



Departamento de Economia Política

Pactos de não concorrência
- Algumas reflexões-

Bernardo Edgar Serafim Costa

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas e do Trabalho

Orientadora:
Professora Doutora Maria Luísa Teixeira Alves
ISCTE-Instituto Universitário de Lisboa

julho, 2018

Um sincero agradecimento, a todos aqueles que bem sabem, que o seu nome constaria desta página.

Índice de abreviaturas

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. – Acórdão

al. – alínea

CC – Código Civil Português

Cfr. – conferir

cit. – citado

colab. – colaboração

CPI – Código da Propriedade Industrial

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

ed. – edição

IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho

IRCT – Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho

LGTFP – Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas

loc. – local

Org. – Organização

TC – Tribunal Constitucional

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais

Vol. – Volume

ob. – obra

p. – página

ss. – siguientes

Índice

Índice de abreviaturas	4
Introdução	11
Capítulo I	13
1. Da liberdade à limitação do trabalho	13
1.2. Evolução da liberdade do trabalho	13
1.3. Relevância do princípio da liberdade do trabalho e o seu conceito	16
1.3.1. Relevância internacional	16
1.3.2. Princípio da liberdade do trabalho	19
1.4. Restrições à liberdade de trabalho	21
Capítulo II	24
2. As cláusulas limitativas da liberdade	24
2.1. O pacto de permanência	25
2.2. O pacto de exclusividade	26
2.3. O pacto de não concorrência	28
Capítulo III	30
3. As cláusulas de não concorrência	30
3.1. Noção e evolução	30
3.2. Dos interesses a proteger	32
Capítulo III	38
4. Regime Atual	38
4.1. Especificidades do regime	40
4.2. Acordo escrito	41
4.3. Atividade que cause prejuízo ao empregador	44

4.4. Duração da limitação	47
4.5. Limitação geográfica e de atividade	50
4.5.1. Limite geográfico	50
4.5.2. Limitação da atividade	52
4.6. A Compensação	54
Capítulo V	59
5. Pactos de não concorrência no trabalho em Funções Públicas.....	59
Capítulo VI.....	63
6. Cessação do contrato de trabalho	63
6.1. Incumprimento do pacto	63
6.1.1. Incumprimento pelo trabalhador	64
6.1.2. Incumprimento do empregador	66
6.2. Concorrência desleal.....	68
6.2.1. Da inexistência do pacto à concorrência desleal	68
6.2.2. Integração e aplicação	70
7. Conclusão	73
Bibliografia.....	77

Resumo

Esta dissertação reflete essencialmente o estudo dos pactos de não concorrência, aprofundando as causas históricas, os seus interesses e o seu regime.

Pretende-se, numa fase inicial, entrelaçar a estreita ligação existente entre a liberdade de trabalho e as cláusulas limitativas da liberdade, apresentando simultaneamente as suas razões históricas.

Num segundo patamar, são apresentados os pactos de não concorrência em concreto, a sua noção, o seu regime atual, os interesses que visam proteger, salientando-se algumas das suas especificidades, designadamente, os seus requisitos formais e materiais.

Por outro lado, são também destacadas, algumas questões de maior relevância, seja o prejuízo do empregador, a duração da limitação, o limite geográfico e de atividade, bem como a compensação a atribuir ao trabalhador.

É igualmente abordado o pacto de não concorrência, na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, confrontando-o com o modelo geral previsto no código de trabalho.

É também englobada a cessação do contrato de trabalho, dando destaque às situações de incumprimento do pacto de não concorrência, seja o incumprimento por parte do trabalhador ou por parte do empregador.

Num juízo final, avança-se ainda, a possibilidade de aplicação da concorrência desleal, caso se verifique a (in)existência do pacto de não concorrência, como forma de proteção do empregador.

Palavras chave: Liberdade trabalho, pacto de não concorrência no trabalho, restrição à liberdade do trabalho, concorrência desleal.

Abstract

This dissertation aims to analyze the historical causes, interests and the legal framework of non-competition agreements.

The dissertation will start by focusing on the close correlation between freedom of labour and restrictive clauses of freedom as well as, their historical background.

The text will further present the particularities of non-competition agreements, more specifically, their concept, current regime and the interests that they aim to protect. Lastly, some of their specificities, namely their formal and material requirements are also subject of this dissertation.

Some issues of greater relevance, such as employer's disadvantages, the duration of the limitation, the geographical and activity limit, as well as the compensation to be assigned to the employee were included for consideration/discussion.

The text also analyses non-competition agreement within the context of the General Labour Law in Public Administrations, comparing it with the general model described in the Code of Labour.

The termination of contract is also analysed, with particular emphasis on the non-compliance issues with the non-competition agreements, whether of employee's or the employer's fault.

In a final assessment, a proposal is made to apply unfair competition, in cases of existing or non-existing non-competition agreement as a form of protection of the employer.

Key words: freedom of labour, non-competition agreement at work, restriction of the freedom at work, unfair competition

Introdução

O objeto desta dissertação centra-se no domínio dos pactos de não concorrência¹, não tencionando fazer uma abordagem exaustiva sobre tudo o que lhe diz respeito, mas antes, abarcando a sua matriz essencial, e levantando algumas questões que se consideram pertinentes.

Os pactos de não concorrência, num contexto laboral, estão inevitavelmente ligados às restrições da liberdade de trabalho. Por esse motivo, estes pactos têm na sua base uma forte contração à liberdade de trabalho.

A restrição deste direito fundamental parece estar assente, num bem a proteger, de maior necessidade. Por isso mesmo, a justificação destas cláusulas, parte do pressuposto que concorrência exercida por um ex-trabalhador, em certas condições, pode prejudicar fortemente o empregador.

Esta lógica da não concorrência, aparentemente indicia um contrassenso, na medida em que os estados tendem a proteger a concorrência, com o intuito de alcançar enormes benefícios, seja para os consumidores em geral, ou para o próprio desenvolvimento económico.

Ora, nos pactos de não concorrência a lógica é precisamente a inversa. Pois como à frente se irá abordar, emerge a necessidade de proteger outro tipo de interesses, diferente daqueles que resultam de um mercado concorrencial, razão pela qual se pugnará por limitar a concorrência entre o ex-trabalhador e o ex-empregador.

Essa motivação, assente na limitação laboral da concorrência, é melhor perceptível se pensarmos que o empregador, no âmbito da sua livre iniciativa privada organiza um conjunto de elementos com vista à execução de uma atividade económica, assumindo o risco do sucesso daquela atividade, da qual são elementos cruciais, os trabalhadores.

Podemos assim dizer que, a limitação da concorrência, neste campo, sobrepõe um bem jurídico consagrado constitucionalmente em prol da proteção de uma unidade

¹ No decorrer do presente trabalho a referência a pacto ou cláusula é usada de forma indistinta, correspondendo ambas ao pacto de não concorrência.

empresarial estável e de rentabilidade produtiva, confiando num posterior reforço da posição dos trabalhadores.

Note-se, no entanto, que nem toda e qualquer relação laboral será apta a uma limitação da concorrência, mas antes, as situações em que o trabalhador adquire, por via do seu trabalho, um determinado conhecimento específico, ou até relações com clientes e concorrentes de mercado, relevantes na área do empregador, que poderão potenciar uma forte e destrutiva concorrência.

Capítulo I

1. Da liberdade à limitação do trabalho

1.2. Evolução da liberdade do trabalho

A abordagem aos pactos de não concorrência no contexto laboral implica, conseqüente e necessariamente, igual abordagem à questão das restrições à liberdade do trabalho, pelo que, importa proceder à análise da sua evolução ao longo do tempo.

Atualmente, o conceito de “trabalho” configura-se como sinónimo de uma atividade livre e desenvolvida, assente, entre outros valores e princípios, na dignidade do homem enquanto ser humano, concluindo-se assim, pelo estatuto da liberdade do trabalho como um dos pilares fundamentais da sociedade contemporânea.

Todavia, nem sempre foi assim. Com efeito, a liberdade de trabalho foi objeto de consideráveis e determinantes desenvolvimentos, restritivos e ampliativos, ao longo da história, com nota de destaque para os acontecimentos registados nos séculos XIX e XX, por força da sua estreita ligação à evolução da civilização, da condição humana, assim como, à convergência de diversos fatores económicos e sociais².

Com efeito, a relação laboral, até ao período da Idade Média, decorria de uma relação de propriedade, assente na conceção da escravatura, sem prejuízo da existência de exemplos de relações de locação no presente âmbito, como se irá abordar de seguida.

Neste período de tempo, o emprego da força do trabalho, e respetivo enquadramento mercantil, ocorria à margem de qualquer liberdade entre o homem e a atividade profissional. Com efeito, os escravos³, não obstante o respetivo estatuto como a

² João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016, Almedina, p. 29.

³ No direito romano existiam Cidadãos romanos, estrangeiros e escravos. Os cidadão romanos encontravam-se divididos me duas categorias, os *ingénuos* (todas as pessoas que nascem e vivem livres, sem terem sido escravos) e *libertus* (são os escravos na qual foi concedida a liberdade, embora fique ainda na dependência do seu patronus).

Quanto aos escravos estes em regra não gozavam de liberdade e prestavam serviço a um homem livre. No que confere ao seu status jurídicos, estes eram considerados coisas (*res*), homens

principal força de mão-de-obra com inegável importância no crescimento das sociedades, eram considerados como meros objetos de propriedade.⁴ Com os escravos, coexistiam cidadãos livres que, mediante a celebração de contrato, comprometiam-se à realização de uma prestação de trabalho, que mais não era do que uma locação em sentido amplo.⁵

Por sua vez, no desenrolar da Idade Média, com o surgimento de uma economia urbana, com forte produtividade de bens e assente no trabalho livre,⁶ começam a surgir as primeiras hierarquizações profissionais, em regra, constituídas por três graus: aprendizes, companheiros ou oficiais e mestres.

Com base nestas hierarquizações, começam a surgir corporações em várias áreas, com o propósito de defesa dos interesses e direitos dos membros destas classes profissionais perante terceiros, assim como da assunção de um importante papel mutualista, em situações de doença, invalidez ou falecimento.⁷

As corporações começaram a ter o seu declínio na Europa a partir do séc. XVI, o que em certa medida, se justifica, pela abertura dos mercados, uma vez que, rodeadas por um comércio mais vasto, registaram enormes dificuldades de adaptação aos novos circunstancialismos comerciais, os quais não tardaram em influir as relações laborais.

Prosseguindo no referido período de tempo, não podemos deixar de atribuir relevante nota de destaque à invenção da máquina, enquanto um dos acontecimentos históricos com maior influência no desenvolvimento das relações laborais, e por consequência, na liberdade de trabalho.

A Revolução Industrial conduziu a uma considerável migração de trabalhadores dos campos para as cidades, introduzindo a mudança do setor agrário para o industrial, enquanto novo centro da atividade económica das sociedades.

Este desenvolvimento foi suportado, em certa medida, pelo sacrifício de muitos operários que, na maioria dos casos, sem o mínimo de condições humanas, trabalharam

(*homines*) ou pessoas (*personae*), para mais desenvolvimentos: A. Santos Justo, *Direito Privado Romano I - Parte Geral*, 2008, Coimbra Editora.

⁴ Sebastião Cruz, *Direito Romano (Ius Roamanum)*, Coimbra Editora, p.62

⁵ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 2008, Almedina, p.24.

⁶ Bernardo da Gama Lobo Xavier, *Curso de Direito do Trabalho*, 1992, Verbo, p.21.

⁷ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2012 p. 74.

durante extensos períodos de tempo, sem qualquer proteção laboral. Alguns autores, nomeadamente Jean Rivero e Jean Savatier, resumem este período como *l'incroyable misère de la classe ouvrière*⁸, decorrente do registo de uma forte concorrência entre os operadores industriais no exercício da respetiva atividade, o que conduziu à redução, de forma agressiva, dos custos de produção, predispondo a prática de salários baixos.

As condições laborais deste período eram suportadas, essencialmente, pela livre desvinculação de qualquer das partes, correspondendo a um efetivo comércio de trabalhadores, que exerciam as suas funções, por longas jornadas, muitos deles menores e em condições degradantes.

Este período de forte industrialização, determinou que a atividade humana passasse a ser encarada, como um mero fator de produção, praticamente dependente do mercado, passando assim, o trabalhador a executar uma operação estritamente concreta e perdendo assim o conhecimento global da atividade.⁹

Fundamentalmente, a liberdade de trabalho, verificada neste período, correspondeu a uma *liberdade formal absorvida pela axiologia da liberdade de comércio e indústria*¹⁰, na medida em que assentava, essencialmente, numa liberdade de iniciativa económica.¹¹

Foi o desenlace de todas estas circunstâncias, decorrentes da evolução das civilizações que, conjugadas com outros fatores, designadamente, os princípios erguidos do pós-guerra¹², a corrente evolução dos direitos fundamentais, o declínio do individualismo liberal em prol do surgimento de ideais socialistas, o sufrágio universal e o crescimento de movimentos sindicais, que conduziram ao direito e à liberdade do trabalho que atualmente conhecemos.¹³

⁸ Rivero Jean & Savatier Jean, *Droit du travail*, 1970, Presses Universitaires de France, p.31.

⁹ Bernardo da Gama Lobo Xavier, *Curso de Direito do Trabalho*, 1992, Verbo, p.24

¹⁰ João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016, Almedina, p. 45.

¹¹ Note-se que não existia qualquer tipo de medidas ou instrumentos de combate à discriminação, nem sequer de qualquer intervenção pública regulatória deste setor.

¹² Pense-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

¹³ Para mais desenvolvimentos, Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016, Almedina.

1.3. Relevância do princípio da liberdade do trabalho e o seu conceito

1.3.1. Relevância internacional

A liberdade de trabalho constitui, desde logo, uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, erigido, essencialmente, no período pós-guerra.

Com efeito, os acontecimentos registados durante o supra mencionado conflito mundial, designadamente a utilização de campos de concentração para trabalho escravo¹⁴, a utilização de mão-de-obra em massa para a indústria bélica e as demais atrocidades que marcaram o seu período, e que causaram enormes prejuízos na esfera das liberdades e garantias das populações afetadas, provocaram uma redobrada preocupação internacional sobre a dignidade da pessoa, assim como sobre os instrumentos e/ou mecanismos a adotar com vista à sua adequada tutela.

Nesse seguimento registou-se a criação de inúmeros diplomas internacionais, onde podemos encontrar vastíssimas decorrências do princípio da liberdade do trabalho, razão pela qual, não se pode ignorar os contornos internacionais deste princípio.

Em 1930 e segundo a Convenção n.º 29 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada¹⁵ por Portugal em 1956, trabalho forçado foi definido como *"todo o trabalho ou serviço exigido a um indivíduo sob ameaça de qualquer castigo e para o qual o dito indivíduo não se tenha oferecido de livre vontade"* (artigo 2), pelo que o trabalho forçado ou obrigatório apenas poderia ser empregado, excecional e exclusivamente, para fins públicos e sob condição de se destinar a um período transitório.

Por outro lado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução 217A (III) de 10 de dezembro de 1948, destaca-se como um dos diplomas internacionais mais relevantes no presente âmbito, uma vez que o respetivo disposto procedeu ao estabelecimento dos direitos humanos básicos, da qual já se sublinhava no n.º 1 do seu artigo 23.º que *"Toda*

¹⁴ A este propósito, pense-se na insígnia utilizada pelo partido nazi na Alemanha, *"Arbeit macht frei"* (*O trabalho liberta*), tendo sido colocada em muitos dos seus campos de concentração, designadamente no seu principal em Auschwitz.

¹⁵ Aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 40 646, de 16.06.1956.

a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.”

Mas não se esgotam por aqui, as derivações da liberdade do trabalho, a nível internacional. Enuncie-se de igual modo o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, e cujo artigo 8.º dispôs que *A escravatura e o tráfico de escravos são proibidos sob todas as formas. § Ninguém pode ser submetido a servidão. a) Ninguém será constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório;*¹⁶

Na procura de eficazes mecanismos para defesa dos direitos humanos, o Conselho da Europa adotou, em 1950, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor na ordem jurídica internacional na data de 3 de setembro de 1953¹⁷. Neste diploma, também se verifica esta dimensão pessoal, aliada à liberdade de trabalho, designadamente no seu artigo 4.º, cujo disposto determina a proibição da escravatura e do trabalho forçado, uma vez que *"Ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão"* e que *"Ninguém pode ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório"*.

¹⁶ Continuação do art.º 8:

b) A alínea anterior não poderá ser interpretada no sentido de proibir, em países em que certos crimes podem ser punidos com pena de prisão acompanhada de trabalhos forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados imposta por um tribunal competente;

c) Não será considerado trabalho forçado ou obrigatório para efeitos deste parágrafo:

i) Os trabalhos ou serviços que, salvo os mencionados na alínea b), são normalmente exigidos a uma pessoa presa em virtude de uma decisão judicial legalmente aplicada, ou a uma pessoa que tendo sido presa em virtude de tal decisão se encontre em liberdade condicional;

ii) O serviço de carácter militar e, nos países em que se admite a objeção de consciência, o serviço cívico que devem prestar, conforme a lei, aqueles que se oponham ao serviço militar por esta razão;

iii) O serviço imposto em casos de emergência ou calamidade que ameacem a vida ou o bem-estar da comunidade;

iv) O trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais

¹⁷ O texto da Convenção foi modificado de acordo com o Protocolo n.º 3 (STE n.º 45), que entrou em vigor em 21 de setembro de 1970, com o Protocolo n.º 5 (STE n.º 55), que entrou em vigor em 20 de dezembro de 1971, pelo Protocolo n.º 8 (STE n.º 118), que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1990, incluindo ainda o texto do Protocolo n.º 2 (STE n.º 44) que, nos termos do seu artigo 5º, parágrafo 3º, fazia parte integrante da Convenção desde a sua entrada em vigor em 21 de setembro de 1970.

Neste seguimento, também a Carta Universal dos Direitos Fundamentais da União Europeia, veio reafirmar o respeito pelas atribuições e competências da União, no que confere ao reconhecimento dos direitos e liberdades, elencados nos seus sete títulos, da qual se destaca o artigo 5.º, cuja epígrafe refere a "*Proibição da escravidão e do trabalho forçado*" e cujo disposto determina que "*1. Ninguém pode ser sujeito a escravidão nem a servidão.*" e que "*2. Ninguém pode ser constrangido a realizar trabalho forçado ou obrigatório.*"

Ainda no âmbito da Carta Universal, destaca-se de igual modo o artigo 15.º, cuja epígrafe refere a "*Liberdade profissional e o direito de trabalhar*", e cujo disposto determina que:

"1. Todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite.

2. Todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro.

3. Os nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados-Membros têm direito a condições de trabalho equivalentes àquelas de que beneficiam os cidadãos da União."

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar a Carta Social Europeia, aberta à assinatura em 3 de maio de 1996, com depósito do instrumento de ratificação por Portugal em 30 de maio de 2002, cujo disposto, embora não concretize de forma específica a liberdade do trabalho, acaba por ter um importante papel na defesa e desenvolvimento dos direitos do homem e das suas liberdades fundamentais.

Com efeito, no respetivo artigo 1.º procede-se à previsão do elenco dos direitos do trabalhador, com destaque, no n.º 2 da referida disposição legal, para o direito de o trabalhador ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente empreendido. Ainda no âmbito da Carta Social, importa mencionar a simultânea introdução, nos termos do respetivo artigo 9.º, do direito à orientação profissional, como tal, enquanto direta decorrência da liberdade de escolha de profissão.

Por sua vez, também o Pacto Internacional Sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, que entrou em vigor na ordem internacional a 3 de janeiro de 1976, vem assegurar que o trabalhador, no contexto laboral, possa ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceite, conforme se verifica no seu artigo 6.º, segundo o qual *"1 - Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito que têm todas as pessoas de assegurar a possibilidade de ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceite, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito."*

Face ao exposto conclui-se, com base nas supramencionadas disposições constantes de diplomas internacionais, pela importância e reconhecimento da liberdade do trabalho no contexto internacional, assim como, pelo seu estreito relacionamento com os direitos fundamentais.

1.3.2. Princípio da liberdade do trabalho

Falar dos pactos de não concorrência da forma como se propõe, leva-nos inevitavelmente a referenciar a liberdade do trabalhador. Não se pode analisar esta temática, sem fazer uma correlação com os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, que no fundo são os pilares do direito do trabalho.

No entanto, os pactos de não concorrência podem levar à restrição deste princípio, em prol de um bem jurídico maior, conforme se verá mais adiante.

Com efeito, a limitação da concorrência ao empregador, por via de um pacto de não concorrência, implica, conseqüente e inevitavelmente, a inversa limitação da liberdade de trabalho do ex-trabalhador, impedindo-o de poder livremente exercer a sua atividade, seja por conta de outrem, ou por sua livre iniciativa.

A questão da constitucionalidade das cláusulas de não concorrência foi alvo de grande divergência doutrinal¹⁸. No entanto, o Ac. n.º 256/2004, de 14 de abril de 2004 do TC veio pacificar esta questão, concluindo que *"Ponderadas todas estas cautelas e*

¹⁸ Neste sentido, Leite, Jorge, "Direito do trabalho", vol. II, Serviços de textos dos SACUC, Coimbra, 1999, p. 63

restrições legais, conclui-se que a possibilidade de estipulação de pacto de concorrência não viola, de forma intolerável, os valores constitucionais invocados pela sentença recorrida.”

Neste sentido, não se pode ignorar que o princípio de Liberdade de trabalho e de profissão é um direito fundamental clássico no nosso ordenamento.¹⁹ A Constituição Portuguesa consagra no seu artigo 47.º o direito de qualquer indivíduo poder *escolher livremente a profissão ou o género de trabalho*. Este direito de liberdade de profissão²⁰ significa duas coisas²¹, por um lado não ser forçado a escolher (e a exercer) uma determinada profissão, e por outro, não ser impedido de escolher (e exercer) qualquer profissão para a qual possua os necessários requisitos.

Apesar de presente em quase todas as Constituições portuguesas²², houve uma cabal evolução do princípio da Liberdade do Trabalho. Nas constituições anteriores à de 1976, este princípio aparece estritamente identificado com a liberdade de comércio e indústria, não existindo uma clara distinção entre aquelas e a liberdade de trabalho, pelo que somente após a CRP é que se procede à sua separação e autonomização.

Neste sentido, é atualmente aceite a diferenciação entre estes dois campos de liberdade, o que bem se compreende, na medida em que a liberdade do trabalhador acaba por ter na sua génese um conjunto de características próprias, subjacente a uma visão inteiramente mais protetora do próprio trabalhador e que, como tal, não pode ser confundida com outras áreas.

Posto isto, a liberdade de profissão pode revelar-se como uma liberdade de escolha e como uma liberdade de exercício. Nesse sentido, Jorge Miranda²³, refere que a primeira pode ser decomposta, no direito de escolher livremente, sem impedimentos, qualquer

¹⁹A este propósito Jorge Miranda, “*Liberdade de Trabalho e Profissão*”, Revista de Direito de Estudos Sociais, 1988, Almedina, p. 145.

²⁰ Nas Constituições liberais e na de 1933 a liberdade de trabalho e de profissão era confundida com a liberdade de comércio e indústria, só na Constituição de 1976 se separaram, passando a estar em sítios distintos, uma no art.º 47.º “Direito de escolha de profissão e acesso à função pública” e a outra no 61.º, n.º 1 “Iniciativa privada”.

Jorge Miranda e Rui Medeiros, “*Constituição Anotada*”, Tomo I, maio de 2010, p.963

²¹ J.J Gomes Canotilho/Vital Moreira “*Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Vol. I, 4.ª Ed. Revista, Coimbra Editora, 2007, p. 653.

²² Exceto na Constituição de 1822.

²³ Jorge Miranda, “*Liberdade de Trabalho e Profissão*”, Revista de Direito de Estudos Sociais, 1988, Almedina, p. 156

profissão, no direito de acesso à formação escolar, no direito à preparação técnica e às modalidades de aprendizagem e de prática profissional necessária, no direito de acesso aos requisitos necessários à promoção na carreira profissional, no direito a escolher uma especialidade profissional, bem como de obter as necessárias habilitações e no direito de mudar de profissão.

Já sobre a liberdade de exercício, o mesmo autor entende que a mesma implica o direito de obter, sem impedimentos, as habilitações legais, no direito a adotar a modalidade jurídica de exercício de profissão preferida, no direito de escolher o lugar de exercício, no direito a praticar atos jurídicos para além dos atos materiais, no direito ao segredo profissional, no direito à (não) inscrição nas organizações profissionais, no direito de (não) inscrição em associações sindicais e no direito de não ser privado do exercício da profissão, com exceção dos casos previstos na lei.

Para além desta dimensão da escolha, resulta ainda da CRP o direito a não ser privado da profissão, senão nos casos e termos da lei e com todas as garantias. Não sendo admissível a privação ao exercício da profissão, sem serem respeitadas as exigências de um Estado de Direito. Sendo que, os trabalhadores subordinados, obtêm uma posição de proteção, ainda mais reforçada, no artigo 53.º.

1.4. Restrições à liberdade de trabalho

Transposta que está a liberdade de trabalho, e configurado o seu núcleo como o de um direito constitucionalmente protegido, com primordiais decorrências internacionais e com fundamental importância no direito laboral, estamos agora em condições de perceber até que ponto, este princípio pode ser restringido.

Não podemos esquecer que, a causa e efeito de um pacto de não concorrência é precisamente, o impedimento do exercício de uma certa atividade, por parte do trabalhador, que possa ser concorrencial com a do ex-empregador. Ora, em termos

genéricos, tal não é mais do que uma restrição na liberdade do trabalhador, obstando aquele na sua liberdade de atividade.²⁴

Neste seguimento, não se pode denegar, que a CRP admite restrições a esta liberdade, conforme se verifica no n.º 1 do artigo 47.º segundo o qual “*salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade*”. Aliás, a crescente especialização, diversificação e adaptação da nossa sociedade laboral, levam a crescentes restrições. Pense-se, desde logo, nas restrições “inerentes à sua própria capacidade” que tendem a ser restrições traçadas, não para uma certa e determinada pessoa, mas para um pluralidade indefinida de pessoas²⁵. Aqui entram, as restrições relacionadas com os títulos académicos, requisitos médicos, ou psicotécnicos.

Também, podem surgir, as restrições em razão do “interesse coletivo”, sendo o caso de certas profissões ou atividades²⁶, nas quais se propõem defender valores deontológicos de elevados padrões. A este respeito, como refere Jorge Miranda e Rui Medeiros, o direito de escolher livremente uma profissão ou um género de trabalho, também abrange o direito de optar pelo desempenho comitente de diferentes atividades profissionais, como forma de realização pessoal e profissional.

Neste seguimento, naturalmente que qualquer solução que possa limitar o exercício da liberdade de trabalho, após a cessão do contrato, constitui uma contrariedade para o efeito. Ainda assim, e desde que preenchidos os requisitos mínimos, as cláusulas de não concorrência, mesmo que limitando tal liberdade, podem ser admissíveis.

Quanto à questão de constitucionalidade sobre os pactos de não concorrência, conforme já destacamos atrás, o Tribunal Constitucional, concluiu pela não inconstitucionalidade

²⁴ Conforme, mais à frente se verificará, a restrição à liberdade do ex-trabalhador, terá de obedecer a um determinado período, subsequente à cessação do contrato de trabalho, e ter-se-á de cumulativamente cumprir as seguintes condições:

-*Constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste;*

-*Tratar-se de uma atividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador;*

-*Atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da atividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional.*

²⁵ Jorge Miranda e Rui Medeiros, “*Constituição Anotada*”, Tomo I, maio de 2010, p.969.

²⁶ É o exemplo da advocacia ou da magistratura judicial, a este respeito, os Ac. 588/91 e 106/92.

da norma constante no n.º 2 do artigo 36.^{o27} do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de novembro de 1969.

²⁷ Atual art.º 136.º do Código Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro.

Capítulo II

2. As cláusulas limitativas da liberdade

As cláusulas de limitação da liberdade de trabalho, apenas são admitidas em termos muito restritos, uma vez que o princípio da liberdade de trabalho tem consagração constitucional²⁸.

Esta consagração constitucional, conduziu a que o próprio CT viesse estabelecer, como regra geral, a proibição das cláusulas no contrato de trabalho que, por qualquer forma, possam prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após cessação do contrato²⁹.

Neste sentido, e em domínio do direito do trabalho, a liberdade de estipulação contratual encontra-se limitada³⁰, assente na necessidade de especial proteção que o trabalhador, enquanto parte mais débil exige.

Com efeito, não se pode descartar que a não consagração destes limites acarretaria regras contratuais abruptamente desfavoráveis ao trabalhador, atendendo à relação naturalmente desigual entre este e o seu empregador. Ainda assim, o n.º 2 do artigo 136.º do CT vem possibilitar a limitação da atividade do trabalhador, dando azo ao surgimento de um novo conjunto de deveres³¹, imputáveis à responsabilidade do trabalhador e que vigoraram após a cessão do contrato de trabalho.

Neste sentido, são assim admitidas três cláusulas de limitação da liberdade de trabalho: O pacto de permanência, o pacto de exclusividade e o pacto de não concorrência.

Embora o cerne deste trabalho se centre no pacto de não concorrência, entendemos ser pertinente que, previamente à introdução ao seu regime específico, se proceda, ainda que de forma sumária, à distinção destes três modelos.

²⁸ Art.º 47.º da CRP

²⁹ Art.º 136.º e 138.º do CT.

³⁰ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2013 p. 607.

³¹ A este respeito, “Deveres Emergentes da Cessação do Contrato de Trabalho” - Maria do Rosário Palma de Ramalho, Parte II, Almedina.

2.1. O pacto de permanência

Esta cláusula de limitação da liberdade de trabalho está prevista no artigo 137.º do CT³². Nesta convenção o trabalhador fica obrigado a permanecer com a sua prestação laboral durante certo período (não superior a 3 anos), não podendo assim denunciar o contrato de trabalho.

A *ratio legis*, do pacto de permanência visa, justamente, evitar que o empregador invista na formação profissional do trabalhador e, posteriormente, não venha a obter qualquer benefício decorrente, pretendendo-se assim, *conferir utilidade às despesas efetuadas pelo empregador*³³ na formação profissional.

Note-se que as despesas na formação profissional configuram-se como, obviamente, extraordinárias³⁴, não se confundindo com as despesas correntes de formação que o empregador já tem a obrigação de prestar ao trabalhador, previstas no n.º 1 do artigo 127.º do CT, assim como no artigo 130.º do mesmo diploma³⁵.

Neste mesmo sentido, refere Nancy Sirvent Hernández “só um tipo de formação que exceda a genérica formação profissional (...) pode justificar a assunção de uma obrigação de permanência por parte do trabalhador”³⁶.

Este pacto não impede que o trabalhador venha a resolver o contrato por justa causa ou que seja despedido com justa causa, uma vez que o objetivo deste tipo de cláusulas não é dificultar a cessação do contrato de trabalho, mas sim salvaguardar *um investimento significativo e execucional*³⁷.

³³ Expressão assertiva utilizada por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Almedina, p.404.

³⁴ Martinez, Pedro Romano (2013), *Direito do trabalho*, Coimbra, Almedina, p.612.

³⁵ Art.º 127.º n.º 1 al. d) “Contribuir para a elevação da produtividade e empregabilidade do trabalhador, nomeadamente proporcionando-lhe formação profissional adequada a desenvolver a sua qualificação;”

³⁶ Nancy Sirvent Hernández (2002), *El pacto de permanência en la empresa*, tirant lo blanch, Valencia, p.164 – 165.

³⁷ Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, p. 625.

Note-se que na eventualidade de se estabelecer, uma cláusula de permanência³⁸, esta nunca poderá ser superior a três anos, conforme estabelece o n.º 1 do artigo 137.º do CT.

Quanto aos requisitos de forma deste pacto é de salientar que, ao invés do pacto de não concorrência, a cláusula de permanência não carece de forma escrita, podendo assim, ser, ou não, incluída no contrato de trabalho, assim como constar, ou não, de um pacto autónomo.

Tem ainda de se assinalar que esta obrigação de permanência está sempre dependente de um vínculo laboral, não podendo continuar a produzir efeitos quando cessar o contrato, configurando-se assim um enquadramento completamente diferente do pacto de não concorrência, que só produz efeitos após cessado o contrato de trabalho.

Ainda assim, o trabalhador, mesmo durante a vigência do pacto, não vê a sua liberdade vedada, uma vez que, quando o pretender, pode sempre desvincular-se, tendo apenas de restituir ao empregador o que este despendeu na sua formação, conforme salienta o n.º 2 do artigo 137.º do CT. Neste sentido e como refere, Pedro Romano Martinez, “*o pacto de permanência corresponde a uma limitação voluntária dos direitos de personalidade, ainda que legal, a sua revogação é livre desde que se*” indemnize o empregador³⁹.

2.2. O pacto de exclusividade

O pacto de exclusividade cuja celebração procede à limitação, em simultâneo, da possibilidade de pluriemprego e da liberdade de trabalho, não se encontra regulado no CT.

³⁹ Martinez, Pedro Romano (2013), *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, p.613.

Ainda assim, no exercício de trabalho em funções públicas, em que o Estado figura como entidade empregadora, verifica-se a existência de regulamentação normativa⁴⁰ sobre a matéria, segundo a qual se procede, em regra, à prestação de trabalho em funções públicas em regime de exclusividade, conforme decorre do artigo 20.º da LGTFP⁴¹.

À semelhança do pacto de não concorrência, também no pacto de exclusividade se limita a liberdade de trabalho, impedindo este de desenvolver qualquer atividade *por conta própria ou alheia*⁴², na constância da relação de trabalho⁴³. Como tal, o pacto de exclusividade não se confunde com o dever de não concorrência uma vez que aquele, como refere Menezes Leitão, consubstancia “*um plus face ao dever de não concorrência*”, implicando assim uma total limitação da liberdade.

O pacto de exclusividade decorre da livre vontade das partes outorgantes, deve aceitar-se ainda assim a possibilidade da sua revogação pelo trabalhador, a todo o tempo, uma vez que a sua celebração determina uma forte limitação dos respetivos direitos de personalidade.

Por outro lado, caso o trabalhador, viole o pacto de exclusividade, sujeita-se a indemnizar o empregador nos termos da responsabilidade contratual, sem prejuízo da constituição de eventual causa para o seu despedimento, mediante o cumprimento dos necessários pressupostos para o efeito⁴⁴.

⁴⁰ João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016, Almedina, p. 471.

⁴¹Artigo 19.º - *Incompatibilidades e impedimentos:*

1 - *No exercício das suas funções, os trabalhadores em funções públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração.*

2 - *Sem prejuízo de impedimentos previstos na Constituição e noutros diplomas, os trabalhadores com vínculo de emprego público estão sujeitos ao regime de incompatibilidades e impedimentos previsto na presente secção.*

Artigo 20.º - Incompatibilidade com outras funções:

As funções públicas são, em regra, exercidas em regime de exclusividade.

⁴² Martinez, Pedro Romano (2013), *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, p.610.

⁴³Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Almedina, p.390

⁴⁴ Martinez, Pedro Romano (2013), *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, p.611.

2.3. O pacto de não concorrência

Diferentemente dos pactos que acima destacamos, temos agora o pacto de não concorrência.⁴⁵ Este encontra-se previsto e regulamentado nos termos do artigo 136.º do CT, sendo objeto de um regime mais exigente e complexo, uma vez que a liberdade do trabalhador, por via da sua celebração, encontra-se mais restrita.

Com efeito, o pacto de não concorrência pretende, essencialmente, limitar a atividade do trabalhador após a extinção do contrato, evitando assim que o visado, enquanto ex-trabalhador, use os conhecimentos profissionais adquiridos em benefício dos concorrentes do seu agora ex-empregador⁴⁶.

Ora, uma vez que se inicia com a extinção do contrato de trabalho, o pacto de não concorrência, não se confunde com o dever de não concorrência estabelecido na lei laboral,⁴⁷ uma vez que este dever apenas é exigido, precisamente, na decorrência do vínculo laboral.

Como justificação deste tipo de cláusulas, alega-se o considerável prejuízo que este “tipo” de concorrência poderá, potencialmente, causar ao empregador, criando-se assim adequado mecanismo para a tutela da sua posição. Com efeito, enuncie-se, a título de exemplo, os casos em que o trabalhador adquire, por via do seu trabalho, um determinado conhecimento específico e/ou estabelece relações com clientes e concorrentes de mercado relevantes na área do empregador, os quais, a serem utilizados pela concorrência, podem determinar enormes prejuízos para o seu ex-empregador.

No entanto, nos termos do artigo 136.º n.º 2, só é possível recorrer a esta figura limitativa da liberdade, desde que, a sua duração não ultrapasse 2 anos (ou no máximo 3 anos)⁴⁸ e quando se verificarem os seguintes requisitos:

- Conste de acordo escrito, no contrato de trabalho ou no acordo de revogação;

⁴⁵ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Direito do Trabalho, 4.ª edição, Almedina, p.402

⁴⁶ Fernandes, António Monteiro, Direito do trabalho – 17ª ed., Almedina, p.583.

⁴⁷ Art.º 128, n.º 1 f) do CT.

⁴⁸ Ou até 3 anos quando haja uma especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência.

- Tratar-se de atividade que possa causar prejuízo ao empregador;
- Ser atribuída ao trabalhador uma compensação, durante o período de limitação da atividade.

Deve ainda, assinalar-se que a compensação pela limitação na liberdade do trabalhador distingue-se da sua remuneração por via do salário contratualizado, uma vez que não há qualquer prestação efetiva.

Note-se de igual modo, que o trabalhador apenas está impedido de trabalhar numa área concorrente e não em todas as áreas, razão pela qual, deve assim, tal compensação assumir a compensação por aquilo que deixar de auferir.

No entanto, mais à frente, especificaremos de forma individualiza este regime, bem como, algumas questões mais técnicas deste pacto.

Capítulo III

3. As cláusulas de não concorrência

3.1. Noção e evolução

Em regra, terminado o vínculo laboral, o ex-trabalhador adquire a sua total liberdade de trabalho (mas também de iniciativa económica), deixando de se encontrar sobre a alçada do dever de "lealdade ao empregador", que o impedia de exercer uma atividade por conta própria ou alheia em concorrência com ele, bem como de divulgar informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios (art.º 128.º do CT).

Deixando de existir este vínculo laboral, o ex-trabalhador pode, assim que o entender, iniciar uma atividade profissional concorrente com o seu ex-empregador, desde que fora dos termos da concorrência desleal⁴⁹.

A cláusula de não concorrência, pode ser assim, situada entre o dever de não concorrência (vigente durante o contrato) e a proibição de concorrência desleal, mas na verdade, não integra verdadeiramente a nenhum destas figuras.

Ora, é precisamente com o termo da relação laboral, que se concebem as condições para o surgimento da cláusula de não concorrência, a fim de restringir a liberdade de trabalho, em aparente amparo dos interesses do ex-empregador.

O pacto de não concorrência, poderá definir-se como um acordo expresso de vontades entre o empregador e o trabalhador, de natureza sinalagmática e onerosa, de duração limitada, pelo qual se visa limitar a atividade deste último, após a cessação do contrato, com vista a impedir que concorra com o ex-empregador.⁵⁰

⁴⁹ Como mais à frente iremos verificar, nada parece impedir que um trabalhador, após a cessação do contrato de trabalho, enquanto concorrente (seja por livre iniciativa económica ou enquanto trabalhador) possa cair nas malhas da cláusula geral de concorrência desleal. Para tal, é forçoso que venha exercer uma atividade concorrente com o seu ex-empregador, ou seja, que disputem, em concreto, a mesma clientela e que colida com as normas e usos honestos.

⁵⁰ Definição de Sofia, Silva e, “*obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum*”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2012, p.39

Este preceito, do ponto de vista histórico tem uma distante origem mercantil, sendo de denotar, que a maioria das legislações comerciais estabeleceram proibições de concorrência em relação a colaboradores comerciais, o que acabou, ainda que paulatinamente por vir a decorrer para o direito do trabalho.⁵¹

Em Portugal só em 1966, com a entrada em vigor do DL n.º 47 032, de 27 de maio de 1966, se dá início à primeira introdução legal do que viriam a ser, os pactos de não concorrência.⁵² Até então, nem o código civil de 1867, nem o Estatuto do Trabalho Nacional, nem a Lei n.º 1952, de 10 de março de 1937, concluíam qualquer alusão à concorrência após cessação do contrato de trabalho, conforme destaca Sofia Silva e Sousa⁵³.

O DL n.º 47 032, de 27 de maio de 1966, veio promulgar a regulamentação jurídica do contrato individual de trabalho, revogando⁵⁴ a legislação anterior e introduzindo assim, de forma marcadamente inovadora, o primeiro esboço do pacto de não concorrência.

Esta limitação da atividade do trabalhador, decorrente do art.º 36 n.º 2, daquele histórico diploma, efetivava a permissão da limitação da atividade do trabalhador, por um período máximo de 3 anos subsequentes à cessação do contrato de trabalho, desde que se cumprissem cumulativamente, os seguintes requisitos: *“a) Constar ... por forma escrita, do contrato de trabalho; b) Tratar-se de atividade cujo exercício possa efetivamente causar prejuízo à entidade patronal; e c) Atribuir-se ao trabalhador uma retribuição durante o período de limitação da sua atividade, que poderá sofrer redução equitativa quando a entidade patronal houver despendido somas avultadas com a sua formação profissional.”*

Conforme se pode comprovar, na decorrência da apreciação daquele artigo, constitui facto curioso a expressa previsão, no respetivo n.º 3 e ao contrário da atual legislação, do regime do pacto de permanência. Na disposição legal em análise, era estabelecida a

⁵¹ Cordeiro, António Menezes, *Concorrência Laboral e Justa Causa de Despedimento*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1986, p.502.

⁵² Para mais desenvolvimento sobre a introdução deste pacto no ordenamento jurídico - João Zenha Martins, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016, Almedina, p. 552.

⁵³ Sofia, Silva e, *“obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum”*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2012, p.25

⁵⁴ Designadamente a Lei n.º 1952, o artigo 3.º e seus § 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 38596, o Decreto-Lei n.º 38768, e os 1.º e seu § único, 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 43182.

licitude da cláusula pela qual as partes convencionassem a obrigatoriedade da prestação de serviço durante certo prazo, não superior a três anos, como compensação de despesas extraordinárias feitas pela entidade patronal na preparação profissional do trabalhador, da qual este, no entanto, poderia desobrigar-se restituindo àquela a soma das importâncias despendidas.

No entanto, com a entrada em vigor do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, aprovado pelo DL n.º 49 408, de 24 de novembro de 1969, foi revogada a legislação anterior em tudo o que fosse contrário as disposições do presente diploma, designadamente o DL n.º 47032 de 27 de maio de 1966.

Ainda assim o DL n.º 49 408, manteve quase integralmente o art.º 36.º (Liberdade de trabalho; pacto de não concorrência), apenas com alterações no n.º 3 e n.º 4 daquele artigo.

Com efeito, somente com a publicação e subsequente entrada em vigor da Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, que aprovou o Código do Trabalho, é que se procedeu à regulamentação autonomizada do conceito do pacto de concorrência, conforme se pode comprovar pela consulta da respetiva “subsecção III - Cláusulas de limitação da liberdade de trabalho”, em concreto, dos artigos 146.º, 147.º e 148.º, identificados, respetivamente, pelas epígrafes “Pacto de não concorrência”, “Pacto de permanência” e “Limitação de liberdade de trabalho”.

3.2. Dos interesses a proteger

Na atualidade, as regras de concorrência não se limitam a defender o mercado, enquanto espaço natural de trocas comerciais. Estas normas, como refere Luís Moncada, organizam o mercado e desenvolvem-no, pressupondo que do seu adequado funcionamento decorre a ordem económica mais justa e eficiente⁵⁵.

⁵⁵ Moncada, Luís S. Cabral de, “Direito Económico”, 5.º Ed. Coimbra Editora, 2007, p.486.

Assim, não podemos descartar que o direito da concorrência tem por natureza “*le maintien d’une concurrence efficace sur le marché*” conforme salienta Jean-Jacques Burst e Robert Kovar.⁵⁶

Sem aquelas normas regulamentares, a concorrência do ponto de vista económico apenas resultaria numa “*situação de mercado enformado por uma total liberdade de oferta e de procura*”⁵⁷. Ora só com a defesa da concorrência é que se consegue orientar a produção para que determinados setores possam, numa primeira fase, garantir uma melhor satisfação dos consumidores.

Já numa segunda fase, a concorrência entre empresas, pode trazer importantes benefícios no que confere à inovação, à eficiência e até na redução dos preços.

Com efeito, se de um ponto de vista geral, podemos afirmar que da concorrência podem decorrer enormes benefícios, seja para os consumidores em geral, ou para o próprio desenvolvimento económico, a verdade é que podem surgir situações em que por razões de superior interesse, se restrinja essa mesma concorrência.

É precisamente o que acontece nos pactos de não concorrência, ao limitar-se a concorrência entre ex-trabalhador e ex-empregador, na medida em que emerge a necessidade de proteger outro tipo de interesses, diferentes daqueles que resultam de um mercado concorrencial. E é nesta mudança que passamos ao ponto de vista laboral.

Na admissão dos pactos de não concorrência, propõe-se limitar a concorrência pós-laboral entre o ex-empregador e o ex-trabalhador, ficando este último, de certa forma impedido, no âmbito da sua livre iniciativa económica, mas também na sua liberdade de trabalho em poder concorrer com o seu empregador.

Para a melhor perceção da motivação assente nesta limitação laboral da concorrência, enuncie-se, a título de exemplo, a situação de o empregador, no âmbito da sua livre iniciativa privada organizar um conjunto de elementos com vista à execução de uma atividade económica, assumindo como tal o risco do sucesso daquela atividade, da qual são elementos cruciais, os trabalhadores.

⁵⁶ Jean-Jacques Burst e Robert Kovar, *Droit de La Concurrence*, Economica, 1981 p.1

⁵⁷ Cordeiro, António Menezes, “*Defesa da Concorrência e Direitos Fundamentais das Empresas*”, O Direito, Ano 2004, n.º 136.º, Almedina, p.45.

Nesta sequência, importa ter em linha de conta o facto, francamente reconhecido nos últimos anos, de que com o crescente desenvolvimento das sociedades de conhecimento, a crescente escalada de globalização, a aposta na adaptabilidade, a transição para o sector terciário, a evolução ao nível das tecnologias da informação, a crescente necessidade de alta especialização e uma competitividade cada vez mais generalizada e global entre empresas. Todos estes fatores posicionaram os recursos humanos como um elemento decisivo (ou se quisermos, elemento estratégico) no sucesso de uma empresa.

É precisamente nesta realidade, que se verifica a notável importância deste acordo, por via de evitar que um ex-trabalhador use a capacidade e conhecimentos profissionais adquiridos com o ex-empregador, para os colocar ao serviço da concorrência⁵⁸.

A justificação desta limitação assente nestas cláusulas, parte do pressuposto que aquela concorrência pode constituir fator de considerável prejuízo para o empregador, o que desde logo se percebe na medida em que somente uma unidade empresarial estável e de rentabilidade produtiva poderá reforçar a posição dos trabalhadores.

Todavia, tal, estabilidade poderá ser colocada em causa nos casos em que o trabalhador adquire, por via do seu trabalho, um determinado conhecimento específico, ou até relações com clientes e concorrentes de mercado relevantes na área do empregador, que poderão potenciar uma forte e destrutiva concorrência.

Com efeito, regista-se determinada corrente de pensamento que defende que os trabalhadores se encontram numa posição especialmente privilegiada para concorrer com o empregador⁵⁹, seja pelo facto de se encontrarem numa estreita ligação com clientela, seja pelo respetivo acesso a um específico conhecimento profissional, de investigação ou gestão, podendo assim, por hipótese, beneficiar dos investimentos realizados pelo empregador no desenvolvimento da sua empresa.

Neste sentido, note-se que as consequências do exercício, de uma atividade concorrente, por parte de um ex-trabalhador, assumirão, naturalmente, impactos distintos, consoante a função exercida, o grau de especialização e a sua posição dentro da estrutura organizativa.

⁵⁸ Fernandes, António Monteiro, *Direito do Trabalho – 17ª ed.*, Almedina, p.583.

⁵⁹ A este respeito António Menezes Cordeiro, *Concorrência laboral e justa causa de despedimento*, in ROA, Vol.II, 1986, p.504

É precisamente nesse sentido que Júlio Manuel Vieira Gomes refere que o risco das empresas, está intimamente ligado às funções que o trabalhador desempenha, distinguindo: “*o contacto com a clientela, o acesso a informações específicas sobre a empresa e a aquisição de um Know-how próprio da empresa.*”

Ora, neste sentido são vários os interesses pela qual o pacto de não concorrência urge. A autêntica utilização destes pactos gera inevitavelmente pontos positivos, sejam do ponto de vista empresarial e de economia social, ainda que, na nossa perspetiva, contenham inevitavelmente, alguns pontos negativos, conforme à frente se destacará.

Do lado da empresa, uma das vantagens que se começa por destacar é a proteção da clientela. Repare-se que o contacto direto com a clientela, por parte do ex-trabalhador, pode gerar um desvio considerável de clientes, que pode colocar em causa a viabilidade da empresa. Pense-se, por exemplo, nos trabalhadores que exercem funções de delegados comerciais, funções essas, em permanente contacto com cliente, acabando por criar um inevitável relacionamento de proximidade.

Uma estrutura empresarial não subsiste economicamente, se não escoar os seus produtos ou serviços, mas para tal, precisa de um conjunto mínimo de clientela. Vistas as coisas, por um lado, uma atividade empresarial que não tenha sucesso, muito provavelmente cessará a sua atividade, com enormes consequências económicas e sociais. É esta situação que o pacto de não concorrência, no seu último plano, pretende salvaguardar.

Esta realidade de captação de clientela, terá mais impacto, na nossa opinião, nas micro, pequenas e médias empresas, onde existe uma estrutura empresarial mais reduzida e onde os trabalhadores acabam por ter um maior e exclusivo contacto com os clientes. O caso de português é exemplo disso mesmo, basta pensar que as PME representam 99,9% do tecido empresarial português (excluídas as empresas não financeiras)⁶⁰.

Um outro interesse subjacente à utilização destas cláusulas é possibilidade de atempadamente impedir a proliferação de “segredos” de fábrica,⁶¹ conhecimentos da estratégica interna da organização (que pode ser atual ou futura), assim como de um

⁶⁰ IAPMEI - A Economia em Síntese, 11 de julho de 2017, p. 3.

⁶¹Note-se a acentuada importância no património intelectual da empresa em que é um elemento diferenciador.

know-how extremamente específico⁶². A este respeito, João Zenha Martins dá como exemplo confeções pouco usuais, projeções, estatísticas, estudos de mercados ou preferências de clientes.⁶³

Por outro lado, estas cláusulas concebem também, uma importante função preventiva, no âmbito das situações de utilização de informação reservadas ao empregador.⁶⁴

Além disso, este pacto permite evitar que o investimento feito na formação profissional de um determinado trabalhador, venha a ser usado estrategicamente, por outra empresa concorrente, que através de condutas “parasitas”, e sem qualquer investimento em investigação, desenvolvimento e formação, aliciam trabalhadores, fortemente ligados a organizações concorrentes, repescando-os assim para as suas estruturas.

No fundo, o que se pretende salvaguardar nas situações supra referidas é evitar que aquela aquisição de formação/conhecimento (cedida pelo ex-empregador), venha a ser usada em benefício de outrem, colocando-o numa situação mais vantajosa do ponto de vista concorrencial⁶⁵.

Por outro lado, destaca-se o facto do recurso a este tipo de cláusulas, apresentar um enorme importante impacto positivo, ao impedir que não haja enfraquecimento do investimento na formação e preparação técnica dos trabalhadores,⁶⁶ por parte do empregador, na medida em que, o pacto de não concorrência impede o trabalhador após a cessação do contrato, de exercer uma atividade concorrente com aquele. Se tal, restrição concorrencial não existisse, poderia gerar-se um clima de desinvestimento e desconfiança no trabalho.

No fundo, estes são os decisivos interesses que os pactos de não concorrência visam proteger e que em síntese, assentam na lógica de que só uma unidade empresarial estável e de rentabilidade produtiva poderá reforçar a posição dos trabalhadores.

⁶² Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, p. 611.

⁶³ João Zenha Martins, *Pactos de não concorrência no contrato de Trabalho*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2006, Verbo, p. 296.

⁶⁴ Mário Pinto, Pedro Furtado Martins e António Nunes de Carvalho, *Comentário às leis do trabalho*, p.171.

⁶⁵ João Zenha Martins, *Pactos de não concorrência no contrato de Trabalho*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2006, Verbo, p. 298.

⁶⁶ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2013 p. 609.

Não desvalorizando as enormes vantagens destas cláusulas, a verdade é que nem só aspetos positivos decorrem da sua utilização. A utilização destes pactos desponta inevitavelmente aspetos negativos, na esfera do trabalhador, ainda que de forma indireta.

Desde logo, começamos por destacar que ao limitarmos a liberdade do ex-trabalhador, pós contrato, estamos a abrandar a livre iniciativa económica, bem como, a enfraquecer a concorrência. Como consequência direta, poderá levar a um desinvestimento no desenvolvimento económico, na investigação e procura de eficiência, acabando por gerar, um clima de paralisação económica em determinados setores.

Por outro lado, a limitação ainda que dissimulada da atividade do ex-trabalhador, leva à estagnação da sua carreira, impedindo que faça uso do *know-how* adquirido, estabilizando o seu progresso do ponto de vista profissional, mas também, em muitos casos impedindo-o de prosperar em termos remuneratórios.

Por último, e um dos aspetos negativos que estes pactos acarretam, em prol da limitação da concorrência do empregador, é a restrição de um direito constitucionalmente protegido, a liberdade do trabalhador, com enormes constrangimentos para a sua vida profissional, social e familiar.

Capítulo III

4. Regime Atual

Da evolução legislativa que atrás se apontou, desde o reconhecimento legal dos pactos de não concorrência até a atualidade, a verdade é que o cerne basilar deste modelo se manteve como de carácter oneroso e sinalagmático, na medida em que gera uma obrigação de *non facere* para o trabalhador, assim como uma obrigação compensatória para o empregador.

No atual regime do direito do trabalho, a lógica mantém-se. Ainda assim, conforme sobejamente já fomos descortinando, a regra geral continua a ser a da nulidade de qualquer cláusula de contrato de trabalho ou de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que possa de alguma maneira prejudicar o exercício da liberdade de trabalho, após a cessão do contrato, conforme estabelece o artigo 136.º, n.º 1 do CT.⁶⁷

No entanto, no n.º 2 do referido artigo 136.º, desponha-se logo a possibilidade de existência do pacto de não concorrência⁶⁸, limitando-se assim a liberdade de trabalho do ex-trabalhador.

Conforme se extrai da norma legal, esta cláusula impõe limites à liberdade do trabalhador por um período máximo de dois anos (podendo no máximo atingir três anos⁶⁹) subsequente à cessação do contrato de trabalho, desde que se cumpram os seguintes requisitos:

-Conste de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste;

-Se trate de uma atividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador;

⁶⁷ O mesmo valor jurídico já decorria do art.º 36, n.º 1 do DL n.º 47 032, de 27 de maio de 1966 “São nulas as cláusulas dos contratos individuais e das convenções coletivas do trabalho que, por qualquer forma, possam prejudicar o exercício do direito ao trabalho, após a cessação do contrato.”

⁶⁸ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Direito do Trabalho, 4.ª edição, Almedina, p.402.

⁶⁹ Nas situações de especial confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência.

-Atribua ao trabalhador, durante o período de limitação da atividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional.

Note-se, que este pacto ao representar restrições à liberdade de trabalho, apresenta obviamente uma regulamentação mais rigorosa. Isto é, apenas o preenchimento cumulativo destes requisitos, faz com que a mesma produza eficazmente efeitos.⁷⁰

Por outro lado, este preceito legal aponta, desde logo, para o facto de estar em causa, não uma concorrência qualquer, mas sim uma concorrência diferencial⁷¹, porquanto terá de se proteger um interesse sério do empregador e não um qualquer interesse, sob pena de ser um mero expediente suscetível de afastar qualquer concorrente⁷².

Nesse mesmo sentido refere Júlio Manuel Vieira Gomes⁷³, "*o que se pretende afastar não é um qualquer concorrente, mas um concorrente «diferente» e particularmente perigoso...a cláusula de não concorrência será lícita se visar afastar, durante certo período, não uma concorrência qualquer, mas o que se designa como concorrência diferencial*".

Note-se que estes pactos visam proteger o ex-empregador de uma determinada concorrência, tal não significa que este esteja protegido de todo e qualquer fenómeno concorrencial. Esta é a razão pela qual, o prejuízo que o empregador venha a ter, deverá

⁷⁰Como se concretiza no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30-04-2014 «Proc.º n.º 2525/11.3TTLSB.L1.S1», Conselheiro Mário Belo Morgado:«*Dado que representam restrições da liberdade de trabalho, a lei regulamentou de forma rigorosa as limitações convencionais ao exercício da atividade profissional por parte do trabalhador impondo, para tanto, o preenchimento cumulativo de determinados requisitos:*

- *a celebração das mesmas por forma escrita,*
- *um limite máximo de duração,*
- *a restrição do seu objeto a atividades verdadeiramente prejudiciais (por força, por exemplo, da transmissão de «know-how» específico ou desvio de clientes para um concorrente) e*
- *a atribuição ao trabalhador de uma compensação pelas limitações ao exercício da sua atividade profissional».*

⁷¹ Ac. TRL n.º 4883/07.5TTLSB.L1-4 de 20-10-2010, da qual se destaca: «*este prejuízo não é um qualquer prejuízo, o prejuízo causado por qualquer concorrente, mas sim um prejuízo especial, um prejuízo causado por um concorrente diferente dos demais pelo seu especial contacto com a clientela e o acesso a informações confidenciais*», ou seja, "*há-de estar em causa o risco daquilo que a doutrina designa por "concorrência diferencial"*»

⁷² Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, p. 611.

⁷³ Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, p. 610.

ser analisado no caso concreto e claramente circunscrito aos objetivos económicos do ex-empregador, à sua clientela e ao seu volume de negócios, mas sempre associado a uma disputa consideravelmente concorrencial.

No entanto, não se confunde os pactos de não concorrência com a obrigação pós-contratual de sigilo, mediante a qual o trabalhador, após a cessação do contrato continua adstrito a um dever de sigilo, não podendo divulgar factos relacionados com as funções que desempenhou.⁷⁴

4.1. Especificidades do regime

O artigo 136.º, do CT, no seu n.º 2 estabelece os requisitos que validam a existência do pacto de não concorrência, possibilitando a restrição à liberdade do ex-trabalhador por um determinado período, subsequente à cessação do contrato de trabalho, desde que, se cumpram as seguintes condições, acima já mencionadas:

-Consta-te de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste;

-Tratar-se de uma atividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador;

-Atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da atividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional.

Desta norma legal podemos assim, extrair os seguintes requisitos para a celebração do pacto de não concorrência: a exigência de acordo escrito; a atividade concorrencial tem de causar um prejuízo ao empregador; e ter-se-á de atribuir uma compensação por tal limitação ao trabalhador.

⁷⁴Pedro Romano Martinez, Direito do Trabalho, 6.º ed, Almedina, 2013, p.609 – Neste sentido este autor destaca as profissões relacionadas com ficheiros informatizados sobre dados pessoais e os funcionários bancários, que continuam sujeitos ao dever de sigilo mesmo depois do termo das suas funções.

Seguir-se-á agora uma análise mais pormenorizada de cada um destes requisitos, mas também de outras questões, nomeadamente a duração do pacto, a limitação geográfica e a limitação atividade.

4.2. Acordo escrito

É claramente reconhecido, no ordenamento jurídico português, o princípio da liberdade negocial (artigo 405.º do CC), sendo que, quanto à sua forma, o critério é o princípio da liberdade de forma⁷⁵ (artigo 217.º e artigo 219.º). No entanto, por vezes, a lei exija uma declaração expressa, situação que verificamos, precisamente, nos pactos de não concorrência.

A cláusula poderá constar no contrato de trabalho inicialmente celebrado ou de um aditamento, uma vez, podem verificar-se situações em que o estabelecimento desta cláusula apenas faça sentido num momento posterior, desde logo e a título de exemplo, o caso de uma mudança de funções, transitando um trabalhador para um setor de investigação ou de contacto direto com o público⁷⁶. Neste caso em específico, só nessa altura fará sentido celebrar um pacto de não concorrência.

Ora, conforme atrás se mencionou, um dos primeiros requisitos exigidos pelo n.º 2 do artigo 136.º, do CT, é precisamente a exigência de forma escrita. O facto de o código de trabalho exigir uma declaração expressa, sob forma escrita, impossibilita a substituição desta formalidade, originando a nulidade da declaração negocial, quando não se prescreva este requisito de forma, nos termos do artigo 220.º do CC.

Os problemas quanto a este requisito, apenas surgem quando não se cumpra esta exigência de forma. Neste sentido, tem sido unanimemente entendido, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência que a inobservância deste requisito leva à nulidade da cláusula de não concorrência, não afetando, no entanto, a validade do contrato de trabalho⁷⁷. Nesse mesmo sentido o Ac. n.º 256/2004 do TC destaca “... a imposição de

⁷⁵ Pinto, Carlos Alberto da Mota, "Teoria Geral do Direito Civil" (2005), Coimbra Editora, p.421

⁷⁶ Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, p. 614.

⁷⁷ Neste sentido: Gomes, Maria Irene – “Vinte anos de Questões Laborais”, N.º 42, dezembro 2013, Coimbra Editora, p.245.

forma escrita, como formalidade ad substantiam, assegura a assunção consciente da restrição e delimita o seu âmbito de aplicação.”

Esta prioridade pela forma escrita, neste tipo de cláusulas, não fica só por aqui. À semelhança de Portugal, também Itália exige forma escrita para o *Patto di non concorrenza*⁷⁸ estabelecendo que a sua inexistência gera o vício de nulidade do pacto.

O mesmo se verifica no modelo alemão, que à semelhança do português também exige forma escrita, conforme estabelece o §74 do *Handelsgesetzbuch* (HGB)⁷⁹.

No entanto, também se verificam exemplos onde não se verifica qualquer exigência de forma escrita, da qual se destaca precisamente o caso Espanhol. Com efeito, em relação ao *Pacto de no concorrenza y de permanencia en la empresa*, o *Estatuto de los Trabajadores*⁸⁰ estabelece que, para o pacto produzir validamente efeitos, basta que “el

⁷⁸Art.º 2124 do Codice Civile: “Il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto, e' nullo se non risulta da atto scritto, se non e' pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro e se il vincolo non e' contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo. § La durata del vincolo non puo' essere superiore a cinque anni, se si tratta di dirigenti, e a tre anni negli altri casi. Se e' pattuita una durata maggiore, essa si riduce nella misura indicata dal comma precedente.”

⁷⁹Handelsgesetzbuch (HGB), §74:(1) Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, die den Gehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt (Wettbewerbsverbot), bedarf der Schriftform und der Aushändigung einer vom Prinzipal unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Gehilfen. §(2) Das Wettbewerbsverbot ist nur verbindlich, wenn sich der Prinzipal verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht.

⁸⁰Artículo 21. Pacto de no concorrenza y de permanencia en la empresa: 1. No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan. §2. El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes:

a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.
b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

3. En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación. §4. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a

empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello” e que “se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada”.

Curiosamente, no ordenamento jurídico brasileiro verifica-se de igual modo a inexistência de qualquer critério de forma, não sendo assim obrigatória a exigência escrita, para validade do pacto, conforme salienta Estevão Mallet⁸¹.

Neste seguimento, importa, desde logo, destacar que resulta da 2.^a parte da al. a) do n.º 2 do artigo 136.º do CT a possibilidade de este acordo escrito resultar do *“contrato de trabalho ou de revogação deste”*, abrindo assim precedente à possibilidade de inscrição de uma cláusula de não concorrência em qualquer altura, desde que, até à cessão do contrato.

Parece assim claro que o próprio legislador deixou a possibilidade deste pacto poder ser solenizado para além do momento da celebração do contrato de trabalho.

No entanto, existem autores⁸², que vão mais longe, ao entender que pode ser celebrado um pacto de não concorrência após a cessão do contrato de trabalho contrato de trabalho.

Neste sentido, não podemos descartar o argumento, segundo o qual, podem existir situações em que o ex-empregador só se apercebe do perigo de uma concorrência diferencial, em período posterior à cessão do contrato de trabalho. Sendo por isso possível, segundo Maria Irene Gomes⁸³ a inclusão do pacto de não concorrência, para além do período em que ainda poderia vigorar, se tivesse sido celebrado. Sendo deduzido o tempo decorrido ao tempo de vigência de dois ou três anos.

Esta solução parece bastante aceitável, sendo ainda mais benéfica para o trabalhador, uma vez que o trabalhador já não presta a sua atividade laboral e se encontra

dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

⁸¹ Estêvão Mallet, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Cláusula de não concorrência em Contrato individual trabalho, 2006, p.255.

⁸² Por exemplo, João Zenha Martins, *Pactos de não concorrência no contrato de Trabalho*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2006, Verbo, p. 321. *“Nada parecendo impedir que o pacto de não concorrência, por igualdade de razão, possa inclusivamente ser celebrado logo após a cessão do contrato de trabalho...”*

⁸³ *“Vinte anos de Questões Laborais”*, N.º 42, dezembro, 2013, Coimbra Editora, p.248.

desvinculado do seu ex-trabalhador, não se encontrando assim sujeito ao mesmo grau de tensão na sua tomada de decisão relativamente ao pacto de não concorrência. Note-se que o trabalhador é livre de não se vincular ao pacto, e de prosseguir a sua atividade, ainda que concorrencial⁸⁴.

4.3. Atividade que cause prejuízo ao empregador

O artigo 136.º, do CT, no seu n.º 2 estabelece, um dos critérios que mais importa apreciar, nomeadamente o facto de estarmos perante *"uma atividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador"*.

Desde logo importa salientar que na sua anterior redação, este critério era estabelecido como *"uma atividade cujo exercício possa efetivamente causar prejuízos ao empregador"*. Assim, a lei atual parece abranger uma panóplia de situações que a sua anterior redação não abarcava.

Com efeito, no atual regime parece ser possível aplicar este pacto a uma situação de ameaça de prejuízo, já que foi retirado o termo *"efetivamente"*, que acabava por obrigar a que o prejuízo do empregador fosse real.

Por outro lado, esta questão conduz à conclusão de que o empregador encontra-se limitado à possibilidade de apenas celebrar pactos de não concorrência com trabalhadores que lhe possam vir, de alguma forma, a causar prejuízos. Mas terá de ser um prejuízo "especial", que não seria causado por um outro qualquer concorrente⁸⁵.

Assim, o facto de um trabalhador poder colocar os seus conhecimentos ao serviço da concorrência não será objeto de legítima proteção por via da celebração do pacto em análise, caso esses conhecimentos em nada puderem causar prejuízo ao seu antigo empregador.

Deste modo, em primeiro lugar, importa começar por perceber o objeto, a natureza e o alcance prático do prejuízo em análise. Neste sentido, António Monteiro Fernandes, entende que o prejuízo que aqui se acolhe refere-se a objetivos económicos do ex-

⁸⁴ Sujeitando-se quanto muito, a cair nas malhas da concorrência desleal.

⁸⁵ Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, p. 614.

empregador, à sua clientela e ao seu volume de negócios, sendo na opinião deste autor, este o critério a utilizar na apreciação de cada caso concreto.⁸⁶

Não obstante o conceito e alcance do prejuízo causado ao empregador, deve ainda, ser associado o conceito de concorrência diferencial.⁸⁷ Neste sentido, poder-se-á ponderar que a saída de um trabalhador de uma determinada empresa, seja para exercício de uma atividade por conta própria, seja para trabalhar por conta de outrem, exercendo assim, uma atividade concorrencial com a do seu ex-empregador poderá não ser suficiente, *per si*, para lhe causar prejuízo.

Neste sentido, importa antever o facto de estes pactos visarem proteger o ex-empregador de uma determinada concorrência, não significando, por isso, que este se encontre protegido de todo e qualquer fenómeno concorrencial. Ou seja, o prejuízo que o empregador venha a ter, deverá ser analisado no caso concreto e claramente circunscrito aos objetivos económicos do ex-empregador, à sua clientela e ao seu volume de negócios, mas sempre associado a uma concorrência consideravelmente diferencial.

Conforme acima já foi salientado, o conceito de prejuízo não deverá ser interpretado como um qualquer prejuízo, mas antes, com base no conceito de concorrência diferencial, nesse mesmo sentido refere Júlio Manuel Vieira Gomes⁸⁸, "*o que se pretende afastar não é um qualquer concorrente, mas um concorrente «diferente» e particularmente perigoso...a cláusula de não concorrência será lícita se visar afastar, durante certo período, não uma concorrência qualquer, mas o que se designa como concorrência diferencial*".

Nesse mesmo sentido, não se pode deixar de ter presente, que estas cláusulas assentam em *direitos fundamentais contrastantes*⁸⁹, obrigando assim, a que estas sejam aplicadas de forma proporcional e necessária. Com efeito, considerando que, no presente momento, a formação profissional e o profissionalismo constituem exigências transversais às sociedades desenvolvidas, configurar-se-ia como um contrassenso impor

⁸⁶Fernandes, António Monteiro, *Direito do trabalho* – 17ª ed., Almedina, p.584.

⁸⁷Martins, João Zenha, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016, Almedina, p. 625.

⁸⁸ Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, p. 610.

⁸⁹ Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, p. 614.

a um trabalhador que emigre para poder continuar a exercer a atividade para a qual se especializou, conforme também salienta Júlio Vieira.

A jurisprudência tem prosseguido um caminho similar, a esse respeito, enunciando-se, a título de exemplo, o Ac. da Rel. de Lisboa de 20-10-2010 (P. 4883/07.5TTLSB.L1-4)⁹⁰, segundo o qual é necessário, para a válida aplicação da cláusula de não concorrência, a assunção do intuito de impedir que o trabalhador, cessando o seu contrato de trabalho, possa, no exercício da sua atividade, causar prejuízos ao empregador, pelos conhecimentos e segredos que tenha vindo a obter no exercício da atividade anterior e que possa agora vir fazer valer-se destes fatores num novo trabalho. Com efeito, *“este prejuízo não é um qualquer prejuízo, o prejuízo causado por qualquer concorrente, mas sim um prejuízo especial, um prejuízo causado por um concorrente diferente dos demais pelo seu especial contacto com a clientela e o acesso a informações confidenciais”*.

Pode-se assim dizer que as cláusulas de não concorrência são válidas desde que indispensáveis à proteção dos interesses da empresa, que por sua vez não se podem revestir no uso deste pacto, como um mero expediente para suprimir toda e qualquer concorrência. Esta é a razão pela qual, tem de se encontrar em causa um concorrente de tal forma especial, que só aquele consegue exercer uma concorrência diferenciada dos demais.

Existem várias maneiras desta concorrência diferenciada se manifestar, nomeadamente, na possibilidade de alguns trabalhadores, pelas características das funções que exerceram, estarem em condições de poder arrastar uma parte da clientela, ou de poderem divulgar segredos ou informações confidenciais aos concorrentes que, por alguma forma, possam ser prejudiciais para os interesses do ex-empregador.

Neste sentido, outro ponto que importa discutir é a titularidade do ónus da prova da (in)existência do prejuízo.

⁹⁰Ac. da Rel. de Lisboa (P. 4883/07.5TTLSB.L1-4) de 20-10-2010, Pacto de não concorrência – prejuízo sério – ónus da prova (SEARA PAIXÃO)

A licitude da própria cláusula de não concorrência passa pela existência, alegação e demonstração da mesma, cabendo assim ao empregador demonstrar um interesse legítimo em evitar a concorrência diferencial de um seu antigo colaborador.⁹¹

Este interesse legítimo do empregador tem de ser alegado e provado por si, pois o mesmo não se presume. Sendo o empregador a invocar em seu favor a cláusula de não concorrência, cabe-lhe a si demonstrar que os conhecimentos adquiridos pelo trabalhador, no decurso do contrato, importam especiais riscos para a ex-empresa sendo que, na falta de interesse justificado por parte do empregador, a cláusula será, à partida, nula.

No presente âmbito, salienta-se de igual modo outra situação que também poderá originar a nulidade desta cláusula, é o facto de não se encontrar devidamente individualizada, ou de não se encontrarem identificados os critérios que definem a sua obrigação (ex. renúncia por parte do ex-trabalhador em exercer uma atividade profissional concreta). Isto é, se o pacto não tiver um *"recorte da prestação exigível ao trabalhador - a prestação será indeterminada e indeterminável, e por conseguinte, a obrigação será nula."*⁹².

Por fim, dar nota que esta nulidade é invocável, nos termos do artigo 280.º do CC.

4.4. Duração da limitação

Um outro ponto de enorme relevo é a imposição de um limite temporal máximo relativo à aplicação dos pactos de não concorrência.

O artigo 136.º do CT estabelece, no seu n.º 2, que é lícita a limitação da atividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho.

⁹¹Ac. da Rel. de Lisboa (P. 4883/07.5TTLSB.L1-4) de 20/10/2010, Pacto de não concorrência – prejuízo sério – ónus da prova (SEARA PAIXÃO)

⁹²Martins, João Zenha, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, 2016, Almedina, p. 617.

Pese embora o limite temporal em regra seja de 2 anos, o n.º 5 daquele artigo estabelece um limite excecional de 3 anos para os casos em que trabalhador tenha “*especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência*”.

No modelo espanhol, por exemplo, o legislador estabeleceu que o pacto não “*podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores...*”.

Já por sua vez, em Itália o limite de duração do pacto é mais extenso, podendo no caso dos “*di dirigenti*” ir até aos 5 anos, sendo que nos restantes casos fica por um máximo de três anos (artigo 2124 do Codice Civile).

Na eventualidade, de na celebração de um pacto de não concorrência, ser indicado um prazo superior ao estabelecido legalmente, conclui-se, em conformidade com o entendimento de alguns autores⁹³, pela validade do pacto, sob condição da redução da respetiva duração ao limite legal.

No entanto o legislador português não previu tal situação, ao invés de Itália, que resulta da própria lei que, a ser acordada uma duração mais longa, proceder-se-á à sua redução na medida do limite legal (*Se e' pattuita una durata maggiore, essa si riduce nella misura indicata dal comma precedente*).

Uma questão não menos importante, consiste em saber se na eventual redução da vigência do pacto ao limite legalmente estabelecido (2 anos), também se reduzirá a compensação do trabalhador de forma automática.

De acordo com Maria Irene Pinto, parece ser possível uma redução da compensação ao trabalhador, na eventualidade de haver uma redução da vigência do pacto.

Pese embora, entendamos que a solução mais justa, do ponto de vista abstrato, passe pela redução da compensação, de forma proporcional, há um aspeto negativo, que não poderíamos deixar de salientar.

⁹³Gomes, Maria Irene – “*Vinte anos de Questões Laborais*”, N.º 42, dez. 2013, Coimbra Editora, p.259, Mário Pinto, Pedro Furtado Martins e António Nunes de Carvalho, p.172, Sofia Silva e Sousa, p. 106, Martinez, Pedro Romano, Direito do Trabalho, 6.º ed, Almedina, 2013, p.610.

Trata-se essencialmente, do argumento que o trabalhador apenas aceitou limitar a sua liberdade de trabalho, por estar em causa um valor, que na sua globalidade (antes da sua redução) era o montante razoável para compensar a sua limitação, sendo que, a ter conhecimento que a compensação se processaria por valores inferiores, provavelmente, não se teria vinculado com o pacto de não concorrência.

Por fim, uma das últimas notas, que não se poderia deixar de salientar, recai sobre o extenso limite temporal estabelecido no regime jurídico português para a vigência do pacto de não concorrência.

Entendemos, que dois anos como limite máximo permitido, configura-se demasiado extenso para a restrição que se verifica (da parte do trabalhador), mas também, face ao desenrolar das crescentes alterações e desenvolvimento que se têm verificado a nível profissional.

Com efeito, se é verdade que uma formação de cariz genérico configurava-se como habilitação mais do que suficiente no plano formativo de um trabalhador nas gerações passadas, não é menos verdade que, nos tempos atuais e com a crescente necessidade de alta especialização, em conjugação com a cada vez mais generalizada e global competitividade entre empresas, os recursos humanos surgem como um elemento estratégico no sucesso da empresa, impondo-se assim o recurso a formação muito mais especializada.

Esta realidade conduziu, conduz e conduzirá, inevitavelmente, a um progressivo investimento na formação, levando a que os profissionais sejam afetos a funções de tal forma específicas para as quais, mediante o seu afastamento temporário daquela atividade, dificilmente conseguirão regressar.

Por estes motivos, impõe-se uma elevada prudência na definição do tempo de limitação do trabalhador, sob risco do seu afastamento em definitivo, da respetiva área de especialização para a qual se veio a formar.

4.5. Limitação geográfica e de atividade

Como se tem vindo a verificar, os pactos de não concorrência encontram-se vinculados a vários limites legais, sendo que podem surgir outro tipo de limitações que, embora não previstas legalmente, são doutrinal e jurisprudencialmente aceites, como é o caso da limitação geográfica.

4.5.1. Limite geográfico

Com efeito, o pacto de não concorrência não pode implicar a proibição de exercício de qualquer atividade, mas apenas daquela que cause um prejuízo ao empregador, impondo-se, como refere, Maria Irene Gomes, *a sua circunscrição a um certo tipo de atividade no quadro de uma determinada área geográfica*⁹⁴.

Embora o legislador não o refira, tem sido entendido, pela doutrina, destacando-se Pedro Romano Martinez⁹⁵ que a limitação é geográfica, *“tal como se determina em relação ao contrato de agência⁹⁶, porque a restrição da atividade do trabalhador em todas as áreas pode não ter interesse, sempre que a empresa tenha uma área de limitação de implementação.”*

No mesmo sentido, também Maria Irene Gomes, afirma que a *“validade do pacto de não concorrência depende de uma limitação da atividade restringida quer em termos de objeto, quer em termos de lugar (...) autonomizando-se o objeto da atividade e o lugar enquanto requisitos de validade do pacto de não concorrência”*.⁹⁷

⁹⁴ Gomes, Maria Irene – *“Vinte anos de Questões Laborais”*, N.º 42, dezembro 2013, Coimbra Editora, p.249.

⁹⁵ Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 6.º ed, Almedina, 2013, p.611.

⁹⁶ Art.º 9, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de julho, alterado pelo Decreto-Lei nº 118/93, de 13 de abril.

⁹⁷ Gomes, Maria Irene – *“Vinte anos de Questões Laborais”*, N.º 42, dezembro 2013, Coimbra Editora, p.249.

Em sentido idêntico também Júlio Manuel Viera Gomes, vem realçando “*que a concorrência do trabalho só deve ser limitada na medida em que se possa revelar prejudicial o que exclui a possibilidade da sua restrição em áreas onde o empregador não desenvolve qualquer atividade e em que não tem qualquer interesse*”⁹⁸.

A nível jurisprudencial têm sido seguidos caminhos idênticos, é exemplo disso o célebre Acórdão n.º 256/2004, de 16 de abril de 2004, do Tribunal Constitucional que destaca que “*a doutrina é concorde em considerá-la também sujeita a limitação geográfica, derivada do seu próprio fundamento, pois nada justificaria o impedimento da atividade do trabalhador em zona aonde o seu antigo empregador não estende a sua ação empresarial.*”

Esta limitação geográfica é de capital importância em alguns casos, obstando assim, que se limite a liberdade de trabalho a nível nacional de forma desnecessária, quando a ação empresarial do ex-empregador, apenas se reveste numa determinada zona geográfica.

Reconhecida que está a possibilidade de limitação geográfica, não podemos ignorar que, com a crescente escalada de globalização, internacionalização e o enorme crescimento do setor das tecnologias da informação, a limitação geográfica poderá não ser eficaz.

Neste sentido, entendemos que, a forma como os próprios operadores atuam hoje em dia no mercado, conduz-nos inevitavelmente a que a concorrência tenha de ser considerada numa escala global⁹⁹.

Quer isto dizer, que a concorrência entre operadores passou a ter uma dimensão claramente internacional e de larga escala, podendo uma microempresa, sediada numa pequena localidade de Portugal estar em condições de exercer uma atividade concorrencial com uma multinacional sediada em Lisboa ou noutra capital europeia.

A somar a isto, não se pode desprezar, o crescente recurso aos contratos de venda à distância celebrados fora do estabelecimento comercial,¹⁰⁰ o que impôs inevitavelmente

⁹⁸ Citação já utilizada por Sousa, Sofia Silva e, “*obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum*”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2012, p.108.

⁹⁹ O melhor exemplo disso é o facto de Portugal só em exportações de bens ter totalizado 50 022 milhões de euros, no ano de 2016, o que corresponde a um aumento nominal de 0,8% face ao ano anterior - “*Estatísticas do Comércio Internacional 2016*”.

¹⁰⁰ Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro.

uma mudança de paradigma na clientela, que passou de uma dimensão física, para uma dimensão digital.

Julgamos por isso, que o contexto empresarial que se faz sentir, assenta cada vez mais numa visão extensível a todo o território nacional (e até internacional), não se coaduna com uma limitação geográfica do trabalhador, podendo em certos casos, não o impedir de exercer uma concorrência diferencial sobre o seu empregador.

Neste sentido, é de sinalizar, que esta limitação geográfica, enquadrada no mundo global para o qual nos encaminhamos, poderá deixar de fazer sentido em algumas atividades, face aos fatores atrás destacados.

Por estes fatores, começam a surgir alguns autores, que já põe em causa a utilidade da limitação geográfica.

É exemplo disso, o caso de Sofia Silva e Sousa, que refere que para a *“imposição de limites geográficos à limitação dependerá sempre dos contornos de cada caso concreto podendo existir situações em que tais restrições de índole espacial não poderão existir sob pena de o pacto de não concorrência ficar sem efeito útil...”*.

Em sentido idêntico também, Diogo Gonçalo Escada Pereira, questiona o efeito útil desta limitação, destacando que *“há mesmo situações em que, por efeito da globalização da influência, ela pouco sentido fará”*.¹⁰¹

4.5.2. Limitação da atividade

Transposta que está a limitação geográfica, cabe agora abordar a limitação do tipo de atividade, que resulta da previsão legal, prevista na al. b), do n.º 2 do art.º 136.º do CT.

Importa agora saber, que tipo de atividade pode ser limitada no âmbito deste pacto. Destaca-se desde logo, que este acordo não pode ser usado, para pura e simplesmente privar o ex-trabalhador do exercício de qualquer atividade laboral.

¹⁰¹Pereira, Diogo Gonçalo Escada “O pacto de não concorrência no Contrato de Trabalho – Alguns Aspetos” Coimbra, 2014, p.84.

Face à dificuldade em fazer esta delimitação, a solução para a sua determinação deve, antes de mais, consistir numa análise casuística.

Nesse sentido, no âmbito deste pacto, cabe-nos seguir a seguinte linha de pensamento. Ao estar o ex-trabalhador limitado no exercício de uma atividade cuja execução possa causar prejuízo ao empregador, o critério predominante para a determinação dessa atividade deverá ser o prejuízo.

Assim, só uma atividade que possa causar um prejuízo especial ao empregador, prejuízo esse que não seria causado por um outro qualquer concorrente.¹⁰² Assim, só poderá ser limitada a atividade que possa afetar diferenciadamente a concorrência entre os sujeitos da relação laboral, resultando daí, um prejuízo para o empregador.

A este propósito, é essencial que haja um sentido de proporcionalidade e de ponto de equilíbrio entre a restrição de exercício de uma determinada atividade e a sua necessidade, uma vez que está em causa uma restrição de um direito fundamental.

Neste sentido, o ordenamento italiano, belga e francês tem imposto que no decorrer de uma cláusula limitativa da liberdade, ainda que lícita, ela terá de ser alvo de uma interpretação restritiva e não pode coartar a liberdade de um trabalhador exercer a sua profissão¹⁰¹.

Em sentido idêntico, destaca Júlio Gomes, que num *“momento em que se consagra um direito à formação profissional e à profissionalidade do trabalhador seria um paradoxo forçar o trabalhador a emigrar para poder continuar a exercer a sua referida atividade.”*

Na mesma esteira, subscreve-se inteiramente o entendimento de Maria do Rosário Palma de Ramalho, em que não podem ser aceites limitações genéricas à atividade profissional do trabalhador, ainda que numa determinada área, já que a lei não se basta com um mero conflito de interesses, mas exigindo antes a probabilidade de um prejuízo efetivo do empregador.¹⁰³

¹⁰² Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, p. 614.

¹⁰³ Ramalho, Maria do Rosário Palma de, *Direito do Trabalho - “Deveres Emergentes da Cessão do Contrato de Trabalho”* - Parte II, Almedina, p. 1034

4.6. A Compensação

Um último requisito para que a licitude do pacto de não concorrência, se possa dar por concluído, assenta na atribuição de uma compensação ao trabalhador, durante o período de limitação da atividade.

Note-se, desde já, que esta compensação não deve ser confundida com retribuição, uma vez que, aquando da aplicação do pacto, o ex-trabalhador já não está a executar o contrato de trabalho, inexistindo a contrapartida da retribuição.

Resulta de forma clara do CT, que compensação pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional, conforme estabelece a al. c) do n.º 2 do art.º 136.º.

Ainda assim, o legislador impôs, que na eventualidade de se vislumbrar um despedimento declarado ilícito ou que o contrato seja resolvido com justa causa pelo trabalhador, com fundamento em ato ilícito do empregador, a compensação deverá ser elevada até ao valor da retribuição base, à data da cessação do contrato.

A somar a isto, acrescenta ainda o n.º 4, que na eventualidade do ex-trabalhador vir a exercer outra atividade profissional, após a cessão do contrato, o valor que daí auferir, será deduzido à compensação.

Face ao exposto, resulta simultaneamente, por outro lado, que perante as escolhas do legislador, parece resultar, “*uma certa autonomia das partes, quanto à determinação do modo e do momento da realização da compensação*”¹⁰⁴.

Por outro lado, importa realçar que a compensação não tem de corresponder ao valor da retribuição auferida pelo trabalhador, o que se percebe, na medida em que o próprio legislador, estabeleceu que só há obrigatoriedade dessa equiparação, nos casos de despedimento declarado ilícito ou que o contrato seja resolvido com justa causa pelo trabalhador, com fundamento em ato ilícito do empregador.

¹⁰⁴ Gomes, Maria Irene – “*Vinte anos de Questões Laborais*”, N.º 42, dezembro 2013, Coimbra Editora, p.251.

Nesta sequência, podemos concluir, à partida, que a própria lei não estabelece o *quantum* da compensação a atribuir ao ex-trabalhador, o que significa que não há qualquer obrigatoriedade de a compensação ser igualada aos valores auferidos na vigência do CT, podendo inclusive ser inferior a esse montante. O que se justifica, na medida em que, *o trabalhador pode exercer uma atividade não concorrente com a do seu anterior empregador e auferir a correspondente remuneração*.¹⁰⁵

No entanto, por outro lado, isto significa que o trabalhador fica limitado relativamente à sua liberdade de trabalho, e apenas ser compensado por um valor muito abaixo do que recebia, ficando assim, amplamente desprotegido. Pense-se, no caso de um trabalhador contratado (sendo o seu primeiro emprego), este dificilmente, vai negociar os valores da compensação, sujeitando-se, muito provavelmente às imposições do empregador.

Não se pode ignorar, que o que está em causa, conforme salienta, Maria do Rosário Palma de Ramalho é compensar adequadamente o trabalhador não pelo facto de não trabalhar, mas antes, por não poder continuar a desenvolver a sua atividade, nas áreas em que vinha a laborar e na qual era mais bem remunerado¹⁰⁶.

Pelo que, à semelhança do que já referimos para a limitação da atividade, também a compensação tem de ser adequada ao caso concreto, nesse sentido, resulta também do Ac. N.º 256/2004 do TC, que terá de existir “*uma estipulação de uma adequada compensação monetária, que terá de ser justa, isto é, suficiente para compensar o trabalhador da perda de rendimentos derivada da restrição da sua atividade*”

Obviamente, que adequar a compensação ao caso concreto, implica necessariamente que se tenha em conta alguns critérios, como o tempo, empregabilidade, entre outros fatores, conforme destaca Sofia Silva e Sousa¹⁰⁷.

Por outro lado, é de realçar que estamos perante uma prestação que agrega o objeto mediato do negócio, sendo para tal imprescindível que o montante da compensação seja determinável, conforme menciona o art.º 280.º do CC, sob pena do negócio jurídico ser nulo, pelo facto do objeto ser indeterminável.

¹⁰⁵ Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, p. 616.

¹⁰⁶ “Deveres Emergentes da Cessão do Contrato de Trabalho” - Maria do Rosário Palma de Ramalho, Parte II, Almedina.

¹⁰⁷ Sofia Silva e, “*obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum*”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2012, p.89.

A jurisprudência tem seguido o mesmo raciocínio, conforme se pode aferir no Ac. do TRL de 10 de dezembro de 2009 (376-06.6TTSNT.L1-4) onde refere que: a *“lei não impõe que essa compensação seja fixada, desde logo, no documento que insere a cláusula de não concorrência, devendo entender-se que a fixação do correspondente montante poderá ter lugar, ou por acordo ou por decisão judicial, depois de se ter operado a cessação do contrato”*.

Num idêntico sentido, também o Ac. do TRP, de 8 de junho de 2017 (3526/15.8T8OAZ.P2) refere que: *“Um pacto de não concorrência será validamente celebrado, mesmo que dele não conste o valor exato da compensação a atribuir ao trabalhador, isto é, sem que ele esteja determinado. Porém, na medida em que aquela compensação constitui objeto mediato do negócio jurídico, a mesma há-se ser, pelo menos, determinável. E, essa determinabilidade há-de resultar da aplicação de critérios previstos no próprio pacto, os quais devem ser objetivos.”*

No mesmo Acórdão conclui-se que os artigos 280º e 400º do CC, devem ser interpretados no sentido de que, quando não conste logo determinada compensação no pacto de não concorrência, a validade do mesmo está dependente de terem sido fixados critérios objetivos e operacionais que permitam proceder à sua determinação imediata ou no futuro.

Inexistindo critérios que possibilitem esse processo da quantificação da compensação, a prestação não pode considerar-se determinável e por isso o pacto é nulo.

Além disso, é de salientar que a retroatividade da declaração de nulidade obriga à restituição das prestações efetuadas, como se o negócio não tivesse sido realizado (artigo 289.º/1, do CC).

No que respeita ao momento do pagamento da compensação, parece não haver dúvidas que aquele terá de ser prestado durante o período de limitação da atividade, ou seja, quando o pacto de não concorrência começa a produzir os seus efeitos.

Ainda assim, há autores que entendem que a compensação poderá ser paga durante a própria execução do contrato de trabalho¹⁰⁸. Sendo que, a mesma linha de pensamento

¹⁰⁸ Neste sentido, podemos verificar Sofia Silva e, *“obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum”*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2012, p.93, e João Zenha

já se reflete na jurisprudência, destacando-se o Ac. do TRL, de 10 de dezembro de 2009, que expôs que “*nada na lei impede a possibilidade de o empregador poder proceder ao pagamento da compensação na pendência do contrato mas o certo é que o seu valor global sempre teria de ficar previamente determinado*”.¹⁰⁹

Por outro lado, outros autores levantam a questão da possibilidade de pagamento da compensação no final da execução do pacto. Nesse sentido, Ángel Arias Dominguez admite que a compensação, apenas venha a ocorrer, no fim do prazo da limitação da concorrência, sendo assim, uma forma de assegurar à empresa que o pacto é cumprido.¹¹⁰

Não julgamos adequada qualquer destas posições, desde logo, porque decorre diretamente da lei, que a compensação terá de ser prestada “*durante o período de limitação da atividade*”.

Para além de que, entendemos que a lógica da compensação é de certa forma compensar o trabalhador pela sua inatividade, permitindo que este consiga uma maior estabilidade económica durante esse período, por forma a garantir-lhe assim, um *rendimento mínimo compatível com a sua limitação*.¹¹¹

Por outro lado, o facto de ser prestado o pagamento no decorrer da vigência do CT, poderá ainda, conduzir a que este seja confundido com a remuneração.

Além destas questões, importa também avaliar a periodicidade na qual a compensação pode ser prestada. Nesse sentido, o legislador deixou plena autonomia às partes, podendo o ex-empregador prestar a compensação de uma só vez, mensalmente, trimestralmente ou anualmente, se assim o entender.

Martins, *Pactos de não concorrência no contrato de Trabalho*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, 2006, Verbo, p. 357-358.

¹⁰⁹ Ac. Do TRL, n.º 376-06.6TTSNT.L1-4, de 10 de dezembro de 2009.

¹¹⁰ Gomes, Júlio Manuel Vieira, “*Algumas novas questões sobre as cláusulas de não concorrência em direito do trabalho*”, p.450 - nota 33.

¹¹¹ Neste mesmo sentido, e com a qual concordamos integralmente temos, Maria Irene Gomes – “*Vinte anos de Questões Laborais*”, N.º 42, dez. 2013, Coimbra Editora, p.251.

Por fim, quanto ao tipo de compensação, não parece haver qualquer impedimento para que a compensação seja prestada em espécie¹¹². No entanto, terá de existir uma relação de *inegável vantagem económica*¹¹³.

¹¹² Neste mesmo sentido temos Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, p. 616.

¹¹³ Citação: Maria Irene Gomes – “*Vinte anos de Questões Laborais*”, N.º 42, dez. 2013, Coimbra Editora, p.256

Capítulo V

5. Pactos de não concorrência no trabalho em Funções Públicas

A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, foi aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho. Este diploma veio regular o vínculo de trabalho em funções públicas, revogando parcialmente¹¹⁴ a anterior Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, que até à data definia e regulava os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas. Este diploma, mencionava também o regime jurídico-funcional aplicável a cada modalidade de constituição da relação jurídica de emprego público.

A LGTFP, procurou por um lado compilar a legislação e combater a proliferação de diplomas que regulavam o emprego público¹¹⁵, mas também, aproximá-lo do regime laboral comum (pense-se nos dias de férias, no idêntico regime de proteção social e até a mesma carga horária¹¹⁶).

Curiosamente a anterior Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, não previa qualquer norma relativa à limitação da liberdade do trabalhador. Foi apenas, com a entrada em vigor da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, que passou a estar previsto o pacto de não concorrência no direito laboral público.

No entanto, não se pode deixar de salientar que o trabalho em funções públicas, é em regra geral exercido em exclusividade, sendo por isso, limitada a acumulação de funções.

O próprio art.º 22.º, daquele diploma, vem precisamente estabelecer que o exercício de funções públicas não pode ser acumulado com funções privadas, concorrentes, similares ou conflituantes, o que só por si, já determina uma certa limitação à liberdade do trabalhador.

¹¹⁴Com exceção das normas transitórias abrangidas pelos artigos 88º a 115.º.

¹¹⁵ Paulo Veiga e Moura, Cátia Arrimar, Comentário à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, 1º Volume, Coimbra Editora, 2014, p. 10.

¹¹⁶ Atualmente já foram repostas as 35 horas semanais.

Por contraposição ao código de trabalho, o legislador na LGTFP optou por definir o que é uma atividade concorrente, similar ou conflituante com o trabalho em funções públicas. Consta assim, daquele diploma como atividade concorrente aquela que “*tendo conteúdo idêntico ao das funções públicas desempenhadas, sejam desenvolvidas de forma permanente ou habitual e se dirijam ao mesmo círculo de destinatários*”.

Neste sentido, entendemos que este conceito deverá e poderá ser um importante critério na integração dos pactos de não concorrência no regime laboral público.

Na secção III do título III, encontramos os “*acordos de limitação da liberdade de trabalho*”, constando dois artigos, dentro desta secção, o art.º 77.º e o art.º 78.º, que correspondem ao pacto de não concorrência e ao pacto de permanência, respetivamente.

Os pactos de não concorrência previstos neste regime público, assemelham-se em tudo, ao regime estabelecido no art.º 136.º do CT, denotando-se apenas ligeiras alterações de forma.

Assim, o pacto de não concorrência, no setor público e à semelhança do que se passa no CT, vem colmatar, as situações em que se releva importante, assegurar durante um determinado período de tempo, após o *terminus* do contrato, uma limitação concorrential,¹¹⁷ ao emprego público.

À semelhança do regime laboral comum, também a LGTFP, veio impor como regra geral a nulidade das cláusulas contratuais limitadoras da liberdade. No entanto, vêm de imediato, no n.º 2 permitir essa limitação, desde que, por acordo limitado a um máximo de 2 anos, e desde que cumpridos os seguintes requisitos:

a) Constar tal acordo, por forma escrita, do contrato de trabalho em funções públicas ou do acordo de cessação do vínculo;

b) Tratar-se de atividade cujo exercício possa efetivamente causar prejuízo ao empregador público;

c) Atribuir-se ao trabalhador uma compensação durante o período de limitação da sua atividade, que pode sofrer redução equitativa, em

¹¹⁷Paulo Veiga e Moura, Cátia Arrimar, Comentário à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, 1º Volume, Coimbra Editora, 2014, p. 318.

montante equivalente àquele que o empregador público houver despendido com a sua formação profissional.”

Neste sentido, será de realçar, que este pacto se justificará, na eventualidade do trabalhador dispor de “*conhecimentos, informações ou de uma preparação técnica suscetível de causar ... prejuízos graves*”¹¹⁸ ao empregador público.

No entanto, neste caso, este empregador tem atribuições diferentes do empregador comum, na medida em que, ao invés do setor empresarial privado que apresenta como objetivo indispensável o lucro, o setor público tem claramente uma função que não se coaduna com essa realidade.

Posto isto, não podemos denegar que as mais variadas instituições do estado procuram impreterivelmente o interesse público, independentemente do organismo em questão. Até inclusive, o próprio setor empresarial do estado conjuga na sua génese a constituição e gestão de infraestruturas públicas fundamentais, bem como a prestação de serviços públicos essenciais, nos mais diversos setores e domínios, constituindo um importante instrumento de política económica e social.

Por estas razões, o emprego público acaba por ter uma génese completamente oposta à lógica do setor empresarial, pelo que, deverá ser tida em conta aquando da sua integração num pacto de não concorrência.

Enquanto que estas cláusulas podem trazer enormes vantagens, para o empregador comum, seja por atempadamente impedir a proliferação de segredos de fábrica¹¹⁹, conhecimentos da estratégia interna da organização, conter a propagação de *know-how* específico¹²⁰, proteção da clientela entre outras, poderão já não estar em causa os mesmos interesses no âmbito do empregador público.

Embora possam estar em causa, interesses muito próximos do empregador comum, a verdade é que estamos diante de um empregador especial, que tem nas suas vestes uma índole claramente talhada no interesse público, que contrariamente ao setor privado, não atua no mercado com a mesma visão lucrativa.

¹¹⁸ Nunes, Cláudia Sofia Henriques, “*O Contrato Trabalho em Funções Públicas, face à Lei Geral do Trabalho*”, Coimbra Editora, 2014, p. 290.

¹¹⁹ Note-se acentuada importância no património intelectual da empresa é elemento diferenciador.

¹²⁰ Gomes, Júlio Manuel Vieira (2007), *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, p. 611.

Ora, sendo a sua índole marcadamente diferenciada do empregador comum, terá também, por sua via de razão de existir um sentido e alcance diferente do prejuízo causado ao empregador público.

Nesse sentido, na nossa perspectiva a aplicação do pacto de não concorrência, no âmbito da LGTFP deve estar manifestamente conexionado com o interesse público.

No que confere às questões específicas do regime do pacto de não concorrência, remetemos na íntegra para os pontos 4.1 e seguintes.

Ainda assim, quanto à compensação, e à semelhança do regime laboral comum, subsiste a possibilidade de elevação desta até ao equivalente da remuneração base. No entanto, apenas é possível nos casos de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em ato ilícito do empregador público.

Em termos concretos, a LGTFP não refere qual o montante da compensação, no entanto, por estarmos perante o empregador público, não deixa de ser equacionável a exigência de um limite máximo, já que está em causa dinheiro público e não privado.

No entanto, sempre se dirá, que a redação do n.º 3 indica que, em caso de cessação ilícita, a compensação será equivalente ao valor correspondente à remuneração auferida aquando da cessação.

Neste sentido, poderá especular-se que a compensação, nas restantes situações, nunca pode ser superior à remuneração que auferia quando trabalhava no setor público,¹²¹ pelo que, se poderá entender, que será esse o valor máximo a atribuir em caso de compensação.

¹²¹Paulo Veiga e Moura, Cátia Arrimar, Comentário à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, 1º Volume, Coimbra Editora, 2014, p. 320.

Capítulo VI

6. Cessação do contrato de trabalho

A cessação do contrato trabalho, tem diversas consequências, tanto na esfera jurídica do trabalhador, como simultaneamente do empregador. Se em regra as consequências da cessação do vínculo são de maior relevo na esfera do trabalhador, uma vez que é a parte mais fragilizada e mais carenciada, o curioso é que na existência de um pacto de não concorrência, a parte que se pretende proteger diretamente   o empregador.

Em condições normais de cessão do vínculo laboral, o ex-trabalhador, teria a liberdade para retomar a sua procura de emprego, aproveitando a sua experiência obtida, para regressar rapidamente   vida ativa, restabelecendo assim a estabilidade da sua vida profissional.

No entanto, este trajeto profissional dito “normal”, no decorrer da procura de emprego, poderá não acontecer, nestes estritos moldes. Isto porque, na decorrência da celebração de um pacto de não concorrência, o ex-trabalhador, encontra-se limitado na sua liberdade de trabalho, ficando impedido de exercer funções que possam ser concorrentes com as do seu ex-empregador.

6.1. Incumprimento do pacto

Do ponto de vista legal, o art.  136.  não estabelece qualquer consequência no caso de incumprimento por alguma das partes. Pelo que, deveremos seguir, em termos gerais, o caminho da responsabilidade civil.

É com o *terminus* do contrato de trabalho, que o pacto de não concorrência, caso exista, começa a produzir efeitos. Assim, a liberdade de trabalho do ex-trabalhador, só se encontrar  limitada, após a cessação do contrato de trabalho, uma vez que só a partir desta fase fica impedido, no âmbito da sua livre iniciativa económica, mas também da

sua liberdade laboral, de exercer uma atividade concorrente a do seu ex-empregador (desde que cumpridos todos requisitos anteriormente mencionados).

Ainda assim, deve ser entendido, que o pacto de não concorrência tem autonomia em relação ao contrato de trabalho, no entanto, em casos limite, o incumprimento do contrato de trabalho pode ter repercussões no pacto de não concorrência, conforme avança Pedro Romano Martinez¹²².

Posto isto, nada impede que o pacto possa ser incumprido pelo ex-trabalhador como pelo ex-empregador, tendo obviamente consequências jurídicas diferenciadas nas esferas jurídicas de cada um, como vamos verificar nos seguintes tópicos.

6.1.1. Incumprimento pelo trabalhador

Partindo do pressuposto que existe um pacto de não concorrência, validamente celebrado, pode-se levantar a questão de o ex-trabalhador incumprir o pacto e após a cessação do CT, ir exercer uma função em plena concorrência com o empregador.

Antes de mais, parece óbvio que a violação daquele pacto, por parte do trabalhador implica, desde logo, a obrigação de devolver as quantias auferidas como compensação pelo período de limitação¹²³.

O mesmo entendimento é seguido por Sofia Silva e Sousa, destacando aquela autora, que “*o reembolso deverá ser integral na medida em que o empregador deve ver a sua situação patrimonial reconstituída*”.¹²⁴

¹²² Martinez, Pedro Romano, Direito do Trabalho, 6.º ed, Almedina, 2013, p.610

¹²³ Nascimento, Ricardo, “*Da Cessão do Contrato de Trabalho*” – Cláusulas de não concorrência, Coimbra Editora, 2008, p.362.

¹²⁴ Neste sentido a autora acrescenta ainda que: “Na verdade, inclinamo-nos para olhar para a obrigação de não concorrência como um todo tendo por referência a duração da limitação pactada entre as partes, pelo que se antes do final do período acordado o trabalhador incumpre tal obrigação este incumprimento deverá dar lugar a restituir ao empregador o que já tiver pago ao trabalhador.” - Sofia, Silva e, “*obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum*”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2012, p.128

No entanto, pode-se dar o caso de ainda não ter sido prestada a compensação, pelo que, nos parece claro, que o empregador ficará desonerado de a efetuar.

Neste sentido, não podemos deixar de referenciar que Júlio Manuel Vieira Gomes, levanta a possibilidade de no caso da exceção de não cumprimento, por parte do trabalhador, esse reembolso ser apenas parcial, caso o trabalhador tenha cumprido com o pacto durante um determinado período do seu tempo de duração.¹²⁵

Na nossa perspetiva, não acompanhamos tal posição. Não vislumbramos, outro caminho que não seja, a devolução das quantias auferidas como compensação pelo período de limitação de forma integral¹²⁶. Não se pode ignorar, que o verdadeiro efeito útil é impedir a concorrência à atividade do empregador, uma vez incumprido o pacto, perde-se todo o efeito útil do seu propósito.

Por outro lado, este incumprimento, originará adicionalmente, nos termos gerais, a responsabilidade contratual do ex-trabalhador,¹²⁷ tornando-o responsável pelo prejuízo que causar ao seu ex-empregador (credor), nos termos do art.º 798.º do CC¹²⁸, conforme ressalva a doutrina¹²⁹.

No que respeita à responsabilidade do trabalhador, importa ainda diferenciar as situações em que o trabalhador se desvincula nos termos do art.º 81 do CC.

Nesse lance, estamos perante uma hipótese de incumprimento contratual que pode integrar uma atuação lícita, por estar em causa, uma limitação de um direito de

¹²⁵Citação de: As cláusulas de não concorrência..., op. Cit, pp. 37-38, remetido por Sofia, Silva e, “*obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum*”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2012, p.127

¹²⁶ Neste sentido não podemos esquecer o art.º 801.º do CC, que “1. Tornando-se impossível a prestação por causa imputável ao devedor, é este responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação. 2. Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.”

¹²⁷Pedro Romano Martinez, vai mais longe, admitindo também a “responsabilidade delitual com respeito à empresa que tiver contratado esse trabalhador, caso se admita a eficácia externa das obrigações e estejam preenchidos os pressupostos da responsabilidade do terceiro cúmplice” - Direito do Trabalho, 6.º ed, Almedina, 2013, p.608

¹²⁸ Artigo 798.º (Responsabilidade do devedor) O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.

¹²⁹ A título de exemplo: Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Direito do Trabalho, 4.ª edição, Almedina, p.404; Maria Irene Gomes – “*Vinte anos de Questões Laborais*”, N.º 42, dez. 2013, Coimbra Editora, p.251

personalidade, mas que poderá determinar o dever de indemnizar o empregador, exemplo disso, são as despesas efetuadas na sua preparação técnica, conforme destaca Romano Martinez¹³⁰.

Já num outro campo, nada impede que seja estipulada uma cláusula penal, ainda assim, não pode ser estabelecida em termos tais, que possa afetar a liberdade de trabalho do ex-trabalhador. Note-se a esse propósito, que no caso da cláusula penal ser considerada excessiva, a mesma poderá inclusivamente contender com a liberdade de circulação dos trabalhadores comunitários, constituída no art.º 39.º TUE.¹³¹

Por último, e não menos importante, não se pode deixar de referenciar o entendimento já defendido por alguns autores, relativamente aos atos preparatórios, prévia angariação de clientes e à possível mobilização de trabalhadores que, ao colocarem em causa os interesses da cláusula de não concorrência, levam ao incumprimento daquele pacto, com as consequências acima já mencionadas.¹³²

6.1.2. Incumprimento do empregador

Importa agora apreciar a situação em que entidade patronal não procede ao pagamento da compensação, entrando em incumprimento do pacto.

Salienta-se, desde já, que a falta de pagamento da compensação, só *per si*, não pode valer como causa da inoperacionalidade ou ineficácia do pacto, é preciso invocar, a resolução do pacto por conduta culposa do empregador ou invocar a exceção de não cumprimento do contrato. Também, Maria Irene Gomes, refere que “perante o

¹³⁰Pedro Romano Martinez - Direito do Trabalho, 6.º ed, Almedina, 2013, p.612

¹³¹Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Direito do Trabalho, 4.ª edição, Almedina, p.404, que remete para Christian Koenig/Ulrike Steiner, “Die Vereinbarkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit des EG – Vertrags”, em NJW2002, p. 3583-3588.

¹³² Citação de: Gonzalo Dieguez, Lecciones de Derecho del Trabajo, 4ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995,p. 272-273, por Sofia, Silva e, “obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2012, p.130

incumprimento do empregador o trabalhador pode também recorrer à resolução do pacto de não concorrência nos termos gerais.”¹³³

Note-se ainda que este incumprimento, cria na esfera jurídica do trabalhador, o direito a vir reclamar os créditos estipulados, acrescidos de juros.

A nível jurisprudencial podemos verificar o mesmo entendimento, destacando-se o Ac.1019/09.1TTLRA.C1 do TRC 17/11/2017, onde foi alegado que “o não pagamento da compensação, no contexto da cláusula prevista no pacto, apenas podia gerar o direito a reclamar a resolução do pacto acrescido do direito a indemnização pelos danos causados com a conduta culposa do empregador ou a invocar a exceção de não cumprimento do contrato, sendo que o Recorrente nunca invocou a exceção de não cumprimento do contrato nem resolveu, mediante declaração à outra parte, o pacto de não concorrência por alegada violação do mesmo por parte da Recorrida”.

¹³³ Maria Irene Gomes – “*Vinte anos de Questões Laborais*”, N.º 42, dez. 2013, Coimbra Editora, p.263

6.2. Concorrência desleal

6.2.1. Da (in)existência do pacto à concorrência desleal

Após a desvinculação do contrato de trabalho, e na ausência de um pacto de não concorrência, poderá o trabalhador entrar em colisão com os interesses concorrenciais do ex-empregador sem ter qualquer consequência. Nestes casos, o mais óbvio é pensar que o empregador estará despromovido de qualquer proteção jurídica.

Isto é, pode acontecer, que na decorrência da cessação do contrato de trabalho, não tenha sido estipulado qualquer pacto de não concorrência. Nestes casos em concreto, e numa situação pós *contractum*, pode vir a verificar-se, que o ex-trabalhador, aproveitando o contacto com a clientela, o acesso a informações específicas sobre a empresa, ou através de aquisição de um *know-how* próprio da empresa, possa vir a colocar ao serviço da concorrência todos estes instrumentos, fazendo com que, o ex-empregador fique fortemente prejudicado do ponto vista concorrencial.

Na verdade, entendemos que para este tipo de casos, o empregador não fica totalmente despromovido de proteção, uma vez que estas situações podem integrar o instituto da concorrência desleal. Aliás, a esse respeito, ainda se acrescentará que o trabalhador poderá inclusive, responder pela concorrência desleal e simultaneamente pelo incumprimento do pacto de não concorrência, caso este exista.

Se recuarmos à origem da concorrência desleal, verificamos que é uma criação da jurisprudência francesa, que assentava essencialmente no regime da responsabilidade civil extracontratual do código napoleónico francês.¹³⁴

Atualmente, este modelo encontra-se difundido por toda a Europa. Ainda assim, não se pode deixar de dar nota que Portugal foi pioneiro na tipificação do ilícito de concorrência desleal como contraordenação, já que até 2003 constituía um crime.¹³⁵

A teleologia assente, por de trás, da proibição da concorrência desleal, visa de certa forma, impor aos agentes económicos o dever de agir leal e honestamente, quando

¹³⁴ Gonçalves, Luís Couto “Manual de direito industrial” – Propriedade industrial e concorrência desleal, 4.º Ed. 2013, p. 357.

¹³⁵ Silva, Pedro Sousa e, “Direito Industrial”, Coimbra editora, 2011, p.317

concorrem entre si. No entanto, não visa impedir que os concorrentes se “lesem” uns aos outros, na chamada luta concorrencial. Essa lesão é inevitável e característica da economia de mercado que nos circunscreve, pois “*se os concorrentes disputam a mesma clientela, o sucesso de um envolve o prejuízo de outro*”.¹³⁶

No fundo, desleal não será a concorrência propriamente dita, mas antes, os meios ou as formas que são usados para concorrer.

Posto isto, à semelhança dos pactos de não concorrência, que não limitam toda e qualquer concorrência, mas antes uma concorrência especial¹³⁷ (aquela que se revela particularmente perigosa para o empregador), também a concorrência desleal, existe para travar os excessos dos concorrentes, designadamente quando são utilizados métodos concorrenciais desleais entre os agentes económicos.

Neste sentido, é assim vedada ao trabalhador, independentemente do tipo vínculo laboral, a prática de atos de concorrência desleal.

No entanto, dá-se simultaneamente destaque do facto do trabalhador, poder ainda, responder pelos danos causados no termo do art.º 484.º do CC¹³⁸, caso difunda um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou coletiva.¹³⁹

De forma semelhante, o Ac. 129/08.7TTAGD.C1 do TRL, de 05.11.2009, sublinha a possibilidade de permanecer, para além da cessação da relação juslaboral, “um dever geral de *lealdade pós-eficaz*”¹⁴⁰, (de conteúdo indefinido, contido embora nos limites da proibição de concorrência desleal...), exigível ao nível, por exemplo, da não divulgação de segredos comerciais e industriais, ou, mais genericamente, em manifestações contrárias à boa-fé, em termos de visar prejudicar-se, mais ou menos intencionalmente,

¹³⁶Silva, Pedro Sousa e, “Direito Industrial”, Coimbra editora, 2011, p.316

¹³⁷ Onde está em causa por exemplo, os segredos de fabrico, ou *know-how* específico que o trabalhador teve acesso, no decorrer do seu contrato.

¹³⁸ Neste mesmo sentido, o Ac. n.º 5837/2008-4 do TRL, destaca que “Independentemente de qualquer cláusula, ao trabalhador, depois de cessar o vínculo laboral, é vedada a concorrência desleal, mormente ao “afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome” do empregador (artigo 484º do CC).

¹³⁹ Martinez, Pedro Romano “Direito do Trabalho”, 6.º ed, Almedina, 2013, p.609

¹⁴⁰ Raúl Ventura e Maria do Rosário Palma Ramalho, in “Extinção das Relações Jurídicas de Trabalho”, p. 358, e “direito do Trabalho”, II, p. 950/ss.

o antigo empregador, dever esse cuja violação poderá reivindicar-se algures, na fronteira, de difícil identificação, entre o ilícito penal e a responsabilidade civil....”

Nesta esteira, cabe agora verificar a integração das situações de possível concorrência desleal por parte do ex-trabalhador.

6.2.2. Integração e aplicação

Antes de mais, importa começar por referir que a proteção da concorrência não se pode confundir com a concorrência desleal. Repare-se, que esta última, não pretende preservar o mercado como regulador da decisão económica, mas tão-somente colocar os agentes económicos ao abrigo de certas práticas lesivas dos valores deontológicos.¹⁴¹

A noção de concorrência desleal no ordenamento jurídico português está prevista no art.º 317.º do CPI. Aquele normativo refere que: “Constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, nomeadamente...”.

Neste seguimento, destaca-se desde logo, que a concorrência desleal patenteada no supra mencionado artigo, está elencada numa cláusula geral¹⁴², seguida depois, por uma enumeração meramente exemplificativa da al. a) até à f).

A existência de uma infração por concorrência desleal, no âmbito da sua cláusula geral depende dos 3 seguintes pressupostos:

- haja um ato de concorrência;
- esse ato seja contrário às normas e usos honestos;
- num qualquer ramo de atividade económica.

¹⁴¹ Moncada, Luís S. Cabral de “*Direito Económico*”, 5.º Ed. Coimbra Editora, 2007, p.487

¹⁴² O facto de estarmos perante uma cláusula geral, permite a possibilidade de adaptação a cada caso concreto, com enormes benefícios de abrangência e plenitude, e enormes desvantagens no que confere à segurança jurídica.

A estes 3 pressupostos acrescenta-se ainda mais um, que é o dolo, conforme adianta Pedro Sousa e Silva, visto que a concorrência desleal não é punível a título de negligência.¹⁴³

Assim, nada parece impedir que um trabalhador, após a cessação do contrato de trabalho, enquanto concorrente, seja por livre iniciativa económica ou enquanto trabalhador, possa cair nas malhas desta cláusula geral de concorrência desleal.

Note-se, que a própria lei não assaca qualquer critério quanto aos sujeitos que pratiquem atos desleais, centrando-se antes, na existência de um ato de concorrência, designadamente desconforme com os usos honestos, sendo inclusive transversal a qualquer atividade económica.

Para que se venha a verificar tal ilícito, é forçoso que o ex-trabalhador venha exercer uma atividade concorrente com a do seu ex-empregador, isto é, que dispute em concreto a mesma clientela¹⁴⁴. No entanto, para além de tentar obter uma posição vantajosa de mercado face à clientela, é simultaneamente necessário, que sejam utilizados métodos ilícitos, que colidam com as normas e usos honestos.

Por outro lado, tem sido entendido que “as normas” a que se refere este art.º 317.º, se destinam aos códigos de conduta, utilizados essencialmente em determinados setores de atividade¹⁴⁵.

Por sua vez, nos usos estarão em causa, padrões de comportamentos que se entendem como corretos, numa determinada atividade e que terão de ser ponderados com juízos éticos. Estes critérios terão obviamente, de ser integrados a cada ramo concreto de atividade, pelo que as normas e usos, de um investigador farmacêutico serão impreterivelmente diferentes das de um agricultor.

¹⁴³ Visto que o art.º 8, do regime geral das contraordenações estabelece que “Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.”

¹⁴⁴ Silva, Pedro Sousa e, “Direito Industrial”, Coimbra editora, 2011, p.325, posição dominante de concorrência, o qual remete para, Oliveira Ascensão, Concorrência desleal, p. 119, esclarecendo que haverá um ato de concorrência se o ato tiver a idoneidade de atribuir uma posição relativamente vantajosa, em termos de clientela. Na mesma linha, Patrício Paúl, concorrência desleal e segredos de negócio, p.141.

¹⁴⁵ Neste sentido, Patrício Paúl, *Concorrência desleal e Segredos de negócio*, p. 142, Oliveira Ascensão, *Concorrência desleal*, p.154 e Silva, Pedro Sousa e, *Direito Industrial*, p.325

Por sua vez, no que confere ao critério do ramo da atividade económica, importa mencionar que ficam aparentemente excluídas atividades de cariz cultural, religioso ou político.

No entanto, evidenciamos que subsistem autores que entendem estar excluídas as profissões não empresarias e sujeitas a um controlo público de exercício, de que são exemplo as ordens profissionais.

Ainda assim, entendemos acompanhar a mesma linha de pensamento de Pedro Sousa e Silva, na medida em que não há qualquer razão para se isentar os profissionais liberais da integração numa conduta de concorrência desleal. Aquele autor, acrescenta ainda que os *“sujeitos de concorrência desleal podem ser quaisquer pessoas, singulares ou coletivas...sejam ou não titulares de uma empresa.”*¹⁴⁶.

Por fim, destacar que o ex-trabalhador ao preencher os requisitos da cláusula geral, que acima se veio descortinado, integrará um ilícito contraordenacional de concorrência desleal, previsto no art.º 317.º do CPI e punido pelo art.º 331.º do mesmo diploma, com uma coima de 3.000 euros a 30.000 euros, caso se trate de pessoa coletiva e de 750 euros a 7.500 euros, caso se trate de pessoa singular.

¹⁴⁶Silva, Pedro Sousa e, “Direito Industrial”, Coimbra editora, 2011, p.330

Capítulo VII

7. Conclusão

Finda a análise dos pactos de não concorrência que nos propusemos desenvolver, foram levantadas algumas questões que consideramos de relevado interesse no cerne desta temática, pelo que, não poderíamos finalizar este trabalho, sem antes, realçar e reforçar algumas considerações.

Conforme, já anteriormente referimos, é natural que não se tenha dito tudo sobre os pactos de não concorrência, até porque não era esse o escopo desta dissertação. Este trabalho não pretende ser um estudo exaustivo sobre todos os aspetos destes pactos, mas antes, uma análise delimitada e adstrita a algumas questões, que se entendeu serem merecedoras de uma maior relevância.

Pretendeu-se fazer uma abordagem teleológica, de forma a ser perceptível a etimologia destes pactos e o seu intrínseco confronto com os direitos fundamentais.

Por outro lado, procurou-se com este trabalho, ainda que comedidamente, manifestar uma visão híbrida dos pactos de não concorrência, na medida em que, embora estes germinem do direito do trabalho, a verdade é que esta figura, não poderá deixar de ser desagregada do seu cariz económico, comercial e concorrencial.

Por isso mesmo, entendemos que os pactos de não concorrência não podem ser unicamente analisados numa perspetiva laboral, sob pena de não se fazer o encadeamento realmente ajustado.

Compreendemos melhor essa sua matriz, se pensarmos que as próprias cláusulas de não concorrência, integram um esquema complexo, na medida em que, por um lado tanto se aproximam do dever de não concorrência, como por outro, se assemelham à proibição de concorrência desleal, mas na verdade não correspondem verdadeiramente a nenhum deles.

Concluimos ainda, no desenvolver deste trabalho, que estes pactos são um agravo à lógica concorrencial, pois se de um ponto vista geral, podemos afirmar que da concorrência surgem enormes benefícios, sejam eles para os consumidores em geral, ou

para o próprio desenvolvimento económico, a verdade é que nestes pactos restringimos essa mesma concorrência, por necessidade de proteger outro tipo de interesses, diferentes daqueles que resultam de um mercado concorrencial.

Por outro lado, parece-nos que estes pactos terão uma continuada e crescente utilização. Tal explica-se pelo desenvolvimento das sociedades de conhecimento, a crescente necessidade de alta especialização, a cada vez mais generalizada e global competitividade entre empresas, que veem nestes pactos uma forma de protegerem os seus interesses.

Não poderíamos terminar sem antes, ousar especular, até que ponto, não será o limite temporal máximo (geral de 2 anos) estabelecido no regime português desproporcionado, face à restrição que recai sobre dos trabalhadores.

A esse propósito, não podemos ignorar que no mundo laboral atual é cada vez maior a exigência de altos padrões de especialização e tecnicidade. Será também inevitável, que os custos destas exigências de especialização geram um maior investimento na formação, suportado em grande parte pelos próprios trabalhadores.

Neste sentido, poderá pensar-se, até que ponto, a admissibilidade de uma limitação na liberdade do trabalhador, numa determinada área concorrente com a do ex-empregador, com duração de 2 anos, não será desproporcionada, face ao investimento feito pelo trabalhador naquela área de especialização.

Para além de que, não podemos deixar de reconhecer, que é o próprio mercado de trabalho, que impõe aos profissionais elevados padrões de especialização. Pelo que, se poderá questionar também, até que ponto não será prejudicial de mais, afastar os trabalhadores durante um determinado período, daquela atividade para a qual se especializaram.

Não temos respostas exatas, quanto à limitação máxima adequada, mas entendemos que 2 anos é seguramente demasiado. Pelo que, terá de ser feito um balanço do pacto, designadamente, quanto ao seu período de limitação, por forma a não cair no erro, de afastarmos definitivamente o trabalhador da área para a qual se especializou e para a qual tem interesse em continuar a trabalhar.

Uma outra nota conclusiva, que nesta fase final não poderíamos deixar de realçar, é a questão da eficácia da limitação geográfica. Conforme já tivemos a oportunidade de revelar, tem sido unânime pela doutrina a utilização dos limites geográficos.

No entanto, parece-nos que o paradigma atual, é já muito diferente da visão inicial destas cláusulas. Estamos hoje, inevitavelmente, perante uma concorrência à escala global. A concorrência entre operadores económicos passou a ter uma dimensão claramente internacional e de larga escala. A somar a isto, não podemos esquecer, o crescente recurso à utilização de plataformas eletrónicas, passando o cliente a ser digital.

Neste sentido, não se pode deixar de alertar, que esta limitação geográfica defendida por grande parte da doutrina, deixa de fazer sentido, no mundo para o qual nos encaminhamos. Entendemos por isso, que limitar geograficamente o trabalhador, em certos casos, não o impedirá de exercer uma concorrência diferencial sobre o seu empregador.

Uma das últimas notas, vai para a compensação. Conforme já foi articulado, julgamos que a compensação, apenas deverá ser prestada durante o período da limitação da atividade.

Justificamos tal tomada de posição, com o próprio posicionamento do legislador, na medida em que resulta de forma clara que a compensação terá de ser prestada “durante o período de limitação da atividade”.

Sendo que, por outro lado, de um ponto de vista teleológico, a essência da compensação é de certa forma compensar o trabalhador pela sua inatividade, numa certa e determinada área, possibilitando uma maior estabilidade económica durante esse período, e garantindo-lhe assim, um rendimento mínimo compatível com a sua limitação. Assim, atribuir esta "contrapartida" fora deste período, não nos parece adequado, face à lógica subjacente à compensação.

Em última análise, destacamos, o último capítulo deste trabalho, a possibilidade de integração da concorrência desleal.

Assim, nada parece impedir a possibilidade de integração daquele instituto, quando o trabalhador entre em colisão com os interesses concorrenciais do ex-empregador,

podendo inclusive, responder simultaneamente pela concorrência desleal e pelo incumprimento do pacto de não concorrência, caso este exista.

Bibliografia

AMADO, João Leal, *Contrato de trabalho*, 2.^a Ed., Coimbra Editora, 2010

BELTRAN, Ari Possidonio, *A cláusula de não concorrência no direito do trabalho*, Temas atuais de direito do trabalho, Revista do Advogado, 1998

CANOTILHO, J.J Gomes / MOREIRA, Vital *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a Ed. Revista, Coimbra Editora, 2007

CORDEIRO, António Menezes, *Concorrência Laboral e Justa Causa de Despedimento*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1986

CORDEIRO, António Menezes, *Defesa da Concorrência e Direitos Fundamentais das Empresas*, n.º 136.º, Almedina, 2004

CRUZ, Sebastião, *Direito Romano (Ius Roamanum)*, 4.^a Ed., Coimbra Editora, 1984

DAMY, Grégory / PELLI, Sabrina, *La Clause de non-concurrence dans les relations de travail*, La Semaine juridique, Edition Gênerale n. ° 15, 9 de avril, 2008

DIEGUEZ, Gonzalo, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 4^a Ed., Marcial Pons, Madrid, 1995

ESTATÍSTICAS do Comércio Internacional 2016

FERNANDES, António Monteiro, *Direito do trabalho* – 17^a Ed., Almedina, 2014

FREITAS, Pedro Petrucci de, *Da livre renúncia ao pacto de não concorrência pelo trabalhador após a cessação do contrato de trabalho*, Revista de Direito Público, n.º 9, jan-jun, 2013

GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, 2007

GOMES, Maria Irene – *Vinte anos de Questões Laborais*, N.º 42, Dez., Coimbra Editora, 2013

GONÇALVES, Luís Couto, *Manual de direito industrial – Propriedade industrial e concorrência desleal*, 4.ª Ed. 2013

HERNÁNDEZ, Nancy Sirvent, *El pacto de permanência en la empresa*, tirant lo blanch, Valencia, 2002

IAPMEI - *A Economia em Síntese*, 11 de julho de 2017

KOVAR, Jean-Jacques Burst e Robert, *Droit de La Concurrence*, Economica, 1981

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2008

LEITE, Jorge, *Direito do trabalho*, vol. II, Serviços de textos dos SACUC, Coimbra, 1999

JUSTO, A. Santos, *Direito Privado Romano I - Parte Geral*, Coimbra Editora, 2008

MALLET, Estêvão, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, *Cláusula de não concorrência em Contrato individual trabalho*, 2006

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2013

MARTINS, João Zenha, *Pactos de não concorrência no contrato de Trabalho*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Verbo, 2006

MARTINS, João Zenha, *Pactos de não concorrência com projeção laboral - Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 256/04*, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 9, jan-mar, Coimbra Editora, 2006

MARTINS, João Zenha, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016

MEDEIROS, Jorge Miranda e Rui, *Constituição Anotada*, Tomo I, maio de 2010

MIRANDA, Jorge, *Liberdade de Trabalho e Profissão*, Revista de Direito de Estudos Sociais, Almedina, 1988

MONCADA, Luís S. Cabral de, *Direito Económico*, 5.º Ed. Coimbra Editora, 2007

MOURA, Paulo Veiga e / ARRIMAR, Cátia, *Comentário à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1º Vol., Coimbra Editora, 2014

NASCIMENTO, Ricardo, *Da Cessão do Contrato de Trabalho – Cláusulas de não concorrência*, Coimbra Editora, 2008

NUNES, Cláudia Sofia Henriques, *O Contrato Trabalho em Funções Públicas, face à Lei Geral do Trabalho*”, Coimbra Editora, 2014

PAÚL, Patrício, *Concorrência desleal e Segredos de negócio*, Coimbra, Almedina, 2002

PEREIRA, Diogo Gonçalo Escada, *O pacto de não concorrência no Contrato de Trabalho – Alguns Aspectos*, Coimbra, 2014

PIGNARRE, Louis-Frédéric, *La Clause de non-concurrence et droits fondamentaux*, *Recueil Dallaz*, n. ° 18, 2009

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 2005

PINTO, Mário/ MARTINS, Pedro Furtado/ CARVALHO, António Nunes de, *comentário às leis do trabalho*, Vol. I, Lex, Lisboa, 1994

RAMALHO, Maria do Rosário Palma de, *Direito do Trabalho - Deveres Emergentes da Cessão do Contrato de Trabalho - Parte II*, Almedina, 2010

RIVERO, Jean / JEAN Savatier, *Droit du travail*, Presses Universitaires de France, 1970

SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial*, Coimbra Editora, 2011

SOUSA, Sofia Silva e, *obrigação de não concorrência com efeitos post contractum finitum*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Curso de Direito do Trabalho*, Verbo, 1992