBSIDIÁRIA DO DIREITO LABORAL

Adequado a priori compreender a função do Direito Civil como fonte subsidiária na aplicação das normas trabalhista, uma vez que o instituto da Responsabilidade Civil provem desse campo do direito privado e oferece auxílio ao Direito do Trabalho.

A aplicação do Código Civil como fonte subsidiária do Direito Trabalhista encontra-se alicerçado pelo parágrafo único do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual determina que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.¹¹¹

Nesse sentido são as orientações do professor Martins, o qual se apresenta cauteloso quanto à aplicação do direito comum no ordenamento justrabalista, o qual deve apresentar-se em simetria com o Direito Trabalhista. Vejamos:

O direito do trabalho utiliza-se, subsidiariamente, do Direito Civil, principalmente da parte de obrigações e contratos previstos no Código Civil, pois o parágrafo único do artigo 8º da CLT determina que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho. As normas do Direito Civil são, portanto, fontes integrativas das lacunas do direito do Trabalho. Para a aplicação subsidiária é preciso que não haja incompatibilidade com o direito do Trabalho e omissão da norma trabalhista.¹¹²

À vista disso, compreende-se que o direito comum será aplicado com prudência ao Direito Trabalhista, sempre e quando este apresentar lacunas insanáveis com a legislação

¹¹⁰ ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 17. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522491759/cfi/4!/4/4@0.00:28.6>>. Acesso em: 23 out. 2017.

¹¹¹ BRASIL, 1943.

¹¹² MARTINS, 2017, p. 80.

laboral, não devendo, portanto, ultrapassar as limitações disponibilizadas e tampouco contrapor as normas pré-existentes no ordenamento jurídico trabalhista.

Independentemente da fragmentação ocorrida no direito trabalhista em relação ao direito civil, este ainda guarda diversos atributos e institutos civilistas, de modo que não é incomum a utilização do instituto da responsabilidade civil às relações entre empregador e empregado.

Na verdade, sua utilização tornou-se corriqueiro no trato laboral como exprime Delgado em seus mais recentes estudos:

Há importantes institutos, regras e princípios do Direito Civil que preservam interesse à área justrabalhista. Ilustrativamente, os critérios de fixação de responsabilidade civil, fundada em culpa, que se aplicam em certas situações de interesse trabalhista (veja-se o caso da responsabilidade do empregador em vista de dano acidentário – artigo 7º, XXVII, CF/88). É claro que avanços verificados no plano civilista podem, sem dúvida, atingir também o ramo juslaboral, se houver a necessária compatibilidade de segmentos jurídicos.¹¹³

Assim sendo, depois de demonstrada a relevância da aplicação das disposições do Código Civil como fonte subsidiária do direito laboral, passaremos à análise do instituto da Responsabilidade Civil e sua efetiva aplicabilidade nas relações entre empregador e empregado.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil está delineada pelos doutrinadores civilistas como um instrumento empregado na análise da existência de um liame entre o agente causador de um dano (seja por ação ou omissão) e o sujeito padecedor, ou seja, trata-se do instituto responsável pela investigação do nexos de causalidade entre o violador do direito que deveria ser preservado e o sujeito conseqüentemente lesado, gerando, por conseqüente, àquele, o dever de indenizar.

Nesse sentido, Neto compreende que a responsabilidade civil “é a **fórmula jurídica** concebida para criar um vínculo entre alguém que viola um direito e outrem a quem se cria um direito decorrente dessa violação, independentemente de declaração de vontade dirigida a esse efeito” (grifo do autor).¹¹⁴

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato ou negócio

¹¹³ DELGADO, 2017, p. 84.

¹¹⁴ NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Isabel. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 837.

danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.¹¹⁵

Naturalmente podemos definir a responsabilidade civil como um direito obrigacional, “pois a obrigação de reparar o dano e tornar, assim, a vítima indene, ou seja, sem dano, é a consequência prática de um descumprimento obrigacional específico ou geral”.¹¹⁶

Gomes nos brinda com uma explanação sucinta e objetiva sobre o instituto, validando a afirmativa de Neto e, ainda, revelando o conflito existente na doutrina quanto a classificação da responsabilidade civil. Vejamos:

A doutrina da responsabilidade civil tem por fim determinar quem é o devedor da obrigação de indenizar quando um dano é produzido. A necessidade dessa determinação decorre do fato de que a obrigação se impõe a quem quer que cause dano a outrem e, também, da circunstância de que nem todos os danos são indenizáveis. É preciso traçar, por conseguinte, o quadro da responsabilidade civil, fixando o critério a ser seguido para saber em que circunstância é devida à reparação do dano.

Na solução desse problema, os civilistas agrupam-se em duas correntes de opinião. De um lado, os partidários da teoria subjetiva da responsabilidade. Do outro, os adeptos da teoria objetiva.¹¹⁷

Nesse sentido, após essa breve reflexão sobre o instituto da responsabilidade civil – instrumento integrante do Direito Civil e amplamente utilizado no ordenamento justicialista –, é interessante realizarmos uma exposição dos tipos de responsabilidade civil, que se subdivide em responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva.

3.2.1 Subjetiva

O Código Civil brasileiro de 2002 instituiu a responsabilidade civil subjetiva como regra geral para determinar a responsabilização do agente causador de dano, sendo excepcional os casos em que a responsabilidade objetiva será utilizada. O presente instituto foi criado com o fim de obrigar o agente danoso a ressarcir os prejuízos causados.

¹¹⁵ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil - Vol. IV: Responsabilidade Civil**. 16 ed. São Paulo: Atlas. 2016. p. 1. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005363/cfi/6/16!/4/4/2@0:49.1>>. Acessado em 8 nov. 2017.

¹¹⁶ FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Coleção OAB Nacional. Primeira fase - Direito Civil, vol. 1**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 180. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502217065/cfi/4!/4/4@0.00:19.3>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

¹¹⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 360. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970536>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Na responsabilidade civil subjetiva, o dever de indenizar nasce quando na conduta do agente estiver presente o elemento do dolo ou da culpa. Nesse sentido, Alvim acrescenta ainda que para haver responsabilização subjetiva é necessário demonstrar “o dano, a culpa, vale dizer, a imprudência, imperícia ou negligência do ofensor, e o nexo de causalidade entre o ato ou atividade e o dano”.¹¹⁸

Nader nos brinda uma ilustração de caso em que a culpa é o elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil e, ainda, explica que a responsabilidade civil subjetiva dependerá das circunstâncias em que se evidenciaram os fatos. Vejamos:

Na responsabilidade subjetiva, regra geral em nosso ordenamento, o dever de reparação pressupõe o dolo ou a culpa do agente. De acordo com esta orientação, se o dano foi provocado exclusivamente por quem sofreu as consequências, incabível o dever de reparação por parte de outrem. Igualmente se decorreu de caso fortuito ou força maior. Se ocorre o desabamento de um prédio, provocando danos morais e materiais aos seus moradores, devido ao erro de cálculo na fundação, a responsabilidade civil ficará patenteada, pois o profissional agiu com imperícia. Se o fato jurídico originou-se de um abalo sísmico, não haverá a obrigação de ressarcimento pelo responsável pela obra. Cabe à vítima a comprovação de todos os requisitos que integram os atos ilícitos, inclusive os danos sofridos.¹¹⁹

Nessa perspectiva, para que a responsabilidade civil subjetiva aflore, não basta que o fato danoso ocorra, é necessário que o ofendido demonstre a culpa ou o dolo do agente na prática da ação ou omissão, pois aqui a prova da culpa é pressuposto necessário para que o dano seja indenizável.¹²⁰

Desse modo, constata-se que no instituto em análise, caberá à vítima comprovar a conduta ilícita do agente e expor a extensão do dano sofrido para que nasça seu direito à reparação civil.

Entretanto, a responsabilidade civil subjetiva tem encontrado dificuldades em manter-se nesse patamar de regra geral, uma vez que se torna cada vez mais difícil para a vítima comprovar a culpa do agente danoso, o que culminou no surgimento da responsabilidade civil objetiva, tema palpitante no ordenamento justarabalista a ser tratado no próximo subitem.

¹¹⁸ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (orgs.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro - Vol. VIII: Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense. 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5719-3/cfi/6/40!/4/2/4@0:62.0>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

¹¹⁹ NADER, 2016, p. 31.

¹²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 48. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636767/cfi/0>>. Acesso em: 27 set. 2017.

3.2.2 Objetiva

De maneira oposta, a responsabilidade civil objetiva ainda é uma exceção no Direito Civil Brasileiro. Em decorrência do seu aspecto culpável – pois nesta modalidade o agente responderá independentemente de sua culpa – suas hipóteses de incidência estarão expressas na legislação.

De fato, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro disciplina os casos em que a o agente causador do dano responderá independentemente de sua culpa. A ver: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.¹²¹

Analisando os preceitos objetivos do dispositivo em comento não nos parece que que o instituto da responsabilidade civil tenha encontrado muitos impedimentos para solidificar-se no ordenamento civilista brasileiro. No entanto, Filho nos demonstra que:

Não foi rápida e nem fácil, entretanto, essa passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Primeiramente, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraindo-a, por vezes, das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes. Evoluiu-se, depois, para a admissão da culpa presumida, na qual, como já visto, há a inversão do ônus da prova. Sem se abandonar a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito próximo ao da teoria objetiva. O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado, cabendo-lhe elidir essa presunção, isto é, provar que não teve culpa, o que, sem dúvida, favorece sobremaneira a posição da vítima. Passou-se, ainda, pela fase em que se ampliou o número de casos de responsabilidade contratual, até que, finalmente, chegou-se à admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos. Provados o dano e o nexo causal, ônus da vítima, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar alguma das causas de exclusão do nexo causal. Não cabe, aqui, qualquer discussão em torno da culpa.¹²²

Nesse sentido, ainda que não superadas as dificuldades, o instituto da responsabilidade civil objetiva tratou de solidificar-se no Direito Civil brasileiro e conseqüentemente passou a tomar forma nos demais ramos do direito, dentre eles o Direito do Trabalho.

Ao introduzir-nos em matéria doutrinária relativas ao assunto, atentemo-nos para os ensinamentos de Figueiredo, que faz uma simples, mas objetiva explanação do tema:

¹²¹ BRASIL, 2002.

¹²² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000764/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 12 nov. 2017 p. 215.

A responsabilidade objetiva é uma situação peculiar e prevista em lei em que o indivíduo deverá ser responsabilizado pelo dano causado, independentemente de sua culpa na consequência danosa. Estas situações estão dispostas no parágrafo único do artigo 927 do CC.

A responsabilidade objetiva decorre de causas legais. São, portanto, hipóteses em que a lei prevê que o agente, independentemente de culpa, responderá pelos danos a que ele mesmo ou outrem deu causa.¹²³

Nesse diapasão, encontramos apoio do jurista Venosa, para afirmar o caráter restritivo da responsabilidade civil objetiva e, não obstante, focar no caráter dinâmico da responsabilidade civil, a qual vem ganhando cada vez mais destaque na jurisprudência em razão das necessidades provenientes da sociedade.¹²⁴

Na responsabilidade civil objetiva uma pessoa é responsável quando for apto a ser penalizado, não precisando para isso ter cometido o ilícito pessoalmente, ou seja, independentemente de o dano ter sido gerado por sua culpa. Isso porque, a responsabilidade objetiva pode se dar de forma direta ou indireta – naquela o ofensor é quem comete o dano e nesta a conduta é realizada por um terceiro, mas está juridicamente ligada ao ofensor.¹²⁵

Gonçalves assevera que:

Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (ubi emolumentum, ibi onus); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo.¹²⁶

Assim, em uma definição mais precisa, todo aquele que desenvolve atividade toma para si os riscos que dela provierem, de modo que, se em consequência da atividade realizada houver dano à outrem, o agente será objetivamente responsável e deverá proporcionar ao ofendido indenização pelos danos causados.

Nessa esteira, tendo em vista que o empregador se enquadra na categoria de autor, que desenvolve atividade de risco (matéria a ser tratada no subitem Responsabilidade civil do empregador), sua ação ou omissão danosa, se comprovada pelo nexos causal, dará motivação à reparação nos termos da teoria da responsabilidade civil objetiva.

¹²³ FIGUEIREDO, 2014, p. 195.

¹²⁴ VENOSA, 2016, p. 17.

¹²⁵ Ibid., p. 6.

¹²⁶ GONÇALVES, 2015, p. 49.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E A TEORIA DO RISCO

Atualmente, a responsabilidade civil do empregador encontra-se substancializada no artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, o qual assenta que se “considera empregador a empresa, individual ou coletiva que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” (grifo nosso), indicando ainda que “equiparam-se a esses os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados”.¹²⁷

Partindo da análise de tais dispositivos celetistas, concebemos o entendimento de que a responsabilização do empregador se dará de forma objetiva, ou seja, sua obrigação de indenizar se dará independentemente do elemento culpa e estará fundada na teoria do risco, de forma que o ofendido deve demonstrar apenas o nexo causal entre o dano e a atividade de risco exercida pelo empregador.

Isso porque, no artigo 927 do Códex Civilista o legislador previu que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Ainda com o fim de instruir as relações trabalhistas, o legislador determina, que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”¹²⁸.

O referido dispositivo causou tamanha polêmica entre os juristas que integrou o rol de enunciados de I Jornada de Direito Civil, realizada pela Justiça Federal com o fim de “aperfeiçoamento da ordem jurídica”¹²⁹, e conseqüentemente pacificar as discussões sobre o assunto.

Extrai-se do enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

Artigo 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do novo Código Civil, configura-se

¹²⁷ BRASIL, 1943.

¹²⁸ BRASIL, 2002.

¹²⁹ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil são uma grande prestação de serviço social, afirma Ruy Rosado**. 2011. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2011/novembro/jornadas-de-direito-civil-sao-uma-grande-prestacao-de-servico-social-afirma-ruy-rosado>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.¹³⁰

Assim que, os preceitos aí esculpido corroboram os entendimentos já expostos e clarifica a ideia de que o empregador, enquanto desenvolvedor de atividade passível de causar riscos ao direito de outrem, deverá ser responsabilizado nos termos da responsabilidade civil, fundada na teoria do risco.

Explanando a matéria, depreende-se dos ensinamentos de Pereira que risco “é o perigo a que está sujeito o objeto de uma relação jurídica de perecer ou deteriorar-se”¹³¹, ou seja, tendo em vista que o objeto jurídico da cláusula de não concorrência é a garantia da guarda do “verdadeiro segredo da atividade empresarial”¹³², o empregador é obrigado a criar mecanismos que impeçam a divulgação de seus métodos sem que, com isso, onere seu empregado.

Venosa compactua com este entendimento e nos brinda com a ideia geral de como a teoria do risco foi criada e como ela será utilizada na responsabilização do empregador. Vejamos:

A teoria do risco aparece na história do Direito, portanto, com base no exercício de uma atividade, dentro da ideia de que quem exerce determinada atividade e tira proveito direto ou indireto dela responde pelos danos que ela causar, independentemente de culpa sua ou de prepostos. O princípio da responsabilidade sem culpa ancora-se em um princípio de equidade: quem auferir os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos. O exercício de uma atividade que possa representar um risco obriga por si só a indenizar os danos causados por ela.¹³³

O autor nos alerta, ainda, que a teoria do risco nasce da necessidade da segurança jurídica, em que a lei dispensa a prova da culpa em razão da situação social em que o empregado se encontra, pois para ele a prova da culpa normalmente é impraticável.¹³⁴

Além disso, a doutrina divide a teoria do risco em cinco categorias, quais sejam: risco proveito, risco profissional, risco excepcional, risco criado e risco integral. Aqui, aquela na qual me desvelarei em comentários será a teoria do risco proveito, essencial para a busca de indenização decorrente da pactuação de cláusula especial de exclusividade nos contratos de trabalho.

¹³⁰ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. ROSADO, Ruy (coord.). 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

¹³¹ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971946/cfi/6/28!/4/22@0:0>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

¹³² NETO, Célio Pereira de Oliveira. **Cláusula de não concorrência no Contrato de Emprego: Efeitos do Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: LTR. 2015. p. 20.

¹³³ VENOSA, 2016, p. 18.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 1105.

Isso porque, a teoria do risco proveito preconiza que “responsável é aquele que tira o proveito, raciocinando que onde está o ganho aí reside o encargo – ubi emolumentum ibi onus.¹³⁵ Em sentido amplo, Savatier, citado por Pereira, afirma que “somente um insensato, [...] realiza atos sem ser guiado por um interesse de cunho pecuniário ou moral”.¹³⁶

Nesse sentido, compreende-se que o empregador, ao firmar cláusula de exclusividade com o empregado o faz com o objetivo de garantir uma concorrência leal entre sua empresa e as demais que exercem o mesmo ramo de sua atividade, a fim de aferir as vantagens do negócio em sua melhor condição.

No entanto, a restrição realizada pelo empregador, transfere ao empregado o ônus da atividade de risco exercida, o que conseqüentemente lhe gerará um dano, visto que este se abstém de pactuar novos contratos de trabalho que lhe trariam melhores condições financeiras.

Sob esse prisma, Filho afirma que a presente teoria compactua a ideia de que o “dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo”, tese que apenas confirma que, ao firmar com o empregado cláusula especial de exclusividade aferindo a vantagem de uma concorrência justa e leal entre empresas, o empregador deverá compensar o trabalhador pelos prejuízos suportados.¹³⁷

Nesse sentido, o autor discorre que:

Quem, com sua atividade ou meios utilizados, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício. Nesse aspecto, cuida-se do denominado risco-proveito. [...] Pode-se pensar nessa denominação para justificar a responsabilidade sem culpa, desde que não se onere a vítima a provar nada mais além do fato danoso e do nexo causal.¹³⁸

Apoiando-se no que até o presente momento foi exposto, percebe-se que a mudança da responsabilidade subjetiva do empregador para a objetiva se deu em decorrência da necessidade de maior proteção da vítima (empregado), uma vez que o agente danoso (empregador) normalmente atua como detentor do poder econômico, restringindo o direito do livre labor e aferindo proveito do dano causado.

3.4 PRESSUPOSTOS DE INDENIZAÇÃO

¹³⁵ PEREIRA. C.M. S, 2016, p. 343.

¹³⁶ SAVATIER, 1939, p. 274 apud Ibid, p. 356.

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 216.

¹³⁸ VENOSA, Sílvio Salvo (Org.). **Código civil interpretado**. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 1105. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522479849/cfi/11511/4/4@0.00:23.8>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

Após a exploração das teorias da responsabilidade civil, essencial para o estudo da responsabilização do empregador pela limitação ao livre labor, passaremos à análise dos elementos que caracterizam a obrigação de indenizar, sem os quais torna-se inviável a reparação civil.

O artigo 186 do Códex Civilista determina que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"¹³⁹, de modo que a doutrina laboral tratou de definir a ação ou omissão, o dolo culpa, o nexo causal e o dano, como elementos essenciais da responsabilização civil.

Assim, passaremos a analisar, doutrinariamente, cada um desses elementos, de forma que seja possível uma melhor compreensão da construção da obrigação de indenizar.

3.4.1 Ato danoso (comissivo ou omissivo)

Aqui trataremos do primeiro elemento caracterizador da responsabilidade civil, qual seja, o ato danoso do agente, pois sem uma ação (comissiva ou omissiva) não é possível a existência de dano.

Na visão de Tartuce, a ação ou omissão trata-se de um elemento subjetivo, isto é, depende de uma conduta humana, positiva ou negativa, culposa ou dolosa (tema a ser tratado em tópico específico), a qual criará direitos. No entanto, devemos ficar alertas no sentido de que a conduta humana praticada deverá ser capaz de gerar uma ilicitude e, conseqüentemente, ser passiva de indenização.¹⁴⁰

Para que o dano se configure é essencial a existência de um ato danoso, por meio de uma ação ou omissão qualificada juridicamente, quer dizer, é imprescindível a prática de um ato ilícito (responsabilidade subjetiva) ou um ato lícito (responsabilidade objetiva), estando o primeiro consubstanciado na culpa ou no dolo e o segundo em disposições legais ou em razão do risco da atividade praticada pelo agente.¹⁴¹

Neto classifica o ato danoso como ilícito (com culpa) e lícito (sem culpa), no primeiro – aquele essencialmente constituído pelo dolo ou pela culpa – o autor afirma que:

¹³⁹ BRASIL, 2002.

¹⁴⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 356. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974091/cfi/6/2\[;vnd.vst.idref=body001\]!](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974091/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=body001]!>)>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁴¹ ALVIM, 2013.

Dolo e culpa formam um conceito chamado de *culpa lato sensu*. No dolo, portanto, a vontade é dirigida para o ato e para o resultado; na culpa, a vontade é dirigida apenas para o ato, mas não para o resultado, que ocorre por **imprudência** (*omissão de cuidado exigido na vida dos negócios, pela aplicação do qual seria possível evitar o resultado ilícito*) ou **negligência** (*omissão da aplicação da quantidade suficiente de energia psíquica para evitar o resultado danoso*) (grifo do autor).¹⁴²

Já no segundo tipo de ato danoso (sem culpa, lícito), o autor afirma que este ocorrerá:

Quando o causador do prejuízo realize atividade que sabidamente provoque risco para os direitos de outrem, substitui-se a análise da culpa nessa atividade, para dar lugar ao risco, podendo, portanto, haver responsabilidade sem *ato ilícito*, mas apenas com *ato danoso*, proveniente do risco. Dispensa-se a caracterização da culpa, também, quando a **Lei** expressamente o preveja [...].¹⁴³

Neto nos alerta, ainda, que a responsabilidade sem culpa não está presente apenas nos casos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, mas também no *caput* do dispositivo, quando este faz menção ao artigo 187 do mesmo texto legal, o qual trata sobre o abuso de direito, matéria a ser tratada mais adiante e que dará suporte à resolução da problemática apresentada neste trabalho monográfico.

O que se verifica da análise normativa e doutrinária é que os padrões adotados pelo Código Civil brasileiro para a caracterização da Responsabilidade Civil, ainda se funda essencialmente na culpa, em que o agente pratica um ato danoso (ilícito), comissivo ou omissivo, o qual deverá ser rigorosamente demonstrado pela vítima. E, excepcionalmente, o dever de indenizar decorrerá de um ato lícito, isto apenas ocorrerá quando se tratar de atividade de risco ou determinação legal, uma vez que nestes casos não se investiga a culpa do agente.¹⁴⁴

Desse modo, após este momento de introdução nos elementos da responsabilização civil, passaremos a análise do segundo elemento constitutivo da responsabilidade civil, o dolo ou a culpa.

3.4.2 Dolo ou culpa

¹⁴² NETO. S. A., 2017, p. 841.

¹⁴³ Ibid., p. 842.

¹⁴⁴ MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil. Vol. 2.** 2 ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 173. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000283/cfi/214!/4/4@0.00:27.2>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

Neste subitem abordaremos o elemento subjetivo que se encontra inteiramente ligado à conduta volitiva do agente, quer dizer, trata-se de um elemento baseado no processo cognitivo em que o agente se decide a praticar uma ação (comissiva ou omissiva) em particular.

Inicialmente, Filho aponta a necessidade de saber que tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, para o autor o que os diferencia é que:

[...] o primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante –, enquanto no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado.¹⁴⁵

Desse modo, podemos entender que “no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente de falta de cuidado”¹⁴⁶, ou seja, no elemento dolo a conduta inicial já é ilícita, enquanto que no elemento culpa a conduta surge de uma intenção lícita e transforma-se em ilícita.

Nesse norte, após análise dos estudos apresentados por Cavaliere e Gonçalves, compreende-se que dolo é a ação voluntária, de violação premeditada do encargo da lei, enquanto que a culpa é a conduta voluntária contrária ao dever legal de cuidado que gera um evento danoso involuntário¹⁴⁷, ou seja, o dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência¹⁴⁸.

3.4.3 Dano

Neste momento trataremos do terceiro elemento de caracterização da responsabilidade civil, sem ele não seria possível a responsabilização do agente, pois sem o prejuízo inexistiria justa causa para uma demanda indenizatória.

Alvim e Alvim, afirmam que dano:

[...] tem o significado de diminuição do patrimônio de uma pessoa, redução de seus bens jurídicos, em razão de conduta de alguém (ofensor), que pode ser ilícita ou lícita

¹⁴⁵ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 49.

¹⁴⁶ CAVALIERI FILHO, loc. cit.

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 49-53.

¹⁴⁸ GONÇALVES. C. R., 2015, p. 53.

(previsão legal ou risco da atividade), que resulta no efetivo prejuízo suportado pela vítima. É mister, portanto, que haja dano, seja ele material, moral ou à imagem, para que exista indenização.¹⁴⁹

Nesta esteira, a transgressão de um dever preexistente acarretará a responsabilização do agente danoso. No entanto, ainda que haja violação de um dever jurídico por parte do infrator, se não houver prejuízo, nenhuma indenização será devida.¹⁵⁰

De fato, Marty e Raynoud, citados por Pereira, afirmam que a noção de dano supõe “que a vítima seja atingida em ‘uma situação de que ela se beneficiava, lesada em uma vantagem que possuía’”¹⁵¹, de forma que, “não haverá responsabilidade civil se inexistir dano”¹⁵², isto é, o dever de indenizar só germinará se houver transgressão ao dever de não lesar.

Seria mesmo ilógico a existência de uma obrigação de ressarcir se não houvesse a existência de dano, de modo que sua comprovação é essencial para a configuração da responsabilidade civil do empregador e sua existência deverá encontrar ligação com a atividade de risco por ele desenvolvida, o que nos leva a análise do nexo de causalidade, elemento a ser estudado no próximo tópico deste capítulo.

3.4.4 Nexo causal

Por fim, no entanto, não menos importante - pelo contrário é o mais relevante - passaremos ao exame do elemento nexo causal, componente imprescindível à configuração da responsabilidade civil e, conseqüentemente ao surgimento do dever de indenizar.

Nexo causal é o vínculo existente entre o dano e o seu causador – quando se tratar de responsabilidade subjetiva – e, do dano ao responsável pela atividade – quando se tratar de responsabilidade objetiva. Devido a sua grande importância, deve ser o primeiro pressuposto a ser analisado por aquele que almeja interpor qualquer ação de responsabilidade civil.¹⁵³

Nessa perspectiva, Alvin e Alvin, reiteram o entendimento acima abordado e, após debruçar-se nos atributos do elemento ora abordado, afirma que:

O nexo causal é o vínculo que se estabelece entre o ato ou atividade comissiva ou omissiva qualificada juridicamente, ou seja, ilícita se tratar de responsabilidade subjetiva, ou lícita (atividade de risco) e, portanto, sem a necessidade de demonstração de culpa, e o resultado danoso. Por meio do nexo de causalidade permite-se constatar

¹⁴⁹ ALVIM, 2013.

¹⁵⁰ GONÇALVES, op. cit. p. 54..

¹⁵¹ PEREIRA, C. M. S., 2016, p. 51.

¹⁵² ALVIM, 2013.

¹⁵³ MELO, 2015, p. 182.

a causa e o efeito do ato ou atividade e, como consequência, chegar ao causador do dano. Embora seja clara essa relação de causa e efeito para se responsabilizar uma pessoa, a dificuldade nasce de situações complexas na sociedade atual, tais como aquelas de causalidade múltipla, vale dizer, quando há várias circunstâncias que concorrem para o evento danoso⁴⁷, ou questões que envolvam danos coletivos e difusos, que é o caso de danos ambientais.

Nesse seguimento, para que nasça ao agente a obrigação de indenizar urge demonstrar que o dano existe em decorrência da ação ou omissão do agente¹⁵⁴. Não basta que o agente atente contra direito pré-constituído de outrem e também é insuficiente a existência de dano – elemento objetivo da obrigação de indenizar –, esta obrigação somente será cabível quando a vítima tenha sofrido efetivo prejuízo, ou seja, “é necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado”.¹⁵⁵

¹⁵⁴ ALVIM, 2013.

¹⁵⁵ PEREIRA, C. M. S., 2016, p. 100.

4. DA (IN)APLICABILIDADE DE MULTA PROPORCIONAL NOS CONTRATOS DE TRABALHO COM CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE

4.1 CLÁUSULA ESPECIAL DE EXCLUSIVIDADE

Após essa indispensável análise da responsabilização objetiva do empregador em virtude de danos decorrentes da atividade de risco por ele realizada, passaremos à conceituação da cláusula especial de exclusividade, sua natureza jurídica, sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro e seus pressupostos de validade.

4.2.1 Conceito

Fonseca, Desembargador Federal do Trabalho no Rio de Janeiro, afirma que a cláusula especial de exclusividade é o acordo celebrado entre empregador e empregado, no qual se estabelece que o trabalhador não estabelecerá “outra relação de emprego durante o contrato, ainda que haja disponibilidade de tempo”¹⁵⁶

Garcia nos introduz no assunto esclarecendo que:

A cláusula de não concorrência no contrato de trabalho é vista como uma condição especial no referido pacto. A sua inclusão é justificada pela necessidade de proteger a empresa da concorrência. Por outro lado, por representar certa restrição à liberdade de trabalho, certos limites devem ser observados, havendo mesmo aqueles que não admitem a sua validade nas relações de emprego.¹⁵⁷

Para Filho, a cláusula especial de exclusividade consiste em um “plus face ao dever de não concorrência que apenas proíbe o exercício de atividade concorrente com o empregador”¹⁵⁸. Por ser uma cláusula de natureza não concorrencial, torna-se fácil sua confusão com a cláusula de não concorrência, no entanto, trata-se apenas de um desdobramento dessa.

¹⁵⁶ FONSECA, José Geraldo da. **Cláusulas Especiais do Contrato de Trabalho**. 2017. Disponível em: <<http://www.cursotoga.com.br/clausulas-especiais-do-contrato-de-trabalho/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

¹⁵⁷ GARCIA, 2016, p. 82.

¹⁵⁸ FILHO, Francisco das C. Lima. **Cláusulas acessórias do contrato laboral e limitação à liberdade de trabalho: legitimidade e limitações**. 2017. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12665>. Acesso em: 02 out. 2017.

A primeira cláusula de não concorrência, poderá vigor durante e após a relação empregatícia, enquanto que a cláusula especial de exclusividade – por certo – só poderá perdurar durante a vigência do contrato de trabalho, uma vez que se trata de uma cláusula que restringe na totalidade o direito do empregador de laborar em qualquer outra empresa, independentemente da natureza do trabalho ali despendido.

Importante esclarecer que a exclusividade não é um requisito para a caracterização da relação empregatícia. Em verdade, a exclusividade é uma situação excepcional no contrato de trabalho, a qual não se admite, salvo se houver estipulação expressa no contrato de emprego, já que “se caracteriza em cláusula especial”.¹⁵⁹

Podemos tomar como exemplo da possibilidade do pluralismo laboral os arts. 138 e 414¹⁶⁰ da Consolidação das Leis do Trabalho que demonstram a possibilidade do empregado e, inclusive, estagiário, pactuarem contratos de trabalho com empregadores diferentes.

Compactua para esse entendimento o professor Martinez, quando afirma que “a exclusividade é uma situação contratual de caráter excepcional” e que semelhante situação ocorre porque a lei brasileira não impõe limites aos trabalhadores para a cumulação de empregos no âmbito privado.¹⁶¹

Otsuka, advogado especialista em Direito do Trabalho, afirma que em decorrência do cenário sócio-político em que o Brasil vive, diversas empresas – valendo-se da inexistência de norma reguladora – têm exigido a constância da cláusula de exclusividade nos contratos de trabalho. Segundo consta em seus estudos, a cláusula exige que “todos os esforços do profissional sejam aplicados somente a um empregador, com evidente vantagem competitiva”.¹⁶²

Após esta breve explanação verifica-se que a cláusula especial de exclusividade é mais um mecanismo criado pelos empregadores com o fim de garantir a excelência de seus negócios, utilizando para tanto a mão de obra do trabalhador em caráter de exclusividade, assim evitando que este se dirija à empresas concorrentes e promova uma exposição de dados que geraria uma concorrência desleal na ordem econômica.

¹⁵⁹ RESENDE, 2016, p. 295.

¹⁶⁰ Art. 138 - Durante as férias, o empregado não poderá prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele. [...] Art. 414 - Quando o menor de 18 (dezoito) anos for empregado em mais de um estabelecimento, as horas de trabalho em cada um serão totalizadas. (BRASIL, 1943).

¹⁶¹ MARTINEZ, 2016, p. 168.

¹⁶² OTSUKA, Lucas B. Linzmayer. Regras especiais do contrato de trabalho devem visar à uma nova realidade. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/regras-especiais-do-contrato-de-trabalho-devem-visar-a-uma-nova-realidade-d481uvkkt0nrjtxn8ird8nco>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

Diante de sua natureza limitadora e caráter não concorrencial, nos prevalecemos dos ensinamentos de Neto para compreender que esse tipo de cláusula tem:

por escopo resguardar os segredos do negócio do empregador por meio da limitação da amplitude da área de atuação geográfica e da atividade do empregado quando por si ou por terceiros mediante concorrência houver risco de lesão ao patrimônio imaterial do empregador em razão do uso ou divulgação das informações obtidas por força do cargo desempenhado pelo empregado no curso da relação de emprego.¹⁶³

Nesse norte, com o fim de melhor entendermos o conteúdo desse novo instrumento limitador do direito ao livre trabalho, utilizaremos a cláusula de não-concorrência como parâmetro para explanar os pressupostos de validade da cláusula de exclusividade decorrente do contrato de trabalho.

4.2.2 pressupostos de validade

Em que pese a cláusula de exclusividade tratar-se de um instituto relativamente novo no ordenamento justralhista, concebemos a ideia de que se trata de um desdobramento da cláusula de não concorrência e, portanto, deve atender todos os requisitos inerentes às cláusulas restritivas do direito ao livre labor, de modo que, por analogia, utilizaremos os mesmo pressupostos de validade para o estudo em tela.

4.2.2.1 Interesse legítimo do empregador

O primeiro pressuposto a ser tratado é o interesse legítimo do empregador em restringir o direito do livre trabalho do empregado. De fato, Gonçalves afirma que a necessidade da restrição deve estar clara entre o empregado e o tomador dos seus serviços, e ainda, citando Mallet, esclarece que tal necessidade deverá fundar-se na satisfação de um interesse legítimo, isto é, a interferência na liberdade de trabalho só será válida se atender justificado interesse do empregador.¹⁶⁴

4.2.2.2 Limite material

¹⁶³ NETO, C. P. O., 2015, p. 14.

¹⁶⁴ GONÇALVES. Rodrigo Allan Coutinho. **Cláusula de Não-Concorrência**. p. 12 Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/21677987>. Acesso em: 15 nov. 2017.

Em segundo, temos o limite material, que diz respeito às atividades que serão vedadas ao empregado exercer. Neto o considera como o requisito mais importante a ser verificado, uma vez que não é qualquer atividade que pode ser vedada, pois caso contrário, estaríamos diante da violação total do direito a liberdade de trabalho. Citando Mallet o autor afirma, ainda, que na ausência de limite material, o ajuste será nulo, uma vez que não se admite “restrição genérica, indeterminada, abrangendo todo e qualquer trabalho”.¹⁶⁵

4.2.2.3 Limite de tempo

O limite de tempo é o terceiro pressuposto que trataremos, tal requisito nos traz a ideia de que a cláusula de exclusividade, como desdobramento da cláusula de não concorrência, também só será válida se houver estipulação de tempo para a sua vigência, caso contrário, a estipulação estará “sob pena de acabar retirando à [sic.] liberdade de trabalho do empregado”¹⁶⁶.

Entende-se, portanto, que esta pactuação não poderá ser “perpétua, pois impediria o empregado de trabalhar na atividade”¹⁶⁷, de modo que, somente poderá vigor durante a relação contratual entre empregador e empregado, “desaparecendo uma vez terminada a relação laboral”.¹⁶⁸

4.2.2.4 Limitação geográfica

Ainda, temos o pressuposto da limitação geográfica, o qual preconiza que “não terá valor a cláusula em locais em que a empresa não venha a competir com outras no mesmo mercado”¹⁶⁹, ou seja, a limitação só poderá ocorrer em locais em que haja empresas concorrentes entre si, “pois é interessante ao empresário o monopólio em determinada região, como garantia do sucesso do negócio, evitando a concorrência com outros distribuidores”.¹⁷⁰

¹⁶⁵ GONÇALVES, R. A. C., p. 12-13.

¹⁶⁶ Ibid., p. 14.

¹⁶⁷ MARTINS, 2017, p. 218.

¹⁶⁸ FILHO, 2017.

¹⁶⁹ MARTINS, loc. cit.

¹⁷⁰ CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. MODALIDADE COMERCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA DO DESVIRTUAMENTO. A aplicação das normas trabalhistas ao caso concreto não escapa, pura e simplesmente, da nominação dada ao contrato celebrado entre as Rés. Por esta razão, é plenamente possível que um contrato de distribuição possa ser, ante o seu conteúdo e ante a realidade prática vivenciada, caracterizado como nítido contrato de terceirização, camuflado sob a forma da citada modalidade contratual de distribuição e, ainda, se considerado ilícito, pode ensejar o reconhecimento do vínculo diretamente como tomador. No entanto, há que estar provado o desvirtuamento, o qual não se dá apenas por constar do contrato cláusula de exclusividade e monopólio; perenidade de compra; fixação de preços, condições de transporte e orientações sobre a revenda, pois

Fonseca atesta que a cláusula de exclusividade só será válida se limitar-se a restringir o trabalho do empregado em empresas que lhe sejam concorrentes ou que, ainda que não concorrente, possa se aproveitar das informações obtidas pelo empregado. Afirma ainda que a citada cláusula não será válida se apresentar-se de forma genérica no contrato.¹⁷¹

4.2.2.5 *Compensação*

Por fim, a compensação é o terceiro requisito de validade que trataremos, ao qual será dado maior atenção, em razão de sua importância para a resolução do problema apresentado neste trabalho monográfico. No Brasil a lei é omissa quanto ao assunto da compensação, no entanto, Gonçalves considera a estipulação de uma contraprestação imprescindível para que haja entre empregador e empregado um mínimo de equilíbrio.¹⁷²

Para Nascimento, a compensação decorre da natureza da relação que existe entre empregador e empregado e da posição que cada um ocupa nela, ou seja, é uma relação que se concretiza com dois importantes princípios: o princípio da proteção e o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador. Enquanto o primeiro acode a pessoa do empregado e o seu patrimônio o segundo assegura ao empregador “as condições necessárias ao cumprimento das suas obrigações contratuais e, indiretamente, viabiliza o contrato de trabalho”.¹⁷³

De fato, seria incoerente com as normas protecionistas do Direito do Trabalho que o empregado assumisse a obrigação de manter o nível concorrencial da empresa (ônus que cabe ao empregador), sem que para isso receba qualquer postura de reciprocidade por parte do tomador do seu serviço.

Nesse norte, na visão de Martins, para que haja o real equilíbrio entre as partes contratantes, “o empregado deve receber compensação financeira, que lhe permita fazer face a seus compromissos, como se estivesse trabalhando”, segundo o autor, tal entendimento se justifica pela necessidade de garantir que o empregado “não enfrente dificuldades financeiras para manter seu mesmo nível de vida, pois o pagamento terá natureza alimentar”.¹⁷⁴

estas são inerentes à modalidade de contratação sob a forma de distribuição. (Processo 0000486-41.2015.5.05.0342, Origem PJE, Relatora Desembargadora DALILA ANDRADE, 2ª. TURMA, DJ 10/05/2016). (BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Recurso Ordinário nº 0000486-41.2015.5.05.0342. Relatora: Des. Dalila Nascimento Andrade. 26 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/subsistemas/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=737337&texto={cl%E1usula%20de%20exclusividade}>. Acesso em: 16.11.2017).

¹⁷¹ FONSECA, 2017.

¹⁷² GONÇALVES, R. A. C., 2017, p. 15.

¹⁷³ NASCIMENTO, 2014, p. 476.

¹⁷⁴ MARTINS, 2017, p. 218.

4.2.3 Da sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro

Por tratar-se de uma cláusula de natureza não concorrencial, recentemente aderida pelas empresas (leia-se empregadores) para a garantia da excelência da concorrência mercadológica, sua discussão e admissibilidade ainda é tema central de discussões na ceara trabalhista.

Santos e Silva, citados por Neto, reconheceram a legalidade das cláusulas de não-concorrência desde o ano de 1977 e atestaram que estas cláusulas restritivas do direito do livre trabalho só podem ser admitidas se forem associadas a contratos individuais de trabalho, devendo ainda obedecer aos pressupostos de validade já tratados no subitem anterior.¹⁷⁵

Nesse sentido, Garcia compreende que:

Para que não ocorra violação do direito constitucional de liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (artigo 5.º, inciso XIII, da CF/1988), a cláusula de não concorrência, para ser válida mesmo após o término do contrato de emprego, deve sofrer **limitações** quanto ao seu *tempo de duração* e ao *espaço territorial* de incidência, referindo-se a *certa modalidade específica de trabalho*. Além disso, faz-se necessário assegurar ao trabalhador uma **indenização justa e razoável**, compensando o dever de observar a cláusula de não concorrência.¹⁷⁶

Na legislação brasileira, o único dispositivo que trata do assunto é o artigo 482, alínea “c” e “g”, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual preconiza que a concorrência desleal do empregado e a violação do segredo da empresa serão motivo de demissão por justa causa por parte do empregador.

De outra forma, Oris de Olivera, Evaristo de Moraes Filho, Mozart Victor Russomano e José Martins Catarino realizaram tentativas de acrescentar as cláusulas de não concorrência ao Códex Trabalhista, restando inexitoso todos os intentos.

O jurista Oris de Oliveira apresentou os anteprojetos de 1963, 1965 e 1979 que previam a cláusula de não concorrência. Com o mesmo intento, ainda nos anos 1963 e 1965, Evaristo de Moraes Filho também realizou colaborações para os anteprojetos do Código do Trabalho, o texto apresentava o seguinte teor:

“Artigo 381. O pacto de exclusão de concorrência celebrado entre empregador e empregado é nulo de pleno direito de 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.

¹⁷⁵ NETO, C. P. de O., 2015, p. 19.

¹⁷⁶ GARCIA, 2016, p. 82.

§ 1º A duração do compromisso não poderá ser superior a 4 (quatro) anos para os dirigentes e 2 (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 artigo 2º deste Código.¹⁷⁷

Já o anteprojeto de Consolidação das Leis do Trabalho de 1979 apresentava a seguinte redação:

Artigo 26. É vedado 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.¹⁷⁸

Em que pese os esforços dispendidos pelos juristas, os anteprojotos da Consolidação das Leis Trabalhistas não vingaram, o que não quer dizer que cláusula encontre dificuldade para ser aplicada, uma vez que utilizada comumente por empregadores.

Isso ocorre justamente pela ausência de norma reguladora, pois no direito privado, “tudo o que não é proibido é permitido”, de forma que a licitude da cláusula no ordenamento jurídico brasileiro está fundamentada na artigos 8º e 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como no artigo 122 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que “são lícitas, em geral, todas as condições que a lei expressamente não vedar”.¹⁷⁹

4. 2 CARACTERIZAÇÃO DO DANO

4.2.1 Limitação do direito de livre exercício ao trabalho

Antes de explorarmos a limitação do direito constitucional do livre trabalho como caracterizador de um dano, faz-se necessário uma análise sucinta sobre o tema, para que de modo produtivo possamos dar continuidade ao estudo da responsabilidade civil objetiva do empregador, a qual ensejará no direito à reparação ao empregado, com aplicação de multa proporcional nos contratos com cláusula de exclusividade.

4.2.1.1 Conceito

¹⁷⁷ JOÃO, Regiane Terezinha de Mello. **Cláusula de Não Concorrência no Contrato de Trabalho**. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 38.

¹⁷⁸ JOÃO, loc. cit.

¹⁷⁹ Loc. cit.

Trata-se de um direito individual constitucional do trabalhador, previsto no artigo 5º, VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual preconiza que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.¹⁸⁰

Júnior, citado por João, afirma que a liberdade de trabalho “é a forma de liberdade individual que consiste na faculdade de escolher e exercer a profissão nas condições que convenham ao interessado”¹⁸¹.

Lenza, afirma ainda, que o direito ao livre labor é um importante instrumento na garantia de uma existência digna nos ditames do artigo 170, *caput*, da Constituição Federal. Para o autor, “o Estado deve fomentar” uma política econômica que não cause retrocesso à sociedade, motivo pelo qual a busca pelo pleno trabalho encontra-se no rol dos princípios da ordem econômica.¹⁸²

O autor ressalta ainda que o trabalho “aparece como fundamento da República (artigo 1.o, IV), e a ordem econômica, conforme os ditames da justiça social, funda-se na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa”.¹⁸³

Desse modo, verificamos que o direito ao livre trabalho decorre de fundamentos e princípios constitucionais que lhe dispendem significativa relevância, uma vez que se trata de um instituto basilar para o desenvolvimento econômico e social do país, isso porque o seu estímulo fomenta a economia e traz o progresso social.

4.2.1.2 Da limitação exercida pelo empregador

Atestada a natureza limitadora da cláusula especial de exclusividade e delineado o conceito do direito ao livre trabalho, trataremos aqui da caracterização do dano ao empregado, decorrente do abuso de direito exercido pelo empregador, isto é, apresentaremos aqui a ação violadora do empregador, que, para a garantia da livre concorrência e melhor ganhos econômicos, restringe o direito ao pleno trabalho e excede os limites da razoabilidade.

A limitação ao direito do livre trabalho tornou-se o principal argumento daqueles que defendem a invalidade das cláusulas de não concorrência, esta corrente defende que as

¹⁸⁰ BRASIL, 1988.

¹⁸¹ JUNIOR, 1970, p. 10 apud JOÃO, 2003, p. 17.

¹⁸² LENZA, 2012, p. 1300.

¹⁸³ LENZA, loc. cit..

cláusulas de não concorrência são incompatíveis com o princípio constitucional da liberdade de trabalho, uma vez que acarreta a limitação à liberdade individual do empregado.¹⁸⁴

De outra banda, uma segunda corrente entende que, como todo direito e princípio, este também encontra limitação quando entra em colisão com outros princípios “igualmente tutelados pelo corpo constitucional”, de modo que deverá ser relativizado para entrar em equilíbrio com os demais.¹⁸⁵

Neto corrobora para esse entendimento e acrescenta que o princípio da proporcionalidade deverá ser utilizado como “critério para controlar a extensão e o alcance da restrição estabelecida à limitação do direito de livre exercício ao trabalho em uma situação concreta”, de modo a garantir a máxima efetividade dos preceitos constitucionais e a validade das cláusulas de não concorrência.¹⁸⁶

Para Gonçalves, “só haveria ofensa ao princípio da liberdade de trabalho se fosse estipulada a proibição de qualquer atividade, em qualquer lugar e para sempre”¹⁸⁷, o que em parte descreve a natureza da cláusula especial de exclusividade, uma vez que esta tem por objetivo limitar o empregado à uma única relação de emprego, independente da natureza da atividade exercida.

Nos atentemos, contudo, para o fato de que a conduta comissiva do empregador ao estipular cláusula especial de exclusividade deve ser capaz de violar o direito do livre labor do empregado, caso contrário, não haverá ato ilícito, pois este estará em pleno exercício do seu direito empresarial da livre concorrência.¹⁸⁸

Nesse sentido, o Código Civil brasileiro adotou a teoria do abuso de direito (artigo 187)¹⁸⁹ e afirmou que a conduta abusiva é modalidade de ilicitude, do qual pode decorrer prejuízo e, por consequência, caracterizar a responsabilidade civil do sujeito violador. Assim, Neto consagra o entendimento de que “para exercer um direito, seu titular deve fazer de tal forma que esse exercício não prejudique os direitos de outrem”.¹⁹⁰

Entende-se, pois, que a limitação exercida pela cláusula especial de exclusividade – estipulada de forma abusiva por diversas empresas nos contratos de trabalho – é efetivamente

¹⁸⁴ JOÃO, 2003, p. 17.

¹⁸⁵ GONÇALVES. R. A. C. p. 9.

¹⁸⁶ NETO, C. P. O., 2015, p. 107.

¹⁸⁷ GONÇALVES. R. A. C. Loc. Cit.

¹⁸⁸ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 1: Parte Geral**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5719-3/cfi/6/40!/4/2/86@0:77.0>>. Acesso em 30 out. 2017.

¹⁸⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002).

¹⁹⁰ NETO, S. A. 2017.

capaz de violar o direito ao livre trabalho e, portanto, os empregadores estão obrigados à reparação dos danos causados ao empregado que teve seu direito transgredido. Isso porque, “pode implicar esse pacto em uma séria limitação à liberdade de trabalho”, o que pressupõe um acréscimo retributivo ao empregado e violação à função social do contrato de trabalho.¹⁹¹

Como atestado no tópico concernente ao uso subsidiário do Código Civilista no Direito Trabalhista, a responsabilidade civil do empregador está atrelada à teoria do risco (responsabilidade civil objetiva), motivo pelo qual é importante lembrar aqui que o risco de que nos fala o artigo 927 do Código Civil funda-se no preceito de respeito ao trabalhador, devendo a empresa prezar pela sua integridade física, psíquica e patrimonial, do contrário, nascerá para o empregado direito à indenização.¹⁹²

4.3 PARÂMETROS PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

Depois de analisada a substância da cláusula especial de exclusividade, sua natureza, sua admissibilidade e seus pressupostos de validade, bem como da certeza de que a sua estipulação no contrato de trabalho é válida e passível de indenização, passaremos à análise dos parâmetros de fixação do quanto indenizatório.

É essencial, porém, que evoquemos ensinamentos já apontados durante a elaboração deste trabalho monográfico, no sentido de que a cláusula especial de exclusividade norteia-se primordialmente pelo princípio da razoabilidade/proporcionalidade, o que garante ao magistrado uma análise precisa e justa à situação fática.

A priori, já conhecedores de que a indenização ora estudada decorre da responsabilização objetiva do empregador, empregaremos o Código Civilista para delimitarmos os parâmetros que devem ser empregados para a fixação do montante indenizatório.

O artigo 944 do Códex Civilista estabelece que a indenização será mensurada pela extensão do dano sofrido pela vítima, isto é, “a indenização deve ser balizada pelo efetivo prejuízo”.¹⁹³

Dessa forma, o quantum indenizatório a ser fixado pelo magistrado deverá ser analisado de forma casuística, em que será realizado inicialmente a análise de validade da

¹⁹¹ FILHO, 2017.

¹⁹² MELO, 2015, p. 146-147.

¹⁹³ VENOSA, 2013, p. 1178.

pactuação e momento posterior será empregado o princípio da proporcionalidade como forma de equiparação entre a limitação imposta e o dano sofrido.

Gonçalves apresenta um contraponto em relação ao valor da contraprestação a ser recebida pelo empregado em razão de sua restrição laboral. O autor constata os posicionamentos divergentes entre Martins e Mallet.

Para o primeiro autor a contraprestação deverá ser paga no valor da última remuneração do empregado, multiplicado pelo número de meses em que deixará de exercer outra atividade, enquanto que para o segundo o valor da indenização não deve ser vinculada ao montante da remuneração do empregado, mas sim deverá ser proporcional à restrição realizada pelo empregador.¹⁹⁴

Me parece mais acertada as afirmações de Mellot., no sentido de que a contraprestação deverá ser proporcional ao dano causado pela limitação do direito ao livre trabalho, uma vez que a sua vinculação ao valor do salário percebido não necessariamente proporcionaria o equilíbrio da relação laboral.

Mallet, citado por Gonçalves, esclarece que:

Quanto mais ampla a limitação – quer do ponto de vista do objeto, quer do ponto de vista temporal, quer, ainda, do ponto de vista espacial – maior deve ser a compensação e vice-versa. O valor da compensação não está vinculado, portanto, ao montante da remuneração recebida pelo empregado durante a vigência do contrato, ao contrário do que já se pretendeu. [...] O importante é que não exista desequilíbrio entre as obrigações das partes.¹⁹⁵

Destarte, idealizo o entendimento de que não deve existir vínculo do valor da indenização com o salário do empregado e sim uma compensação que atenda ao princípio da proporcionalidade e promova um equilíbrio entre o dano causado pela limitação exercida ao empregador e o valor da compensação, pois não seria justo onerar o empregado e não lhe proporcionar o pagamento correspondente à lesão patrimonial por ele suportada.

Antes de concluirmos, é importante atentar-nos ainda, para as lições de Pereira, no sentido de que, embora exista grande discussão sobre a possibilidade da reparação futura, esta “não encontra objeção doutrinária, embora lhe falte aprovação unânime”. Ainda, citando Planiol, Ripert e Esmein, o autor informa a possibilidade do ressarcimento de “um prejuízo

¹⁹⁴ Mallet, 2005, p. 1164 apud GONÇALVES, R. A. C., 2015, p. 15

¹⁹⁵ Ibid., p. 15.

ainda não positivado, se a sua realização é desde logo previsível pelo fato da certeza do desenvolvimento atual, em evolução, mas incerto no que se refere à sua quantificação”.¹⁹⁶

Compreende-se, portanto, que a indenização decorrente da violação do direito ao livre exercício nos contratos com cláusula especial de exclusividade admite a compensação por danos presentes e futuros, devendo o magistrado atender os preceitos do princípio da proporcionalidade, para proporcionar o equilíbrio contratual.

¹⁹⁶ PEREIRA, C. M. S. 2016, p. 52.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo analisar a possibilidade da aplicação de multa proporcional aos empregadores que firmam cláusula especial de exclusividade com seus empregados, assim limitando o direito constitucional do livre labor e gerando dano à renda complementar do empregado.

No uso do direito comparado, norteados pelo uso subsidiário do Direito Civil no ordenamento juslaboral, verificou-se que a responsabilidade civil do empregador se norteia pela teoria do risco, isto é, pela responsabilidade civil objetiva, uma vez que sua atividade comercial é passível de danos a terceiros, sendo portando dispensável que à vítima comprove culpa.

Mais especificamente, foi utilizado durante a explanação a teoria do risco proveito como forma de reconhecimento da responsabilidade civil do empregador, ainda que este esteja exercendo seu direito de livre concorrência empresarial, pois, sua atividade o exercício de seu direito legítimo acarreta ônus por diversas vezes insuportáveis ao empregado.

Ainda, diante da polêmica em torno da validade da recente cláusula, realizamos uma síntese de sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como analisamos seus pressupostos de validade no mundo justrabalhista estando esta habilitada para aplicação contanto que atendido pressupostos de interesse do empregador, limitação material e a compensação do dano sofrido pelo empregado.

Ainda nessa esteira, explanamos de que forma o dano decorrente da limitação do direito ao livre trabalho resta caracterizado, ficando demonstrado a possibilidade de aplicação de multa proporcional ao empregador que firma cláusula especial de exclusividade com o seu empregado, uma vez que realiza atividade de risco e deve suportar o ônus de sua atividade danosa, como preconiza a teoria do risco.

Por fim, ainda que necessário outras análises sobre o tema, concluiu-se pela possibilidade de aplicação de multa proporcional decorrente da estipulação da cláusula especial de exclusividade nos contratos de emprego, a qual deverá estar fundada no princípio da proporcionalidade/razoabilidade, de forma a equilibrar a relação entre empregador e empregado.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (orgs.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro - Vol. VIII: Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense. 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5719-3/cfi/6/40!/4/2/4@0:62.0>>. Acesso em: 11 nov. 2017.
- BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Recurso Ordinário nº 0000486-41.2015.5.05.0342. Relatora: Des. Dalila Nascimento Andrade. 26 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/subsistemas/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=737337&texto={c1%E1usula%20de%20exclusividade}≥>. Acesso em: 16.11.2017.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr80, 2016. Atual. por: Jessé Claudio Franco de Alencar.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502228061/cfi/293!/4/2@100:0.00>>. Acesso em 9 nov. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 nov. 2017.
- _____. **Lei 5.452, de 1º de maio de 1943**. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 4 abr. 2017.
- _____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.
- CARRION, Valentin. **CLT: Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas: legislação complementar: jurisprudência**. 40. ed. ver. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva. 2015.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6499-3/cfi/6/58!/4/406/4/2@0:0€>>. Acesso em: 06.11.2017.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000764/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **O que é livre concorrência**. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. ROSADO, Ruy (coord.). 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. **Jornadas de Direito Civil são uma grande prestação de serviço social, afirma Ruy Rosado**. 2011. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2011/novembro/jornadas-de-direito-civil-sao-uma-grande-prestacao-de-servico-social-afirma-ruy-rosado>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr80, 2013.

_____, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl.. São Paulo: LTr, 2017.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Coleção OAB Nacional. Primeira fase - Direito Civil, vol. 1**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502217065/cfi/4!/4/4@0.00:19.3>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

FILHO, Francisco das C. Lima. **Cláusulas acessórias do contrato laboral e limitação à liberdade de trabalho: legitimidade e limitações**. 2017. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12665>. Acesso em: 02 out. 2017.

FONSECA, José Geraldo da. **Cláusulas Especiais do Contrato de Trabalho**. 2017. Disponível em: <<http://www.cursotoga.com.br/clausulas-especiais-do-contrato-de-trabalho/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 9. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972219/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acessado em: 02 out. 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 21. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970536>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636767/cfi/0>>. Acesso em: 27 set. 2017.

GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. **Cláusula de Não-Concorrência**. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/21677987>. Acesso em: 15 nov. 2017.

HEERDT, Mauri Luiz; LEONEL, Vilson. **Metodologia da pesquisa**. 5. ed. Palhoça, 2007. rev. Disponível em: <http://pergamum.unisul.br/pergamum/pdf/88820_Mauri.pdf>. Acesso em: 4 set. 2017.

JOÃO, Regiane Terezinha de Mello. **Cláusula de Não Concorrência no Contrato de Trabalho**. São Paulo: Saraiva. 2003.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **O Contrato Social e sua Função**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

_____. **O Contrato e sua Função Social**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5653-0/cfi/6/44!/4/4/2/2/2@0:100>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito do Trabalho – Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 5.ed. Salvador. Editora JusPodivm. 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212087/cfi/178!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva. 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502184411>>. Acesso em 11 nov. 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502638518/cfi/169!/4/4@0.00:27.7>>. Acesso em: 28 set. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASSO, Fabiano Del. **Direito Econômico Esquematizado**. 4. ed. São Paulo: MÉTODO. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971816/cfi/6/24!/4/254/2/2@0:0>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil. Vol. 2**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000283/cfi/214!/4/4@0.00:27.2>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 1: Parte Geral**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5719-3/cfi/6/40!/4/2/86@0:77.0>>. Acesso em 30 out. 2017.

_____. **Curso de Direito Civil v.7: Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968724>>. Acesso em: 8 abr. 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502217362/cfi/140!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

_____. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139947/cfi/550!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 35. ed. São Paulo: Ltr80, 2009.

NETO, Caio Mario Silva Pereira. **Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. 1 ed.. São Paulo: Saraiva. 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620070/cfi/27!/4/4@0.00:9.05>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Isabel. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2017.

NETO. Célio Pereira de Oliveira. **Cláusula de não concorrência no Contrato de Emprego: Efeitos do Princípio da Proporcionalidade**. São Paulo: LTR. 2015.

NUNES, Luiz Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. 2010. São Paulo: Saraiva. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502135413/cfi/55!/4/4@0.00:32.3>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

OTSUKA, Lucas B. Linzmayer. **Regras especiais do contrato de trabalho devem visar à uma nova realidade**. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/regras-especiais-do-contrato-de-trabalho-devem-visar-a-uma-nova-realidade-d481uvkkt0nrjtxn8ird8nco>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

PEREIRA, Caio Mário Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971946/cfi/6/28!/4/22@0:0>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

PEREIRA, José Matias. **Manual de Metodologia de Pesquisa Científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/cfi/6/10!/4/12/2@0:12.8>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípio de Direito do Trabalho**. 2. ed. atual. São Paulo: LTr. 2000.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. rev., atual. e ampl. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971502/cfi/6/10!/4/10/2@0:13.4>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522491759/cfi/4!/4/4@0.00:28.6>>. Acesso em: 23 out. 2017.

SIDOU, J. M. Othon. (org.). **Dicionário Jurídico**. 11. ed.. ver. e atual. pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro: Forense. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530973056/cfi/6/34!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974091/cfi/6/2\[;vnd.vst.idref=bod y001\]!](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974091/cfi/6/2[;vnd.vst.idref=bod y001]!>)>. Acesso em: 02 out. 2017.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: MÉTODO. 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4775-0/cfi/212!/4/4@0.00:56.2>>. Acessado em: 12 nov. 2017.

VENOSA, Sílvio Salvo (Org.). **Código Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522479849/cfi/1151!/4/4@0.00:23.8>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Direito Civil - Vol. IV: Responsabilidade Civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005363/cfi/6/16!/4/4/2@0:49.1>>. Acessado em 8 nov. 2017.