

lado, apartando-se da realidade, em paga daquelas vantagens, como assinala o mesmo VILLEY: 38

"Seulement tout cela se paye. La géométrie toujours est aux dépens de la finesse, et la précision théorique est le salaire de l'infidélité au réel. Même si l'on fait appel aux procédés mathématiques les plus savants, on ne saurait traiter mathématiquement les problèmes économiques qu'à condition de raisonner sur des modèles simplifiés à l'extrême. Le monde des mathématiques est celui de l'identité, et, comme le dit M. GABRIEL MARCEL, "il ne saurait y avoir d'identité qu'entre des abstractions".

Vencido, porém, aquêlo estágio de afirmação científica, em que quase sempre a preocupação científicista foi levada ao extremo, atinge a Economia a posição atual — de volta ao homem, como centro de suas pesquisas, como ponto de partida de qualquer indagação e mais impregnada de conteúdo social, visando à própria direção da ação humana.

É o que GUITTON assinala na introdução do seu "Bilan" sobre o objeto da Economia Política. Acentua não se dever fugir à distinção teoria-doutrina, que apresenta sempre vantagens, mas verdade é que se elabora uma nova maneira de definir a Economia Política e se pressente estar o problema em eterno movimento. Poder-se-ia pensar, diz êle, de modo simplista, que a Economia, de início política, deixa de o ser e tende agora a sê-lo de novo. Se isso não seria perfeitamente exato, porque cada período guarda memória do que o precedeu, e não se volta jamais na história ao ponto de partida, é muito mais verdadeiro dizer que as definições da Economia Política estão submetidas a certo ritmo, ao mesmo tempo que a uma progressão. 39

Esse sentido de humanização, de interesse pela direção da ação humana, marca as buscas mais recentes. É natural que, como conseqüência, e ainda que não se apague de todo, a distinção teoria-doutrina passe a interessar menos, se torne mais sutil, e perca o sentido nítido de oposição que assumia.

De qualquer modo, não variaram os conceitos: a ciência há de representar o conhecimento hierarquizado, acima e além das opiniões dos pesquisadores, ficando à teoria e à doutrina, aquela mais e esta menos próxima, por mais impregnada de sentido político, o papel de formulação das

novas hipóteses, que a realidade, soberanamente, confirmará ou não.

Oscar Dias Correia, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais.

*

NEGOCIAÇÃO HABITUAL POR CONTA PRÓPRIA OU ALHEIA NA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

SUMÁRIO: *Conceito genérico — Concorrência desleal. Concorrência — Mais de um emprego — Prejuízo ao serviço. Consentimento do empregador. Legislação e jurisprudência comparadas. Conclusão.*

CONCEITO GENÉRICO — CONCORRÊNCIA DESLEAL

Dispõe a letra c do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho que constitui justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador a "negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado ou fôr prejudicial ao serviço".

Anteriormente, de forma lacônica e equívoca, estabelecia a letra b do artigo 5.º da lei n.º 62, de 5 de junho de 1935, que era justa causa para a dispensa do empregado a sua negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador. Não resta a menor dúvida que o texto consolidado é bem mais claro e preciso em seus termos, coadunando-se inteiramente com o espírito da moderna doutrina do Direito do Trabalho e com a jurisprudência que se foi criando em torno da primitiva disposição. É que a lei n.º 62 decalcara quase que literalmente a redação do velho Cód. Comercial. Como se sabe, prendem-se êstes dispositivos legais ao art. 84, n.º 4, dêsse Código, que reza da seguinte maneira:

"Com respeito aos preponentes, serão causas suficientes para despedir os prepostos, sem embargo de ajuste por tempo certo:

4.º Negociação por conta própria ou alheia sem permissão do preponente".

Não há diferença essencial entre o texto da lei n.º 62 e o da lei comercial, sendo, porém, que êste último dispositivo é muito mais rigoroso e genérico do que o trabalhista. Neste, ainda se condiciona a falta à ocorrência do elemento *habitua-*

38 *Idem, idem*, págs. 855-856.

39 HENRI GUITTON, "L'objet", cit., pág. 25.

Economia Política sem, pelo menos, tanto genêrio os campos da política e da moral, sem fazer psicologia, sem ser sociólogo, a menos que se tente, em análises acuradas, fora da realidade, permanecer na *idealdade* econômica de regimes perfeitos, que jamais existiram ou existirão.

O que continua essencial é distinguir a ciência: de *teorias e doutrinas*, de *regimes e sistemas*.

E a dificuldade é a mesma: distinguir o que é dado exato da realidade do que é juízo de valor do observador; o que é permanentemente, principal, certo, do que é aleatório, percebível e acessório.

Faça-se teoria ou doutrina, haverá sempre uma parcela considerável do pesquisador na pesquisa; faça-se ciência, e há que despi-la das vestimentas do cientista, para colhê-las apenas o essencial, constante, o real dos fenômenos.

Não se poderá negar, porém, que da distinção entre teoria e doutrina terá advindo para a ciência econômica um grande resultado: o de buscar separar o que corresponde à elaboração de ordem puramente especulativa, alheia aos interesses do observador e, às vezes mesmo, abstrata, das contribuições trazidas pelos pesquisadores, mas marcadas dos seus prejuízos, dos seus preconceitos; a distinção que, de um lado, coloca a ciência, o conhecimento científico, num grau superior da hierarquia epistemológica, de certo modo deslucido do pensamento e da ação dos cientistas, como dados inequívocos da realidade, e, de outro, a doutrina, a teoria, o espírito de sistema, que constituiriam o estágio anterior, menos puro, da elaboração individual ou de escola, existindo ainda com a mistura de elementos não essenciais e mesmo perniciosos, *escória* a ser decantada para que atinja a categoria científica.

Mas, não mais se aparta o cientista do interesse pela ação, transformando seu conhecimento, como transformam, de estático em dinâmico, e não apenas no sentido de, erigido em norma, orientar a pesquisa, como de nortear a ação.

Essa, aliás, a tendência que ressaltou dos estudos mais recentes da Economia, sa-lientando-se os que, a propósito, nos têm dado HENRI GUITTON, JEAN MARCHEL, DANIEL VILLEY, ROBERT MOSSÉ e tantos outros, naquela mesma orientação que VILLEY resumiu bem, ao fim das interessantes considerações de seu "Exame de

Consciência da Economia Política", e a que, há pouco, aludimos.

Como consequência dessa concepção, já hoje difundida e geralmente aceita, perderá a Economia um pouco do objetivo realismo, do frio realismo que vinha adquirindo, procurando, como ciência que depende do pesquisador e de suas idéias sobre ela e sobre tudo o mais, fugir às contingências do espírito de doutrina. Dir-se-á que perde em caráter científico, e em verdade, perde, para ganhar em *sentido humano*, em capacidade de informar a ação do homem para melhores condições de vida.

Porque, não há negar como salientam modernos expositores,³⁶ um divorcio se estabelecia entre economistas e Economia, de um lado, e a opinião pública, de outro, não encontrando esta na ciência, os elementos para resolver os problemas humanos, talvez os mais angustiantes (pelo menos para o grande público).

Abstrahido das hipóteses para se manter na altitude da enunciação de teses ou na tentativa das grandes sínteses teóricas, o economista se afastava e afastava sua ciência precisamente da finalidade que devia e deve ter — a solução de problemas do homem.

Compreende-se, aliás, que assim fosse, de início: a grande dificuldade que encontraram (e, de certa forma, ainda encontram) os estudiosos da disciplina é de recolherem, no vasto material humano, ou no vasto material econômico ligado à ação humana, os elementos científicos, isto é, isentos de conteúdo ideológico.

Isso, porém, foi levado a consequências últimas, tendo como resultado o afastamento da Economia da realidade humana, dos problemas que o homem, dominado pelas dificuldades econômicas de subsistência, tinha de vencer.

Terão colaborado nisso, ativamente (nem vem ao caso salientá-lo, ao lado dessa contribuição *negativa*, a valiosíssima contribuição *positiva* que prestaram à ciência econômica), as superintelectualizadas teorias modernas, a começar do marginalismo, perdendo-se, muita vez, em análises nebulosas e irreais, e, em especial, as matemáticas, se representando conquista das mais significativas, principalmente por haver permitido "construções teóricas mais amplas, mais racionais, mais próprias, mais solidas",³⁷ por outro

modo, faz-se mister que a prática seja *habituada*, ao passo que naquele foi dispensado tal característico.

Costumam os comercialistas denunciar de *concorrência desigual* a esta falta grave. Procuram os autores, com fundamento nesta ou naquela doutrina, justificar a existência dessa proibição nos textos legais. Assim a defende, por exemplo, CARVALHO DE MENDONÇA: "Esta proibição legal justifica-se pela necessidade: a) de impedir que o preposto se descurte dos interesses do patrão, atendendo aos próprios; b) de evitar que o preposto abra concorrência desigual ao patrão".

Em verdade, contudo, é ainda na *confinança* reciproca que preside a relação de trabalho, que se pode basear fundamentadamente a inclusão desta falta entre as causas justas para a rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador, e sem nenhum ônus para a sua bolsa, caso consiga provar a atividade ilícita do seu empregado. De fato, quando as duas partes resolvem iniciar entre si relações de trabalho, pressupõem desde logo que o fazem em boa-fé e de acordo com os princípios morais da sociedade em que vivem. Isto é, pensa o empregador que admitiu em sua casa, para trabalhar com ele ou para ele, portas a dentro, um indivíduo que não irá procurar lhe prejudicar o negócio, fazendo-lhe a clientela, secretamente, desviando-lhe a clientela, revendendo a outros os seus segredos de fabricação, e assim por diante. Do mesmo modo, supõe o empregado por seu lado que val encontrar no seu patrão uma pessoa que lhe proporcionará trabalho diuturnamente e lhe pagará o salário combinado na época devida, sem nenhum intuito de lhe tornar a vida ainda mais difícil do que antes do seu emprego.

Assim, torna-se de fácil compreensão que falta a confiança e a lealdade, que devem existir em toda relação de trabalho, o empregado que às escondidas procura fazer concorrência direta e conscientemente ao seu patrão, sem o seu conhecimento e sem a sua permissão. Nesta matéria dão os tratadistas italianos, afetos ao clima reacionário e fascista da terra em que vivem, largas aos pendores de servilidade, tendo na *concorrência desigual* uma infração ao *dever de fidelidade* do empre-

gado em relação ao empregador. Aliás, como é sabido por todos, fazia a legislação nazista do trabalho repousar neste sentimento de fidelidade (*Treuepflicht*) do seguinte ao seu chefe todo o contrato de trabalho. Passa este contrato a ser, não mais uma relação de natureza eminentemente patrimonial de crédito, e sim de índole essencialmente pessoal, como no tempo do servilismo medieval.

Achamos que os sentimentos comuns de boa-fé e confiança mútua são suficientes para justificar a negociação como motivo legítimo para a ruptura da relação de emprego, sem que se torne necessário recorrer às misticas reacionárias e antipáticas de obrigações de fidelidade. Não aceitamos tais deveres somente como ônus imposto ao empregado. E o empregador, não precisa também apresentar sentimentos de fidelidade ao seu empregado? Sem dúvida que sim. Mas tudo isso pode ser dispensado, bastando que exista realmente entre ambos verdadeiros e elevados sentimentos de honridade, lealdade e respeito mútuo. Empregado e empregador são homens livres, ambos dignos, que vivem em um ambiente onde todos se olham de frente como socialmente iguais, não devendo nenhum deles ao outro esta suposta obrigação de fidelidade, que lembra histórias de cachorro ou dos tempos em que o homem andava a serviço de outro homem. Não, nas sociedades democráticas a *Treuepflicht* e a *oblição de fidelidade* não encontram clima para viver. São palavras e sentimentos próprios das organizações nazi-fascistas.

Certamente, é sumamente desigual aproveitar-se o empregado do cargo que ocupa em certa empresa para localizar-se com isso, através dos segredos de indústria ou comércio de seu patrão, da sua clientela, dos conhecimentos que adquiriu no desempenho da sua função. Contudo, é bom que se diga que esta alínea — a negociação habitual por conta própria ou alheia — é uma das maiores defesas que colocou a classe capitalista na lei. Não se limita a mera e tímida figura de inobservância contratual por parte do empregado, alcança muito mais longe nos seus longínquos fundamentos sociais e filosóficos. Não há a menor dúvida que com esta proibição de comerciar ao empregado durante o contrato, e, na maioria das legislações mundiais, mesmo depois de rescindido, levanta-se uma grande barreira às pretensões dos empregados de amarelar em fazerem-se empregadores de amanhã, ascendendo assim na estratificação econômica da sociedade. É bem verdade que muitas vezes ignora o legislador o fundamento escondido, mas real, que in-

36 JEAN MARCHEL, "Comun", cit. pág. 302; REBOUD ET GUITTON, "Précis", I, pág. 66. Vêde em LOUIS FAUDIN, "Traité", cit. pág. 8 o interessante estudo sobre "O economista".

37 DANIEL VILLEY, art. cit. in "Revue d'Economie Politique", pág. 855.

"de colaborações sejam exercidas de modo "continualvo e com vinculo de subordi- "nação, não pode constituir justa causa "de despedida o fato de o empregado "haver tomado serviço em outra em- "presa, para dedicar o tempo que a pri- "meira lhe deixa livre; como, de igual "modo, não constitui falta grave o fato "do operário, em caso de suspensão do "trabalho da firma, sob a qual é admit- "do, ter prestado serviços em outras offi- "cinas".

Esta lição de BORTOLOTTI, pela clareza da sua exposição e pela autoridade incontestada de quem a escreveu, dispensa novas citações neste terreno. Contudo, não nos furtaremos a citar ainda outras opiniões, que vem corroborar inteiramente a desse conceituado tratadista italiano. Assim é que, também de igual modo, vem decidindo a jurisprudência da Cassação Francesa, como se poderá ver deste trecho de CHARLES PICQUENARD: 7

"A remuneração por tarefa e o livre emprego das horas de trabalho não são incompatíveis com a existência de um contrato de locação de serviços; se o empregador se imiscui na direção, execução e fiscalização do trabalho, se dá ao operário instruções ou ordens às quais este é obrigado a obedecer".

Este, o ponto pacífico da doutrina e da jurisprudência sobre o justo conceito de concorrência desleal e o exercício de outro emprego por parte do empregado. Mesmo entre nós, muito antes da promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, já alguns autores nacionais haviam admitido com precisão o mesmo conceito de negociação habitual. Há quase 15 anos, o Prof. JOAQUIM PIMENTA, em parecer aprovado pelo ministro do

7 CHARLES PICQUENARD, "Code du Travail Annoté", Paris, 1939, págs. 23-24.

8 É preciso aqui que se chame a atenção do leitor para esta questão de nomenclatura. Não se deve confundir a falta grave de "negociação habitual" durante a vigência do contrato de trabalho com a "cláusula de não-concorrência". Como muito bem o acentua SRAEFA, a primeira é uma proibição legal, no passo que a segunda, via de regra, é o conteúdo contratual. Vejamos de SRAEFA a obra e o local citados.

Podem-se definir esta "cláusula de não-concorrência" — que BARASSI no lugar referido, prefere chamar de "cláusula de exclusão de concorrência" — como um acordo entre o empregado e o empregador, pelo qual o primeiro se compromete, ao deixar o serviço do segundo, a não exercer a mesma atividade, que exercia quando ainda trem, explorando o mesmo ramo de negócio ou a mesma atividade comercial ou industrial do primitivo empregador.

Não é disso, porém, que estamos tratando no momento, razão pela qual deixaremos de nos alongar em comentários sobre o assunto.

Trabalho, assim a interpretou: 9 "Certamente, o legislador teve em vista garantir o empregador contra atos ou operações de comércio, habitualmente praticados pelo empregado e que possam resultar em prejuízo para a empresa ou estabelecerem, ou criar situações incompatíveis com a natureza ou exercício do emprego.

"De qualquer modo, ou se trate de negociações ou de outra ocupação, sempre assistirá ao empregador o direito de indicar o empregado, desde que este, por de- "clarar-se a outro gênero de atividade, se "desvie do fiel cumprimento dos seus de- "veres; apenas a justa causa terá de "fixar-se em casos concretos, deviamen- "te comprovados, e ainda por decisão do "órgão competente do Ministério do Tra- "balho. Dentro desse critério, que se me- "dia b do art. 5.º, cabe a resposta aos "questionamentos formulados pela consulta, no "sentido de só se tornar necessária a per- "missão do empregador quando a "nego- "ciação" se proceder em condições que "estabeleçam em que serve o em- "pregado".

NO mesmo sentido já teve DORVAL LACERDA oportunidade de se manifestar com idéntica opinião, assim como nós, também, em parecer aprovado pelo Conselho Regional do Trabalho da Bahia: 10

"Em verdade, qual o motivo pelo qual o "legislador entendeu ser negociação um "ato faloso do empregado? É que lhe "parecem, acertadamente, que a negocia- "ção habitual do empregado — e não há "outros motivos para se considerar nociva "as relações de trabalho — representa- "ria ato de concorrência ou desvio de "energias que o empregado e empregador "conventionaram utilizar na prestação. "Portanto, para se concretizar a inten- "ção do legislador e, o que é mais, para "se dar sentido a restrição legal, sómen- "te quando a negociação incidir nesses "dois motivos, é que se constituirá como "violação da lei. Em outros casos eviden- "temente não, por faltarem razões, se- "jam de ordem prática, sejam de ordem "jurídica, para tanto. Realmente: se o "empregado, seja por força da letra do

"contrato, seja pela necessidade de cum- "prir esse contrato, não se comprometen- "prestar inteira e regularmente sua ati- "vidade ao empregador, com que razão, "por que motivo, pode ele ser proibido de "utilizar em seu favor, por conta própria "ou alheia, o restante dessas atividades, "na ou o exercício das quais ele está "apoiado".

Desde que o empregado cumpra o seu contrato de trabalho em todos os itens, utilizando o patrito e seu tempo integral de serviço, não há como alegar-se qual- quer outra atividade do empregado fora do contrato como justa causa para dis- pensar. Mormente numa terra como esta nossa, em que os salários são excessiva- mente baixos, com um nível de vida irri- sorio, se não fosse alarmante, em face do qual fica, surpresa o observador, por ver os homens viverem, sustentarem família, morarem sob um teto e usarem roupas em volta do corpo! Existe o salário mínimo, não há dúvida, mas este estendendo não basta nem de longe para manter as neces- sidades vitais do operário. E assim é natural, mais do que isso, é obrigatório, que este procure exercer uma outra atividade fora da fábrica, da oficina, da casa comer- cial, a fim de sustentar-se com dignidade e aos seus. Tudo está, porém, em que esta atividade suplementar não chegue a preju- dicar o contrato de trabalho que mantém com o primitivo empregador.

Agora, como é óbvio, só pode consti- tuir ato de concorrência à empresa quan- do o empregado se dedica por conta pró- pria ou de outrem a um gênero de ativi- dade comercial ou industrial idéntica ao do seu empregador. Não basta que ele vá trabalhar, nas horas que lhe deixa livre o seu serviço, para outro empregador, em- bora este explore o mesmo ramo de ne- gócio da empresa para a qual trabalha, desde que o seu cargo no segundo empre- go seja somente de natureza manual, em função interna, burocrática, sem nenhum desenvolvimento de natureza manual. Só ocorre a concorrência desleal quando o empregado executa, de maneira habi- tual, para si ou para outrem, operações de comércio ou negociações mercantis, no mesmo ramo de atividades a que se de- dica a empresa para a qual trabalha e frente à qual se achava obrigado previ- amente por um contrato de trabalho. 11

Resumindo a matéria tratada até aqui, podemos declarar que só se concretiza a letra c do art. 482 da Consolidação, como justa causa para a rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador, quando o empregado: a) negocia por conta própria ou alheia; b) habitualmente, não basta que seja eventual; c) em pre- juízo do seu tempo integral de serviço; d) e em concorrência desleal com o seu patrito.

Não é outra a opinião, por todos os títulos bastante autorizada, de LODOVICO BARASSI, cuja página a respeito mereceu ser aqui transcrita pela maneira exemplar e objetiva com que encara a questão: 12 "Na terceira situação, o tra- "balhador exerce uma atividade concor- "rente só em um sentido mais atenuado: "isto é, não assume a figura de empre- "sário, mas, antes, colabora em uma ou- "tra atividade concorrente. É o caso da "ocupação do mesmo trabalhador em um

10 O empregador, que explora um ramo de indústria ou comércio totalmente diferente do do primitivo empregador (artigo em "Rev. do Trabalho", de 1942, págs. 611).

Não podemos concordar com esta opinião, aliás, em desacordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência internacionais. Admitir esta teoria, seria o mesmo que condenar o empregado a tra- balhar somente para um empregador, sem poder de maneira alguma dedicar suas horas livres a outro emprego. Seria transformar o empregado em escravo, e não é este o espírito da legislação do trabalho.

Podéria o professor de Belo Horizonte citar em seu apelo uma página de CH. LYON-CAEN e L. RENAUTIL, que serviria de informada doutrina para a sua afirmativa. Não o fez, porém. Contudo, antes de se ler a página destes autores, excessivamente severa, é preciso que se diga que se trata de um simples comentário ao CdL. Comercial Francês, que se refere unicamente a agentes de negócios, a comissários, a corretores, a prestadores de serviços, que se referem a um contrato em geral a seus comitentes mas por um contrato de mandato do que propriamente por um contrato de trabalho. Eis o trecho em questão ("Traité de Droit Commercial", Paris, 1906, 4ª ed., Vol. III, págs. 482-483): "As obrigações dos prolocos 860, em geral, as mesmas que as de todos os ma- "dafiários e especialmente dos comissionistas. So- "mente, enquanto que, ordinariamente, o comissio- "nário pode agir por conta de seus comitentes te- "nha o direito de se queixar, o agente, tendo "em mente, quando que, ordinariamente, o comissio- "nário, não tem o seu consentimento, fazer, em "nome, sem o seu consentimento, fazer, em "nome, para particular, similar, ou mesmo diferent- "nem mudar para representar um outro comitente- "cliente, fazer é um contrato completamente in- "ferente. Esta regra é sobretudo útil ao comen- "tando dos cauteiros-viajantes".

11 Uma obrigação para o agente de não fazer con- "corrência a seu patrito cessar, em principio, com "o contrato que o liga a este, mas pode ser pro- "longada por convênio especial".

12 L. BARASSI, "Il Diritto del Lavoro", 1935, Vol. II, págs. 49-50. Também vol. I, págs. 209-210. Ainda para o direito italiano: P. GIBCO, "Il Contratto di Lavoro", Turin, 1939, págs. 261-263; L. RIVA SANSEVERINO, "Il Trattato", de FORISI, e PERCOLI, vol. I, págs. 404-405; e no Código de Direito del Lavoro", Pádova, 1937, págs. 244-246 e 403.

sempenhou sempre o empregado a contento os seus deveres de mestre de fábrica, entrando e saindo à hora regimental.

Ainda mais recentemente, a 3 de maio de 1943, sendo relator do feito o conselheiro CUPERTINO GUSMÃO, decidiu esse mesmo Tribunal o seguinte, completa-mente conforme com as afirmativas que vimos fazendo ao longo do nosso ensaio: "Não é negociação habitual o exercício da profissão fora das horas de aulas, por mestre de escola profissional". Eis o caso concreto, para elucidação do leitor: In-

terveniente a Cooperativa de um velho empregado estável, professor de sua Escola de Artes e Ofícios, sob a acusação de o mesmo tomar a si a execução de encomendas de móveis, destinados a terceiros, na qualidade de desenhista ou traçador, o que, no entender da empregadora, constituía concorrência à sua Escola, com apurado no inquerito que o acusado, com parceria com operários estranhos à Escola, executou encomendas de mobiliário destinadas a particulares, colaborando ele com os desenhos dos projetos e executando cada um a parte que lhe competia, fora do estabelecimento, em horas de folga e com instrumentos de sua propriedade. Argumentou, então, o Tribunal, sendo de ressaltar que o acórdão foi consignado por unanimidade: "A empregadora em questão é uma cooperativa de consórcio, destinada a fornecer aos empregados da Viação Férrea. Para administrar o ensino profissional aos filhos dos associados, mantém uma escola de artes e ofícios, a qual, para mais completa aprendizagem dos alunos, executa obras para a Viação, para os associados e, também, para particulares. Sua finalidade, porém, não é a indústria ou comércio de móveis e outros apetrechos, mas a instrução profissional dos filhos dos associados. Fornecendo ou executando encomendas para os ferroviários ou, mesmo, para a Cooperativa e a própria Viação, estaria a Escola dentro das finalidades gerais da Cooperativa, e se o acusado, à revelia da Escola, aceitasse e encumbrasse dessa classe especial de clientela, estaria fazendo concorrência à sua empregadora. Trabalhando, porém, fora da Escola e em horários de folga, com material seu e para particulares, não estava, em absoluto, praticando concorrência a empregadora, que só acidentalmente pode executar encomendas para

"o público em geral. Além disso, trata-se de um mestre de artes e ofícios, como se vê dos autos, cuja função é ministrar o ensino, e não de um mestre de oficina no sentido comum. Há a considerar ainda que os atos de que é acusado não podem ser tidos como habituais, pois, sendo empregado da Cooperativa há mais de 14 anos, de quatro ou cinco encomendas, apenas, participou. Não há como excluir no caso negociação habitual".

Entre os tribunais de primeira instância, encontramos uma excelente decisão de DELIO MARRINHO, quando presidente da 6.ª Junta de Conciliação e Julgamento, proferida em 26 de outubro de 1943, na qual se lê em certo ponto: "Sempre a doutrina entendem que essa negociação habitual não significa falta de empregado quando não constitui, igualmente, ato de concorrência ao empregador e não é prejudicial ao serviço. Nesta conformidade é, por exemplo, a decisão de DORVAL LACERDA ("Aspectos Jurídicos do Contrato de Trabalho", págs. 46 e 49), como também o são os conhecidos pareceres que, sobre o assunto, emitiram JOAQUIM PIMENTA, OSCAR SARAIVA e EVARISTO DE MORAIS FILHO.

"Já não se discute, hoje em dia, o direito que tem o empregado, em tese, de prestar serviço a mais de um empregador: o reconhecimento desse direito é ponto pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência trabalhista. Os fatos alegados pela reclamante — e confessados pelo reclamante — não constituem, portanto, faltas, em si mesmos. A falta, se existisse, estaria no traduzirem eles "prejuízo ao fiel cumprimento dos deveres funcionais do reclamante. De que não houve esse prejuízo não se pode duvidar: o reclamante ainda era o primeiro vendedor da casa, ao ser despedido".

Pois bem, de acordo com as diretrizes aqui assentadas por nós na conceitualização desta figura faltosa do empregado, como justa causa para a sua demissão, achamos que andaram erradas as 3.ª e 5.ª Juntas de Conciliação e Julgamento, que o empregado que se estabelece sem autorização do empregador pode ser dispensado sem ter direito a reclamar qualquer indenização e que não tem direito a essa mesma indenização o empregado que, em período de férias, vai prestar serviços a outro empregador em con-

corrência ao estabelecimento a que ainda servia.¹⁹

Parce-nos que a primeira decisão não esteve de acordo com o que ensina a doutrina universal, por isso que admitiu como justa causa a abertura pelo empregado de uma casa de negócio, de modo essencialmente genérico e amplo, sem esclarecer se se tratava de estabelecimento do mesmo gênero de atividade da primeira empresa, porque somente neste caso seria o ato do empregado concorrência ao seu empregador. Admitiu, de princípio, que toda e qualquer atividade alheia ao contrato de trabalho é passível de punição extrema, com a dispensa do empregado, o que nos parece injusto. Além do mais, não esclareceu a Junta se havia cláusula expressa entre os contratantes da existência do trabalho do empregado.

E quanto à segunda decisão, aceitou ela como sendo falta grave cometida pelo empregado o mero fato de trabalhar em outro estabelecimento, embora concorrendo do primitivo empregador, durante o período de férias. Antes da Consolidação, dispunha o art. 10 do dec. n.º 23.103, de 19 de agosto de 1933, que regulava a concessão de férias aos empregados em estabelecimentos comerciais e bancários, que não era permitido ao empregado trabalhar durante esse período. A infração ao disposto nesse artigo importava a perda do direito às férias do período imediato. Tal dispositivo nem foi consolidado pelo atual legislador, talvez porque o achasse muito severo. Pois bem, se no regime anterior o trabalho durante as férias não bastava para determinar a despedida do empregado, muito menos agora, quando a Consolidação estabelece expressamente a necessidade da concorrência ou do prejuízo ao empregador. Foi assim um pouco arbitraria a decisão da Junta. Vimos, das lições de BARASSI, de RAMELHA e de BORTOLOTTI, que trabalhar para outras empresas não constitui justa causa de dispensa, mormente quando se trata de trabalho material, subordinado, sem nenhuma influência direta nos destinos da empresa.

CONSENTIMENTO DO EMPREGADOR

Ao contrário de muitas legislações, determina a nossa que se caracteriza a concorrência desnecessária quando o empregado negocia habitualmente, por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador. Não faz qualquer acréscimo no sentido de que esta permissão seja expressa, formal ou

solene, por escrito, verbal ou tácita. Declara exclusivamente que é preciso a permissão. Assim sendo, interpreta-se que o legislador teve em mira, sancionando toda a jurisprudência anterior, incluir no texto qualquer modalidade de consentimento, seja expresso ou tácito. Alias, nada mais fez do que seguir a lição pacífica e unânime da doutrina, que admite na teoria geral do negócio jurídico, não só a manifestação expressa da vontade, como também a tácita. Enxina ROBERTO DE RUGGIERO²⁰ que a expressão é a que se processa por meios sensíveis e estes sejam na verdade adotados na vida quotidiana para manifestar a vontade; a tácita, quando se praticam atos ou fatos que não se destinam propriamente a exteriorizar uma vontade, mas esta se deduz do comportamento da pessoa.

A mais flagrante das espécies de manifestação tácita da vontade é o silêncio. Sobre o assunto há muita discussão e muitas teorias, mas vale para o momento este claro resumo que das mesmas apresenta RUGGIERO: "O silêncio vale especialmente como declaração quando, dada determinada relação entre duas pessoas, a maneira corrente de proceder implicasse o dever de falar, principalmente em frente da declaração de uma das partes, que implique uma obrigação para a outra a que se dirige, o silêncio desta última, pode entender-se como assentimento".

Tal lição parece ter sido feita sob medida para o caso que nos ocupa. Assim, se o empregador souber de manobra inqueritória que o seu empregado se estabeleceu por conta própria no mesmo ramo de negócio que o seu, ou se está trabalhando, em cargo de direção ou representativo, para outrem, seu concorrente, e não tomar nenhuma atitude a tempo, é sinal que consente facilmente na conduta do mesmo, permitindo-lhe continuar na sua nova atividade. De resto, aplica-se aqui nesta falta grave, como uma luvra, a figura da renúncia tácita da justa causa. Podendo usar de uma falta do empregado, mas deixando passar um certo lapso de tempo razoável, que leve o observador imparcial a supor que foi a mesma perdoadada, não poderá o patrão vir mais tarde a alegar a como motivo legítimo da ruptura do contrato de trabalho, sem nenhum ônus para si.

Ademais, como frisou JOAQUIM PIMENTA no parecer transcrito há pouco, só se torna necessária a permissão do em-

17 "Jurisprudência", 1943, vol. XVI, páginas 15-20.

18 "Jurisprudência", 1944, vol. XVIII, páginas 132-136.

19 "Jurisprudência", 1942, vol. IV, págs. 185, e "Jurisprudência", 1944, vol. XVIII, págs. 118-119.

20 ROBERTO DE RUGGIERO, "Instituições de Direito Civil", trat. de ARI DOS SANTOS, São Paulo, 1935, págs. 250-251.

até 1600, recusaram-se os tribunais britânicos a reconhecer toda organização, transação ou acôrdo tendente a limitar o direito individual e pessoal de qualquer cidadão em trabalhar sob suas próprias condições e conforme à sua livre vontade. E por muito tempo ainda continuou a jurisprudência inglesa refratária a reconhecer esta limitação à atividade trabalhadora do empregado, em virtude de admitir que o contrato de trabalho cria a obrigação positiva de fazer, e não a negativa de não fazer, não sendo esta última implícita na primeira. Todavia, estamos com BARASSI: na obrigação de fazer, não se deve considerar implícita a proibição do que torna impossível o fazer?

Quanto aos representantes comerciais, assim resume ARTHUR CURTI as suas obrigações neste particular, em relação ao representado: ⁴⁰ "Um representante, no exercício da sua função, não pode concluir negócio no qual seja pessoalmente parte, desde que os seus interesses pessoais e os do principal possam entrar em conflito, a menos que o advirta de todas as circunstâncias essenciais. Sem isso, o principal tem sempre o direito de suspender o contrato ou de o ratificar e reclamar nesta ocasião pelo representante. Este último não tem o direito de se colocar, êle próprio, como parte. Se quiser contratar êle próprio com o principal, deve-lhe expor sua intenção e todos os fatos que podem agir sobre a decisão do principal. Se o representante falta a este dever, o principal pode anular o contrato. Mas êle deve requerer a anulação dentro de um prazo razoável a partir do momento em que teve conhecimento da atitude ilícita do representante".

JAPÃO — A lei comercial japonesa, a este respeito, é quase que tradução direta, com a mesma nomenclatura, do que dispõe o Código alemão. Assim é que estabelece o art. 32 do Cód. Comercial japonês: ⁴¹

"O procurista não pode, sem o consentimento do comerciante, fazer atos de comércio por êle próprio ou por terceiros, nem tornar-se associado responsável indefinida e solidariamente dum sociedade comercial.

Desde que o procurista, em contravenção à disposição do parágrafo

⁴⁰ ARTHUR CURTI, "Manuel de Droit Civil et Commercial Anglais", Paris, 1929, vol. II, página 51.

⁴¹ GEORGES RIPERT e SOZO KOMACHIYA, "Code de Commerce de l'Empire du Japon", Paris, 1924, pág. 60.

precedente, faz atos de comércio por sua conta, o comerciante pode considerar os atos cometidos como realizados por êle.

O direito estabelecido no parágrafo anterior extingue-se se o comerciante não o exerce durante as duas semanas a partir do momento em que conheceu este ato. E assim também, em qualquer hipótese, quando o prazo de um ano decorreu a partir deste ato".

MÉXICO — Dispõe o velho Cód. Comercial mexicano de 15 de setembro de 1889, art. 330, que constitui justo motivo a favor do patrão o fato de entregar-se o empregado, por sua própria conta, a operações comerciais sem que para isso seja autorizado por êle.

Não a inclui, porém, a Lei Federal do Trabalho, em seu art. 121, como justa causa para rescisão, apesar de admitir como tal a revelação de segredo profissional, de que o empregado venha a ter conhecimento em consequência da função que exerça na empresa. Contudo, em virtude de ser exemplificativo o sistema mexicano, dando o último inciso desse artigo margem a que sejam punidas do mesmo modo as faltas igualmente graves como as anteriormente enumeradas apontam-nas os autores e a jurisprudência como justa causa de rescisão de contrato de trabalho. ⁴²

PORTUGAL — No Direito comum, rege a espécie o art. 253 do Cód. Comercial de 1888, assim redigido:

"Nenhum gerente poderá negociar por conta própria, nem tomar interesse debaixo do seu nome ou alheio em negociação do mesmo gênero ou espécie da do que se acha incumbido, salvo com expressa autorização do preponente.

Parágrafo único. Se o gerente contrariar a disposição deste artigo, ficará obrigado a indenizar de perdas e danos o preponente, podendo este reclamar para si, como feita em seu nome, a respectiva operação".

No Direito do Trabalho, é genérica a disposição da lei n.º 1.952, de 10 de março de 1937, não enumerando as faltas graves, capazes de determinarem a ruptura brusca da relação.

SUIÇA — Estabelece o art. 352 do Código Federal das Obrigações, de maneira

⁴² MARIO DE LA CUEVA, "Derecho Mexicano del Trabajo", México, 1938, pág. 701.

te à permissão expressa, todavia, lê-se o seguinte num dos seus considerandos: "de conformidade com os elementos colhidos no inquérito administrativo, ficou devidamente caracterizada a mencionada falta grave, desde que, verificada a negociação habitual por parte do embaixante, não foram produzidas provas capazes de determinar a existência de prévia e expressa autorização da firma "sen pleno conhecimento". O grifo é nosso, e com esta última frase, talvez quisesse o Tribunal referir-se ao consentimento tácito do empregador, uma vez que a condição de maneira alternativa, à frase principal. Isto é, ou a expressa declaração do patrão, permitindo ao empregado dedicar-se por conta própria a negócios congeneres aos seus; ou então, tendo pleno conhecimento do que vinha sucedendo, não tomar uma atitude inequívoca pregado. Não há outra interpretação. Quer dizer que, mesmo neste acórdão, foi ainda reconhecida, embora sem muito calor, a autorização tácita da empresa para que o seu dependente continuasse a negociar por conta própria ou alheia, no mesmo ramo de indústria ou comércio que o seu.

Isto, no que diz respeito ao consentimento tácito. Quanto ao expresso, que pode ser exteriorizado através de qualquer das modalidades de declaração da vontade humana, não é necessário que se revista de formalidades especiais, podendo mesmo ser simplesmente verbal. No entanto, para melhor segurança de ambas as partes contratantes, principalmente do empregado, é aconselhável sempre que o mesmo venha revestido de certas formalidades mínimas e por escrito. E isso por uma razão muito simples: é que, segundo a doutrina e a praxe universais, uma vez dada a autorização pelo preponente ao preposto, para negociar por conta própria ou de outrem, torna-se a mesma irrevogável, 28 Alfaro, está ao alcance de qual-razões profundas desse postulado da doutrina: não poderia o empregado voltar a sua vida e a da sua família, instalando-se por conta própria na praça como comerciante, lançando-se em tal empreendimento com todas as forças e meios de que possa dispor. Quando na contingência de ter de optar mais tarde entre a

sua nova situação e o seu emprego. Não, nesses assuntos não é possível hesitar facilmente. Medite-se antes, pesem-se as conseqüências do seu gesto com muita ponderação, mas quando surgir a resolução, que o seja de uma vez por todas. Os homens não podem jogar as suas vidas e todas as suas economias como crianças que brincam desculdadas, sem se importarem com o futuro, que caminha inevitável.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA COMPARADAS

Tratando de legislação comparada sobre a proibição de negociação por conta própria ou alheia, podemos preliminarmente distinguir entre as disposições que se contêm em Códigos Comerciais e as que vêm insertas nas leis trabalhistas e as que expressamente são cargos de representantes, tais como agentes, vendedores, praticistas, procuristas, e assim por diante, ao passo que as segundas, à maneira da nossa, abrangem de modo genérico todo e qualquer empregado, desde que efetue operações daquela natureza.

Pois bem, outra diferença ainda a fazer é no tocante à sanção que esses diferentes dispositivos empregam à falta. Assim é que as leis comerciais, via de regra, com exceção do nosso Cód. Comercial, por exemplo, não chegam ao extremo da demissão de agente mercantil, limitando-se a puni-lo economicamente, transitando ao empregador o exito da sua operação e deixando-o a braços com os fracassos e dividas dessa mesma operação. De outro jeito, porém, agem as leis trabalhistas, incluindo para e simplesmente a negociação entre as justas causas para dispensa do empregado.

ALEMÂNHA — Dispõe o art. 56 do Código Commercial:

"O procurista ou preposto colocado à frente de uma casa de comércio não pode, sem o consentimento do chefe do estabelecimento, fazer operações comerciais por sua conta, nem chefe de terceiros. A autorização do sabido que o procurista ou o preposto constituído por ele fazia, no momento, operações comerciais por sua própria conta ou pela de outrem, e não estipuou a cessação.

No caso do procurista ou preposto infringirem essa proibição, o chefe do estabelecimento pode reclamar a reparação do prejuízo que daí lhe resultar. Pode igualmente reivindicar co-

mo feitas por sua própria conta as operações que eles houvessem feito por sua conta pessoal".

Contudo, já o art. 60, referindo-se ao trabalho dos caixeiros propriamente ditos, estabelece que a bruxa ruppura é possível pela infidelidade do mesmo, pelo abuso de confiança que comete, pelo fato de que, sem consentimento do patrão, explore um comércio ou faça negócios no mesmo ramo que ele, seja por conta de terceiros, seja por sua própria conta.

ARGENTINA — Quanto aos gerentes, determina o art. 141 do Cód. Commercial:

"Nenhum gerente poderá negociar por conta própria, nem tomar interesse sob nome próprio nem alheio, em negociações do mesmo gênero das que lhe são encomendadas, a não ser que tenham expressa autorização de seu principal.

Se as fizer, as utilidades serão por conta do principal, sem que este fique obrigado as perdas".

Criticando este dispositivo, acha **SEGOVIA**, com **VIDARI**, ser o mesmo muito injusto, dando tudo de bom ao empregador e a parte dos prejuízos ao empregado. Opina, então, pela fixação de certo prazo, dentro do qual seja permitido ao patrão agir em seu interesse. Ademais, deve o patrão tomar conta integral de toda a operação, com os lucros e as perdas. 29

Por seu turno, modificando o art. 160 do Cód. Commercial, para os empregados do comércio em geral, dispõe a lei nacional n.º 11.729, de 21 de setembro de 1934, que:

"São causas especiais para despedir o empregado, e sem obrigação para o principal de indenizar por despedida e por falta de aviso prévio, ainda que exista contrato por tempo determinado:

3.º Negociação por conta própria ou alheia sem expressa permissão do principal, quando afeitos interesses deste".

É inmensa a jurisprudência argentina que se formou através da interpretação deste texto de lei. Toda ela no sentido que

fixamos anteriormente, de que só há o cometimento da falta grave quando ocorre inequívoca concorrência do empregado ao negócio do empregador. Assim, é que decidiu a Câmara de Paz Letrada da Capital, 3.ª Sala, em 31 de maio de 1937: "A negociação por conta alheia, sem expressa permissão do principal, só constitui causa fundada de dispensa quando ateta os interesses deste".

A 15 de dezembro do mesmo ano, reafirmou o Tribunal a sua jurisprudência anterior, com estas palavras: "O fato de haver o empregado feito negócios por conta própria ou alheia, sem permissão do principal, não é suficiente para justificar a despedida. O art. 160, inciso 3.º, do Cód. Commercial, exige expressamente que sejam afetados os interesses do patrão, e se este não provar o prejuízo, nem que houvera proibido essa atividade, o dependente tem direito a ser indenizado por culpa do primeiro".

Ainda a 31 de dezembro do mesmo ano, demonstrando praticamente a relatividade de avaliação dessa falta grave, decidiu a Câmara de Paz Letrada, 2.ª Sala: "Se o principal reconhece que durante "mais de 10 anos o dependente foi um empregado honesto, correto e competente a despedida, como primeira medida disciplinar, é uma sanção excessiva, quando a falta se faz consistir em que "no último ano o dependente não se comporta corretamente, por não prestar "trabalhos fora da fábrica, não resultando do daí nenhum prejuízo aos interesses do patrão pelas atividades do dependente, de forma que façam aplicável o artigo 160 inciso 3.º, do Cód. Commercial". 30

Mais recentemente, de maneira humana e justa, decidiu a Câmara de Paz Letrada, 4.ª Sala, em 17 de novembro de 1942, que "O fato de trabalhar em outra parte, durante o período da suspensão, por motivo de necessidade vital, não implica a ruptura do contrato". 31

30 Todos estes exemplos são extraídos de R. VIDALÉS, ob. cit., págs. 400-401.

31 "Percecho del Trabajo", 1943, pág. 333. Em nota de comentário, escreve esse autor: "Afirmado que se la no acordado amudado, parece que se pode acollar somente com multas reservas".

"A jurisprudência entende — com todo acerto — que a ruptura do trabalho co trim a única durante a suspensão (Cámara Commercial de Capital, 10 de dezembro de 1941, como 2.ª pág. 79). Fois "bem, se se admite a possibilidade para o dependente de trabalhar durante a suspensão, por conta de outro patrão se apresentaria a situação de duas relações de trabalho que se sobrepõem; situação que é bom diferente da que ocorre no caso de duas relações que, absorvendo cada uma

28 AOUTILES BEVILLAQUA, "Código Commercial para el Comercio", Rio de Janeiro, 1943, 6.ª ed., págs. 461, em apelo de sua afirmación; KÖRNER, "Handelsgesetzbuch", 2.ª ed., pág. 136, "Argentino", vol. 39, n.º 635.

29 LISANDRO SEGOVIA, "Explicación y Crítica del Nuevo Código de Comercio de la República Argentina", Buenos Aires, 1933, vol. I, págs. 122. Também: CARLOS C. MALACABRICA, "Código de Comercio Comentado", Buenos Aires, 1917, vol. I, págs. 260.

algum aos lucros e não participará das perdas.

O gerente interessado pelo chefe da casa em uma operação participativa, salvo convenção em contrário, dos benefícios desta operação proporcionalmente ao capital por ele trazido, e se não tiver trazido capital algum, será considerado como associado de "Indústria".

Em matéria estritamente de trabalho, versam sobre o nosso assunto os artigos 85 e 89, n.º 6, *in fine*, da lei s/obra contrato de trabalho de 21 de novembro de 1931. Determina o primeiro deles:

"Os trabalhadores estão obrigados, em geral, a não fazer concorrência a seus patrões, nem a colaborar com os que a façam.

Não poderão realizar obra ou trabalho complementar dos que figurem em seu contrato se o trabalho complementar pertencer ao ramo industrial ou comercial do patrão e prejudicar a sua empresa.

Não obstante, o trabalhador poderá obter o consentimento do patrão para tomar parte ou colaborar em trabalhos que lhe fazem concorrência. Presumir-se-á o consentimento se, conhecido o patrão dos negócios particulares do trabalhador, semelhantes aos seus, não houve por bem pactuar por escrito a renúncia dos mesmos.

Se, apesar da oposição do patrão, o trabalhador não renunciar a seus negócios ou indústria, o patrão poderá pôr termo ao contrato."

E estabelece o segundo deles:

"Os contratos individuais de trabalho terminarão por uma das causas seguintes:

6.º) Despedida justificada do trabalhador pelo patrão. Serão admitidas como causas justas de despedida as seguintes: o fazer alguma negligência de comércio ou de indústria por conta própria sem conhecimento expresso e licença do patrão."

É preciso que se chame a atenção do leitor para o fato de que não ocorre contração entre os dois textos de lei, como a princípio parece. No primeiro dispositivo, reconhece o legislador, com toda razão, o assentimento tácito do patrão, quando, sabedor dos negócios do seu empregado, concorrentes ao seu, não lhe ordigne a optar, ou pelo emprego, ou pela

continuação do seu negócio particular, sendo então dispensado por justa causa. No segundo, o que o legislador faz questão que seja expresso é o conhecimento da atividade concorrente do empregado, e não o consentimento do patrão. De fato, não poderia o empregador manifestar-se facilmente, se não tivesse pleno conhecimento do que andava fazendo o seu empregado.

FRANÇA — Nesse país, como vimos no primeiro capítulo, não desse a lei a multas, restringindo-se a declarar que o contrato de trabalho pode ser legitimamente rescindido por qualquer motivo justo de que possam dispor ambas as partes. Fica à livre apreciação dos tribunais o critério de verificar se a razão alegada é realmente suficiente, ou não, para a ruptura brusca, sem nenhum ônus para o rescindente.

Contudo, em P. SUBERVY, encontramos este exemplo jurisprudencial, por onde se vê que a hipótese também é levantada perante os tribunais do trabalho franceses: "Esta falta grave do empregado pode, enfim, tomar uma forma particular, desde que consista em ações de concorrência desleal frente ao patrão. E é assim quando o filho de um representante põe-se, na mesma cidade, "que esta decisão possa prestar-se, ainda "recebidos, a certas críticas. E é assim "quando o empregado organiza por conta "seu patrão. Ainda com mais forte razão, "quando o empregado propõe a um concorrente revelar-lhe uma técnica nova."

Procede com toda justiça a crítica de SUBERVY ao primeiro dos casos apresentados. Seria excesso de carrancismo, verdadeiramente prejudicial e inexplicável, intronelar-se o Estado proibindo aos pais, sejam filhos, pais ou irmãos, de podermos trabalhar em estabelecimentos concorrentes daqueles em que exera sua atividade um dos membros da família. Sem dúvida alguma, tal critério, além de injusto, é absurdo.

HUNGRIA — Dispõe a *Genarbeitsordnung*, lei industrial de 24 de maio de 1884, em seu art. 96, que é justa causa em favor do patrão o fato de realizar o assalariado, sem sua autorização, atos de comércio, seja por sua própria conta, seja por conta de terceiros.

ITALIA — A lei italiana, que é genérica quanto ao motivo de ruptura do con-

trato de trabalho, refere-se em especial unicamente ao caso da concorrência por parte do empregado. É o seguinte o texto, art. 8.º da lei sobre emprego privado de 18 de março de 1926:

"O empregado não pode tratar, por conta própria ou de terceiros, negócios em concorrência com o seu principal, sob pena de dispensa imediata e dos danos.

É obrigação do empregado não abusar, em forma de concorrência desleal, nem durante, nem depois de rescindido o contrato de emprego, dos conhecimentos adquiridos na empresa do seu empregador.

O principal, por sua vez, não poderá, com especiais convenções, restringir a ulterior atividade profissional do seu empregado, depois de cessada a relação contratual, além dos limites consignados no parágrafo precedente."

Foi esta lei apresentada, com o citado relatório de E. V. ORLANDO, à Câmara dos Deputados, em 1913. Transistoriou-se em real decreto em 13 de novembro de 1924, sob o n.º 1.825, vindo mais tarde a ser a lei há pouco aludida de 1926. A boa orientação desta lei ressalta desde logo, por haver colocado em um só dispositivo todas as espécies de concorrência, durante e depois da vigência do contrato. A nossa Consolidação, por exemplo, silenciou inteiramente a respeito, não se encontrando nela nenhuma palavra referente à cláusula de exclusão de concorrência após a dissolução do contrato. Não sabemos porque, não cogitou o legislador da hipótese, quando todas as legislações do mundo contemporâneo tratam de limitar as condições desta verdadeira renúncia de direitos, em uns casos, e, noutros, autentica escrivania na liberdade de trabalho, de que deve gozar todo o indivíduo em sociedade.

Na parte jurisprudencial é abundante o acervo italiano no tocante à negociação por conta própria ou alheia. Decidiu o Tribunal de Roma, em 29 de junho de 1930: "Não pode constituir justa causa

"para despedida o fato de haver o empregado tomado serviço em outra empresa, para dedicar-se durante o tempo que o serviço da primeira lhe deixa "livre".

É caracterizando bem o ponto da concorrência, para que se concretize a falta grave prevista em lei, resolveu a Magistratura do Trabalho de Milão, em 11 de agosto de 1929: "Para constituir a concorrência de negócios e, mais ainda, desleal, segundo o espírito do art. 8.º, torna-se necessário que o empregado de "seu patrão uma atividade deliberada, concorrente, com meios ilícitos, com prejuízo do principal e com o propósito de "lutar d'esse os negócios que formam o "objeto do seu comércio ou da sua indústria, não sendo suficiente para determinar a concorrência desleal um fato isolado e ocasional".

Pode-se citar no mesmo sentido uma sentença do Tribunal de Turim, com data de 20 de março de 1930. E é de notar-se sobre estas duas decisões uma coisa curiosa: não falta a lei italiana em negociação habitual, limitando-se simplesmente a proibir a negociação, sem determinar o número de vezes que deve agir o empregado para que se caracterize a falta grave. Mas andaram bem os prolatoros das decisões citadas, porque, afinal de contas, negociação, como ato de comércio, capaz de estruturar por si mesma uma profissão, só pode vir revestida do elemento da *habitualidade*. Mais certa e de acordo com a doutrina comercial, pois, é a legislação brasileira, que colocou expressamente no texto o requisito de que a negociação fosse habitual.

INGLATERRA — Não possui esse país nenhuma lei escrita sobre o assunto, delimitando para os costumes comerciais e para a jurisprudência a resolução da questão segundo os casos concretos. O que mais preocupa os tratadistas e as Cortes inglesas é a chamada *restraint of trade*, isto é, restrições contratuais à liberdade individual do trabalho, que nada significa do que a nossa já conhecida cláusula de exclusão de concorrência, que se aplica somente depois de dissolvido o contrato de trabalho. Não é, porém, sobre esta parte que versa o nosso estudo, como já dissemos.³⁷

Contudo, segundo nos esclarece RALEIGH BATT, durante três séculos, de 1300

37 "Diritto del Lavoro", 1927, págs. 293-294. Neste mesmo local encontramos uma decisão da Cassação italiana, sob a presidência de D'AMIELIO, datada de 18 de março e 17 de junho de 1930, com sentido idêntico da doutrina que vimos sustentando: "O operário, se não é, em geral, obrigado a abster-se de aplicar a própria atividade trabalhadora nas horas livres por conta própria ou por conta de outrem, é obrigado, em respeito à honra e ao interesse do empregador, a não usar seu prejuízo os elementos postos à sua disposição para fins da prestação de obra."

38 Neste caso, o empregador tem o direito de despedir o operário sem indenização."

39 RALEIGH BATT, "The Law of Master and Servant", Londres, 1929, págs. 94 e segs.

36 P. SUBERVY, "L'Emploi ouvrier et le Droit de Travailleur Salariés", Paris, 1939, pág. 77.

genérica, que o contrato do trabalho pode ser rompido bruscamente por justo motivo, sem os enumerar, entretanto. Do artigo 356 ao 360, refere-se a lei à cláusula de exclusão de concorrência, mas somente depois de terminado o contrato, assunto este que, como já dissemos, não pertence a este estudo.

Mas, já em matéria comercial, estabelece o art. 464:

“O procurista e o mandatário comercial que tem a direção de toda a empresa, ou que está a serviço do chefe da casa, não podem, sem autorização deste, fazer por sua conta pessoal, nem por conta de um terceiro, operações concernentes ao mesmo gênero de negócios do estabelecimento.

Se contrariarem a esta disposição, o chefe da casa pode usar contra eles uma ação de perdas e danos e pode tomar por sua conta as operações assim executadas”.

Em comentário a este artigo, escreve FRITZ FUNK:⁴³ “A procuração e o mandato comercial criam entre as partes uma relação de confiança especial que explica ainda a proibição de fazer concorrência. Esta interdição estende-se a todas as operações no gênero dos negócios da casa. Mas, contrariamente ao que prevê o art. 356, ela só vale enquanto subsistam esses poderes. O chefe pode, expressa ou tácitamente, fazê-la cessar ou restringi-la (tolerando uma concorrência, por exemplo). Mas, não poderia ela ser estendida a outros negócios”.

TCHECO-ESLOVAQUIA — Para esse país, dispõe o antigo Cód. Comercial de 1862 para o Reino da Boêmia, em seu artigo 63, referente ao contrato de trabalho dos agentes de comércio, que a sua brusca ruptura pode ter lugar em virtude de concluir o agente, sem o consentimento do patrão, negócios por sua própria conta ou por conta de terceiros.

Como vimos das transcrições da maioria das legislações e jurisprudências dos países civilizados do mundo, em regra geral, a concorrência só ocorre quando o empregado negocia no mesmo ramo da atividade do seu empregador. Vimos igualmente que quase todas as leis permitem o consentimento tácito, ou a ele se referindo de maneira clara, ou então deixando-o subentendido, sem exigir categoricamente o expresso. O ponto em que o nosso Direi-

to positivo se adianta muito a todos esses textos é no tocante ao caráter de habitualidade da atividade do empregado. Assim, repetindo, em face da Consolidação, para que a negociação chegue a constituir justo motivo para a rescisão do contrato, faz-se mister que importe ela num ato de comércio típico, isto é, com caráter de habitualidade, e acarrete real prejuízo ao empregador. E cabe um largo papel ao juiz de trabalho, ao ter de apreciar os casos concretos desta espécie. Não deve ele deixar-se tomar de inclinações pelos supostos imensos prejuízos que acarretou o ato do empregado ao seu empregador. É preciso que se analisem com todo o cuidado os elementos constitutivos da verdadeira caracterização da negociação habitual por conta própria ou alheia. Sem o que, veríamos qualquer biscate, a que se dedicasse o empregado em suas horas de folga, ser tomado, desde logo e sem nenhum outro argumento, como concorrência desleal ao seu empregador, e assim causa bastante para a rescisão do contrato de trabalho. Não, não deve e nem pode ser confundida a locação de serviços com o ato de comércio, nem o dedicar os momentos de folga a outro empregador com a concorrência ilícita.

Evaristo de Moraes Filho, livre docente da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil.

⁴³ FRITZ FUNK, “Commentaire du Code Fédéral des Obligations”, trad. fr., Paris, 1930, página 278. A respeito dos arts. 356 e segs., vejam-se págs. 223 e segs.

forma o seu gesto, mas nem por isso deixa de existir. Trata-se, no caso que vimos analisando, de uma autentica defesa de classe, como alguém que está em cima e não quer deixar os outros subirem...

Pois bem, ao contrário do que pensa e prega muita gente, aceitamos a expressão *negociação* no seu sentido próprio, restrição, isto é, como ato de comércio, e não no genérico de qualquer atividade de trabalho. A proibição contida na lei é nitidamente econômica, mercantil, de concorrência desleal ou ilícita, e assim inherente somente à matéria do comércio. Importa sempre a negociação habitual na realização eletriva de atos de comércio. A proibição referida-se, de inicio, unicamente aos empregados de comércio, hoje em dia denominados comerciários, não alcançava os trabalhadores da industria. Todos os Códigos comerciais dispõem especialmente sobre o assunto, mas se referem somente aos empregados de alta categoria, aos representantes, aos viajantes, aos viajantes, e assim por diante.

A maioria dos Códigos comerciais não punem o falso de concorrência desleal com a demissão pura e simples. Limitam-se a tirar-lhe os lucros, transferindo-os ao empregador. Fato este, aliás, bem de acordo com o que sustentamos acima: a proibição de concorrência é nitidamente econômica, o que importa não os fins econômicos da operação, e, uma vez satisfeita esta parte, para que chegar-se ao extremo da dispensa do empregado?

Dispõem deste modo o Cód. Suíço das Obrigações (art. 464) e o Cód. Commercial português (art. 253, parágr. único), que não chegam a estabelecer essa cláusula como justa causa para a despedida do empregado. Declararam, apenas, como punição, o pagamento de indenização pelos danos causados, e concedem ao empregador o direito de exigir que as operações do seu empregado não autorizadas sejam consideradas como feitas por sua conta. Segundo ERCCOLE VIDARI, o grande mestre comercialista italiano, é esta disposição muito mais louvável e humana do que a de outros Códigos, que a dão como motivo legal para a rescisão do contrato de trabalho. Endereça-se a crítica de VIDARI diretamente ao Código Commercial italiano, cujo art. 372 estabelece:

"O gerente não pode, sem expresso consentimento do preponente,

2. Desistirem as cláusulas da maioria das coisas informacionais para a parte deste contrato de trabalho e jurisdição e legislação comparadas. Neste ponto bastam as próprias referencias de VIDARI ao Código suíço.

realizar operações nem tomar interesse, por conta própria ou de outrem, em outros negócios do gênero daquele do qual é preposto. Se viola esta proibição, é obrigado ao ressarcimento dos danos, e o preponente tem, além disso, direito de reter para si os lucros conseguidos por estes atos proibidos."

Pois bem, com toda razão, em comentário a esse dispositivo, escreve VIDARI: "Mas suposto, ao contrário, que o gerente viola esta proibição, quais serão as consequências?"

"O gerente deverá ao principal o pleito no ressarcimento. Assim, pela nossa e pelas outras leis, o principal pode licitamente, nas operações realizadas pelo gerente, atribuir-se os lucros e deixar as perdas a cargo do primeiro.

"Certo, é desastrosa ampla a faculdade assim reconhecida ao principal. Não obstante, não a criticaríamos, se não nos parecesse injusto que alguém pudesse locupletar-se com todos os proveitos de uma operação, para deixar ao outro as perdas. Contudo, e aqui não se trata de nenhuma pena, o principal deveria ser satisfeito em todo o seu direito, quando o gerente obtivesse êxito, fazendo prestar por este o pleno ressarcimento, e de considerar feitas por sua própria conta as operações realizadas por aquele. Quer dizer, se estas não forem proveitosas, o principal não assumirá; mas fazer para si a parte do lucro, não nos parece de justiça. Em todo o caso, o gerente deveria ter sempre direito de fazer-se reembolsar, pelo principal, das despesas levadas a efeito para iniciar e concluir o negócio que este considerou depois como próprio (com os interesses da data em que foram feitas), e de deduzir das somas devidas a título de ressarcimento as vantagens decorrentes daquele negócio.

"Parece-nos, assim, melhor avisado o Código suíço, o qual, ainda que concede o mesmo direito ao principal, não diz que este possa locupletar-se com as vantagens unicamente e abandonar as perdas ao gerente; mas deixa entender que, fazendo própria a operação, assume

"ele (o principal) todos os lucros e prejuízos que lhe são inerentes."

Bem justa a crítica de VIDARI, e com ela encerramos esta primitiva parte do nosso estudo. Passaremos agora ao núcleo central do problema, isto é, à fixação dos exatos limites dessa proibição. É preciso saber até onde vão as fronteiras da concorrência desleal bem caracterizada, de má-fé, e onde começa a liberdade de trabalho para o empregado. E o que temos de procurar fazer.

CONCORRÊNCIA — MAIS DE UM EMPREGADO — PREJUÍZO AO SERVIÇO

Em primeiro lugar, convém esclarecer que, ainda mesmo que o ato de empregado constitua inequivocamente um caso de concorrência ilícita ao seu empregador, ele só virá a tornar-se justa causa para a sua dispensa em face da legislação brasileira quando apresente igualmente uma outra característica: a da sua repelção. Não basta que o fato ocorra uma única vez, ou esporadicamente; faz-se mister, segundo expressamente estabelece o próprio texto legal, que se torne *habitual*. Só com este elemento é que se constitui o ato de concorrência típico punido por lei. Neste particular, é o nosso direito positivo bem mais justo do que o da maioria dos povos cultos, do que o italiano e o alemão, por exemplo. Para esses, pouco importa que a operação em concorrência seja eventual, única ou habitual; desde que se realizon com plena voluntariedade do empregado, torna-se ele passível de ser punido pelo mesmo. Em comentário ao artigo 59 do Cód. Commercial alemão, escreve WILHELM ENDEMANN que a lei proíbe, dentro de certas condições, qualquer ato de comércio por parte do agente, seja ele *absoluto, relativo, habitual ou eventual*.⁴

Por outro lado, é preciso que o empregado concorra realmente com o seu preponente, ou, antes, que exerça qualquer cargo representativo para outrem, concorrente de seu primitivo empregador. Não proíbe

a lei de modo algum, que o empregado trabalhe para mais de uma empresa, desde que não deixe de cumprir fielmente os seus deveres funcionais e de preencher o tempo integral que lhe foi consignado em seu contrato de trabalho. A este respeito, escreve R. J. VIDALES, fixando essa mesma distinção básica, que agora fizemos, entre cargos de representação mercantil (gerente, diretor, representante, agente) e os de locação de serviços propriamente ditos: "Conven consignar o erro de concorrência, ao relacionar casos cuja aprovação se discute. Com efeito, o referido inciso diz respeito a "negociações" e o debate se produziu sobre os "efeitos que poderia produzir a prestação de serviços em duas ou mais casas ao mesmo tempo. A diferença de conceito é evidente: o primeiro supõe a realização de "atos de comércio", *negociação por conta própria ou alheia*, enquanto que o segundo se relaciona com o "êxito da locação de serviços".

Sobre isso, com poucas exceções, já está a doutrina de acordo com as premissas expostas acima por nós. GUIDO BORTOLOTTO, por exemplo, baseia esta proibição de concorrência no patríno no dever de fidelidade (além do de colaboração e subordinado) que apresenta o empregado frente ao empregador, e acrescenta a respeito: "Assim, na vigência do contrato, a proibição de concorrência nasce da própria natureza do contrato; mas deve tratar-se verdadeiramente de atividade em concorrência com a empresa. Não se pode equiparar a esta o fato de o trabalhador, desde que isso não seja proibido por disposições de contratos coletivos, dedicar horas, que lhe são deixadas livres, a fornias subalternas e integrativas do trabalho, como tantas que essas aplicações não sejam tais que venham a diminuir a capacidade de produtividade do empregado e acarretar prejuízos a empresa, da qual depende".

Páginas adiante, completa ainda BORTOLOTTO melhor a sua opinião: "Contudo, assim como não é essencial para o contrato de emprego privado que o empregado dedique toda a sua atividade profissional a favor da empresa, bastando somente que as incumbências

4. WILHELM ENDEMANN, "Manuale di Diritto Commercial", Martini e Campanelli, "Tratado de CARLO BERTOLINI" e ALBERICI de diversos atos de comércio", págs. 226-229. Justificando, de modo geral, essa proibição, escreve ENDEMANN: "As agências de todos os países, que recebem ordens de comércio, seja por conta própria, ou por conta de terceiros. A relação de dependência com o principal impõe-lhes a obrigação de não fazer em outra agência, a menos que o principal não tenha autorizado a diferença do seu serviço. Informam, no entanto, que a proibição (art. 59) não se refere ao ato de concorrência desleal no mesmo sentido de indústria, destinando-se a clientela e ao ordena, mas também o conceito de que o agente deve desenvolver todos os seus cuidados no interesse do principal".

5. R. J. VIDALES, "Trabajo en el Comercio", Baha Blanca, 1939, págs. 206-209.

6. GUIDO BORTOLOTTO, "Diritto del Lavoro", Milano, 1935, págs. 200. A segunda citação do texto de BORTOLOTTO, dando idéntica referência ao conceito desta falta grave, vem-se LO-DOVICO BARASSI, "Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano", 1917, vol. II, págs. 160-162.