

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL

CURSO DE DIREITO DO TRABALHO

LESÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO E CONTRATO DE TRABALHO

DENIS BORGES BARBOSA

## O FUNDO DE COMÉRCIO

Define o jurista VAN RYN <sup>1</sup> fundo de comercio como “droit à la clientèle d’un établissement comercial”. Planiol, mais radical, identifica o fundo de comercio como a própria clientela. Como a clientela, em si, como um conjunto indiscriminado de pessoas, não é suscetível de direitos, poder-se-ia melhor definir como o direito à oportunidade comercial, dentro dos princípios de boa fé da liberdade de competição.

Tal definição leva em conta, implicitamente, a noção de azienda, cômplexo de bens, e a de aviamento, como organização destes bens com vistas a uma atividade econômica. De outra parte, há itens do fundo de comércio, como o crédito e a boa vontade da clientela, que não são necessariamente vinculados a uma unidade técnica de atividade comercial. Um BOB’S, um HOLLYDAY INN tem clientela assegurada, antes de sua instalação num local, devido a padronização de seus serviços. Aliás, há um contrato específico que visa este transplante de goodwill, ready made, para um novo estabelecimento: o franchising. Tudo quanto possa implicar em uma posição privilegiada, mas dentro dos princípios de boa fé competitiva, pode integrar o fundo de comércio, com as exceções de lei – por exemplo, o imóvel próprio da empresa, já que o fundo é, por definição, um bem móvel <sup>2</sup>. Os segredos comerciais, a lista de clientes, a confiança pessoal destes na empresa, a tecnologia, o direito ao ponto, as técnicas de administração, tudo contribui para a oportunidade comercial favorecida.

Há parcelas deste fundo de comércio, no entanto, que não podem ser consideradas como exclusivas da empresa. A competência dos diretores, por exemplo, embora resulte de procedimentos de seleção e administração de pessoal, não se destaca da pessoa natural, considerada competente. O treinamento do pessoal técnico, desde que decorrente de meios e informações de caráter genérico e disposição geral, também acresce à possibilidade de conseguir e manter clientela, mas não se separam do pessoal treinado, de seus talentos e aptidões naturais.

Os elementos, no entanto, de disposição exclusiva ou escassa, como a tecnologia, o próprio ponto, e os mencionados segredos comerciais, constituem bens jurídicos que merecem proteção especial. Em certos Direitos, como no francês, são objeto de uma *propriété commerciale*, por oposição à propriedade dos bens materiais, e similarmente à propriedade intelectual e industria. No Direito Brasileiro, inexistindo tal proteção<sup>3</sup>, acham-se sob a guarda dos princípios da concorrência desleal, e do enriquecimento sem causa.

Ora, o empregado, desempenhando funções que o situam como órgão da empresa, ao menos como órgão de execução, e entrando em contacto com a intimidade dela, tem posição privilegiada, que flui exclusivamente do fundo de comércio. As situações em que a relação de trabalho pode interferir com a integridade do fundo de comércio ocorrem tanto durante como depois da vigência do contrato respectivo.

Evidentemente, a empresa tem razões para resguardar-se contra a utilização de seus bens próprios em benefício de seus empregados, sejam bens corpóreos sejam imateriais. O que se verá a seguir são os meios e modos de efetivar tal proteção, dentro do Direito do Trabalho.

### A PROTEÇÃO DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO

A CLT prevê como justa causa para rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador empregador, tanto a negociação por conta própria ou alheia, quando constituir ato de concorrência à empresa, quanto a violação de segredo de empresa (Artº 482, c e d). A negociação não se constitui, em si, razão para desfazer o contrato, já que é livre a atividade humana. Somente quando houver concorrência desleal – por exemplo, usar a mesma lista de clientes, ou de informação privilegiada sobre o mercado, obtida especificamente em suas funções, e em decorrência delas pode haver justa causa. Duas outras exigências faz a lei: que a negociação seja habitual, e que seja realizada sem permissão do empregador.

Evaristo de Moraes<sup>4</sup> nota que a negociação, no caso, é restrita ao gênero de atividade do empregador Gianinni, além disto, entende que a proibição, só vige quando uma

concorrência efetiva ou potencial seja possível, isto é, em relação aos atos que possam diminuir os lucros, ainda que eventuais, a que poderia aspirar o empregador, e ainda fazendo uso direto ou indireto de sua qualidade de empregado.<sup>5</sup> Não há, aí, coincidência com os crimes contra a concorrência desleal, muito embora possa haver dupla incidência, nas penalidades da CLT e do Código da Propriedade Industrial de 1945 artº 178, K.

A habitualidade da negociação, embora seja um requisito razoável para concretização de desídia, parece-nos no caso exigência injustificável. Um preposto de uma grande empresa pode, com um único ato de concorrência, levá-la às portas da falência, sem que seja possível a justa causa; coisa evidentemente absurda.

Entende, além disto, a doutrina, que a tolerância, ou o mero conhecimento de empregador, sem reação ao fato, desfiguraria a causa. O dever protegido é o de fidelidade do empregado ao empregador, decorrente do caráter fiduciário da relação. Délio Maranhão<sup>6</sup> entende que tal dever “traduz-se num sentido de lealdade do empregado não só em relação à pessoa do empregador, mas ao próprio empreendimento em que colabora, à casa em que trabalha. Como nota KROTOSCHIN, a fidelidade é também expressão da boa fé com que deve ser executado o contrato de trabalho, e se manifesta, principalmente, pela proibição de difundir notícias, que possam implicar em dano moral ou patrimonial ao empregador e à empresa, assim como de praticar atos de concorrência à atividade comercial por este exercida.

O segredo da empresa é o conjunto de conhecimentos exclusivos ou escassos que, integrando o seu fundo de comércio, importam em posição favorecida da empresa no mercado. A proteção trabalhista vai um pouco além, pois abrange a violação inclusive de segredos, como a lista de empregados a serem promovidos, que não afetem a vida externa da empresa. O princípio da salvaguarda é expresso pelo velho adágio “o segredo é a alma do negócio”.

Não há necessidade de que o empregador o declare como informação restrita, que não deve ser usada em proveito próprio ou revelado a terceiros. O bom senso, relativo a posição profissional do empregado, basta para caracterizar a causa. Nota Piragibe e Rodrigues Alves<sup>7</sup> que nem mesmo a divulgação ou a utilização em proveito próprio é requisito indispensável. “Basta que o empregado tome conhecimento, ele próprio, do

segredo do empregador, como se dá quando abre as gavetas a que não tem acesso, assim vindo a saber o que não deveria ser de seu conhecimento”.

Não será considerada violação de segredo a comunicação, ou utilização, do que constitua ilicitude. Da mesma forma, não será infração ao contrato de trabalho o fornecimento de informações, ainda que reservadas, à autoridade competente para requerê-las.

Está claro que a revelação de uma fórmula industrial, ou um processo não patenteado, pode trazer prejuízos colossais para a empresa. Será justo, assim, tentar a recuperação ainda que de parcela do dano do empregado., com base no princípio do *nemine laedere* e o da boa fé contratual. A ação proposta para tal efeito, emergindo da violação do contrato de trabalho, não estaria fora da competência da justiça especializada.

#### A PROTEÇÃO APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO

Em princípio, os efeitos de um contrato terminam com sua rescisão ou resilição. Ninguém pode retirar, do cérebro de um empregado que se desliga da empresa, as informações que nela obteve, em virtude e para o exercício de suas funções. Nem todas estas informações, como já enfatizamos, integram o fundo de comércio da empresa. A experiência pessoal de negociação de contratos, o conhecimento pessoal de clientes ou contratantes, a “tarimba”, tudo isto constitui a valorização profissional do empregado.

Há dados, porém, que constituem informação reservada, exclusiva ou escassa, que estão à disposição da firma e que, em virtude desta escassez, concedem-lhe posição favorecida no mercado. Em outras palavras, são parte de seu fundo de comércio. É o que repara Rubens Requião <sup>8</sup> ao dizer que “ em virtude de alta especialização técnica que grandes faixas da indústria, e mesmo parte do comércio, se revestem, torna-se importante preservar os conhecimentos e segredos que o trabalhador naturalmente adquire na manipulação de máquinas e fórmulas na vigência do emprego”.

O Direito tem admitido a inclusão, no contrato de trabalho, de cláusulas que proíbam que os empregados, uma vez cessada a relação de emprego, passem a trabalhar para empresa concorrente, sob pena de multas ou indenização por perdas e danos. Neste

sentido, o projeto do Código de Trabalho (1965) prevê, em seu art. 642, a figura do pacto de exclusão de concorrência. Tal pacto, celebrado por escrito, preverá porém uma compensação mensal durante o prazo de sua vigência, que será limitado, não abrangendo além disto restrições despropositadas de lugar, objeto e forma de prestação de serviços a terceiros.

Como diz o prof. Alberto da Rocha Azevedo, “os argumentos contrários são de que esta cláusula limita a liberdade de trabalho de uma das partes, mas isto não é verdade: o que ela limita mesmo é a concorrência”<sup>9</sup>. Não é o entendimento, porém, da jurisprudência. A 2ª Turma do TST, em processo (RR603/67) cujo relator foi o Prof. Délio Maranhão, prescreveu que “é nula a cláusula de exclusão da concorrência, posterior à cessação do contrato de trabalho, quando, por sua amplitude, importa em violação da liberdade de trabalho”.

No RE 67.653-GB, o STF se pronunciou, indiretamente, sobre a matéria. Ocorre que tais questões não chegam, usualmente, ao Pretório Excelso, em virtude de suas limitações de competência em matéria trabalhista. No caso, o empregador recorreu, com base fragílisma, mas visando apenas conseguir algum pronunciamento da Corte Maior sobre o assunto. Apesar de não conhecido, o recurso deu azo a alguns votos interessantes.

O relator, Min. Aliomar Baleeiro, remeteu o processo ao Pleno, como disse na ocasião, “inspirado na relevância que me parece que o caso tem. “É uma destas controvérsias em que se tem de escolher entre a literalidade da Constituição e os grandes interesse nacionais (...)” Do ponto de vista do desenvolvimento nacional, deveria uma cláusula como esta ser mantida, porque precisamos conhecer todos os segredos da técnica(...)”.

Quanto à decisão recorrida, que inquinava a cláusula de nulidade, em função do artº 15º, § 23 da Constituição, votou o Ministro: “haverá, na espécie, interpretação que se possa considerar conveniente à liberdade mas contraproducente do ponto de vista do estímulo de know how a empregados brasileiros. (...) Em resumo, o caso denuncia a existência de omissão na lei trabalhista, e a conseqüente dificuldade de o solverem os juízes trabalhistas.”

Sobre a questão, aliás, havia-se pronunciado Carvalho de Mendonça, já em 1911<sup>10</sup>, nos seguintes termos:

“Dissemos que podiam ser estipuladas no contrato de emprego no comércio obrigações de natureza particular.

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

Esse pacto é de ordinário chamado cláusula de concorrência.

Conforme a opinião radical, este pacto é nulo por ofender a liberdade de trabalho e de comércio, garantido constitucionalmente. Ele obrigaria o preposto a trabalhar forçadamente na casa do proponente, pois o privaria dos meios de prover honestamente a subsistência. A ordem pública repeliria esse pacto, que importa na condenação à ociosidade .

Outra opinião, porém, conciliando os interesses do preposto com os do proponente, é pela validade do pacto , desde que limitado no tempo e no espaço.

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

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

Evidentemente, mesmo na inexistência de tal cláusula , as perdas e danos resultantes da revelação de segredos, ou de utilização de informações, ou, em geral, de lesão ao fundo de comércio, seriam devidas. A questão da prova, da apuração de algo tão fluido como “processos, fórmulas secretas, conhecimentos vários, empregados na produção e circulação de bens, objeto da empresa”, tornaria o meio ineficaz, ou dificultosíssimo.

## NOTAS

1. In Curso de Direito Comercial. Rubens Requião. Pg. 188 – 1º volume. 8ª Edição. Saraiva 1977.
2. Idem pg. 196
3. Vide Conceito Jurídico de Know How Conferência por nós pronunciada na FINEP em 8 de junho de 1978.
4. 4. In Revista Forense, vol 149, pgs 532, 551
5. Apud Instuições de Direito do Trabalho. Délio Maranhão
6. Idem
7. In Você Conhece Direito do Trabalho? Pg 202 3ª Ed. Editora Rio . 1976
8. Op. Cit. Pg. 237
9. In curso de Direito Empresarial . Vol.I EDUC 1976, pg. 114.
10. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. II , nº 462 pg. 462/463