

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

**OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA
COM EFEITOS *POST CONTRACTUM FINITUM***

Sofia Silva e Sousa

Dissertação de Mestrado em Direito do Trabalho
Orientador: Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier

**LISBOA
MAIO DE 2011**

ABREVIATURAS E SIGLAS	4
NOTA DE CITAÇÃO	6
I. INTRODUÇÃO	7
1. Escolha do tema.....	7
2. Delimitação do objecto da análise.....	11
II. ASPECTOS GERAIS	16
1. Fundamento e balanço dos interesses envolvidos.....	17
2. Da pós-eficácia do dever de boa-fé	22
3. Breve referência à evolução legislativa nesta matéria	24
4. Da compatibilidade com a CRP	32
III. REGIME JURÍDICO VIGENTE	39
1. Definição de pacto de não concorrência	39
2. O pacto como fonte da obrigação	40
3. As partes do pacto	43
4. Objecto do pacto	48
5. Requisitos de licitude do pacto.....	49
5.1 Forma.....	49
5.1.1 Momento da formalização	52
5.1.2 Modalidade de contrato de trabalho	58
5.1.3 Modalidade de cessação do contrato de trabalho	63
5.2 Interesse legítimo do empregador.....	71
5.3 Compensação	81
5.3.1 Natureza jurídica	82
5.3.2 Modos de fixação do <i>quantum</i>	85

5.3.3 Critérios de fixação.....	92
5.3.4 Momento do pagamento da compensação	95
5.3.5 Regime fiscal.....	99
5.3.6 Regime de segurança social	103
5.4 Limites.....	110
5.4.1. Temporal	110
5.4.2 Geográfico.....	113
5.4.3 Tipo de actividade	115
6. Possibilidade de submissão do pacto a condição ou termo	116
7. Possibilidade de renúncia	120
8. Cumprimento e possibilidade de transmissão	124
IV. EFEITOS DECORRENTES DO INCUMPRIMENTO	126
1. Incumprimento por parte do ex-trabalhador	126
2. Incumprimento por parte do ex-empregador	131
3. Eventual responsabilidade de terceiros.....	132
4. Legalidade de inclusão de cláusula penal.....	139
V. EXTINÇÃO DO PACTO	142
VI. ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS	143
1. Competência material e territorial.....	143
2. Ónus da prova.....	150
3. Prescrição	151
VII. NOTAS FINAIS.....	156
BIBLIOGRAFIA	160

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
al.	Alínea
art.	Artigo
CC	Código Civil
CDT	Convenção para Evitar a Dupla Tributação
CIRC	Código do Imposto sobre as Pessoas Colectivas, aprovado pelo DL n.º 442-B/88, de 30 de Novembro ¹
CIRS	Código do Imposto sobre as Pessoas Singulares, aprovado pelo DL n.º 442-A/88, de 30 de Novembro ²
CPI	Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo DL n.º 36/2003, de 5 de Março ³
CP	Código Penal, aprovado pelo DL n.º 400/82, de 23 de Setembro ⁴
CPT	Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo DL n.º 480/99, de 9 de Novembro
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT1	Código do Trabalho, aprovado pela L n.º 99/2003, de 27 de Agosto
CT	Código do Trabalho, aprovado pela L n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
ESC	Estudos Sociais e Corporativos
FDUL	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
IRCT	Instrumento de regulamentação colectiva de trabalho
IRS	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
L	Lei

¹ Cuja última alteração foi introduzida pela L n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro.

² Cuja última alteração foi introduzida pela L n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro.

³ Cuja última alteração foi introduzida pela L n.º 52/2008, de 28 de Agosto.

⁴ Cuja última alteração foi introduzida pelo DL n.º 4/2011, de 16 de Fevereiro.

LCT1	Lei do Contrato de Trabalho – Regime jurídico do contrato individual do trabalho, aprovado pelo DL n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966
LCT	Lei do Contrato de Trabalho – Regime jurídico do contrato individual do trabalho, aprovado pelo DL n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969
LOFTJ	Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais
NRP	Nota de rodapé
n.º	Número
ns.	Números
p.	Página
pp.	Páginas
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Vol.	Volume

NOTA DE CITAÇÃO

Para efeitos da presente dissertação, na primeira citação, as obras são indicadas pelo nome completo do autor, título integral (quando se trate de estudo inserido em obra colectiva ou publicação periódica indica-se ainda o título da respectiva obra ou publicação) volume, número de edição (quando não se tratar da primeira edição), editora, ano de publicação e página(s) citada(s).

Nas citações seguintes, as obras são referidas pelo nome do autor e pelas primeiras palavras do título, seguidas da expressão em itálico (*op. cit.*) e da(s) página(s) citada(s).

A fim de não desvirtuar as palavras e o sentido original das obras citadas, optou-se por efectuar as transcrições na respectiva língua original.

Para uma melhor leitura, optou-se por realizar as transcrições em corpo normal, entre aspas, não utilizando o itálico para este fim.

Relativamente a citações de obras ou textos da Internet, na maioria referências jurisprudenciais, indica-se o sítio electrónico onde podem ser consultados.

I. INTRODUÇÃO

1. ESCOLHA DO TEMA

Apesar de expressamente previstos na legislação laboral portuguesa desde 1966⁵, os pactos de não concorrência com efeitos *post contractum finitum* têm vindo a assumir, nos últimos tempos, cada vez maior importância e actualidade.

Na verdade, a crescente competitividade dos mercados, a globalização da economia, a importância assumida pela informação⁶, pelo conhecimento técnico e pelos avanços tecnológicos, justificam o interesse crescente e renovado das empresas por estes pactos e o aumento do recurso aos mesmos. Pessoalmente, no exercício da actividade de advocacia, tenho tido oportunidade de testemunhar de forma directa este crescente interesse por parte das empresas nos pactos de não concorrência destinados a produzir efeitos após a cessação do contrato de trabalho, o qual também se pode comprovar pela constatação do aumento significativo do número das decisões jurisprudenciais dos Tribunais Portugueses nesta matéria⁷, e de análises doutrinárias a respeito da mesma.

⁵ Concretamente, na LCT1 (Lei do Contrato de Trabalho – Regime jurídico do contrato individual do trabalho, aprovado pelo DL n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966).

⁶ GUILHERME MACHADO DRAY, *Teletrabalho, Sociedade da Informação e Direito*, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 262-263, refere que “A ‘sociedade da informação’ [...] assenta na ideia de que a informação assume na sociedade hodierna um papel fulcral e decisivo. O centro da vida económica não reside na produção de bens ou serviços, mas sim na informação [...]”. Segundo este Autor “Os elementos que marcam a sociedade da informação são de diversa natureza: em termos tecnológicos, a sociedade de informação tem as tecnologias de informação e de comunicação como força motriz; em termos sociais, a sociedade da informação aposta no aumento da qualidade de vida dos cidadãos; em termos económicos, eleva a informação a factor económico chave; em termos políticos, apoia-se na liberdade de informação; em termos espaciais, assenta na globalização da economia e na criação de “redes” ou “auto-estradas da informação”.

⁷ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência no direito do trabalho - Algumas questões*, in RDES, Ano XXXX (XIII da 2ª Série) - nº 1, Janeiro-Março 1999, p. 8 (7-40), dava conta que este tema não tinha até então suscitado a atenção da doutrina nacional facto que certamente estaria relacionado com o número reduzido de decisões jurisprudenciais.

A protecção da livre concorrência e da liberdade de mercado são actualmente valores fundamentais sendo indubitável que a informação é muitas vezes o principal activo de uma empresa sendo que o normal desenvolvimento da actividade de muitas empresas actuais implica a execução de funções por parte de trabalhadores qualificados os quais, por terem acesso a informações, conhecimentos e procedimentos de natureza sensível do ponto de vista da competitividade da empresa, reúnem as condições necessárias para, querendo, após cessação do contrato de trabalho, praticarem uma concorrência especialmente danosa para o ex-empregador, seja mediante prestação da sua actividade por conta própria, seja por conta de outrem⁸.

Note-se que, na maioria das situações, tais trabalhadores, pelas suas características (têm normalmente qualificações acima da média), pelo acervo de conhecimentos que possuem (muitas vezes, têm conhecimentos com elevado grau de especialização), pelo posicionamento que assumem no seio da organização do empregador e pela importância que objectivamente têm para este, não ocupam a típica posição de inferioridade face ao empregador que caracteriza o trabalhador comum, existindo, portanto, um maior equilíbrio de posições entre as partes⁹,

⁸ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência ...*, op. cit., p. 13, refere que “A doutrina fala [...] de uma concorrência diferencial, pretendendo sublinhar com esta expressão a especificidade da concorrência que um ex-trabalhador está em condições de realizar relativamente ao seu anterior empregador”.

⁹ Evidentemente, sem prejuízo da subordinação jurídica intrínseca à relação laboral a qual, nas palavras de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, 3ª Ed. Revista e Actualizada ao Código do Trabalho de 2009, Almedina, Coimbra, 2010, p. 30, “[...] tem a ver com a posição desigual que as partes ocupam [...] da parte do trabalhador, uma posição de dependência que envolve estruturalmente (e hoje também por indicação expressa da lei) uma componente de inserção organizacional; da parte do empregador, uma posição de domínio, que decorre da titularidade dos poderes laborais de direcção e de disciplina.”. Conforme esta Autora observa, *ibidem*, p. 31, “[...] A subordinação do trabalhador envolve, por um motivo estrutural, que agora decorre expressamente da noção de contrato de trabalho, uma componente organizacional, no sentido em que, com a celebração do contrato de trabalho, o trabalhador se insere numa organização alheia (a organização do credor) que tem regras próprias de funcionamento e vai condicionar o desenvolvimento do seu vínculo”.

Relativamente à noção de contrato de trabalho cfr. art. 1152º do CC (que dispõe que “Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta”) e o art. 11º do CT (que

aspecto que, a nosso ver, nem sempre é devidamente tido em consideração na análise desta problemática dos pactos de não concorrência.

Como é sabido, durante a vigência do contrato do trabalho a lei consagra de forma expressa o dever de o trabalhador não negociar por conta própria ou alheia em concorrência com o empregador, nem divulgar informações referentes à sua organização, métodos de produção e negócios¹⁰.

Todavia, finda a relação laboral “aceita-se que [...] o trabalhador retoma a sua liberdade de concorrência [...]”¹¹, sendo difícil distinguir entre aquilo que constitui o uso do “património profissional” do trabalhador e o uso potencialmente danoso de informação sensível do empregador especificamente adquirida pelo trabalhador em virtude da relação laboral mantida entre ambos.

A referida liberdade de concorrência está sujeita a limites vários. A doutrina é unânime em realçar os limites da concorrência desleal¹² e da violação de segredos com protecção penal¹³ sendo que, em nosso entender, conforme adiante veremos, haverá que ter também em conta limites que advêm de deveres que, julgamos, não se extinguem com a cessação do contrato de trabalho reconhecendo, pois, a pós-eficácia do dever de lealdade e de boa-fé para com o empregador os quais, todavia, não o protegem devidamente dos perigos que podem advir da concorrência de um ex-trabalhador.

É por este motivo que a legislação laboral, sem prejuízo de proclamar a nulidade da cláusula de contrato de trabalho ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, por qualquer forma, possa prejudicar o exercício da

dispõe que “Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”).

¹⁰ Cfr. al. f) do n.º 1 do art. 128º do CT.

¹¹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência ...*, op. cit., p. 11.

¹² Cfr. arts. 317º, 318º e 331º do CPI.

¹³ Cfr. arts. 195º e 196º do CP.

liberdade de trabalho após a cessação do contrato¹⁴, culminando com nulidade o acordo entre empregadores que proíba a admissão de trabalhador que a eles preste ou tenha prestado trabalho, bem como obrigue, em caso de admissão, ao pagamento de uma indemnização¹⁵, prevê a possibilidade de, verificados determinados requisitos legalmente identificados, empregador e trabalhador acordarem um pacto de não concorrência com efeitos limitativos da liberdade de trabalho do trabalhador após cessada a relação laboral¹⁶ o qual, como veremos, não coloca em causa a liberdade de trabalho, contida na CRP¹⁷.

Como pode facilmente constatar-se, esta matéria convoca a ponderação e a necessidade de concordância prática de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados que são basilares do direito do trabalho: de um lado, a liberdade de trabalho, de outro, a liberdade de empresa, a iniciativa privada e a protecção da economia¹⁸, sendo, além do mais, uma expressão da autonomia contratual das partes.

É por isso, a nosso ver, uma temática muito interessante e actual, com indubitável interesse e relevância práticos e que põe em evidência a necessidade de se alcançar um equilíbrio entre interesses legítimos e contrastantes – os dos trabalhadores e das empresas – a bem dos interesses gerais da concorrência, da economia e do bem comum, os quais reconhecidamente merecem a tutela do Direito em geral e do Direito do Trabalho em particular¹⁹. Além do mais, é uma

¹⁴ Cfr. n.º 1 do art. 136º do CT.

¹⁵ Cfr. art. 138º do CT.

¹⁶ Cfr. ns. 2 a 5 do art. 136º do CT.

¹⁷ Cfr. arts. 47º e 58º da CRP.

¹⁸ Direitos que estão necessariamente ligados entre si. Na verdade, conforme realça BERNARDO LOBO XAVIER, *Direito do Trabalho Ensinar e Investigar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005, p. 85, “O necessário contraponto aos direitos relativos ao trabalho, sem o qual não há emprego nem trabalhadores, é a liberdade de empresa e a iniciativa privada.”.

¹⁹ BERNARDO LOBO XAVIER, *Direito do Trabalho Ensinar e Investigar*, op. cit., pp. 105-106, a propósito da missão do Direito do trabalho realça que apesar de o Direito do Trabalho surgir como regime de tutela ao trabalho e aos trabalhadores tal espírito de protecção “[...] leva a desconsiderar que a tutela existe apenas até certo ponto, e que merece, também a garantia do Direito os interesses empresariais e os da economia em geral. [...] Na verdade, o Direito do trabalho de hoje não presta

temática muito desafiante para os juristas uma vez que levanta questões práticas importantes e de resolução nem sempre fácil. Eis os motivos pelos quais a escolhemos como objecto da nossa dissertação.

2. DELIMITAÇÃO DO OBJECTO DA ANÁLISE

O presente estudo pretende ser um contributo para a análise do regime jurídico-laboral dos pactos de não concorrência com efeitos *post contractum finitum*.

Apesar de não podermos afirmar que entre nós existam muitos autores que se tenham especificamente debruçado sobre este tema, a verdade é que desde finais da década de 90, a nossa doutrina não lhe é de todo indiferente. Por outro lado, também as decisões jurisprudenciais nesta matéria têm vindo a aumentar o que, conforme já referimos, comprova a crescente actualidade e importância do tema objecto do presente trabalho.

Neste estudo propomo-nos revisitar a doutrina portuguesa que já se pronunciou sobre esta temática, com o objectivo de perspectivar e enriquecer entendimentos, tentando focar alguns aspectos que até agora não parecem ter suscitado muita atenção²⁰, com a preocupação de procurar enriquecer a nossa análise com o sempre valioso contributo da jurisprudência mais recente.

Assim, após uma referência sucinta a alguns aspectos gerais, no qual incluímos uma breve referência à evolução histórica do regime legal dos pactos de

apenas atenção à justiça e equilíbrio das possíveis relações entre os sujeitos individuais dos contratos de trabalho [...], nem se preocupa tão-somente com o campo da batalha entre os protagonistas dos interesses de classe. Hoje em dia, o direito laboral toma-se a si próprio como expressão do estatuto comum dos trabalhadores (que são o mais das gentes), como expressão jurídica do factor trabalho no mundo sócio-político e ainda como definição da posição jurídica desse factor nas economias e na organização das empresas”.

não concorrência com efeitos *post contractum finitum*, procurámos “dissecar” os aspectos mais relevantes do regime jurídico vigente tentando, dentro das nossas possibilidades, ter por referência uma perspectiva prática das questões que podem surgir associadas à aplicação do mesmo, o que entendemos ser fundamental num tema com a natureza daquele que nos ocupa.

Identificadas que estejam as questões referentes ao regime jurídico, iremos debruçar-nos sobre os efeitos decorrentes do incumprimento dos pactos de não concorrência, seja por parte do ex-trabalhador, seja por parte do ex-empregador, reflectindo sobre a interessante questão da eventual responsabilidade de terceiros em face de tal incumprimento.

Finalmente, após uma referência breve aos modos de extinção do pacto, abordaremos algumas questões de natureza processual, como sejam, a questão da competência material e territorial do Tribunal que deve ser chamado a conhecer de questões relativas aos pactos de não concorrência, a sempre importante questão do ónus da prova e do prazo de prescrição aplicável.

No entanto, reconhecemos que muito fica por dizer...

Desde logo, e apesar de a matéria sobre a qual nos debruçamos merecer, desde há muito tempo, o importante labor da doutrina e jurisprudência além-fronteiras²¹ sublinhamos que não considerámos oportuna a alusão às soluções de direito comparado essencialmente por duas ordens de razões: em primeiro lugar, porque a doutrina portuguesa que já se pronunciou sobre esta temática inclui nas suas análises uma perspectiva juscomparada bastante completa²², em segundo

²⁰ Como sejam, por exemplo, o tratamento fiscal e parafiscal da contrapartida a atribuir ao trabalhador em virtude do pacto de não concorrência, a qual é requisito de licitude do mesmo e algumas questões processuais que julgamos ser pertinente focar.

²¹ Ao contrário do que sucedeu em Portugal, onde só mais recentemente se impôs como objecto de análise específica.

²² Cfr., por exemplo, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência ...*, op. cit., pp. 7-40 e JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência no Código do trabalho*, in RDES,

lugar, atentas as limitações a que este estudo estava sujeito. Não deixaremos, contudo, de fazer alusões “cirúrgicas” à doutrina Espanhola da qual, na prática, já nos socorremos para efeitos de análises concretas e que, portanto, nos foi impossível não ter também por referência para efeitos deste trabalho²³.

Aqui chegados, importa salientar que, as especialidades subjacentes a certas problemáticas não nos permitiram incluí-las no nosso estudo.

Assim, não se tratará da problemática subjacente ao dever de não concorrência do trabalhador *cursus contractu*, a qual, sem prejuízo de ter sido já objecto de inúmeros textos doutrinários e análises jurisprudenciais, seria suficientemente abrangente para outro estudo.

De igual forma, não trataremos da problemática associada a obrigações de exclusividade²⁴ ou de permanência²⁵ às quais o trabalhador se pode vincular em

Ano XLVII (XX da 2ª Série) – ns. 3 e 4, Julho-Dezembro 2006, pp. 291-372. Relativamente a doutrina brasileira publicada entre nós a qual também inclui referências juscomparadas muito interessantes cfr. ESTEVÃO MALLETT, *Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho*, in RDES, Ano XLVII (XX da 2ª Série) - nsº 3 e 4, Julho-Dezembro 2006, pp. 233-271.

²³ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência ...*, op. cit., p. 8, referia que a doutrina espanhola tinha, na altura, debruçado a sua atenção sobre estas cláusulas. Note-se que, em Espanha, tal como em Portugal, a licitude das cláusulas de não concorrência depende de condições legalmente estabelecidas. Assim, para as relações laborais comuns, o nº 2 do art. 21 da “Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo, 1/1995, de 24 de Marzo)” estabelece o seguinte: “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, y b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada”.

Quanto aos trabalhadores “de alta dirección” a obrigação de não concorrência encontra-se regulada no nº 3 do art. 8 do Real Decreto 1382/1985, de 1 de Agosto (“por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección”) que estabelece o seguinte: : “El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, solo será válido si concurren los requisitos siguientes:

a. Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y
b. Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada”.

²⁴ Como é sabido, estas cláusulas vedam o pluriemprego na pendência do contrato, sendo, maioritariamente entendidas como lícitas, apesar de não estarem expressamente previstas na lei,

virtude de ter formalizado com o empregador um pacto de exclusividade ou de permanência. Estes pactos, produzindo efeitos *cursus contractus*, têm um alcance e natureza distintos do pacto de não concorrência objecto da nossa análise.

Finalmente, no presente estudo, também não se tratará de toda a problemática subjacente ao dever do trabalhador manter a confidencialidade sobre a informação sensível do empregador, seja na vigência do contrato ou após a sua cessação, a qual, embora intimamente relacionada com a obrigação de não concorrência, tem um alcance e um enquadramento diferentes.

Em suma, com o presente estudo pretende-se contribuir para a análise, de uma perspectiva estritamente laboral²⁶, dos pactos de não concorrência com efeitos *post contractum finitum*, cujo regime, que se encontra actualmente contido nos números 2 a 5 do art. 136º do Código do Trabalho, traduz uma restrição legalmente admissível à liberdade de trabalho, por forma a proteger os

desde que correspondam a uma restrição “[...] objectiva e razoável do princípio da liberdade de trabalho, nos termos do art. 18º da CRP”, conforme salienta MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho...*, *op. cit.*, p. 232.

²⁵ Previstas no art. 137º do CT nos termos do qual confere-se às partes do contrato de trabalho a possibilidade de convencionarem que o trabalhador se obriga a não denunciar o contrato de trabalho, por um período não superior a três anos, como compensação ao empregador por despesas avultadas feitas com a sua formação profissional, podendo o trabalhador desobrigar-se do cumprimento do acordo mediante pagamento do montante correspondente às despesas nele referidas. Conforme observa MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ibidem*, “O art. 137º do CT admite os pactos de permanência em circunstâncias bem definidas, com um alcance temporal delimitado, e permitindo-se, ainda assim, a desvinculação antecipada do trabalhador. Estes requisitos asseguram a adequação da restrição ao princípio constitucional da liberdade de trabalho, que decorre destes pactos, dentro de limites de razoabilidade”.

²⁶ Ficam, assim, fora do âmbito nosso estudo os pactos de não concorrência com efeitos *post contractum finitum* celebrados no contexto de relações de natureza diferente da laboral, como sejam relações de natureza societária (tal será o caso de um pacto de não concorrência celebrado com um Administrador estatutário) assim como o ilícito de concorrência desleal (regulada nos arts. 317º, 318º e 331º do CPI) e os crimes de violação e aproveitamento indevido de segredo (regulados nos arts. 195º e 196º do CP).

empregadores da já referida 'concorrência diferencial', reconhecidamente apta a provocar àqueles²⁷, à economia e ao bem comum, danos importantes.

²⁷ Para efeitos do presente estudo teremos por referência a relação laboral desenvolvida no quadro da empresa, à semelhança daquilo que sucede com o CT.

I. ASPECTOS GERAIS

A nova versão do CT, aprovada pela L n° 7/2009, de 12 de Fevereiro, veio, nos ns. 2 a 5 do seu art. 136°, a incluir a regulação do pacto de não concorrência, com alterações pouco significativas relativamente ao regime contido no art. 146° do CT1 (as quais adiante identificaremos), mantendo a opção sistemática realizada em 2003²⁸.

Proclamando, no n° 1 do art. 136°, a nulidade da cláusula do contrato de trabalho ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, por qualquer forma, possa prejudicar o exercício da liberdade de trabalho, constitucionalmente consagrada no art. 47° da CRP, após a cessação do contrato²⁹, o legislador, nos ns. 2 a 5 do mesmo preceito legal, admite a possibilidade de empregador e trabalhador celebrarem um pacto de não concorrência mediante a verificação dos requisitos cumulativos legalmente identificados (relativos à forma, à duração temporal limitada do pacto, à existência de uma contrapartida a atribuir ao trabalhador pelo empregador bem como ao tipo de actividade susceptível de ser limitada). Tais requisitos permitem zelar para que o limite à liberdade de trabalho do trabalhador não possa ser de natureza arbitrária e, por outro lado, permitem equilibrar os interesses em causa.

²⁸ Sobre a opção sistemática do legislador JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência...*, *op. cit.*, p. 292, pertinentemente refere que talvez não tenha sido a mais correcta salientando que “Tratando-se de acordos que incidem sobre a liberdade de trabalho, encontramos sequencialmente, a disciplina sobre um acordo com incidência pós-contratual, o desenho de um acordo cujo condicionamento opera no decurso do contrato e o traçado interditivo sobre acordos que recaem sobre a (in)admissão de trabalhadores. Metalepticamente, *post* → *cursus* → *ante*, quando, em rigor – e porque incidentes sobre a liberdade de trabalho se deveriam apresentar como uma unidade formal, objectiva e normativa que, pela natureza das coisas, determinaria o seu próprio desdobramento – a opção mais lógica seria *ante* → *cursus* → *post vinculum laboris*”.

²⁹ Bem como a nulidade do acordo entre empregadores, nomeadamente em cláusula de contrato de utilização de trabalho temporário, que proíba a admissão de trabalhador que a eles preste ou tenha prestado trabalho, bem como obrigue, em caso de admissão, ao pagamento de uma indemnização (cfr. art. 138° do CT).

Como se pode facilmente constatar, o legislador inclui a matéria dos pactos de não concorrência *post contractum finitum* na secção VIII respeitante às cláusulas acessórias do contrato de trabalho, embora a epígrafe do art. 136º se refira a “Pacto de não concorrência”.

Em geral, quando se faz referência à expressão “cláusula”, tal facto remete-nos para uma disposição que integra o contrato de trabalho. Já a palavra “pacto” sugere um negócio autónomo³⁰.

A nosso ver, e conforme teremos oportunidade de comprovar ao longo do presente trabalho, a figura do pacto de não concorrência é uma figura mista na medida em que estando intimamente ligada à existência de um concreto contrato de trabalho, sem o qual não existe, origina obrigações recíprocas autónomas individualizadas por parte dos sujeitos do contrato de trabalho as quais, em regra, nascem com a cessação do contrato e subsistem após cessação do mesmo.

Ao longo do nosso estudo iremos referir-nos a “pacto” ou “cláusula” de não concorrência de forma indistinta à semelhança daquilo que o próprio legislador acaba por fazer.

1. FUNDAMENTO E BALANÇO DOS INTERESSES ENVOLVIDOS

Nos termos da al. f), do n.º 1 do art. 128º do CT o trabalhador, *cursus contractus*, encontra-se adstrito ao dever de guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com

³⁰ Neste mesmo sentido, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência...*, op. cit., p. 7, remete para LUIGI MONTUSCHI, “Pacto di non concorrenza concluso dopo l’estinzione del rapporto di lavoro”, dando conta que aquele autor refere que “[...] a palavra cláusula sugere que se trata de uma componente de um contrato de trabalho, enquanto a palavra pacto, embora possa por vezes, designar uma simples cláusula que a autonomia privada inclui no tecido de uma relação contratual, surge frequentemente para designar um negócio autónomo (assim, por exemplo, nos pactos comissórios e nos pactos sucessórios)”.

ele³¹, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios. Este dever de lealdade apresenta-se como uma “concretização indiscutível do princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações³²”, expressamente consagrada no n.º 1 do art. 126º do CT e no n.º 2 do art. 762º do CC.

Conforme ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³³ teve oportunidade de realçar “A proibição laboral de concorrência preserva interesses do empregador e da empresa. Só mediatamente, através da estabilidade e da rendibilidade das unidades produtivas, ela irá reforçar a posição dos trabalhadores. De facto, a concorrência conduzida pelos trabalhadores contra os próprios empregadores implica, por si, um perigo para estes”, sendo indubitável que, tal como este mesmo Autor assinala, os trabalhadores por conta de outrem estão numa posição especialmente privilegiada para concorrer com o empregador na medida em que obtêm ao serviço do mesmo o controlo da clientela, conhecimentos profissionais, técnicos e de gestão específicos e podem beneficiar, sem encargos, de investimentos realizados pelo empregador³⁴.

Também BERNARDO LOBO XAVIER³⁵ salienta que “O trabalhador é inserido numa organização hierarquizada e de titularidade da entidade patronal, estando pelo facto dessa inserção em posição de a pôr em perigo, o que explica os

³¹ Conforme salienta MARIA MALTA FERNANDES, *Os limites à subordinação jurídica do trabalhador, em especial ao dever de obediência, Quid iuris?* – Sociedade Editora, Lisboa, 2008, p. 50, “[...] concorrência e exclusividade não são conceitos coincidentes; o dever de não concorrência pressupõe precisamente a admissibilidade do pluriemprego [...]”. Esta Autora correctamente refere que sendo a interdição de concorrência e o sigilo profissional manifestações típicas do dever de lealdade “[...] não são as únicas. Qualquer outro comportamento do trabalhador susceptível de constituir um atentado à segurança da posição do empregador ou que possa prejudicar a actividade para cuja realização ele assumiu o compromisso de colaborar, constitui uma violação do dever de lealdade”, *ibidem*, p. 53.

³² *Idem, ibidem*, p. 49.

³³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Concorrência laboral e justa causa de despedimento*, in ROA, Vol. II, 1986, p. 504.

³⁴ *Idem, ibidem*.

³⁵ BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito de Trabalho*, 2ª Ed., Verbo, Lisboa, 1993, p. 341.

específicos deveres de respeito, atenção à hierarquia, preservação dos bens empresariais e de lealdade [...]”.

E finda a relação laboral, *quid iuris*?

Em, princípio, e sem prejuízo de, conforme veremos de seguida, admitirmos a eficácia *post contractum finitum* de alguns deveres do trabalhador, “o termo da cessação laboral faz cessar a proibição da concorrência, salva a hipótese de ter sido pactuada a sua pós-eficácia³⁶”, sendo certo que, todavia, “[...] não cessam os perigos do exercício de actividades concorrenciais³⁷” permitindo-se, por essa razão, a formalização de pactos de não concorrência.

Na verdade, conforme realçam MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS E ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO³⁸ os pactos de não concorrência permitem conciliar os interesses das partes já que “No desenvolvimento da relação laboral o trabalhador adquire uma série de conhecimentos da mais diversa natureza: desde os que directamente se relacionam com a forma de exercício das suas funções (como os relativos à aplicação das técnicas profissionais), até aos que se prendem com a própria actividade da empresa para a qual trabalha (conhecimento de técnicas industriais, comerciais e organizacionais, muitas das quais não constituem verdadeiros segredos cuja divulgação seja ilícita, conhecimentos sobre os mercados e forma de neles actuar eficazmente, etc). Tais conhecimentos e informações passam a integrar aquilo que por vezes se designa como o ‘património profissional’ do trabalhador. É evidente que nada impede o trabalhador de utilizar esses conhecimentos no futuro [...]. Mas também é verdade que a utilização deste acervo de conhecimentos por empresas concorrentes pode ser extremamente prejudicial para o primitivo empregador – pense-se, por exemplo, nos prejuízos que

³⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Concorrência laboral ...*, *op. cit.*, p. 506.

³⁷ MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS E ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis do Trabalho*, Vol. I, Lex, Lisboa, 1994, p. 170.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 171.

lhe podem advir da utilização por um concorrente das informações relativas à sua carteira de clientes.”

ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES³⁹ salienta ainda o interesse do empregador em “[...] evitar o desperdício de meios investidos na qualificação profissional do trabalhador.”

A importante função preventiva que o pacto pode desempenhar é sublinhada por MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS E ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO atenta a difícil distinção entre o normal uso do património profissional do trabalhador e as situações *contra legem* de utilização de informações reservadas do empregador⁴⁰.

Também JOÃO ZENHA MARTINS⁴¹ refere as “[...] feições mescladamente preventivas e reparatórias que a obrigação de não concorrência faz trespassar (*factispecie* de prevenção de actividades economicamente conflitantes e de ressarcimento do dano abstensivo que incide sobre o trabalhador)”.

Da perspectiva do trabalhador, entendemos que o pacto de não concorrência, apesar de restringir a liberdade de trabalho do mesmo, é apto a igualmente proteger a sua situação *post contractum finitum*, na medida em que lhe confere o direito a receber uma contrapartida do empregador a qual, na maioria das vezes, acaba por lhe ser atribuída no momento da cessação do contrato de trabalho ou após o mesmo, sendo tal contrapartida acumulável com as prestações de desemprego. Adiante retomaremos este ponto de forma mais detida.

³⁹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 15.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 657. Este aspecto é também salientado por MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ ANIORTE, *La Competencia del Trabajador con su Empresa*, Aranzandi, Pamplona, 1997, p. 89.

⁴⁰ *Comentário às Leis ...*, *op. cit.*, p. 171.

⁴¹ *Os pactos de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 360.

Acresce que, obrigando-se o trabalhador a não exercer actividades concorrenciais com o ex-empregador, fica numa situação de maior certeza jurídica relativamente às actividades que lhe estão vedadas sendo, em princípio, mais difícil que possa vir a incorrer em prática de concorrência desleal⁴² ou de violação de segredo com protecção penal⁴³ (note-se que qualquer trabalhador, independentemente da existência ou não de um pacto de não concorrência que o vincule, pode incorrer nas referidas práticas).

Na doutrina Espanhola, PILAR CHARRO BAENA⁴⁴ refere a existência de um fundamento genérico e de um fundamento específico para os pactos de não concorrência, traduzindo-se o primeiro na autonomia das partes (as quais são os sujeitos de um concreto contrato de trabalho), que são livres de formalizar o mesmo e de definir o respectivo conteúdo e, o segundo, no reforço do princípio da liberdade de mercado, princípio basilar da economia.

Em suma, os pactos de não concorrência visam, sobretudo, e em primeiro plano, proteger o empregador, *post contractum finitum*, da concorrência diferencial de um seu trabalhador a qual, conforme já tivemos oportunidade de referir, é apta a causar danos não só ao empregador como à economia em geral e ao bem comum, sendo certo que assentam na autonomia das partes as quais devem definir os termos dos mesmos. Num segundo plano, encontramos o interesse do próprio trabalhador na formalização do pacto, por via do qual receberá uma contrapartida do empregador⁴⁵.

⁴² Cfr. arts. 317º, 318º e 331º do CPI.

⁴³ Cfr. arts. 196º e 196º do CP.

⁴⁴ PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de no competencia postcontractual*, Relaciones Laborales, Sección Doctrina, Editorial La Ley, 1995, pp. 150-151 (145-180).

⁴⁵ Note-se que não negamos que, em certas situações, caso seja por exemplo formalizado no momento da celebração do contrato de trabalho, o pacto possa ter, conforme refere JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência ...*, op. cit., p. 367, “[...] efeitos inibitórios que incidem sobre a desvinculação a parte laboratoris cursus contractus” .

2. DA PÓS EFICÁCIA DO DEVER DE BOA-FÉ

Conforme observa BERNARDO LOBO XAVIER⁴⁶, na ausência de uma cláusula de não concorrência, “[...] deverá o trabalhador em nova actividade proceder de acordo com as normas de boa-fé, v.g., não divulgando segredos de fabrico do anterior empregador, nem fazendo aproveitar por outrem documentação a que tenha tido acesso (assim, listas de clientes, suportes informáticos, etc.) em termos de prejudicar o antigo empresário”.

Não sendo esta a sede para desenvolvermos a interessante temática da *culpa post factum finitum*⁴⁷, que evidentemente extravasa o âmbito da nossa análise, cabe, no entanto, referir que concordamos que a cessação do vínculo laboral não extingue todos os deveres das partes, tal como resulta dos ensinamentos de BERNARDO LOBO XAVIER. Assim, ainda que não se tenha formalizado um pacto de não concorrência, ao ex-trabalhador fica vedado praticar actos de concorrência desleal ou de violação de segredo continuando sujeito a limites que decorrem da boa-fé contratual⁴⁸ à qual reconhecemos pós-eficácia⁴⁹.

⁴⁶ *Curso de Direito ...*, op. cit., p. 543.

⁴⁷ Conforme refere MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 8ª Ed. Revista e Aumentada, Almedina-Coimbra, Coimbra, 2010, p. 317, a questão da pós-eficácia de deveres contratuais corresponde ao “[...] tema da *responsabilidade pós-contratual* («culpa post pactum finitum») ou da *eficácia posterior das obrigações*, instituto cuja designação decorre precisamente da circunstância de se apoiar num contrato celebrado e executado quanto às obrigações principais”. No entender deste Autor, “Em face do nosso direito, pode encontrar-se algum fundamento para a responsabilidade pós-contratual no art. 239º do Cód. Civ., relativo à integração do negócio jurídico. Mas, independentemente deste preceito, fornece o princípio da boa fé um amplo suporte ao instituto, «maxime» através do art. 762º, nº 2º – *ibidem*, p. 319.

⁴⁸ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Dever de lealdade e proibição de concorrência*, in *Temas Laborais*, Almedina, Coimbra, 1984, p. 63 (59-68) refere que “[...] o dever de lealdade apresenta [...] uma faceta objectiva, que se reconduz à necessidade do ajustamento da conduta do trabalhador ao princípio de boa-fé no cumprimento das obrigações (art. 762º do C. Civ.)”.

⁴⁹ A esta luz concordamos com BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito ...*, op. cit., p. 413, que “[...] a atribuição por parte do empregador de certas regalias na fase terminal do contrato e que têm carácter tendencialmente de seguro social (pensões de pré-reforma ou subsídios complementares de reforma) [...] envolve, por natureza, como contrapartida a não prestação pelo trabalhador de actividade concorrencial. Tal atribuição poderá, pois, ser revogada se o trabalhador vier a desempenhar actividade concorrencial”. Também o TC, no Ac. de 12.07.1989, proferido no âmbito do

Assim, admitimos, com JOÃO ZENHA MARTINS⁵⁰ que “[...] o princípio da boa fé pode conduzir a uma responsabilização do trabalhador após a extinção do contrato, sempre que, em violação do dever de confiança subsequente [...], venham a ser causados danos ao seu antigo empregador”, independentemente da existência do pacto de não concorrência.

Nesta mesma linha, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁵¹ observa que “Com fundamento no princípio geral da boa fé no exercício das posições jurídicas, entende-se que alguns deveres das partes se mantêm após cessação do contrato de trabalho. Assim sucede, designadamente, quanto ao dever de sigilo e, mesmo sem necessidade de qualquer pacto, quanto ao dever geral de não concorrência do trabalhador, na pendência do contrato, [...], que sobrevivem ao fim do contrato vedando ao trabalhador que faça concorrência desleal ao seu antigo empregador e que divulgue factos sigilosos de que teve conhecimento no exercício da sua actividade laboral na empresa e por causa dessa actividade. E, com o mesmo fundamento geral, é vedado ao empregador revelar factos da vida pessoal do trabalhador de que teve conhecimento por força do vínculo laboral.

processo 85-0248, a propósito da análise da conformidade constitucional das normas constantes do art. 23º, n.º 1, al. f) e do art. 26, n.º 2, al. c), do DL nº 336/85, de 21 de Agosto, na parte em que vedavam que fossem agentes de seguros ou sócios de mediadores pessoas colectivas, os trabalhadores de seguros em situação de reforma ou pré-reforma auferindo pensão complementar de reforma, refere este mesmo aspecto. No sumário deste Ac., que se encontra disponível em www.dgsi.pt, pode ler-se o seguinte: “[...] IV - Com efeito, o dever de lealdade representa uma dimensão do interesse colectivo susceptível de justificar restrições a liberdade de escolha de profissão e vai de par com a directriz de assegurar a equilibrada concorrência entre as empresas, o que constitui uma incumbência prioritária do Estado no âmbito económico e social. V - Esta conclusão é válida também para os trabalhadores reformados ou pré-reformados auferindo uma pensão paga pela empresa onde exerciam a sua actividade, dado terem com esta uma ligação com consistência bastante para justificar que se mantenham adstritos a um dever de lealdade e de não concorrência com a mesma.”

Na doutrina Espanhola, PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, op. cit., p.150, também reconhece a pós-eficácia do dever de lealdade referindo que “Es precisamente esta vinculación especial que media en las relaciones laborales la que nos permite considerar que el deber de fidelidad se mantiene vigente incluso después de extinguido el contrato de trabajo.”

⁵⁰ *Os pactos de não concorrência ...*, op. cit., p. 308.

⁵¹ *Direito do Trabalho, ...*, op. cit., p. 1036.

Estes deveres das partes são, neste sentido, dotados da característica da pós-eficácia.”

Todavia, importa realçar que, a nosso ver, o facto de o legislador exigir a existência de um acordo formal e expresso entre as partes, cuja validade depende, além do mais, da verificação de “apertados” requisitos legais, parece impedir que se possa entender que os deveres que advêm do pacto de não concorrência decorrem da pós-eficácia do dever de boa-fé, já que se assim fosse o legislador não exigiria a existência de um acordo formal e expresso entre as partes. Acresce que, a actividade limitada pelo pacto de não concorrência é uma actividade cuja prossecução, na ausência de pacto, seria, em princípio, lícita por parte do ex-trabalhador, não sendo, portanto, violadora de qualquer disposição legal especial ou do princípio da boa-fé.

Assim, importará sublinhar que o reconhecimento da pós-eficácia do dever de boa fé não é apto a dispensar a formalização do pacto de não concorrência já que só este protege verdadeiramente o empregador da concorrência diferencial do ex-trabalhador⁵².

3. BREVE REFERÊNCIA À EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NESTA MATÉRIA

A origem histórica da regulação legal da proibição da concorrência *post contractum finitum* encontra-se na primeira versão da LCT, regime jurídico do

⁵² Em sentido idêntico àquele que preconizamos JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência...*, *op. cit.*, pp. 12-13, refere o seguinte: “Importa, quanto a nós, afastar qualquer tentação de basear um dever de não concorrência numa espécie de pós-eficácia do dever de lealdade do trabalhador, a qual sobreviveria, ainda que de forma atenuada, à cessação do contrato de trabalho. Mais anda, parece-nos que, na ausência de uma cláusula de não concorrência, o trabalhador está apenas sujeito aos limites gerais da proibição da concorrência desleal, proibição esta que abrange por igual ex-trabalhadores e todos os que nunca tiveram essa qualidade relativamente a uma certa empresa”.

contrato individual de trabalho, aprovado pelo DL n.º 47 032, de 17 de Maio de 1966 (“LCT1”).

De facto, nem o Código Civil de 1867, nem o Estatuto do Trabalho Nacional, nem a L n.º 1952, de 10 de Março de 1937⁵³, faziam referência à proibição da concorrência após cessação do contrato de trabalho.

É o próprio legislador que no preâmbulo do diploma que aprova a LCT1 refere “[...] muitos são os aspectos do direito contratual do trabalho que aparecem regulados pela primeira vez num texto legal [...]. Entre outras são introduzidas inovações, em maior ou menor extensão, nas seguintes matérias: [...] pactos de não concorrência [...]. Quanto aos pactos de não concorrência eles são, em princípio, proibidos garantindo-se assim a liberdade de trabalho, salvo nos casos expressamente indicados na lei [...]”.

O art. 36.º do DL n.º 47 032, de 17 de Maio de 1966, com a epígrafe “Liberdade de trabalho; pacto de não concorrência” dispunha o seguinte:

“1. São nulas as cláusulas dos contratos individuais e das convenções colectivas de trabalho que, por qualquer forma, possam prejudicar o exercício do direito ao trabalho, após a cessação do contrato.

2. É lícita, porém, a cláusula pela qual se limite a actividade do trabalhador no período máximo de três anos subsequente à cessação do contrato de trabalho, se ocorrerem cumulativamente as seguintes condições:

- a) Constar tal cláusula, por forma escrita, do contrato de trabalho;
- b) Tratar-se de actividade cujo exercício possa efectivamente causar prejuízo à entidade patronal;

⁵³ Note-se que, embora a L n.º 1952, de 10 de Março de 1937, não versasse sobre esta matéria, era uma problemática que não era estranha à doutrina nem à jurisprudência, conforme testemunham os ensinamentos de RAÚL VENTURA, *Extinção das Relações Jurídicas de trabalho*, in ROA, 1950, ns. 1 e 2, pp. 358-364.

c) Atribuir-se ao trabalhador uma retribuição durante o período de limitação da sua actividade, que poderá sofrer redução equitativa quando a entidade patronal houver despendido somas avultadas com a sua formação profissional.

3. Não obstante o disposto no número anterior, é lícita a cláusula pela qual as partes convencionem 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, de que este, no entanto, poderá desobrigar-se restituindo àquela a soma das importâncias despendidas. De qualquer modo, tal cláusula nunca poderá estipular diminuição da retribuição como forma de compensação da formação profissional adquirida.

4. São proibidos e fazem incorrer na multa prevista [...], quaisquer acordos entre entidades patronais no sentido de reciprocamente limitarem a admissão de trabalhadores que a eles tenham prestado serviço.”

Conforme resulta da letra deste preceito legal, num só artigo tratava-se da matéria dos pactos de não concorrência, nos ns. 1 e 2, da matéria do pacto de permanência, no n.º 3, e, no n.º 4, da proibição de acordos entre empregadores com vista a limitarem a admissão de trabalhadores.

MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO⁵⁴ dão conta que “No projecto PESSOA JORGE (art. 30º) continha-se uma disposição equivalente, embora com algumas diferenças relevantes: exigia-se que o pacto de não concorrência constasse do clausulado inicial do contrato [...], a retribuição compensatória a que se refere a alínea c) do nº 2 podia ser afastada, e não apenas reduzida [...] quando o empregador tivesse despendido somas avultadas com a formação profissional do trabalhador; e nada se estabelecia sobre os pactos de permanência [...].

⁵⁴ MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS E ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis ...*, op. cit., p. 169.

Aos pactos de não concorrência se referia também o projecto GALVÃO TELLES (art. 70º), sendo de destacar, relativamente às soluções que aí eram propostas, a previsão de prazos máximos que diferiam consoante a categoria dos trabalhadores: seis anos para os dirigentes, quatro para os empregados e dois para os assalariados”⁵⁵.

A LCT, regime jurídico do contrato individual de trabalho, aprovado pelo DL nº 49 408, de 24 de Novembro de 1969, que revogou o DL nº 47 032, de 17 de Maio de 1966, manteve na íntegra, no seu art. 36º, ns. 1 e 2, a redacção dos ns. 1 e 2 deste último diploma, alterando em pequenos detalhes a redacção dos ns. 3 e 4.

O regime jurídico constante da LCT viria a vigorar até 2003, data em que foi revogado pelo CT1.

O CT1, aprovado pela Lei nº 99/2003, de 27 de Agosto⁵⁶, o qual veio a tratar a matéria versada no art. 36º da LCT em três artigos que integravam a Subsecção III (Cláusulas de limitação à liberdade de trabalho) da Secção VIII (Cláusulas acessórias) do Capítulo I (Disposições gerais) do Título II (Contrato de trabalho): o art. 146º (“Pacto de não concorrência”) que corresponde aos ns. 1 e 2 do art. 36º da LCT; o art. 147º (“Pacto de permanência”) que corresponde ao n.º 3 da LCT e o art. 148º (“Limitação de liberdade de trabalho”) que corresponde ao n.º 4 do art. 36º da LCT.

⁵⁵ Quanto ao Projecto PESSOA JORGE, cfr. *Contrato de Trabalho – Anteprojecto de diploma legal*, in separata de ESC, n.º 13, Lisboa, 1965. Quanto ao projecto GALVÃO TELES, cfr. Parecer da Câmara Corporativa nº 45/VII, de 14 de Novembro de 1961, in *Diário das Sessões*, 1961, 5º suplemento ao n.º 4.

⁵⁶ Que entrou em vigor a 1 de Dezembro de 2003.

Vamos concentrar a nossa atenção no art. 146º do CT1 que versa sobre a matéria que nos ocupa e cuja redacção dispunha o seguinte:

“1 - São nulas as cláusulas dos contratos de trabalho e de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, por qualquer forma, possam prejudicar o exercício da liberdade de trabalho, após a cessação do contrato.

2 - É lícita, porém, a cláusula pela qual se limite a actividade do trabalhador no período máximo de dois anos subsequentes à cessação do contrato de trabalho, se ocorrerem cumulativamente as seguintes condições:

a) Constar tal cláusula, por forma escrita, do contrato de trabalho ou do acordo de cessação deste;

b) Tratar-se de actividade cujo exercício possa efectivamente causar prejuízo ao empregador;

c) Atribuir-se ao trabalhador uma compensação durante o período de limitação da sua actividade, que pode sofrer redução equitativa quando o empregador houver dispendido somas avultadas com a sua formação profissional.

3 - Em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em acto ilícito do empregador o montante referido na alínea c) do número anterior é elevado até ao equivalente à retribuição base devida no momento da cessação do contrato, sob pena de não poder ser invocada a cláusula de não concorrência.

4 - São deduzidas no montante da compensação referida no número anterior as importâncias percebidas pelo trabalhador no exercício de qualquer actividade profissional iniciada após a cessação do contrato de trabalho até ao montante fixado nos termos da alínea c) do nº 2.

5 - Tratando-se de trabalhador afecto ao exercício de actividades cuja natureza suponha especial relação de confiança ou com acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, a limitação a que se refere o nº 2 pode ser prolongada até três anos.”

Da leitura atenta dos ns. 1 a 5 do art. 146º do CT1, ressalta desde logo que, apesar de, no essencial, se manter o direito anterior, o legislador teve a preocupação de realizar aperfeiçoamentos de redacção e de acolher os contributos da doutrina dominante relativamente a algumas questões. “Na verdade, composto por cinco números, a densidade normativa do art. 146º contrasta com o laconismo que se entrevia dos ns. 1 e 2 do art. 36º da LCT”⁵⁷.

Assinalando de forma sucinta as principais diferenças relativamente ao regime contido na LCT, sublinhamos o facto de se ter reduzido de 3 para 2 anos a duração máxima do período de limitação da actividade⁵⁸, solução que, conforme assinala JOANA VASCONCELOS “[...] representa uma aproximação que vinha sendo reclamada por alguma doutrina, atenta a similitude de situações, à cláusula de não concorrência no contrato de agência (para a qual o artigo 9º, nº 2, do Decreto-Lei nº 178/86, de 3 de Julho, estabelece uma duração máxima de dois anos)⁵⁹”.

Por outro lado, o legislador veio tomar posição sobre uma discussão doutrinária que a norma da LCT suscitava, relativa ao momento da formalização do pacto. Com efeito, parecia resultar da redacção literal do da al. a do nº 2 da LCT que o pacto de não concorrência só podia ser formalizado no momento da celebração do contrato de trabalho, prevendo expressamente a possibilidade de incluir tal cláusula

⁵⁷ As palavras são de JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 293.

⁵⁸ Salvo nos casos de trabalhador afecto ao exercício de actividades cuja natureza suponha especial relação de confiança ou com acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, hipótese em que a limitação da actividade pode ser prolongada até aos 3 anos, conforme decorre do n.º 5 do art. em análise.

⁵⁹ “Anotação ao art. 146º”, in PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY E LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 333. De facto, por exemplo, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência ...*, *op. cit.*, pp. 15-16, pertinentemente salientava ter dúvidas quanto à coerência das soluções legislativas, de existência de um prazo máximo de três anos após cessação do contrato na vigência do art. 36º da LCT, e de um prazo máximo de dois anos para a cláusula de não concorrência incluída no contrato de agência, referindo não vislumbrar motivos para impor um prazo de não concorrência maior ao trabalhador relativamente ao agente.

no contrato de trabalho ou no acordo de cessação deste, na esteira daquilo que era a posição da doutrina dominante⁶⁰.

No n.º 3 do art. 146º, o legislador veio determinar que, em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em acto ilícito do empregador, o montante da compensação prevista para ser atribuída ao trabalhador durante o período de vigência da obrigação de não concorrência, é elevado até ao equivalente à retribuição base devida no momento da cessação do contrato, sob pena de não poder ser invocada a cláusula de não concorrência. De assinalar o facto do legislador se referir à contrapartida a atribuir ao trabalhador como “compensação” e não como “retribuição” na esteira daquilo que também era o entendimento doutrinário dominante⁶¹ e também o facto deste n.º 3, vir “[...] confirmar, *a contrario*, a tese, difundida entre nós, de que o valor de tal compensação não tem que ser igual, podendo mesmo ser inferior à retribuição auferida pelo trabalhador na vigência do contrato⁶²”.

⁶⁰ Cumpre realçar que o ponto que reunia maior consenso doutrinário era o de que não seria essencial que a cláusula constasse da versão inicial do contrato (e não tanto que a mesma pudesse constar do acordo de cessação deste). No sentido apontado, cfr. MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS e ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis ...*, op. cit., p. 172. Estes autores referem também a posição de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES no sentido de defender que o pacto de não concorrência tanto pode ser celebrado no momento da admissão do trabalhador como posteriormente [cfr. MONTEIRO FERNANDES (1992), *Direito do Trabalho - I - Introdução. Relações individuais de trabalho*, 8ª ed., Coimbra, Almedina]. Também JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência ...*, op. cit., pp. 16-17, observa que “[...] a cláusula tanto pode ser incluída no contrato aquando da sua conclusão, como posteriormente durante a execução do mesmo ou, até, inclusive, no momento da sua cessação, por exemplo, por acordo”.

⁶¹ A este propósito, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho...*, op. cit., p. 1034, NRP 537, realça que “No preceito correspondente a esta norma no regime anterior ao CT de 2003 (art. 36, n.º 2, al. c), da LCT), a lei referia-se a uma ‘retribuição’ neste contexto, o que era manifestamente incorrecto, porque não se trata de pagar ao trabalhador qualquer contrapartida do trabalho, e sim de o compensar pelo facto de não poder continuar a trabalhar naquela actividade”.

⁶² JOANA VASCONCELOS, “Anotação ao art. 146º”, in PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY E LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, op. cit., p. 333.

Mais recentemente, a nova versão do CT, aprovada pela L n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, veio, no seu art. 136º, a incluir a regulação do pacto de não concorrência, com alterações pouco significativas relativamente ao regime contido no art. 146º do CT1, mantendo a opção sistemática realizada em 2003.

Quanto a alterações face ao art. 146º do CT1 registamos o facto de no corpo do n.º 2 do art. 136º do CT se ter eliminado a expressão “cláusula” passando agora a aludir-se à licitude da “limitação da actividade”. Todavia, o legislador continua no CT a tratar a matéria em análise na Secção referente às cláusulas acessórias do contrato de trabalho mas mantendo a epígrafe do art. 136º igual à do art. 146º - “Pacto de não concorrência”.

Ainda, no corpo do n.º 2 do art. 136º do CT procedeu-se à eliminação do advérbio de modo “cumulativamente”, porventura por o legislador o ter considerado desnecessário sendo que se afigura indubitável que as condições constantes das alíneas a) a c) do n.º 2 continuam a ser cumulativas⁶³ e a inclusão do advérbio “nomeadamente” na al. a) do n.º 2, traduzindo de forma expressa o entendimento dominante da doutrina no sentido do pacto de não concorrência poder ser acordado no momento da celebração do contrato, durante a sua vigência ou no momento da sua cessação colocando-se o enfoque na necessidade de constar de acordo escrito. Mais assinalamos a eliminação do advérbio “efectivamente” da al. b) do n.º 2 a qual nos parece ser uma alteração que importa uma diferença importante. Adiante retomaremos o ponto.

Como nota final estamos, pois, em condições de afirmar que o legislador laboral, desde a LCT1 até ao presente estabelece, um princípio geral de proibição de cláusulas que limitam a liberdade de trabalho após a cessação do contrato, quer seja em instrumento de regulamentação colectiva, quer seja em contrato de trabalho

⁶³ Neste mesmo sentido, cfr., “Anotação ao art. 136º”, in MARIA DA GLÓRIA LEITÃO, DIOGO LEOTE NOBRE (COORDENADORES), SANDRA LIMA DA SILVEIRA, CARLA NAIÁ, CRISTINA FARINHA, GRAÇA QUINTAS, ALEXANDRA MARQUES SEQUEIRA e RUI VAZ PEREIRA, *Código do Trabalho Revisto*, Grupo Editorial Vida Económica, Porto, 2009, p. 139.

admitindo todavia a existência das mesmas em situações determinadas desde que verificadas as condições de admissibilidade que a lei exige.

No nosso estudo, tomaremos para análise o regime jurídico actualmente vigente o qual, como vimos, se encontra contido no art. 136º do CT.

4. DA COMPATIBILIDADE COM A CRP

A questão da constitucionalidade das cláusulas de não concorrência tem sido objecto de acesa discussão na doutrina⁶⁴ e na jurisprudência portuguesas⁶⁵ uma vez que tais cláusulas permitem que, por convenção das partes, se estabeleçam limitações ao pleno exercício da liberdade de escolha da profissão, podendo, nessa medida, ser entendidas como “atentatórias de um direito ou liberdade fundamental e indisponível, como o é a liberdade de trabalho”⁶⁶, em especial enquanto dele deriva o direito a não ser impedido de exercer uma profissão para a qual se tenham os necessários requisitos. Actualmente esta discussão parece estar pacificada.

⁶⁴ No sentido da existência de dúvidas quanto à inconstitucionalidade, cfr. JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, Vol. II, Serviço de Textos dos Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999, p. 63, o qual referia a propósito da norma do art. 36º da LCT que a mesma “[...] dificilmente se pode considerar compatível com a norma do art. 47º/1, já que a liberdade de trabalho, não sendo, naturalmente, uma liberdade absoluta ou sem limites, apenas suporta, nos termos constitucionais, as restrições impostas pelo interesse colectivo ou as inerentes à própria capacidade de cada um, o que, manifestamente, não é o caso”.

Já PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 2ª Ed. (reformulada e adaptada ao Código do Trabalho), Almedina, Coimbra, 2005, p. 616, NRP 3, sustenta que “O pacto de não concorrência, apesar de limitar a liberdade de trabalho, não se pode considerar inconstitucional porque restringe justificadamente uma liberdade e, além disso, a limitação não é absoluta, pois, atendendo ao disposto no art. 81º, nº 2, do CC, o trabalhador pode, a todo o tempo, desvincular-se desde que compense os inerentes prejuízos”.

⁶⁵ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência...*, pp. 8-10, dá testemunho de que também em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros têm sido expressas dúvidas relativamente à constitucionalidade destas cláusulas.

⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 9.

Na verdade, se é certo que a CRP⁶⁷ consagra, na Parte I, referente aos Direitos e Deveres Fundamentais, concretamente, no Título II⁶⁸, dedicado aos Direitos, Liberdades e Garantias⁶⁹, a liberdade de trabalho⁷⁰, no n.º 1 do art. 47º

⁶⁷ Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra no seu art. 15º a liberdade profissional e direito de trabalhar dispondo-se nos ns. 1 e 2 deste art. que “todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite” e que “Todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro”.

⁶⁸ Antes da revisão constitucional operada pela Lei Constitucional nº 1/82, os direitos próprios dos trabalhadores estavam incluídos nos «direitos económicos, sociais e culturais». Todavia, já gozavam do regime dos direitos, liberdades e garantias por corresponderem aos direitos fundamentais de natureza análoga, como actualmente previsto no art. 17º CRP. Do mesmo modo, há outros direitos previstos naquele título que hoje também beneficiam do estatuto decorrente do regime dos Direitos, Liberdades e Garantias previsto no art. 18º do mesmo diploma. Sobre as diferenças no tratamento constitucional da liberdade de trabalho e profissão cfr. JORGE MIRANDA, *Liberdade de trabalho e profissão*, in RDES, Ano XXX (III da 2ª Série) - nº 2, Abril-Junho 1988, pp. 146-149 (145-162).

⁶⁹ Nos termos do art. 18º da CRP, os Direitos, Liberdades e Garantias beneficiam de um regime de aplicação directa porque correspondem a normas concretamente definidoras de posições jurídicas e constituem direito actual e eficaz que vincula tanto o Estado como as entidades privadas, sendo portanto limitativos do princípio da autonomia privada especialmente em relações de poder ou dependência, como é o caso das relações laborais. Segundo J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Anotação ao Artigo 17º”, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 371-372, as características estruturais do regime dos Direitos, Liberdades e Garantias previsto no Título II da CRP, são as seguintes:

- Aplicabilidade directa, independente de eventual regulamentação do legislador ordinário – nº 1 do art. 18º;
- Vinculação imediata dos poderes públicos e entidades privadas (eficácia externa) – nº 1 do art. 18º;
- Exigência de autorização constitucional expressa para a aprovação de leis restritivas, as quais estão sujeitas aos princípios da exigibilidade ou necessidade, da adequação e da proporcionalidade, à exigência de generalidade e abstracção, à proibição de efeitos retroactivos e à obrigação de salvaguardar a extensão do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias que visem regulamentar – ns. 2 e 3 do art. 18º;
- Proibição da sua suspensão, salvo em caso de estado de sítio ou de emergência, com obrigação de especificação dos que fiquem eventualmente suspensos – n.º 1 e 5 do art. 19º;
- Legitimidade da autodefesa e do direito de resistência em caso de ofensa – art. 21º;
- Responsabilidade solidária do Estado e demais entidades públicas em caso de violação por funcionários ou agentes - art. 22º;
- Competência da AR para a sua regulamentação, na generalidade dos casos com reserva relativa e, em alguns, com reserva absoluta – al. b) do n.º 1 do art. 165º da CRP e alíneas a), e), f), h), j), m), o) e q) do art. 164º;
- Irreversibilidade constitucional, isto é, sem possibilidade de diminuição dos «privilégios» constitucionalmente consagrados – alíneas d) e i) do art. 288º.

⁷⁰ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Ed., Revista Actualizada e Ampliada, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, pp. 965 e 968,

(“Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”) e o direito ao trabalho no nº 1 do art. 58º (“Todos têm direito ao trabalho”) ⁷¹, também é hoje entendimento dominante que estes direitos não são absolutos ⁷² devendo ser compatíveis com outros direitos fundamentais como sejam a liberdade de empresa e de iniciativa económica privada ⁷³, sendo que tal compatibilidade pode justificar a existência de cláusulas que limitem os primeiros ⁷⁴.

fazem notar que a liberdade de trabalho e de profissão tanto compreende, positivamente, designadamente, o “direito de escolher livremente, sem impedimentos, nem discriminações, qualquer profissão” e o “direito de não ser privado da profissão, senão nos casos e nos termos da lei e com todas as garantias”. Por seu turno, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa ...*, *op. cit.*, p. 653, referem a propósito do art. 47º, nº 1 da CRP, que dispõe que todos têm direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, que a liberdade de profissão implica “não ser forçado a escolher (e a exercer) uma determinada profissão”, mas também “não ser impedido de escolher (e exercer) qualquer profissão para a qual se tenham os necessários requisitos”.

⁷¹ Nos termos do art. 58º, nº 3, da CRP, “Incumbe ao Estado, através da aplicação de planos de política económica e social, garantir o direito ao trabalho [...]”. BERNARDO LOBO XAVIER, *Curso de Direito ...*, *op. cit.*, p. 411, realça que “o direito ao trabalho é dirigido essencialmente contra o Estado e não contra as empresas, não conferindo um direito subjectivo a um concreto posto de trabalho”.

⁷² PEDRO ROMANO MARTINEZ, *A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho*, in *Separata de Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001, p. 7, realça que o direito à liberdade de trabalho ou profissão não configura um obstáculo intransponível à existência de cláusulas que limitam tal direito atenta a necessidade de compatibilizar a liberdade do trabalhador com a função social da propriedade e a liberdade de iniciativa privada, especialmente no seio da empresa.

⁷³ JORGE MIRANDA, *Liberdade de trabalho e profissão*, *op. cit.*, p. 148, dá nota que “[...] a iniciativa económica privada, se após a revisão constitucional se situa tanto em sede de organização económica (art. 85.º) como em sede de direitos fundamentais (art. 61.º), que trata, aliás, também da iniciativa cooperativa e do direito de autogestão, fica prevista ainda no título de direitos económicos, sociais e culturais”.

⁷⁴ BERNARDO LOBO XAVIER, *Direito do Trabalho Ensinar e Investigar*, *op. cit.*, p. 85, realça que “Nunca será de mais prevenir quanto aos perigos na consideração de uma ‘constituição do trabalho’ emergentes de incompleta contextualização induzida pelo zoneamento de tópicos constitucionais que leva a olvidar o influxo que outras áreas possuem nesta matéria: desde logo, principalmente, o papel da livre iniciativa e da liberdade de empresa e o próprio conceito constitucional da empresa”.

Para a referida pacificação contribuiu também o entendimento expresso pelo TC no Ac. n.º 256/2004⁷⁵, de 14.04.2004, proferido no âmbito do processo 674/02, cuja fundamentação e conclusão subscrevemos inteiramente.

Neste Acórdão o TC analisa especificamente a figura dos pactos de não concorrência. Conforme dá conta JOÃO ZENHA MARTINS⁷⁶ “No caso que fundamenta o recurso de inconstitucionalidade, o empregador, após a cessação do contrato de trabalho promovida pelo trabalhador, reclamou, a par de uma indemnização por lucros cessantes, o *quantum* previsto no pacto de não concorrência firmado, em razão da alegada violação da interdição de trabalhar durante um período de dois anos subsequente à cessação do *vinculum laboris*.

Suscitada a questão da inconstitucionalidade do art. 36º, nº 2 da LCT - que corresponde, *mutatis mutandis*, ao art. 146º do CT -, o tribunal a quo, considerando a disposição ferida de inconstitucionalidade material, recusou a sua aplicação, tendo o Ministério Público, [...], interposto recurso da sentença que desaplicou o preceito”.

Neste contexto, entendeu o TC que, permitindo a norma do n.º 2 do art. 36º da LCT uma restrição à liberdade de trabalho, a sua “conformidade constitucional depende da emissão de um juízo de proporcionalidade, adequação e necessidade, o que passa pela ponderação dos interesses conflituantes em presença”⁷⁷ sendo que, após análise dos diferentes contributos doutrinários nesta

⁷⁵ Disponível para consulta em www.tribunalconstitucional.pt.

⁷⁶ JOÃO ZENHA MARTINS, *Jurisprudência Constitucional Anotada*, nº 9, JAN./MAR., 2006, p. 78 (78-89).

⁷⁷ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 447, realça que em matéria de direitos, liberdades e garantias, “a exigência da *adequação* aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da *necessidade* pretende evitar a adopção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos ‘coactivo’ relativamente aos direitos restringidos. O princípio da *proporcionalidade* em sentido restrito (= princípio da ‘justa medida’) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte ‘cargas coactivas’ de direitos, liberdades e

matéria, conclui, “em balanço global, que a regulação dos pactos de não concorrência contida na norma questionada não pode ser considerada como restringindo de forma constitucionalmente intolerável a liberdade de trabalho”⁷⁸.

O TC funda o seu juízo no facto de a restrição à liberdade de trabalho resultar de “acordo de vontades das partes, assentando, assim em último termo, na autonomia do trabalhador⁷⁹”, sendo que “a imposição de forma escrita, como formalidade *ad substantiam*, assegura a assunção consciente da restrição e delimita o seu âmbito de aplicação”.

garantias ‘desmedidas’, ‘desajustadas’, ‘excessivas’ ou desproporcionadas’ em relação aos resultados obtidos”.

⁷⁸ Já em 1989 o TC, no Ac. de 12.07.1989, proferido no âmbito do processo 85-0248, ao qual já fizemos referência, a propósito da análise da conformidade constitucional das normas constantes do art. 23º, nº 1, al. f) e do art. 26, nº 2, al. c), do DL nº 336/85, de 21 de Agosto, na parte em que vedavam que fossem agentes de seguros ou sócios de mediadores pessoas colectivas, os trabalhadores de seguros em situação de reforma ou pré-reforma auferindo pensão complementar de reforma, tinha-se pronunciado no sentido de que “tanto a liberdade de escolha da profissão como a liberdade de iniciativa económica podem ser condicionadas ou restringidas pelo legislador”.

No sumário deste Ac., que se encontra disponível em www.dgsi.pt, pode ler-se o seguinte: “I - Tanto a liberdade de escolha da profissão como a liberdade de iniciativa económica podem ser condicionadas ou restringidas pelo legislador, desde que tais limitações sejam credenciáveis à luz do especificamente determinado nos artigos 47, n. 1 e 61, n. 1 da Constituição e sejam observados os limites do artigo 18 ns. 2 e 3, da Constituição. II - Não existindo entre os agentes e os angariadores de seguros qualquer distinção objectiva ou funcional, as pessoas às quais a lei veda a possibilidade de se inscreverem como agentes de seguros não ficam por isso impedidas de exercer a correspondente actividade profissional como simples angariadores. III - Constituam as normas questionadas verdadeiras restrições ou simples condicionamentos, eles encontram-se inteiramente credenciados a luz das exigências a que a Constituição subordina as intervenções legislativas em matéria de direitos, liberdades e garantias, uma vez que se fundam no dever da lealdade, que caracteriza o trabalho subordinado, e no estabelecimento de uma equilibrada concorrência entre as empresas. IV - Com efeito, o dever de lealdade representa uma dimensão do interesse colectivo susceptível de justificar restrições à liberdade de escolha de profissão e vai de par com a directriz de assegurar a equilibrada concorrência entre as empresas, o que constitui uma incumbência prioritária do Estado no âmbito económico e social. V - Esta conclusão é válida também para os trabalhadores reformados ou pré-reformados auferindo uma pensão paga pela empresa onde exerciam a sua actividade, dado terem com esta uma ligação com consistência bastante para justificar que se mantenham adstritos a um dever de lealdade e de não concorrência com a mesma.”.

⁷⁹ Reconhecendo, no entanto, a possibilidade da existência, inegável, de em alguns casos, existirem constrangimentos à aceitação desta cláusula restritiva.

No arresto, o TC realça tratar-se “de restrição com limitação temporal e, embora a lei não o diga expressamente, a doutrina é concorde em considerá-la também sujeita a limitação geográfica, derivada do seu próprio fundamento”.

Sublinha ainda o TC a relevância “da existência de risco efectivo de prejuízos para o ex-empregador, entendidos estes limitadamente como sendo apenas os derivados directamente da colocação ao serviço de empresas concorrentes dos segredos e conhecimentos especificamente adquiridos ao serviço da antiga empresa. [...] Há-de estar em causa o risco daquilo que a doutrina designa por «concorrência diferencial», isto é, a especificidade da concorrência que um ex-trabalhador está em condições de realizar relativamente ao seu antigo empregador, por ter trabalhado para ele”, sendo que se exige “[...] ainda a 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 actividade”.

Por último, o TC realça que “[...] o trabalhador não fica, em rigor, absolutamente privado do seu direito ao trabalho. A limitação voluntária ao exercício desse direito é sempre revogável (artigo 81.º, nº 2, do Código Civil) e o incumprimento do pacto, através da celebração de contrato de trabalho com empresa concorrente do antigo empregador, não gera, em princípio, a invalidade deste contrato, mas eventualmente mera obrigação de indemnização. E se tiver sido estabelecida «cláusula penal», que a doutrina justifica como meio de obviar à dificuldade de prova e de quantificação dos danos sofridos pelo antigo empregador (isto é, como liquidação antecipada desses prejuízos), existirá sempre a possibilidade da sua redução pelo tribunal de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva (artigo 812.º, n.º 1, do Código Civil)”.

Conforme já assinalámos, parece-nos que esta decisão do TC foi fundamental para a pacificação da discussão, entre nós, da constitucionalidade dos pactos de não concorrência sendo que, após 2004, os Tribunais Superiores têm

vindo a reiterar de forma expressa a constitucionalidade das normas laborais que consagram o pacto de não concorrência⁸⁰.

⁸⁰ A título exemplificativo, cfr. Ac. do STJ, de 10.12.2009, proferido no âmbito do processo 09S0625 e Ac. do TRL, de 10.12.2009, proferido no âmbito do processo 376-06.6TTSNT.L1-4, ambos disponíveis *in* www.dgsi.pt.

III. REGIME JURÍDICO VIGENTE

1. DEFINIÇÃO DE PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA

Conforme já referimos os pactos de não concorrência encontram-se actualmente previstos e regulados nos ns. 2 a 5 do art. 136º do CT.

Partindo da redacção do n.º 2 do art. 136º do CT⁸¹ podemos, a nosso ver, definir o pacto de não concorrência como um acordo expreso de vontades, de natureza sinalagmática e onerosa, de duração limitada, celebrado entre empregador e trabalhador, pelo qual se visa limitar a actividade deste último após a cessação do contrato de trabalho com vista a impedir que concorra com o ex-empregador.

Enquanto que na relação laboral o empregador “[...] ocupa a posição de credor da actividade, a prestação de trabalho, sendo devedor da remuneração⁸²” no pacto de não concorrência o empregador é credor de uma omissão de concorrência por parte do ex-trabalhador, sendo devedor da contrapartida correspondente, acordada pelas partes.

Assim, o pacto, estando intimamente ligado à existência de um concreto contrato de trabalho sem o qual não existe, origina obrigações recíprocas autónomas individualizadas por parte dos sujeitos do contrato de trabalho as quais nascem com a cessação do contrato e subsistem após cessação daquele. Tendo origem numa concreta relação laboral, o pacto de não concorrência subsiste para além da mesma e, ainda que os contornos de licitude da limitação de actividade

⁸¹ Que, conforme já referido, dispõe que “É lícita a limitação da actividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho, nas seguintes condições:

- a) Constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste;
- b) Tratar-se de actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador;
- c) Atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da actividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional”.

estejam relacionados com os termos nos quais se desenrolou a referida relação laboral anterior ao pacto este, de certa forma, autonomiza-se daquela, subsistindo após cessação da mesma com obrigações principais de natureza diferente para as partes – “[...] obrigação de *non facere* para o trabalhador e obrigação compensatória, para o empregador⁸³”.

2. O PACTO COMO FONTE DA OBRIGAÇÃO

Nos termos da al. a) do n.º 2 do art. 136º do CT “É lícita a limitação da actividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequente à cessação do contrato de trabalho, nas seguintes condições: constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste”.

Decorre desta al. a) que a lei exige, como requisito para a validade da cláusula relativa à limitação da concorrência do trabalhador com efeitos *post contractum finitum*, no seu significado estritamente laboral, a existência de um acordo escrito expresso entre empregador e trabalhador nesse sentido, pelo que a limitação em causa assenta na autonomia contratual⁸⁴, não existindo, portanto, qualquer obrigação que vincule as partes a acordarem a limitação de não concorrência *post contractum finitum*.

Note-se que não se trata de um acordo qualquer mas antes de um acordo individualmente subscrito que, para ser válido, carece de ser escrito e de cumprir uma série de condições que a lei exige e que identifica nos ns. 2 e 5 do artº 136º do CT.

⁸² PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 131.

⁸³ RITA CANAS DA SILVA, *O pacto de não concorrência*, in RDES, ANO XLV, (XVIII da 2ª Série), nº 4, Outubro-Dezembro 2004, p. 301 (283-305).

De facto, dúvidas não há de que a lei, para este efeito, não se basta com uma mera declaração unilateral exigindo, ao invés, a formalização da concordância da vontade das partes no sentido de uma delas, o trabalhador, se abster de concorrer com o empregador, uma vez cessada a relação laboral que os une.

Neste contexto, a existência de uma declaração unilateral do trabalhador no sentido de se comprometer a não concorrer com o empregador depois de cessado o contrato, efectivamente recebida e aceite por este último, teria de ser considerada inválida para este fim.

Por outro lado, exigindo a lei um acordo entre trabalhador e empregador entendemos que fica afastada a possibilidade de a limitação de não concorrência *post contractum finitum* estabelecer-se por IRCT⁸⁵. Neste sentido pronunciou-se JOÃO ZENHA MARTINS⁸⁶ que, sublinhando a necessidade do trabalhador “*ad personam*”, ter de concorrer com a sua vontade para a eficácia de um pacto de não concorrência”, conclui que “[...] não poderá um instrumento de regulamentação colectiva de trabalho prever *ipso jure* um pacto de não concorrência”.

Também JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES⁸⁷ sublinha que a cláusula de não concorrência “[...] não poderá [...] resultar de um instrumento de regulamentação colectiva ou dos usos”, posição que é também expressamente sustentada por MENEZES LEITÃO⁸⁸ que refere que “[...] não poderá, porém, essa cláusula constar de IRCT nem resultar dos usos empresariais”.

⁸⁴ Dispõe o CC no seu art. 405º, n.º 1, que “Dentro dos limites da lei, as partes, têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”.

⁸⁵ Em sentido diferente, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, ..., op. cit.*, p. 231, parece admitir a possibilidade de uma cláusula de não concorrência constar de um instrumento de regulamentação colectiva.

⁸⁶ JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência ..., op. cit.*, pp. 323-324.

⁸⁷ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 614.

⁸⁸ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 403.

Apesar da impossibilidade de por IRCT se estabelecer um pacto de não concorrência, acompanhamos a opinião de JOÃO ZENHA MARTINS⁸⁹ no sentido de admitir a possibilidade de uma convenção colectiva “densificar” o regime legal “contando que ao trabalhador seja garantido que o pacto de não concorrência só valerá se este prestar o seu assentimento”.

Neste contexto, JOÃO ZENHA MARTINS⁹⁰ salienta que estando em causa “[...] uma figura que tange em direitos fundamentais, a vontade do trabalhador é ,só por si, insuficiente para validar um pacto de não concorrência. [...] tornando-se mister uma avaliação concreta da noção de interesse sério que empresta justificação a este tipo de pactos, a previsão apriorística da sua execução num IRCT jamais se compaginaria com a verificação casuística da seriedade do interesse assestado à convenção celebrada, pelo que, nas margens oferecidas pelo sistema, um IRCT apenas poderá, *in melius*, densificar o regime fluente do art. 146º do CT, no pressuposto inafastável de um consentimento *singularizado* do trabalhador”.

Assim, na nossa perspectiva, é possível alterar por IRCT, apenas em sentido mais favorável ao trabalhador, alguns dos requisitos de licitude do pacto de não concorrência, podendo, por exemplo, prever-se uma duração máxima inferior à legalmente prevista ou fixar-se um montante mínimo para a contrapartida a pagar ao trabalhador. Afigura-se-nos, aliás, que esta possibilidade está actualmente prevista de forma expressa na al. a) do n.º 3 do art. 3º do CT⁹¹ uma vez que está em causa

⁸⁹ *Os pactos de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 324.

⁹⁰ *Idem, ibidem*, pp. 324-325.

⁹¹ O art. 3º do CT, com a epígrafe “Relações entre fontes de regulação” estabelece a relação entre as normas legais reguladoras do contrato de trabalho e as disposições dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho e as normas legais reguladoras do contrato de trabalho e as cláusulas do contrato de trabalho. O nº 3 dispõe que “As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores quando respeitem às seguintes matérias: a) Direitos de personalidade, igualdade e não discriminação; b) Protecção na parentalidade; c) Trabalho de menores; d) Trabalhador com capacidade de trabalho reduzida, com deficiência ou doença crónica; e) Trabalhador-estudante; f) Dever de informação do empregador; g)

uma limitação a um direito de personalidade do trabalhador, concretamente, à sua liberdade de trabalho⁹².

Na doutrina Espanhola, PILAR CHARRO BAENA⁹³ já se pronunciou no sentido de considerar possível que por “convenio colectivo” se possa, por exemplo, reduzir a duração máxima da limitação legalmente prevista ou fixar o âmbito territorial ou geográfico das actividades limitadas pelo pacto de não concorrência, observando que, todavia, “[...] no seria admisible obligar a los trabajadores sometidos a lo referido convenio colectivo a pactar en todo o caso.”⁹⁴.

3. AS PARTES DO PACTO

Conforme já referido, as partes do pacto de não concorrência são as partes de um concreto contrato de trabalho pelo que podemos indicar como “elementos essenciais subjectivos” do pacto os mesmos que são indicados a propósito do contrato de trabalho e que, conforme ensina BERNARDO LOBO XAVIER⁹⁵, são a personalidade e capacidade jurídicas das partes e o

Limites à duração dos períodos normais de trabalho diário e semanal; h) Duração mínima dos períodos de repouso, incluindo a duração mínima do período anual de férias; i) Duração máxima do trabalho dos trabalhadores nocturnos; j) Forma de cumprimento e garantias da retribuição; l) Capítulo sobre prevenção e reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais e legislação que o regulamenta; m) Transmissão de empresa ou estabelecimento; n) Direitos dos representantes eleitos dos trabalhadores.”.

⁹² LUÍS GONÇALVES DA SILVA “Anotação ao art. 3º”, in PEDRO ROMANO MARTINEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY e LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado (Revisto pela Lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro)*, 8ª Ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 104, correctamente observa apesar de novo o n.º 3 do art. 3º do CT não introduz alterações significativas uma vez que a redacção agora expressamente consagrada já resultava do regime legal existente, pois as matérias constantes da lista eram entendidas como “[...] fixando mínimos e, portanto, apenas susceptíveis de regulação por instrumentos de colectivos em sentido mais favorável”.

⁹³ PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, op. cit., p. 156.

⁹⁴ *Idem*, *ibidem*.

⁹⁵ *Curso de Direito ...*, op. cit., p. 417.

consentimento, já que o pacto resulta da fusão de, pelo menos, duas declarações negociais⁹⁶.

Todavia, é de realçar que, conforme já referimos, o pacto de não concorrência não pode ser validamente celebrado por qualquer trabalhador da empresa mas apenas e só por trabalhadores que, pelo seu posicionamento, pelo acesso a informação sensível do empregador, pela formação especializada recebida, pelo contacto privilegiado com a clientela do empregador, estejam em posição de, *post contractum finitum* poderem, com a sua actividade, causar prejuízos ao empregador.

Assim, ainda que um trabalhador aceite e formalize o pacto de não concorrência, caso se conclua que o empregador não tem, face àquele trabalhador em concreto, um interesse sério a proteger o pacto será considerado nulo. Adiante voltaremos ao ponto de forma mais detida.

Conforme nota JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES⁹⁷, em princípio, “[...] qualquer empregador pode estipular uma cláusula de não concorrência, o que abrange associações que desenvolvam uma actividade económica. Contudo, se tais entidades não exercerem uma actividade concorrencial, pode ser duvidoso que haja qualquer interesse legítimo a salvaguardar por uma cláusula”.

Note-se que, embora em regra estejamos perante um só empregador e portanto ser relativamente a esse que devemos aferir a existência de interesse sério, sendo também ele o beneficiário da limitação da actividade do trabalhador,

⁹⁶ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, ...*, op. cit., p. 619, refere que “[...] parece difícil, entre nós defender que um menor que tenha capacidade para concluir um contrato de trabalho não tem capacidade para incluir esta cláusula no seu contrato de trabalho, [...]”. Concordamos com esta afirmação, embora preconizemos que o juízo relativo à validade de um pacto de não concorrência nesses casos deva ser particularmente exigente. Sobre as especificidades da questão relativa à capacidade de menores para a celebração de contratos de trabalho cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO *Direito do Trabalho...*, op. cit., pp. 106-115.

⁹⁷ *Direito do Trabalho, ...*, op. cit., p. 619.

pode dar-se o caso de estarmos perante um contrato de pluralidade de empregadores, desde que cumpridos os requisitos constantes do art. 101º do CT, podendo ser celebrado um pacto de não concorrência no âmbito de tal contrato. Neste caso, entendemos ser necessário aferir, relativamente a cada um dos empregadores, a existência de interesse sério e a verificação das demais condições de licitude do pacto sendo certo que admitimos a hipótese de, verificando-se a inexistência de interesse sério relativamente a algum dos empregadores, operar-se a redução do pacto que ficaria ferido de nulidade relativamente a esses sendo válido relativamente aos demais⁹⁸.

Embora com algumas dúvidas, entendemos que se deve admitir, no seguimento da posição preconizada por CATARINA OLIVEIRA CARVALHO⁹⁹ e JOÃO ZENHA MARTINS¹⁰⁰, que se apoia na posição da primeira, que mesmo inexistindo um contrato de pluralidade de empregadores, a obrigação de não concorrência possa ser extensível ao grupo de empresas ao qual o empregador pertence sempre que exista “[...] uma relação interempresarial de natureza estrutural (e não esporádica ou evanescente) com as demais empresas [...]” e o trabalhador tenha “[...] contactado com os negócios internos dessas mesmas empresas [...]” uma vez que existe “[...] a possibilidade de causação efectiva de um prejuízo a entes que não são formalmente seus empregadores [...]” sem que, em caso algum se trate da atribuição de personalidade jurídica ao grupo de empresas em apreço”.

De facto, parece-nos que se pura e simplesmente negarmos a possibilidade de extensão da obrigação de não concorrência ao grupo de empresas, mesmo quando se verificarem as condições acima identificadas, a obrigação de não concorrência poderá ficar com um efeito útil diminuto ou mesmo nulo na medida em que o trabalhador ficaria impedido de concorrer com o ex-empregador sendo-lhe,

⁹⁸ Cfr. art. 292º do CC.

⁹⁹ *Da mobilidade dos trabalhadores no âmbito dos grupos de empresas nacionais*, UCP, Porto, 2001, pp. 368 e ss.

¹⁰⁰ *Os pactos de não concorrência ...*, op. cit., pp. 346-347.

todavia, permitido concorrer com uma empresa do grupo do mesmo relativamente à qual o trabalhador adquiriu uma posição que lhe permite fazer uma concorrência diferencial na sequência da execução do contrato de trabalho que o vinculava ao empregador, ficando, assim, em perigo os interesses do empregador, do grupo ao qual este pertence e os valores da concorrência sã, da economia e do bem comum.

Em tais casos, e para além da verificação das condições referidas por JOÃO ZENHA MARTINS, será necessário que no pacto se encontrem identificadas de forma especificada as empresas que integram o grupo do empregador obrigando-se o trabalhador a não concorrer com as mesmas. Também aqui entendemos ser evidentemente necessário aferir, relativamente a cada uma das empresas a existência de interesse sério, e a verificação das demais condições de licitude do pacto, sendo certo que admitimos a hipótese de, verificando-se a inexistência de interesse sério relativamente a alguma das empresas, operar-se a redução do pacto que ficaria ferido de nulidade relativamente a essas sendo válido relativamente às demais.

Em sentido diferente, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES nega tal possibilidade sustentando que, uma vez que em Portugal não se admite que os grupos de empresa sejam o empregador, considerando-se que tal qualidade cabe à sociedade que contratou o trabalhador, ainda que outras sociedades do grupo tenham beneficiado da actividade do mesmo, “[...] deve logicamente entender-se que o interesse a proteger através de uma cláusula de não concorrência é apenas o interesse do empregador, sendo irrelevante, por exemplo, que o trabalhador, uma vez terminado o seu contrato de trabalho realize uma actividade que é concorrente, já não com o empregador, mas com outra empresa do grupo a que o empregador pertence”. Na opinião deste Autor, “Solução diversa seria dar aos grupos de empresas ‘o melhor de dois mundos’: não teriam as obrigações e os encargos do empregador, mas poderiam fruir as respectivas vantagens”.

Actualmente, e desde a entrada em vigor do CT1, o último argumento aludido por JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES já não parece poder acolher-se na medida em que no art. 334º do CT¹⁰¹ se estabelece a responsabilidade solidária do empregador e sociedade que com o mesmo se encontre em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, nos termos previstos nos arts. 481º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais, pelo que “[...] já não se poderá dizer que o alargamento do âmbito aplicativo da obrigação de não concorrência, pelo gravame que representa para o trabalhador, não encontra um ‘reverso tutelar’ [...] apesar de, em circunstância alguma, se poder dispensar a indagação de um sacrifício excessivo ao direito ao trabalho e à livre iniciativa económica do sujeito que se obriga a não concorrer¹⁰²”. Aliás, note-se que o art. 335º do CT inclusivamente consagra a hipótese de responsabilidade dos sócios, gerentes, administradores ou directores.

¹⁰¹ Dispõe este art. o seguinte: “Por crédito emergente de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, vencido há mais de três meses, respondem solidariamente o empregador e sociedade que com este se encontre em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, nos termos previstos nos artigos 481.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais.”.

JOANA VASCONCELOS, *Sobre a garantia dos créditos laborais no Código do Trabalho*, in Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea, Livraria Almedina – Coimbra, Coimbra, 2004, p. 332 (321-341), a propósito do art. 378º do CT1, cuja redacção foi quase integralmente mantida pelo art. 334º do CT que o substituiu, refere que esta disposição “[...] permite aos trabalhadores, cujo empregador seja uma sociedade comercial, demandar, por créditos emergentes da respectiva relação laboral, outra ou outras sociedades comerciais, estranhas a tal vínculo, e unicamente em razão de uma coligação que com aquela mantenham. Significa isto que se quedam fora da sua previsão as situações de pluralidade de empregadores [...] em que um trabalhador se obriga a prestar trabalho, simultânea ou sucessivamente, a ‘vários empregadores entre os quais exista uma relação societária de participações recíprocas, de domínio ou de grupo’”. Esta Autora salienta que no caso de pluralidade de empregadores as diversas sociedades coligadas são todas empregadores sendo a sua responsabilidade regulada especialmente antes pelo n.º 3 do art. 92º do CT1 e agora pelo n.º 3 do art. 101º do CT, cujo alcance é mais abrangente na medida em que inclui créditos do trabalhador ou de terceiros (segurança social ou autoridades fiscais, por exemplo).

¹⁰² JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência ...*, op. cit., pp. 347-348.

4. OBJECTO DO PACTO

Decorre daquilo que já deixámos dito que o objecto do pacto de não concorrência traduz-se, do lado do trabalhador, na omissão de concorrência para com o seu empregador após cessação do contrato de trabalho que entre eles tenha vigorado, e, do lado do empregador, na atribuição de uma contrapartida ao trabalhador em virtude de tal omissão, compensando, assim, o trabalhador da limitação à sua liberdade de trabalho¹⁰³.

Importa realçar que a limitação da actividade concorrencial objecto do pacto é uma actividade lícita que se torna ilícita *ex contractu*¹⁰⁴. Na verdade, conforme já tivemos oportunidade de sublinhar, na ausência de pacto, o trabalhador fica adstrito a limitações *ex lege* à sua liberdade de trabalho que decorrem da proibição da concorrência desleal, da proibição de violação de segredos com protecção penal e da pós-eficácia do dever de boa-fé. Tais limitações não são, portanto, objecto do pacto, o qual tem por objecto “a concorrência leal¹⁰⁵”, na medida em que se reconhece que esta pode lesar interesses legítimos do empregador, causando-lhe prejuízos, em virtude de se tratar de uma concorrência diferencial à qual se encontra subjacente um especial perigo para o empregador¹⁰⁶.

O objecto do pacto de não concorrência encontra-se sujeito aos requisitos do objecto negocial constantes do art. 280º do CC. Por força deste dispositivo legal é nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, indeterminável ou contrário à lei, à ordem pública ou aos bons costumes.

¹⁰³ Como refere CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Ed. Actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 548 “[...] o objecto da prestação nas relações obrigacionais, é, igualmente, o objecto mediato do negócio jurídico donde essas relações promanam.”

¹⁰⁴ Conforme correctamente assina PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 154.

¹⁰⁵ RITA CANAS DA SILVA, *O pacto ...*, *op. cit.*, p. 290.

¹⁰⁶ Note-se que está vedado ao pacto colocar em causa de forma absoluta a liberdade de trabalho do trabalhador.

5. REQUISITOS DE LICITUDE DO PACTO

5.1 FORMA

Conforme já referimos o legislador impõe que a cláusula de não concorrência conste de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste (al. a), do n.º 2 do art. 136º do CT). Exige-se, portanto, a forma escrita como condição de validade do pacto, consubstanciando, assim, uma exceção ao princípio da liberdade de forma.

De facto, como é sabido, no direito civil português vigora o princípio da liberdade de forma¹⁰⁷ o que significa que a validade das declarações, à partida, não depende da observância de forma especial. No entanto, este princípio consensualista conhece diversos desvios, podendo o negócio estar condicionado à observação de certo tipo de forma quando a lei expressamente o determine ou quando assim seja acordado pelas partes¹⁰⁸.

O princípio da liberdade de forma é também aplicável aos contratos de trabalho e o seu teor reiterado no art. 110º do CT: o contrato de trabalho não depende da observância de forma especial, salvo quando se determinar o contrário¹⁰⁹.

Nos termos do art. 221º do CC importa distinguir dois tipos de elementos do contrato: os que correspondem a cláusulas essenciais e os que correspondem a

¹⁰⁷ Cfr. art. 219º do CC que estabelece que “A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir.”

¹⁰⁸ Cfr. art. 405º do CC que, no seu nº 1, dispõe o seguinte: “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferente dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.”

¹⁰⁹ O que sucede, por exemplo, relativamente ao contrato de trabalho com pluralidade de empregadores (cfr. art. 101º do CT), ao promessa de contrato de trabalho (cfr. art. 103º do CT), ao contrato de trabalho a termo (cfr. art. 141º do CT), ao contrato de trabalho a tempo parcial (cfr. art. 153º do CT), o contrato de trabalho em comissão em serviço (cfr. art. 162º do CT) e ao contrato para prestação subordinada de teletrabalho (cfr. art. 166º do CT).

cláusulas acessórias. Os primeiros têm de respeitar a forma legalmente imposta ao contrato, sob pena de nulidade, salvo se se tratar de declarações posteriores e as razões de ser da exigência de forma não lhes forem aplicáveis. Já quanto às cláusulas acessórias, cabe distinguir caso se trate de cláusulas anteriores ou contemporâneas ao negócio ou posteriores ao mesmo. No primeiro caso, a validade não depende da observância da forma se as mesmas não estiverem abrangidas pela razão de ser da sua exigência, desde que se prove que correspondem à vontade das partes e que essa estipulação existiu; no segundo, aplica-se a mesma regra prevista para as cláusulas essenciais.

No caso da cláusula de não concorrência, ainda que se trate de uma cláusula acessória, a exigência de forma decorre directamente da lei, concretamente, da al. a) do n.º 2 do art. 136º do CT.

Conforme sublinha ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO¹¹⁰, em matérias laborais impõe-se o formalismo “[...] numa de três conjunções:

- na celebração de contratos de trabalho especiais de feição mais técnica ou elaborada;
- no afastamento de regras supletivas de índole geral;
- no estabelecimento de regimes que, embora permitidos pela lei, se mostrem menos favoráveis para os trabalhadores.

Esta última situação que é a mais caracteristicamente laboral, resulta [...] da conclusão de pactos de não-concorrência. Jogam aqui as clássicas razões que justificarão a forma nos negócios jurídicos: a necessidade de facilitar a prova dos actos, a vantagem em facultar a sua publicidade e a conveniência em promover, por parte dos celebrantes, uma melhor reflexão do que efectivamente pretendem. Pode, pois, com propriedade falar-se na presença de um vector juslaboral que implica a forma escrita para estabelecer situações que enfraqueçam a posição dos trabalhadores.”.

¹¹⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 587.

Existem dois tipos de formalidades que podem ser legalmente exigíveis ou acordadas pelas partes: as formalidades *ad substantiam*, impostas como condição de validade do negócio e, como tal, insubstituíveis por outro meio de prova, e as formalidades *ad probationem*, impostas como meio de prova do negócio, não estando absolutamente excluída a possibilidade de serem substituídas por outro meio de prova.

Nos termos do art. 220º CC, a exigência de uma determinada forma legal corresponde a uma formalidade estabelecida *ad substantiam*, já que a falta da mesma acarreta a nulidade da declaração negocial. No entanto, o mesmo preceito legal prevê a aplicação desta consequência apenas quando não seja especialmente prevista na lei outra sanção, que é justamente o que sucede no caso dos pactos de não concorrência.

A propósito da prova documental, dispõe o n.º 1 art. 364º do CC que, nos casos em que é exigido documento autêntico, autenticado ou particular, é admitida a substituição dos mesmos por outro meio de prova ou por outro documento de força probatória superior (prova muito difícil de obter). Já o n.º 2 deste artigo estipula que se resultar da lei que o documento é exigido apenas como prova da declaração – formalidade *ad probationem* – esta pode ser substituída por confissão expressa que conste de documento de igual ou superior valor probatório, ficando assim excluído o recurso a meios de prova testemunhal e a presunções judiciais.

Parece ser indubitável que a necessidade da redução a escrito da cláusula de não concorrência consiste numa formalidade *ad substantiam*¹¹¹, pelo

¹¹¹ Neste sentido cfr. Ac. do STJ, de 07.05.2008, proferido no âmbito do processo 08S322 disponível in www.dgsi.pt, no qual, ainda analisando a questão à luz da LCT, mas cuja actualidade se mantém, se refere que “[...] as condições que ressaltam do nº 2 do art. 36º e que permitem – só permitem – a estipulação de uma cláusula de limitação da actividade do trabalhador [...] são ditadas por interesse e ordem pública e constituem formalidades *ad substantiam*, sem as quais não será possível efectuar-se a outorga desse específico arco do negócio jurídico, pois se não fora a ocorrência dessas condições, ficaria então a reger a regra geral da proibição de cláusulas dos contratos individuais de

que a falta de forma escrita acarreta a “nulidade total”¹¹² do pacto, não sendo possível substituí-la por qualquer outra prova (nem mesmo por confissão). Note-se, porém, que tal nulidade não afectará a validade do contrato de trabalho.

O facto de a exigência de forma escrita¹¹³ ter natureza de formalidade *ad substantiam* tem sido, aliás, realçado pela nossa doutrina¹¹⁴.

Pelo exposto, encontra-se, portanto, entre nós, afastada a possibilidade de considerar válido um pacto de não concorrência verbal¹¹⁵.

5.1.1 MOMENTO DA FORMALIZAÇÃO

Face à redacção da al. a) do n.º 2 do art. 136º parece-nos que resulta claro que o momento de formalização do pacto de não concorrência será aquele que as partes entenderem ser oportuno, referindo o legislador que tal momento

trabalho ou das convenções colectivas, limitadoras, por qualquer forma, da liberdade de exercício do direito ao trabalho.”. Também o TC, no já referido Ac. do TC n.º 256/2004, de 14.04.2004, assinalou que “[...] a imposição de forma escrita, como formalidade “*ad substantiam*”, assegura a assunção consciente da restrição e delimita o seu âmbito de aplicação”.

¹¹² MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS E ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis ...*, *op. cit.*, p. 172.

¹¹³ Subscrevemos o entendimento de DIOGO VAZ MARRECOS, *Código do Trabalho Anotado, Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro*, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, p. 356, no sentido de que “nada obsta a que a forma escrita imposta pela alínea a) do n.º 2, seja satisfeita através de documento electrónico, ou seja, por documento elaborado mediante processamento electrónico de dados.”.

¹¹⁴ Cfr., a título de exemplo, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, ...*, *op. cit.*, p. 614 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 403, que refere que a falta de observância implica a nulidade da cláusula de não concorrência “[...] sem prejuízo da validade do contrato”.

¹¹⁵ Contrariamente àquilo que sucede, por exemplo, em Espanha. A este propósito, PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 156, refere que “El acuerdo deberá ser expreso, bien sea verbal o escrito. Teniendo en cuenta la libertad de forma que preside las relaciones laborales, no podemos por menos de concluir que la referida cláusula contractual no exige la forma escrita, aunque resultará conveniente a efectos probatorios.”.

poderá, nomeadamente, coincidir com o momento da formalização do contrato de trabalho ou o momento da revogação¹¹⁶ deste.

Conforme já tivemos oportunidade de referir, a redacção legal em causa, que é idêntica à redacção da al. a) do n.º 2 do art. 146º do CT1, veio acolher aquilo que já era o entendimento doutrinário dominante face à redacção constante da LCT, que no art. 36º, n.º 2, referia a necessidade de a cláusula de não concorrência constar do contrato de trabalho. Segundo tal entendimento, não seria correcto fazer-se uma interpretação estritamente literal do preceito, admitindo-se, portanto, que o pacto de não concorrência pudesse ser celebrado a todo o tempo na vigência da relação laboral e até no acordo de revogação do contrato de trabalho¹¹⁷.

A este propósito PEDRO ROMANO MARTINEZ¹¹⁸ realça que “No art. 36º, n.º 2, da LCT limitava-se a autonomia privada quanto a incluir a cláusula de não concorrência em negócio jurídico distinto do contrato de trabalho; por isso, atendendo à letra do preceito revogado, não seria válida a cláusula inserta em acordo revogatório do contrato de trabalho, solução que, por ser desadequada, foi afastada no Código do Trabalho. A cláusula pode constar de qualquer ajuste entre as partes, inclusive do acordo revogatório do contrato de trabalho, pois a protecção do trabalhador está assegurada pela sua liberdade contratual”.

Está, pois, actualmente assente que “a cláusula não tem [...] que constar do contrato de trabalho inicialmente estipulado, podendo igualmente resultar de uma alteração ao mesmo, bem como do acordo de revogação¹¹⁹”.

¹¹⁶ Cfr. art. 349º do CT o qual, nos seus ns. 1 a 4, estabelece a possibilidade de, a qualquer momento, empregador e trabalhador fazerem cessar o contrato de trabalho por acordo, mediante documento assinado por ambas as partes, do qual conste a data da celebração do acordo e a de início da produção dos respectivos efeitos, sendo lícito que as partes acordem, querendo, outros efeitos, dentro dos limites legais.

¹¹⁷ Embora, conforme já antes tivemos oportunidade de referir, quanto a este último aspecto a doutrina não fosse unânime, havendo quem excluísse a possibilidade de as partes acordarem o pacto de não concorrência no acordo de cessação do contrato.

¹¹⁸ *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 618.

¹¹⁹ As palavras são de LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 403.

Da nossa perspectiva, este entendimento é o único que faz sentido de um ponto de vista prático atento o facto de, muitas vezes, ser a própria evolução da relação laboral que pode determinar a necessidade de celebrar um pacto de não concorrência. Pense-se, por exemplo, no caso de um trabalhador que é contratado para exercer funções que não implicam contacto com informação sensível do empregador e que, em razão de uma promoção, passa a exercer funções que implicam o acesso e o manuseamento de tal informação e/ou o estabelecimento de relações privilegiadas com os clientes do empregador. Este aspecto é realçado por JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES¹²⁰ quando refere que “[...] a cláusula tanto pode constar da minuta inicial do contrato de trabalho, como de um aditamento, o que é inteiramente razoável já que pode só haver interesse em introduzir a cláusula, por exemplo, em razão da evolução das funções desempenhadas pelo trabalhador que vai passar a trabalhar num sector de investigação ou em contacto directo com a clientela”.

Tanto JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES¹²¹ como JOÃO ZENHA MARTINS¹²² observam que no momento da celebração e negociação do contrato o trabalhador tem maiores probabilidades de se encontrar numa situação de maior vulnerabilidade e debilidade negocial.

Da nossa parte, não negando que tal possa efectivamente ocorrer, entendemos que importa ter em conta que os empregadores não propõem a formalização deste tipo de pactos, de natureza onerosa, a qualquer trabalhador, mas apenas a trabalhadores aos quais irão permitir o acesso a informação particularmente importante para o empregador e que, em regra, ocuparão lugares de confiança e de responsabilidade no seio da organização do empregador pelo que são trabalhadores que, do ponto de vista do seu posicionamento, não se poderão caracterizar como sendo negocialmente vulneráveis ou débeis, donde a posição

¹²⁰ *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 614

¹²¹ *As cláusulas de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 16.

típica de desequilíbrio entre os sujeitos do contrato de trabalho não se fará sentir com a mesma intensidade que caracteriza a posição negocial da generalidade dos trabalhadores. Trata-se, aliás, as mais das vezes, de trabalhadores com facilidade em encontrar um novo emprego chegando a ter uma posição negocial praticamente idêntica ou mesmo mais forte que a do próprio empregador.

Por outro lado, e não menos importante, parece-nos perfeitamente legítimo que o empregador não esteja disposto a celebrar um contrato de trabalho com um trabalhador ao qual sabe que irá permitir aceder a informação sensível sem salvaguardar devidamente a hipótese de o mesmo não vir a utilizar tal informação *post contractum finitum*, em benefício próprio ou de terceiros, em concorrência com ele. A mesma argumentação é válida para situações de alterações contratuais, como sejam, por exemplo, situações de promoção do trabalhador a categoria profissional mais elevada.

Assim, do ponto de vista do empregador, parece-nos que os momentos mais oportunos para a celebração do pacto de não concorrência (e nos quais talvez seja menos provável que o trabalhador possa levantar entraves à aceitação do mesmo) serão, em regra, (i) o momento da contratação inicial¹²³ - não pela alegada

¹²² *Os pactos de não concorrência ...*, *op. cit.*, pp. 321-322.

¹²³ RITA CANAS DA SILVA, *O pacto ...*, *op. cit.*, p. 288, salienta que os efeitos decorrentes da celebração do pacto de não concorrência “[...] não estão reservados para o momento da cessação do contrato, manifestando-se logo a partir do momento da sua celebração, nos casos em que a cláusula é incluída no contrato de trabalho, (i), limitando, a partir de então, a liberdade de desvinculação do trabalhador atentas a dificuldades que sabe que terá de enfrentar para, após tal decisão, se manter activo profissionalmente e (ii) condicionando o poder negocial do trabalhador quanto às próprias condições de trabalho”. Da nossa parte, reconhecendo que a formalização do pacto de não concorrência poderá, de facto, em alguns casos, limitar a liberdade de desvinculação do trabalhador entendemos que, em regra, o poder negocial do mesmo “quanto às próprias condições de trabalho” não sofrerá compressão substancial atento o posicionamento que estes trabalhadores assume o qual lhe confere, conforme já mencionado, uma posição de maior equilíbrio face à posição do empregador. Para além do mais, em tudo o que implique alterações às condições de trabalho em sentido desfavorável aos trabalhadores a lei laboral é, parece-nos, suficiente para assegurar a posição dos mesmos.

Também JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência...*, *op. cit.*, p. 9, sublinha que as cláusulas de não concorrência limitam a liberdade de desvinculação do trabalhador

questão de debilidade ou vulnerabilidade da posição do trabalhador, que conforme já referido, entendemos nem sempre existir, mas porque o trabalhador quererá conseguir o emprego -, ou (ii) momentos de alterações contratuais significativas, como, por exemplo, em situações de promoções, conforme já tivemos oportunidade de mencionar. Quanto ao momento da cessação do contrato, embora a formalização do pacto possa indubitavelmente ocorrer em tal momento, haverá mais tendência para que o trabalhador recuse aceitá-lo ou exija uma contrapartida mais elevada.

Sem prejuízo do referido, reconhecemos que a liberdade do trabalhador para manifestar a sua vontade em aceitar um pacto de não concorrência quando já beneficia de um vínculo estável, que não pode ser denunciado de forma unilateral e discricionária pelo empregador, não é igual à liberdade do trabalhador no momento da celebração do contrato, onde a necessidade de obter um emprego não lhe permitirá a mesma margem de negociação deste tipo de pacto. Mas também aqui cumpre salientar que estes trabalhadores têm, em regra, maior facilidade de emprego, atento o seu perfil e as suas qualificações acima da média.

Assim, julgamos que, em regra, a situação em que as partes estarão em posição de maior equilíbrio será a de negociação e celebração do pacto de não concorrência na vigência do contrato momento em que, conforme JOÃO ZENHA MARTINS¹²⁴ correctamente salienta “[...] a proibição de despedimentos com justa causa confere ao trabalhador suporte bastante para negociar o acordo - e com isso extrair os correlativos benefícios, *maxime* a contrapartida que entretece a sinalagmaticidade da obrigação -, como também, mesmo que tal não se verificasse,

[...] também ela uma faceta da liberdade de trabalhar ou de não trabalhar”, especialmente caso se entenda que a cláusula é vinculante, independentemente da forma da cessação do contrato de trabalho.

¹²⁴ *Os pactos de não concorrência .., op. cit.*, p. 322. Conforme este Autor correctamente refere o pacto de não concorrência, à semelhança do que sucede com qualquer estipulação negocial, encontra-se sujeito a um controlo geral o que implica a confirmação da adequação do consentimento e da existência de vícios da vontade (v.g., erro, dolo, coacção moral, incapacidade acidental ou usura) – *Idem, ibidem*, NRP 90.

o regime geral dos vícios da vontade garante a autenticidade das determinações volitivas que concorrem para o seu preenchimento.”.

Também PEDRO ROMANO MARTINEZ¹²⁵ observa que “A cláusula pode constar de qualquer ajuste entre as partes [...] pois a protecção do trabalhador está assegurada pela sua liberdade contratual”.

Note-se que JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES¹²⁶ admite expressamente a possibilidade de a efectividade de uma mudança de funções de um trabalhador ficar dependente do assentimento do mesmo à formalização de um pacto de não concorrência, posição com a qual concordamos. Aliás, vamos um pouco mais longe, admitindo que o empregador possa legitimamente fazer depender a contratação de determinado trabalhador da aceitação da formalização deste tipo de pacto¹²⁷.

De facto, conforme já tivemos oportunidade de referir, parece-nos perfeitamente legítimo que o empregador não esteja disposto a celebrar um contrato de trabalho com um trabalhador que sabe que irá ter acesso a informação sensível sem salvaguardar devidamente a hipótese de formalização de um pacto de não concorrência que protegerá o empregador do risco do trabalhador utilizar tal informação *post contractum finitum*, em benefício próprio ou de terceiros, e em concorrência com ele. A mesma argumentação é válida para as situações de promoções.

Finalmente, cabe referir que nos parece ser de admitir a hipótese de, em situações excepcionais, a formalização de um pacto de não concorrência ocorrer após cessação do contrato de trabalho desde que (i) o trabalhador não tenha

¹²⁵ *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 618.

¹²⁶ *Direito do Trabalho, ..., op. cit.*, p. 614.

¹²⁷ Na doutrina Espanhola, PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 156, já se pronunciou neste sentido referindo que “El empresario, a lo sumo, podría condicionar la suscripción de un contrato de trabajo a la inclusión en el mismo del pacto de no competencia postcontractual”. Esta Autora dá conta da posição contrária de Federico Durán López que considera poder ser abusiva tal exigencia – *Ibidem*, NRP 32.

iniciado uma actividade concorrencial com o ex-empregador e (ii) o hiato temporal entre a cessação do contrato de trabalho e a formalização do pacto de não concorrência seja curto, para que não possa colocar-se em dúvida a necessária relação causal entre o pacto e o contrato de trabalho que vigorou entre as partes. Assim, por exemplo, não afastamos a possibilidade de formalização do pacto em sede de um acordo judicial após efectivação de um despedimento cuja validade judicialmente se discute, caso em que o período de vigência do pacto poderia ter início a partir da data da formalização do pacto. Na verdade, entendemos que, nem a redacção do art. 136º do CT, nem o espírito da norma, vedam esta hipótese. Todavia, a regra será de inexistência de qualquer hiato entre a vigência do contrato e o momento de formalização do pacto¹²⁸.

5.1.2 MODALIDADE DE CONTRATO DE TRABALHO

Na ausência de impedimento legal ou de norma específica em sentido diferente¹²⁹, entendemos que a cláusula de não concorrência poderá ser celebrada, quer em contextos de relações de contrato de trabalho por tempo indeterminado, quer de contrato de trabalho a termo ou de outro tipo de contratos de trabalho

¹²⁸ Neste sentido, pronunciou-se já PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 167, que admite que “[...] el pacto de no competencia, extinguido el contrato, y antes del inicio de una actividad susceptible de limitación, podrá suscribirse cuando no haya transcurrido un plazo de tiempo tan prolongado como para entender desvinculado el referido pacto de la relación laboral anterior [...]”. JESÚS J. SEBASTIAN LORENTE, *El pacto de no competencia postcontractual*, in *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, Editorial La Ley, Tomo 2, 1992, p. 370, también admite esta posibilidad.

¹²⁹ A qual existe, por exemplo, no regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo, constante da L n.º 28/98, de 26 de Junho, concretamente no art. 18º deste diploma que no seu nº 1 estipula, afastando a aplicação do regime constante dos ns. 2 a 5 do art. 136º do CT, que “São nulas as cláusulas inseridas em contrato de trabalho desportivo visando condicionar ou limitar a liberdade do praticante desportivo após o termo do vínculo contratual”, sendo que no nº 2 do mesmo art. 18º se prevê a possibilidade de, por convenção colectiva, se estabelecer a obrigação de pagamento de uma justa indemnização, a título de promoção ou valorização do praticante desportivo, à anterior entidade empregadora por parte da entidade empregadora desportiva que com esse praticante celebre, após a cessação do anterior, um contrato de trabalho desportivo. Sobre este ponto cfr. JOÃO LEAL AMADO,

sujeitos a regime especial (“*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”), desde que as condições de licitude dos pactos de não concorrência se verifiquem, designadamente, que o interesse sério do empregador na limitação da actividade do trabalhador após a cessação do contrato de trabalho se verifique e que tal limitação seja proporcional ao referido interesse.

Relativamente a este ponto a doutrina tem afirmado a compatibilidade entre a relação de contrato de trabalho a termo e o pacto de não concorrência¹³⁰ sublinhando que a efectividade do pacto não depende da duração do contrato¹³¹.

Subscrevemos tal posicionamento doutrinário sublinhando, relativamente aos contratos a termo, que embora, em regra, devam ser utilizados para satisfação de uma necessidade temporária da empresa e pelo tempo que corresponda à duração de tal necessidade¹³², nada impede a sua utilização para situações funcionais que impliquem por parte do trabalhador acesso a informação sensível do empregador, sendo certo que relativamente à duração do vínculo em causa a lei, como é sabido, permite situações de contratação a termo por períodos relevantes, não só em sede de contratação a termo certo mas sobretudo em situações de contratação a termo incerto, contratação essa que não se encontra sujeita aos

Vinculação versus Liberdade, O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 450 e ss.

¹³⁰ Por exemplo, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, ..., *op. cit.*, p. 619, refere que “Face ao silêncio da lei, parece que a cláusula poderá ser introduzida mesmo num contrato a termo”.

¹³¹ Na doutrina Espanhola, PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 170, sublinha isto mesmo ao referir que “[...] la validez del pacto de no competencia no depende tanto de la duración del previo contrato de trabajo sino de los intereses protegidos por el mismo”.

¹³² Note-se que a satisfação de necessidades temporárias não é o único motivo que pode justificar a contratação a termo. De facto, conforme refere, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, pp. 634-635, “A razão de ser do contrato a termo encontra-se primeiramente relacionada com a transitoriedade do trabalho a efectuar (por exemplo, substituição temporária de trabalhadores, acréscimo temporário ou excepcional de actividade) [...]. Em segundo lugar, aceita-se o recurso à contratação a termo como meio de redução do risco empresarial [...]. Deste modo, admite-se que o trabalhador seja contratado a termo em caso de lançamento de nova actividade ou de início de laboração da empresa ou estabelecimento [...]. O terceiro fundamento aparece relacionado com a política de emprego, de molde a evitar reduzir a número de desempregados (por exemplo, contratação de trabalhadores à procura de primeiro emprego [...]).”

limites de renovação e duração máxima dos contratos a termo certo¹³³, mantendo-se o contrato durante o tempo necessário para a conclusão do trabalho que motivou a contratação do trabalhador com o limite máximo de 6 anos¹³⁴ (por exemplo, é frequente que um contrato a termo incerto para execução de um obra se prolongue durante um período de tempo significativo). Acresce que, nos termos legais, “o trabalhador contratado a termo tem os mesmos direitos e está adstrito aos mesmos deveres de trabalhador permanente em situação comparável, salvo se razões objectivas justificarem tratamento diferenciado¹³⁵”.

JOÃO ZENHA MARTINS¹³⁶ expressa ter dúvidas que num contrato com prazo inferior a 6 meses seja justificável uma cláusula de não concorrência “[...] ainda que, perante as funções exercíveis (por exemplo, função que implique acesso a informação particularmente sensível), a hipótese não seja rejeitável *in limine*, importando, *ad adiuvandum*, cotejar o período de execução do contrato de trabalho com o período subjacente à obrigação abstensiva assumida pelo trabalhador”, realçando que “[...] se após uma combinação do tempo com as funções exercidas se entender que não há concorrência diferencial falhará o interesse sério, com o que a cláusula de não concorrência ficará inquinada”.

A nosso ver, repetimos, o ponto central da avaliação a realizar nesta sede deverá situar-se não na duração do contrato de trabalho nem no tipo de contrato de trabalho em causa mas sim na verificação das condições de licitude dos pactos de não concorrência, as quais, evidentemente, incluem a existência de um interesse

¹³³ Cfr. ns. 1 e 2 do art. 148º do CT.

¹³⁴ Cfr. art. 148º, n.º 4, do CT. A existência deste limite máximo de 6 anos é uma novidade introduzida pelo CT já que o CT1, no seu art. 144º, apenas referia que “O contrato de trabalho a termo incerto dura por todo o tempo necessário para a substituição do trabalhador ausente ou para a conclusão da actividade, tarefa, obra ou projecto cuja execução justifica a celebração”. Note-se que nos termos do art. 7º, n.º 6, da Lei que aprovou o CT, este novo regime do prazo de duração do contrato a termo incerto aplicar-se-á a situações constituídas ou iniciadas antes da sua entrada em vigor, contando-se o período de 6 anos a partir de 17 de Fevereiro de 2009, data de início de vigência do CT.

¹³⁵ Cfr. o n.º 1 do art. 146º do CT com a epígrafe “Igualdade de tratamento no âmbito do contrato a termo”.

¹³⁶ *Os pactos de não concorrência...*, *op. cit.*, p. 353.

sério do empregador na limitação da actividade do trabalhador após a cessação do contrato de trabalho e a existência de uma relação de proporcionalidade entre os termos de tal limitação e o referido interesse. Por este motivo, aceitamos que um vínculo laboral de muito curta duração possa implicar a descaracterização da existência de interesse sério por parte do empregador, o que acarretará a nulidade do pacto.

Relativamente a outros tipos contratuais, e a título meramente indicativo, parece-nos que não existe qualquer impedimento que obste à celebração de um pacto de não concorrência no contexto de um contrato a tempo parcial¹³⁷. Na verdade, o facto de a duração do tempo de trabalho ser inferior à duração do tempo de trabalho de um trabalhador a tempo completo não é algo que, em si mesmo, nos pareça incompatível ou impeditivo da formalização de um pacto de não concorrência, desde que o trabalhador em causa utilize e aceda a informação sensível do empregador.

O mesmo juízo entendemos ser válido para o caso de o contrato de trabalho em causa ser um contrato de teletrabalho¹³⁸, já que do facto de a prestação laboral ser realizada pelo trabalhador habitualmente fora da empresa (podendo ser realizada por exemplo no domicílio do trabalhador) através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação, não resulta qualquer incompatibilidade com a possibilidade de formalização de um pacto de não concorrência, desde que o trabalhador em causa utilize e aceda a informação sensível do empregador.

Já quanto ao contrato em comissão de serviço não só resulta evidente a inexistência de qualquer tipo de incompatibilidade deste tipo contratual com o pacto

¹³⁷ Conforme resulta dos ns. 1 e 2 do art. 150º do CT considera-se trabalho a tempo parcial o que corresponda a um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo em situação comparável, sendo que se o período normal de trabalho não for igual em cada semana, é considerada a respectiva média no período de referência aplicável.

¹³⁸ Nos termos legais, considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação (cfr. art. 165º do CT).

de não concorrência como, porventura, tratar-se-á de situações nas quais será usual a formalização do mesmo. De facto, numa relação de comissão de serviço, em princípio, será natural que se encontrem reunidas todas as condições de licitude deste tipo de pactos já que tal relação está vocacionada para funções expressamente indicadas na lei¹³⁹ que, em geral, implicam, por natureza, acesso a informação sensível do empregador, sendo indubitável que “o trabalhador dirigente é o destinatário principal do regime específico de celebração do contrato de trabalho em comissão de serviço¹⁴⁰”. E isto quer se trate de situações de comissões de serviço referente a trabalhadores já pertencentes à empresa (comissões de serviço internas) ou de trabalhadores recrutados para o efeito (comissões de serviço externas)¹⁴¹.

Como é sabido, o grupo dos trabalhadores dirigentes não se confunde com a generalidade dos trabalhadores caracterizando-se “[...] pela posição de topo que ocupa na hierarquia funcional da empresa e pela legitimidade conferida pelos órgãos de representação dos titulares da empresa [...]”¹⁴² o que implica que, face ao empregador, se encontrem numa posição bastante equilibrada pelo que a protecção que a legislação laboral lhes confere é, e bem, de intensidade menor que aos demais trabalhadores, tendo o legislador procedido “[...] à adaptação de aspectos

¹³⁹ Nos termos do art. 161º do CT apenas podem ser exercidos em comissão de serviço os cargos de administração ou equivalente, de direcção ou chefia directamente dependentes da administração ou de director-geral ou equivalente, funções de secretariado pessoal de titular de qualquer desses cargos, ou ainda, desde que instrumento de regulamentação colectiva de trabalho o preveja, funções cuja natureza também suponha especial relação de confiança em relação a titular daqueles cargos.

¹⁴⁰ As palavras são de LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Algumas notas sobre o trabalhador dirigente*, in VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2006, p. 248 (235-250).

¹⁴¹ Conforme refere LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 534, “A comissão de serviço *externa* pode efectuar-se *com* ou *sem garantia de emprego*, consoante as partes tenham acordado ou não que o trabalhador exerceria funções correspondentes a uma categoria específica na empresa em caso de cessação da comissão de serviço (arts. 162º, n.º 2, 162º, n.º 3, d) e 164º, n.º 1, a)). Já a comissão de serviço *interna* é necessariamente exercida com garantia de emprego, já que, em caso de cessação da comissão de serviço, o trabalhador já pertencente à empresa tem o direito a exercer a actividade anteriormente desempenhada ou a que tenha sido entretanto promovido ou a actividade prevista no acordo (arts. 162º, n.º 3, c) e 164º, n.º 1, a)).”

¹⁴² LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Algumas notas ...*, *op. cit.*, p. 237.

parcelares do regime jurídico da prestação de trabalho subordinado às particulares exigências e condições de trabalho do dirigente empresarial¹⁴³.

LUÍS MIGUEL MONTEIRO¹⁴⁴ divide as regras referentes a tais adaptações em quatro aspectos principais, são eles: (i) a contratação (por exemplo, é aplicável o regime do contrato de trabalho em regime de comissão de serviço, com todas as suas especificidades, designadamente, quanto à cessação do contrato “operável por denúncia de qualquer das partes” e a maior duração do período experimental quando contratado por tempo indeterminado); (ii) o regime da prestação de trabalho (com particular incidência nas normas que regem o regime da organização do tempo de trabalho e no regime da isenção de horário); (iii) a cessação do contrato (designadamente, o empregador tem a possibilidade de se opor à reintegração do trabalhador dirigente cujo despedimento seja declarado ilícito com base no argumento de que tal reintegração perturba gravemente o normal exercício da actividade empresarial) e, (iv) a responsabilidade pela observância de regras relativas à protecção do trabalhador e das suas estruturas de representação colectiva (por exemplo, o trabalhador com funções de direcção encontra-se adstrito a especial dever de cooperação com os serviços de segurança, higiene e saúde no trabalho).

5.1.3 MODALIDADE DE CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Neste ponto cabe averiguar se a eficácia do pacto de não concorrência está ou não dependente do motivo subjacente à cessação do contrato de trabalho.

Antes da entrada em vigor do CT, a lei não se pronunciava quanto a esta questão sendo que a doutrina não tinha um entendimento unânime relativamente à mesma. Na verdade, enquanto alguma doutrina entendia que a cláusula de não

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p. 248.

concorrência continuaria a vigorar independentemente da causa da cessação do contrato de trabalho (neste sentido, pronunciaram-se expressamente MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS E ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO¹⁴⁵, que, comentando o art. 36º da LCT, referem que “a aplicação do art. 36º não está condicionada pela forma da cessação do contrato de trabalho” e ABÍLIO NETO¹⁴⁶), havia quem defendesse o contrário.

Assim, era entendimento de JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES¹⁴⁷ que nas hipóteses de cessação do contrato por culpa do empregador “quer se trate de um despedimento ilícito (sem justa causa ou com um procedimento disciplinar nulo) promovido pelo empregador ou de uma rescisão por iniciativa do trabalhador fundada em comportamento culposo do empregador – [...] o trabalhador deve poder resolver o pacto de não concorrência e procurar novo emprego imediatamente a seguir à cessação” uma vez que para este Autor “poderia dizer-se que seria abusivo ou que representaria um *venire contra factum proprium* o comportamento do empregador que despedisse ilicitamente, mas pretendesse que o trabalhador não exercesse uma actividade concorrente subsequente à cessação ilícita”.

Para este Autor¹⁴⁸ já seriam mais “delicadas” as situações em que o despedimento se fundamentasse em razões objectivas (como são o caso das situações de caducidade, despedimento colectivo, extinção de posto de trabalho por motivos económicos ou de mercado, tecnológicos ou estruturais, e despedimento por inadaptação) ou em que a rescisão do contrato ocorresse no período experimental. Relativamente às primeiras, este Autor tendia a considerar que nos casos “[...] em que o contrato de trabalho cessa por razões objectivas atinentes à

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, pp. 248-250. Nestas páginas o Autor identifica de forma expressa as especialidades das regras que formam cada um dos quatro aspectos referidos.

¹⁴⁵ MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS E ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às Leis ...*, *op. cit.*, p. 171.

¹⁴⁶ Cfr. ABÍLIO NETO, *Contrato de Trabalho, Notas Práticas*, 16ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 235.

¹⁴⁷ *As cláusulas de não concorrência...*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*, pp. 34-35.

esfera de risco do empregador ou, em todo o caso, alheias ao trabalhador, se deveria permitir ao trabalhador invocar a alteração da base negocial para obter a resolução do pacto de não concorrência”. Quanto às cessações no decurso do período experimental, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES defendia que “[...] em princípio, só em casos contados é que a cláusula de não concorrência deverá valer [...] sob pena de se proporcionar aos empresários um meio expedito para eliminar potenciais concorrentes incómodos – objectivo que, obviamente, não deve ser proporcionado através da cláusula de não concorrência a qual só deve servir para limitar a concorrência diferencial e não a concorrência normal”.

Apesar de, conforme veremos já de seguida, esta questão estar presentemente ultrapassada, não podemos deixar de referir que, da nossa parte, discordamos do posicionamento de JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES por entendermos que a invocação do incumprimento do contrato de trabalho não se afigura como uma causa válida para invalidar uma obrigação de não concorrência¹⁴⁹.

Já quanto às cessações no decurso do período experimental admitimos que em, tais situações, poderá mais facilmente ocorrer que a validade de um pacto de não concorrência celebrado seja ser posta em causa, não pelo motivo invocado por JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, mas porque, objectivamente, poderá dar-se o caso de, face à curta duração da relação contratual e ao reduzido acesso a informação sensível do empregador não se verificar uma situação de existência de um efectivo interesse sério por parte deste. Fora de tais contextos entendemos que a cessação de um contrato de trabalho no período experimental¹⁵⁰ é compatível com a eficácia de um pacto de não concorrência acordado entre trabalhador e empregador, o qual, a partir do momento em que é formalizado, origina direitos e deveres recíprocos para as partes, que se mantêm independentemente da

¹⁴⁹ Quanto a este ponto RITA CANAS DA SILVA, *O pacto ...*, *op. cit.*, p. 303, refere ter “[...] algumas reservas quanto à invocação do incumprimento do contrato de trabalho p legitimar a desobrigação do dever de inactividade decorrente da celebração do pacto de não concorrência”.

¹⁵⁰ Que, como é sabido, pode, em certas situações, ter uma duração de 240 dias.

cessação do contrato de trabalho ocorrer durante o período experimental. Tudo dependerá dos contornos do caso concreto.

Na doutrina Espanhola, a propósito dos contextos de cessação do contrato de trabalho no decurso do período experimental, MARÍA JOSÉ NEVADO FERNANDEZ¹⁵¹ refere que apesar do “[...] poco riesgo que suponen para el antiguo empresario los conocimientos adquiridos por el extrabajador durante la vigencia del contrato, así como su relación con la clientela” é essencial que se realize uma análise casuística dependendo o juízo final a este respeito das funções desempenhadas pelo trabalhador “[...] pues el conocimiento que se tenga de los modos y formas de fabricación así como de la clientela, proveedores, ..., etc., varía de acuerdo al oficio desempeñado”¹⁵².

Com o CT veio o legislador pronunciar-se quanto à relevância, para este efeito, da causa de cessação do contrato de trabalho estabelecendo, no n.º 3 do art. 146º, o qual corresponde ao n.º 3 do actual art. 136º, que “em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em acto ilícito do empregador, a compensação a que se refere a alínea c) do número anterior é elevada até ao valor da retribuição base à data da cessação do contrato, sob pena de não poder ser invocada a limitação da actividade”, sendo que, em tais casos, são deduzidas do montante da compensação as importâncias auferidas pelo trabalhador no exercício de outra actividade profissional, iniciada após a cessação do contrato de trabalho, até ao valor decorrente da aplicação da alínea c) do n.º 2¹⁵³.

¹⁵¹ MARÍA JOSÉ NEVADO FERNANDEZ, *La prohibición de competencia por imperativo legal y el pacto de no competencia*, in *Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, Ref. XXVI, Tomo 2, Editorial La Ley, 1993, p. 388 (379-391).

¹⁵² Refira-se que em Espanha o Tribunal Supremo, Sala IV, de lo Social, em decisão de 14.05.2009, disponível em <http://sentencias.juridicas.com/extras/print.php?doc=../docs/00304138.html>, pronunciou-se no sentido de que a eficácia do pacto de não concorrência se mantém mesmo que o contrato tenha sido denunciado por uma das partes durante o período experimental.

¹⁵³ Cfr. n.º 4 do art. 146º do CT1 e o n.º 4 do actual art. 136º do CT.

Note-se que, no que se refere à resolução com justa causa pelo trabalhador, estamos apenas no âmbito de aplicabilidade do n.º 2 do art. 394º do CT¹⁵⁴, pelo que se o trabalhador resolver o contrato com base num dos fundamentos do n.º 3 do art. 394º do CT¹⁵⁵, não haverá lugar à elevação da compensação.

Ora, face à moldura legal existente desde o CT1, entendemos que não existe margem para defender a hipótese de invocar o incumprimento do contrato de trabalho para legitimar a desvinculação da obrigação de não concorrência por parte do trabalhador, mantendo o pacto de não concorrência, mesmo em tais situações, a sua plena eficácia desde que o empregador pague ao trabalhador, a título de compensação, uma quantia correspondente ao dobro da prevista no pacto, com o limite do montante da retribuição base auferida pelo trabalhador no momento da cessação do contrato de trabalho, e, evidentemente, se encontrem preenchidas todas as condições de licitude do pacto. Parece-nos fazer sentido que, tal como preconiza JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES¹⁵⁶, a impossibilidade de invocação da cláusula em caso de falta de elevação daquela dirá respeito apenas ao empregador na medida em que, tendo o trabalhador interesse na manutenção da mesma, poderá invocá-la.

¹⁵⁴ Nos termos do n.º 2 do art. 394º do CT constituem justa causa de resolução do contrato pelo trabalhador, nomeadamente, os seguintes comportamentos do empregador: falta culposa de pagamento pontual da retribuição; violação culposa de garantias legais ou convencionais do trabalhador; aplicação de sanção abusiva; falta culposa de condições de segurança e saúde no trabalho; lesão culposa de interesses patrimoniais sérios do trabalhador; e, ofensa à integridade física ou moral, liberdade, honra ou dignidade do trabalhador, punível por lei, praticada pelo empregador ou seu representante.

¹⁵⁵ Nos termos do n.º 3 do art. 394º do CT constituem justa causa de resolução do contrato pelo trabalhador as seguintes situações: a necessidade de cumprimento de obrigação legal incompatível com a continuação do contrato; a alteração substancial e duradoura das condições de trabalho no exercício lícito de poderes do empregador; e, a falta não culposa de pagamento pontual da retribuição.

¹⁵⁶ *Direito do Trabalho, ..., op. cit.*, p. 618, NRP 1566.

Mesmo perante a letra da lei, RITA CANAS DA SILVA¹⁵⁷, admite que “Em certos casos de despedimento ilícito ou de resolução pelo trabalhador, a imposição de inactividade implica sacrifício desmesurado e ilegítimo ao trabalhador [...]” podendo suceder “[...] que o montante inicialmente acordado seja, desde logo, superior à elevação legalmente prevista ou (ii) tal acréscimo seja, ainda assim, insuficiente.” Sendo que “Na falta de ajustamento que reponha o equilíbrio contratual, o sacrifício mantém-se excessivo e, como tal, é inexigível”. Se entendemos correctamente a posição desta Autora, parece defender-se que a elevação do montante da compensação até ao valor da retribuição base auferida pelo trabalhador aquando da cessação do contrato pode ser insuficiente para um equilíbrio da posição das partes em casos de cessação por culpa do empregador.

Da nossa parte, discordamos da referida posição uma vez que entendemos não fazer sentido que a compensação por limitação da actividade concorrencial do trabalhador após cessação do contrato de trabalho seja superior ao valor da retribuição base auferida pelo mesmo à data da cessação porquanto em tal situação existiria uma onerosidade excessiva da posição do empregador, que, a nosso ver, terá evidentemente de ser atendível. Adiante, a propósito do *quantum* da compensação, voltaremos ao ponto de forma mais detida.

Note-se que à luz do disposto no CT nesta matéria, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES reformulou a seu anterior posicionamento chamando a atenção para o facto de ao contrário da lei anteriormente em vigor o CT tomar posição “quanto às repercussões da eventual causa de cessação do contrato de trabalho sobre a cláusula de não concorrência. Efectivamente, [...], estabelece-se que em caso de despedimento declarado ilícito, ou de resolução com justa causa do trabalhador, com fundamento em acto ilícito do empregador, o montante [da compensação] é elevado até ao equivalente da retribuição base devida no momento da cessação do contrato, sob pena de não poder ser invocada a cláusula [...]. À partida a cláusula produzirá efeitos mesmo que o contrato cesse por denúncia

¹⁵⁷ *O pacto ...*, op. cit., p. 304.

(inclusive do empregador) durante o período experimental, desde que apesar da curta duração do contrato o trabalhador tenha tido acesso a dados confidenciais apesar do perigo de, deste modo, a cláusula poder ser utilizada como um meio expedito para afastar concorrentes¹⁵⁸.

Da nossa parte, não podemos deixar de referir que não nos identificamos com a afirmação de JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES no sentido de a cláusula poder ser utilizada como meio expedito para afastar concorrentes na medida em que entendemos que este tipo de argumentação não colhe *in casu* já que se poderia utilizar a mesma em sentido contrário. De facto, caso se permitisse que a efectividade da cláusula fosse posta em causa por denúncia no período experimental, tal facto poderia ser aproveitado pelos trabalhadores que, tendo tido acesso a informação estratégica do empregador, poderiam livremente desvincular-se do mesmo para constituírem um negócio concorrente ou para trabalharem em benefício de uma empresa concorrente que se propõe a pagar-lhes um salário mais elevado do que o anterior sem que daí decorressem especiais consequências.

Como é sabido, o período experimental corresponde a um lapso temporal durante o qual qualquer das partes pode denunciar o contrato sem aviso prévio nem necessidade de invocação de justa causa, não havendo direito a indemnização, salvo acordo escrito em contrário. A noção legal de período experimental, constante do n.º 1 do art. 111º do CT, refere expressamente que o mesmo “corresponde ao tempo inicial de execução do contrato de trabalho”, pelo que dúvidas não há de que o mesmo se enquadra “no plano de uma relação jurídica já constituída e não numa fase pré-contratual ou em face de uma situação jurídica preliminar”, conforme correctamente assinala TATIANA GUERRA DE ALMEIDA¹⁵⁹. Acresce que a duração do período experimental varia de acordo com o tipo de funções para as quais o trabalhador é contratado¹⁶⁰, sendo tanto mais longo quanto maiores as

¹⁵⁸ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho ...*, *op. cit.*, p. 618.

¹⁵⁹ TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Do Período Experimental no Contrato de Trabalho*, Almedina, Lisboa, 2007, p. 31.

¹⁶⁰ Cfr. art. 112º do CT.

responsabilidades inerentes a cada posto de trabalho, podendo chegar a ter a duração de 240 dias para trabalhadores que, estando vinculados à empresa por contrato de trabalho por tempo indeterminado, exerçam cargo de direcção ou quadro superior¹⁶¹. Acresce que a “frequente utilização desta fase contratual para a introdução de componentes de formação com vista à adaptação do trabalhador à empresa e/ou às funções a desempenhar¹⁶²”, contribui para que, muitas vezes, seja logo no período experimental que o trabalhador tenha o acesso e adquira conhecimentos que integram o acervo de informação sensível da empresa a qual continuará depois a ser utilizada ao longo da execução do contrato, caso o mesmo se mantenha vigente.

Evidentemente que poderão existir situações nas quais “[...] se poderá razoavelmente considerar que o interesse do empregador na cláusula desapareceu (por exemplo, certas hipótese de despedimento colectivo, deixando agora a empresa de realizar aquela mesma actividade com que o trabalhador poderia concorrer)¹⁶³”, ou, acrescentamos nós, em casos de encerramento da empresa, mas aqui estamos perante situações em que a efectividade do pacto é colocada em causa não directamente pela modalidade de cessação do contrato em si mas pela falta de interesse do empregador que o motivo subjacente a tal cessação acarreta.

Em suma, estamos em condições de, com PEDRO ROMANO MARTINEZ¹⁶⁴, concluir que “Por via de regra, a causa de cessação do contrato de trabalho é irrelevante, pois o pacto de não concorrência tem autonomia em relação ao contrato de trabalho, mas em casos limite, o incumprimento do contrato de trabalho pode ter repercussões no pacto de não concorrência, atendendo à coligação existente entre os dois negócios jurídicos”, sendo certo que não afastamos a possibilidade de as partes acordarem uma moldura específica na qual,

¹⁶¹ Cfr. al. c) do nº 1 do art. 112º do CT.

¹⁶² TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, *Do Período Experimental ...*, op. cit., p. 40.

¹⁶³ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho ...*, op. cit., p. 618.

¹⁶⁴ *Direito do Trabalho, ...*, op. cit., p. 619.

por exemplo, definam eventuais efeitos que determinada forma de cessação do contrato de trabalho possa ter para efeitos do pacto de não concorrência.

5.2 INTERESSE LEGÍTIMO DO EMPREGADOR

A al. b) do n.º 2 do art. 136.º do CT indica como outra das condições de licitude do pacto que a actividade limitada ao ex-trabalhador por efeito do mesmo seja uma actividade “cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador”. Dito de outro modo, nos termos legais, o empregador apenas poderá celebrar pactos de não concorrência com trabalhadores que, atenta a informação que têm do empregador, são aptos a causar-lhe prejuízos (“que não seriam causados por qualquer outro concorrente”¹⁶⁵) caso venham a exercer uma actividade futura concorrente com a actividade do ex-empregador. É, pois, necessária a existência de um interesse legítimo (real, efectivo e sério) do empregador na limitação da actividade do trabalhador.

E é justamente a existência de um interesse real, efectivo e sério do empregador na limitação da actividade do trabalhador que justifica a possibilidade legal de empregador e trabalhador acordarem na limitação da actividade deste último *post contractum finitum*.

Como correctamente observa JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES¹⁶⁶, o requisito da al. b) do n.º 2 do art.º 136º do CT, tem subjacente “[...] a ideia de que o que se pretende afastar não é um qualquer concorrente, mas um concorrente ‘diferente’ e particularmente perigoso. Em suma, a cláusula de não concorrência será lícita se visar afastar, durante certo período, não uma concorrência qualquer, mas o que por vezes se designa como concorrência diferencial”.

¹⁶⁵ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, ..., op. cit.*, p. 614.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*, pp. 610-611.

Conforme já tivemos oportunidade de referir, é entendimento unânime que a existência de perigo de uma concorrência diferencial não existe relativamente a todo e qualquer trabalhador¹⁶⁷ mas apenas e só relativamente a trabalhadores que durante a vigência do contrato de trabalho tiveram, pelo seu posicionamento, pela actividade exercida e/ou pelas funções desempenhadas, acesso a informação importante e sensível do empregador podendo, além do mais, ter beneficiado de formação profissional que implicou gastos avultados por parte do empregador. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES¹⁶⁸, a este propósito, refere-se a informação relativa a segredos de fabrico, *know-how* específico, informações confidenciais (que podem, por exemplo, incluir números de vendas, projecções ou exigências de clientes), listas de fornecedores ou de clientes, métodos de gestão ou fórmulas de cálculo de preços realçando que “[...] em certas actividades, o contacto directo com a clientela pode significar que o trabalhador está em condições de desviar uma parte, e até uma parte significativa dessa clientela, em detrimento do seu anterior empregador”.

No mesmo sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹⁶⁹ observa que ficam vedadas “[...] as limitações genéricas à actividade profissional do trabalhador, ainda que numa área determinada, uma vez que a lei não se basta com um mero conflito de interesses, mas exige a probabilidade de um prejuízo efectivo do empregador, decorrente, por exemplo, da transmissão de um *know-how* muito específico do trabalhador a outra empresa, ou do desvio de clientela para um concorrente”.

¹⁶⁷ A este propósito JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 332, faz notar que “Por exemplo, quanto a um docente, dificilmente se visualiza fundamento para a utilidade social de uma cláusula de não concorrência: trata-se de um tipo de actividade que, pela sua síntese, e em razão da ministração de conhecimentos e da qualificação científica dos alunos que a orientam, muito improvavelmente poderá trazer um dano diferencial para o antigo empregador”. Também ESTÊVÃO MALLETT, *Cláusula de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 244, refere que não se admite que tal restrição seja imposta a trabalhador manual, sem conhecimentos especializados e responsável por tarefas rotineiras.

¹⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 611.

¹⁶⁹ *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 1034.

Ao lado da doutrina, também a Jurisprudência tem sublinhado este aspecto. Por exemplo, o TC no Ac. n.º 256/2004, de 14.04.2004, ao qual já aludimos, salienta o seguinte: “Especial relevância assume a exigência legal da existência de risco efectivo de prejuízos para o ex-empregador, entendidos estes limitadamente como sendo apenas os derivados directamente da colocação ao serviço de empresas concorrentes dos segredos e conhecimentos especificamente adquiridos ao serviço da antiga empresa. Não basta o prejuízo comum de o empregador perder um seu trabalhador de qualidade para outra empresa concorrente. Há-de estar em causa o risco daquilo que a doutrina designa por ‘concorrência diferencial’, isto é, a especificidade da concorrência que um ex-trabalhador está em condições de realizar relativamente ao seu antigo empregador, por ter trabalhado para ele”.

À semelhança daquilo que sucede com os demais requisitos de licitude dos pactos de não concorrência e porque está em causa uma limitação à liberdade de trabalho de um trabalhador, a lei não se basta com um juízo subjectivo das partes, designadamente do empregador, no sentido de se permitir que este, por entender que lhe interessa celebrar um pacto de não concorrência com um trabalhador, o possa licitamente fazer. É necessário que objectivamente se trate de uma actividade susceptível de causar prejuízo ao empregador, ficando assim vedada a utilização deste tipo de pactos de forma abusiva por parte daquele, com o fim de, por exemplo, “afastar o risco para o empregador de ter mais um concorrente, já que esse é um risco normal numa economia de mercado¹⁷⁰”, ou de simplesmente impedir que o trabalhador seja contratado por outro empregador.

Conforme refere ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES¹⁷¹ “O ‘prejuízo’ de que aqui se trata refere-se aos objectivos económicos do ex-empregador, à sua clientela e ao seu volume de negócios; é este o critério a utilizar na apreciação de cada caso concreto”.

¹⁷⁰ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, ..., op. cit.*, p. 610.

¹⁷¹ *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 657.

Relativamente à questão de saber que actividades podem ficar vedadas por efeito do pacto de não concorrência, discute-se na doutrina se se trata apenas das actividades para as quais o trabalhador foi contratado, ou das actividades que o trabalhador efectivamente exerceu na vigência do contrato de trabalho ou, ainda, se é possível vedar quaisquer actividades concorrentes da actividade do ex-empregador e que se revelem prejudiciais ao mesmo. Da nossa parte, e sem prejuízo da necessidade de uma análise caso a caso, entendemos que, em princípio, o pacto poderá vedar quaisquer actividades cujo exercício possa causar prejuízo ao ex-empregador¹⁷², as quais, conforme já referimos, em virtude do pacto, se tornam “ilícitas ex contractu y no ex lege”¹⁷³. Na verdade, o legislador não exige que a actividade vedada ao trabalhador seja apenas uma actividade idêntica àquela que o mesmo desempenhava na vigência do contrato. Ora, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, pelo que nos parece ser de concluir que se poderá vedar quaisquer actividades concorrentes da actividade do ex-empregador e que se revelem prejudiciais ao mesmo.

Assim, também se nos afigura “[...] defensável considerar que a actividade do trabalhador pode representar uma concorrência diferencial mesmo quando este, por exemplo, desempenha para uma empresa concorrente funções diversas das que desempenhava para o anterior empregador¹⁷⁴”. Tal será o caso, por exemplo, do vendedor especializado de uma empresa de equipamentos hospitalares que é contratado para Director Comercial de uma empresa concorrente.

¹⁷² Neste sentido, na doutrina Espanhola, pronunciou-se PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 155, referindo que “[...] las actividades a las que debe referirse el pacto pueden ser de cualquier índole siempre y cuando perjudiquen el interés comercial o industrial del empresario.”. Em sentido contrário, MARÍA JOSÉ NEVADO FERNANDEZ, *La prohibición de competencia ...*, *op. cit.*, p. 387, defende que as actividades limitadas pelo pacto de não concorrência devem ter a mesma natureza das actividades subjacente à vigência do contrato de trabalho.

¹⁷³ PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 154.

¹⁷⁴ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência...*, p. 23.

Parece-nos evidente que o pacto não poderá vedar ao trabalhador a prestação de toda e qualquer actividade, nem tão pouco impedir a prossecução de actividade que não seja concorrente com a actividade do ex-empregador¹⁷⁵. Assim, como observa ESTÊVÃO MALLET¹⁷⁶, “O químico que tenha trabalhado para empresa de produtos de beleza, no desenvolvimento de determinado perfume, em princípio não está impedido de exercer a sua profissão em empresa de outro ramo de actividade, como, por exemplo, indústria automotiva”.

Como observa JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES¹⁷⁷, “[...] tem de tratar-se de uma actividade concorrente, sendo a concorrência um conceito económico. As actividades compreendidas na limitação devem ser objectivamente concorrentes, concorrência esta que existe quando tais actividades se prestam em sectores económicos conexos ou pertencentes à mesma zona industrial e são coincidentes do ponto de vista espacial” sendo certo que “[...] decisiva para a existência de concorrência não é tanto a identidade dos produtos ou serviços, mas sim a das necessidades a satisfazer [...], sendo que quanto mais exacta e minuciosamente for analisado o mercado, mais estreito é o circulo dos concorrentes [...]”¹⁷⁸.

Note-se que a actividade que pode ser limitada em virtude do pacto de não concorrência é a que o empregador desenvolve no momento da cessação do contrato e não outra passada, futura ou paralela¹⁷⁹. Por esta razão, “Ao empregador

¹⁷⁵ No Ac. TRL, de 14.01.2009, proferido no âmbito do processo 9374/2008-4, disponível [in www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), considerou-se que inserindo-se a actividade profissional do trabalhador no âmbito de uma empresa nada impede “[...] que a delimitação da actividade proibida através do pacto de não concorrência seja feita em função da actividade da mesma, já que é em relação a ela que se poderá colocar o risco específico resultante da concorrência diferencial que o pacto de não concorrência visa precisamente acautelar.”

¹⁷⁶ *Cláusula de não concorrência ...*, op. cit., p. 246.

¹⁷⁷ *As cláusulas de não concorrência...*, op. cit., p. 21.

¹⁷⁸ Quanto a esta segunda afirmação JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ibidem*, cita PETER BOHNY [Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Schulthess, Zurich, 1989, págs. 72 e segs].

¹⁷⁹ Como refere JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência...*, op. cit., p. 22, NRP 36, citando JACQUELINE AMIEL-DONAT (Les Clauses de Non-concurrence en Droit du Travail, Litec, Paris, 1998, pág. 31), “Tal será o caso de uma cláusula que proibisse a um antigo vendedor de bens alimentares que se estabelecesse não só nesse sector, mas também no têxtil, sob o pretexto de

não será permitido invocar o incumprimento do pacto se o trabalhador passou a trabalhar em área que apenas após a cessação do contrato de trabalho, começou a ser por aquele prosseguida¹⁸⁰.

Como observa JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES¹⁸¹ este requisito de a actividade que a cláusula limita poder causar efectivamente prejuízo ao empregador deve ser apreciado no momento em que a cláusula é chamada a produzir os seus efeitos, i.e., em regra, aquando da cessação do contrato de trabalho (sem prejuízo, da sua existência no momento da celebração do pacto).

Apesar de não ser possível estabelecer *a priori* uma listagem de circunstâncias que sejam indicativas da existência de interesse sério do empregador no pacto de não concorrência, concordamos com a indicação que PILAR CHARRO BAENA¹⁸² realiza e na qual refere, exemplificativamente, a identidade de actividades entre duas empresas, idêntica clientela potencial, comercialização de produtos idênticos, utilização de conhecimentos adquiridos no ex-empregador referentes às particularidades de técnicas de comercialização, fabricação e organização empresarial.

Conforme já referido realçamos que, embora, em regra, estejamos perante um só empregador e, portanto, ser relativamente a esse que devemos aferir a existência de interesse sério sendo também ele o beneficiário da limitação da actividade do trabalhador, pode dar-se o caso de estarmos perante um contrato de pluralidade de empregadores, desde que cumpridos os requisitos constantes do art. 101º do CT, sendo possível celebrar um pacto de não concorrência no âmbito de tal contrato. Neste caso, impõe-se aferir, relativamente a cada um dos empregadores, a existência de interesse sério, e a verificação das demais condições de licitude do

que o antigo empregador é também titular de um estabelecimento nesse ramo. É da criação criada pelo anterior contrato de trabalho que deve resultar para o empregador a necessidade de proteger a sua clientela da concorrência que o trabalhador poderia vir a realizar”.

¹⁸⁰ RITA CANAS DA SILVA, *O pacto ...*, op. cit., p. 293.

¹⁸¹ *Direito do Trabalho, ...*, op. cit., p. 615.

pacto sendo certo que admitimos a hipótese de concluindo-se pela inexistência de interesse sério relativamente a algum dos empregadores operar-se a redução do pacto que ficaria ferido de nulidade relativamente a esse sendo válido relativamente aos demais.

Por outro lado, e conforme também já mencionámos, admitimos como possível, no seguimento da posição preconizada por CATARINA OLIVEIRA CARVALHO¹⁸³ e JOÃO ZENHA MARTINS¹⁸⁴, que se apoia na posição da primeira, que mesmo inexistindo um contrato de pluralidade de empregadores, a obrigação de não concorrência possa, em situações muito particulares, ser extensível ao grupo de empresas ao qual o empregador pertence, impondo-se também aqui a aferição da existência de interesse sério nos moldes referidos para a pluralidade de empregadores.

Conforme já tivemos oportunidade de assinalar, a al. b) do n.º 2 do art.º 136º do CT é diferente da redacção da al. b) do n.º 2 do art.º 146º do CT1, na medida em que o legislador eliminou o advérbio “efectivamente”. Na verdade, onde no CT1 se lia “Tratar-se de actividade cujo exercício possa efectivamente causar prejuízo ao empregador” lê-se agora “Tratar-se de actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador”.

Parece-nos que esta alteração, que aplaudimos, é importante e intencional, tendo o legislador pretendido “aligeirar” o juízo referente à possibilidade de a actividade do trabalhador causar prejuízo ao ex-empregador. Deixando-se cair o advérbio “efectivamente”, o qual dava azo a discussões relativas ao grau de probabilidade da verificação de prejuízo (parecendo que antes o legislador não se bastaria com a mera possibilidade de prejuízo exigindo uma probabilidade de

¹⁸² PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, op. cit., p. 155.

¹⁸³ *Da mobilidade dos trabalhadores ...*, op. cit., pp. 368 e ss.

¹⁸⁴ *Os pactos de não concorrência ...*, op. cit., pp. 346-347.

efectivação do mesmo), julgamos que agora se coloca definitivamente o enfoque na mera possibilidade de existência do risco de prejuízo a causar ao ex-empregador¹⁸⁵.

Entendemos que só poderia ser assim até porque, por referência à proibição de concorrência na vigência do contrato de trabalho, que integra o dever de lealdade (cfr. al. f), do n.º 1 do art. 158º do CT), é unânime o entendimento segundo o qual os prejuízos que a actividade concorrencial é susceptível de causar podem ser meramente potenciais. Conforme já realçavam MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS E ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO¹⁸⁶, “tanto a doutrina como a jurisprudência assinalam que não é necessária a efectividade dos danos ou mesmo a ameaça dos mesmos. É por isso que se fala a propósito da proibição de concorrência de uma espécie de ilícito de perigo.”

Aliás, a Jurisprudência já teve oportunidade de realçar que “Para se falar de concorrência não é necessário que exista um efectivo desvio de informação, conhecimentos ou recursos (clientela), a que o trabalhador teve acesso pela posição que detinha na empresa, bastando que esse desvio seja potencial¹⁸⁷”, tendo sido decidido que se verifica “[...] uma situação de concorrência, susceptível de fazer accionar a responsabilidade decorrente do pacto de não concorrência, se o trabalhador passou a desempenhar funções numa empresa que tem uma influência dominante sobre outra que exerce a sua actividade na mesma área económica do anterior empregador¹⁸⁸”.

Acompanhamos o pensamento de JOÃO ZENHA MARTINS¹⁸⁹ quando refere que o desaparecimento do interesse sério da empresa “predetermina a caducidade da cláusula de não concorrência”, o que sucederá, por exemplo, na

¹⁸⁵ No entanto, conforme observa RITA CANAS DA SILVA, *O pacto ...*, *op. cit.*, p. 294, “Se for de concluir que a actuação de qualquer outro sujeito económico representa perigo idêntico, a limitação é desajustada”.

¹⁸⁶ *Comentário às Leis ...*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁸⁷ Ac. TRL, de 29.03.2006, proferido no âmbito do processo 863/2006-4., disponível in www.dgsi.pt.

¹⁸⁸ Ac. STJ, de 07.02.2007, proferido no âmbito do processo 06S3205, disponível in www.dgsi.pt.

¹⁸⁹ *Os pactos de não concorrência ...*, *op. cit.*, pp. 350.

hipótese de “deslocalização da empresa (passagem do centro de negócios para outro país)” ou, acrescentamos nós, em caso de encerramento parcial da empresa, que implique que a empresa não continue a desenvolver a actividade que estava vedada ao trabalhador. Por outro lado, a alteração do interesse do empregador poderá implicar a necessidade de redução ou modificação da cláusula, sendo possível “[...] a aplicação do instituto da alteração fundamental das circunstâncias com vista à modificação ou resolução da obrigação de não concorrência (art.º 437º do CC)¹⁹⁰”. Também JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES¹⁹¹ aceita a aplicabilidade do art.º 437º do CC nas situações em que “[...] o equilíbrio inicial das prestações pode ter-se rompido” dando como exemplo a situação de um pacto acordado no momento da celebração do contrato de trabalho no qual o empregador se dedicava a um número reduzido de actividades numa zona circunscrita, sendo que posteriormente diversifica a sua actividade ampliando a respectiva área de influência.

À semelhança do que sucede com as demais condições de licitude do pacto de não concorrência cabe salientar que, como tem sido realçado pela doutrina¹⁹² e jurisprudência, a existência de interesse legítimo por parte do empregador é objecto de controlo judicial cabendo aos Tribunais não só confirmar a existência de tal interesse, como a proporcionalidade da intensidade da limitação da actividade do trabalhador face àquele. Todavia, julgamos que nesta aferição da proporcionalidade, os Tribunais apenas deverão intervir num sentido correctivo se estivermos perante uma desproporção flagrante, já que, por um lado, não poderá esquecer-se que o empregador estará aqui, como noutras situações, em melhor posição de avaliar se tem ou não interesse na cláusula de não concorrência sendo difícil aos Tribunais terem condições de se substituírem ao empregador para efeitos de tal juízo já que é o empregador que está na posse de todos os elementos para poder decidir o que é, ou não, melhor para si. Por outro lado, afigura-se-nos importante ter em conta que é reconhecido ao trabalhador o direito a, em qualquer

¹⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 351.

¹⁹¹ *As cláusulas de não concorrência...*, p. 17.

¹⁹² Cfr. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, ..., op. cit.*, p. 614.

momento, desvincular-se do pacto nos termos e para os efeitos do art. 81º do CC¹⁹³. Conforme salienta PEDRO ROMANO MARTINEZ¹⁹⁴ “[...] constituindo o pacto de não concorrência uma limitação lícita de um direito de personalidade do trabalhador, se este se desvincular na base desse pressuposto, o acto é lícito, mas determina o dever de indemnizar o empregador”.

Na linha do que preconizamos, RICARDO NASCIMENTO¹⁹⁵ precisamente realça que “Dado que a cláusula de não concorrência é celebrada no interesse da entidade patronal, esta deverá também acautelar a possibilidade de, no momento da cessação da relação laboral, fazer uma avaliação actualizada do seu interesse na manutenção dessa cláusula. Nesse momento, o empregador dispõe de todos os elementos que lhe permitem avaliar se existe ou não um risco de a actividade futura do seu trabalhador lhe poder vir a causar prejuízos efectivos, condição de que depende a própria licitude da cláusula de não concorrência, e de ponderar esse risco com a contrapartida financeira que está obrigada a pagar ao trabalhador”.

De todo o modo, gostaríamos de sublinhar que também aqui importa analisar os termos concretos do pacto celebrado pelas partes os quais deverão definir o âmbito da limitação do trabalhador. Por exemplo, se no pacto apenas se indica que o trabalhador se obriga a não desempenhar as funções inerentes à categoria profissional que detinha na vigência do contrato, parece que não existirá impedimento a que o mesmo possa desempenhar funções diferentes em empresa concorrente com o ex-empregador (por exemplo, em empresa do mesmo sector de actividade). Também se as partes estipularam que o trabalhador ficaria impedido de prestar a sua actividade ao abrigo de um contrato de trabalho com determinada

¹⁹³ O art. 81º do CC dispõe no seu nº 1 que “Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública” estabelecendo no nº 2, aplicável *in casu*, que “A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados à legítimas expectativas da outra parte”.

¹⁹⁴ *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 620.

¹⁹⁵ *Da cessação do contrato de trabalho em especial por iniciativa do trabalhador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 361.

empresa concorrente especificamente identificada no pacto, nada obsta à vinculação do mesmo mediante contrato de trabalho subordinado a outra empresa concorrente que não a indicada no pacto não estando o trabalhador impedido de iniciar, ele próprio, um projecto seu na mesma área do ex-empregador.

Caberá, portanto, às partes definir o âmbito da limitação, o qual poderá ser mais ou menos abrangente de acordo com as especificidades de cada caso concreto.

5.3 COMPENSAÇÃO

Outra das condições de licitude da cláusula de não concorrência consiste na necessidade de atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da actividade, uma compensação cujo montante deverá ser livremente acordado pelas partes, não definindo a lei um limite mínimo nem máximo relativamente ao mesmo, evidenciando-se, desta forma, a natureza onerosa do pacto de não concorrência.

Nos termos legais, a compensação acordada pelas partes pode sofrer as seguintes vicissitudes (i) ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a formação profissional do trabalhador ou (ii) ser elevada até ao valor da retribuição base à data da cessação do contrato, em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em acto ilícito do empregador¹⁹⁶; neste último caso, como visto anteriormente, são deduzidas do montante da compensação já aumentado as importâncias auferidas pelo trabalhador no exercício de outra actividade profissional, iniciada após a cessação do contrato de trabalho, até ao montante que as partes tiverem acordado¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Cfr. al. c) do n.º 2 do art. 136º do CT e o n.º 3 do mesmo art.

¹⁹⁷ Cfr. n.º 4 do art. 136º do CT.

5.3.1 NATUREZA JURÍDICA

Conforme já assinalámos antes, foi a partir do CT1 que o legislador se começou a referir à contrapartida a atribuir ao trabalhador como “compensação” e não como “retribuição”¹⁹⁸, na esteira daquilo que era o entendimento doutrinário dominante¹⁹⁹. De facto, a posição maioritária da doutrina é no sentido de rejeitar natureza retributiva à compensação por limitação da liberdade de trabalho do trabalhador.

Concordamos com a posição doutrinária dominante uma vez que nos parece indubitável a conclusão de que tal pagamento não é contrapartida do trabalho do trabalhador²⁰⁰ sendo antes uma compensação em virtude da limitação à sua liberdade de trabalho a que este aceitou estar sujeito, ficando-lhe vedado exercer actividade concorrencial com o ex-empregador.

Da nossa parte confessamos ter muita dificuldade em aceitar como boa a expressão “salário de inactividade” que alguma doutrina já utilizou atento o facto de, por natureza, a figura do “salário” ou da retribuição ser uma prestação correlativa da prestação de trabalho a um empregador sendo que o que aqui existe é a contrapartida pela obrigação assumida pelo trabalhador de, após cessação do contrato de trabalho, não exercer uma actividade concorrencial com o ex-empregador, pelo que no momento do cumprimento da obrigação de não concorrência inexistente vínculo laboral entre as partes. Por outro lado, importa ter presente que não é subjacente à figura dos pactos de não concorrência a inactividade do trabalhador tratando-se apenas e só de uma limitação no âmbito da

¹⁹⁸ No art. 36º, nº 2, al. c) a LCT falava em “retribuição”.

¹⁹⁹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência...*, pp.17-18, dá conta de que a natureza jurídica da contrapartida que o empregador deve satisfazer é uma questão discutida na doutrina estrangeira, sendo que apesar de alguns autores falarem em salário de inactividade, a maioria, defende que tal contrapartida não tem natureza retributiva.

²⁰⁰ Nos termos no n.º 1 do art. 258º do CT “Considera-se retribuição a prestação que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito em contrapartida do seu trabalho”.

sua liberdade de trabalho, na medida em que o trabalhador pode exercer quaisquer actividades que não sejam concorrenciais com os interesses do ex-empregador²⁰¹.

Assim, acompanhamos o entendimento de JOÃO ZENHA MARTINS²⁰² no sentido de que a compensação a atribuir ao trabalhador “[...] tem uma natureza mista: por um lado, tem uma componente indemnizatória *ex lege*, e, por outro, é uma consequência lógica de uma convenção bilateral e onerosa, já que se, se entre nós a gratuidade não convive com a obrigação de não concorrência, o montante pagável, depende, em larga medida, da autonomia da vontade dos sujeitos”²⁰³.

Desta forma, e porque entendemos que se trata de prestações de natureza absolutamente distinta, não acompanhamos a posição de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES²⁰⁴, quando, apesar de reconhecer que se trata “[...] de prestação com natureza distinta da do salário – visto que não há prestação, mas abstenção de trabalho [...]”, defende ser-lhe aplicável, por analogia, “o regime

²⁰¹ Neste sentido cfr. PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 158, que refere o seguinte: “[...] Ni siquiera podría ser considerado salario de inactividad o salario diferido, porque, insistimos, aunque el pacto de no competencia postcontractual trae su causa de una relación laboral previa, no existe, en el momento que comienza a desplegar sus efectos, ningún vínculo laboral entre las partes [...]”.

²⁰² JOÃO ZENHA MARTINS, *Jurisprudência Constitucional Anotada*, *op. cit.*, pp. 84-85. Este Autor afasta ainda a hipótese de enquadrar a compensação como cláusula penal uma vez que a sua função “[...] consistindo na reparação ao trabalhador do dano que *in abstracto* surge associado à inactividade, faz parte da *facti species* da obrigação de não concorrência e não se destina a assegurar o cumprimento dessa obrigação ou, no limite, qualquer penalidade, não se arrimando, pois, numa situação de incumprimento, índice do tipo que caracteriza, per definitionem, uma cláusula penal [...]”.

²⁰³ Na doutrina Espanhola, PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 158, já se havia pronunciado em sentido idêntico referindo que em sua opinião “[...] la compensación económica [...] reveste una naturaleza mixta. Por una parte participa de un carácter claramente indemnizatorio, y por otra, resulta ser la consecuencia lógica de una convención bilateral y onerosa”. No mesmo sentido, FEDERICO DURÁN LÓPEZ, *Pacto de no concurrencia*, in *Comentarios a las leyes laborales*, dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz, *El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo V, Artículos 19 a 25, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, p. 197 (155-205), refere que “[...] se trata e una compensación de naturaleza claramente indemnizatoria, sin carácter salarial: se indemniza al trabajador por la abstención del ejercicio de sus capacidades profesionales en actividades, por cuenta propia o ajena, competitivas para el empresario”.

²⁰⁴ *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, pp. 657-658.

protectivo que a lei desenha para a retribuição do trabalho”. Na verdade, nos termos do n.º 2 do art. 12º CC, só há lugar à analogia quando, num caso omissivo, procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei, sendo que, em nosso entender, não existe um caso omissivo nem existem razões justificativas para recorrer à analogia. Tratam-se de prestações de natureza diferente sendo que uma delas, o salário, se encontra intrinsecamente ligado à execução do contrato de trabalho, à vigência do mesmo, constituindo um elemento que define a posição jurídica do empregador o qual, como é sabido, ocupa, no contrato de trabalho, a posição de “credor da actividade – a prestação de trabalho -, sendo devedor da remuneração²⁰⁵”; já a compensação devida em sede de pacto de não concorrência consubstancia a contraprestação a pagar pelo ex-empregador ao ex-trabalhador por um dever de abstenção de uma actividade concorrencial por parte deste último após cessação do contrato de trabalho.

Acresce que, mesmo que se admitisse a possibilidade de aplicar por analogia o regime protector da retribuição, haveria que concretizar quais os aspectos de tal regime que faria sentido aplicar à compensação já que certamente não seriam todos – faria sentido, por exemplo, em ordem a fixar o *quantum* da compensação, ter por referência os montantes mínimos de retribuições previstos em IRCT? E faria sentido, que tal compensação fosse incompatível com o recebimento do subsídio de desemprego? Ou que aplicássemos à compensação as regras de irredutibilidade prevista para o salário? Em nosso entender a resposta a estas questões não pode deixar de ser negativa.

De todo o modo, sem prejuízo do exposto, acompanhamos PILAR CHARRO BAENA²⁰⁶ quando esta Autora salienta que, apesar de terem naturezas distintas a compensação por não concorrência “[...] guarda estrechas conexiones com el salario, al menos formalmente. Y es que la compensación económica pactada en la clausula de no competencia persigue una de las finalidades que

²⁰⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 131.

²⁰⁶ *El pacto de ...*, op. cit., p. 157.

cumple el salario, esto es, el asegurar al trabajador una estabilidad económica, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo empleo”.

Conforme adiante teremos oportunidade de verificar, nem o legislador fiscal nem o legislador de Segurança Social tratam a compensação de pactos de não concorrência como rendimento de trabalho.

5.3.2 MODOS DE FIXAÇÃO DO QUANTUM

Compete, pois, em princípio, às partes a fixação do *quantum* da compensação a atribuir ao trabalhador, não sendo obrigatório nem, a nosso ver, necessário, que o valor da compensação corresponda ao valor da retribuição que o trabalhador tenha auferido durante a vigência do contrato.

Todavia, importa ter em conta que, conforme a nossa Jurisprudência já salientou de forma correcta, não sendo obrigatório que o montante concreto da compensação a pagar ao trabalhador esteja quantificado no pacto de não concorrência, desde que o pacto preveja a existência da compensação com o que se pretende evidenciar o carácter oneroso do pacto, é, todavia, necessário que tal compensação seja determinável²⁰⁷. Na verdade, conforme já realçou o TRL²⁰⁸ “a lei

²⁰⁷ Cfr. Ac. do STJ, de 07.02.2007, proferido no âmbito do processo 06S3205 e Ac. do TRL de 29.03.2006, proferido no âmbito do processo 863/2006-4, ambos disponíveis in www.dgsi.pt.

²⁰⁸ Ac., de 10.12.2009, proferido no âmbito do processo 376-06.6TTSNT.L1-4, disponível in www.dgsi.pt. Neste Ac. considerou-se que não satisfaz esse requisito o facto de se ter estipulado que, como contrapartida da obrigação assumida pela trabalhadora de não exercer actividades em empresa concorrente do empregador, nos 18 meses posteriores à cessação do contrato, esta lhe pagaria a quantia mensal de € 38,40 durante a vigência do contrato, na medida em que não se quantificou o valor global dessa compensação, nem se estabeleceu qualquer critério objectivo susceptível de o determinar, ficando o valor global a pagar exclusivamente dependente da duração do contrato e a trabalhadora colocada na situação de não saber qual a contrapartida que efectivamente lhe seria paga pelo empregador como compensação durante o período de limitação da sua actividade. Com base neste motivo o Tribunal concluiu pela nulidade do pacto implicando, nos termos do nº 1 do art. 289º do CC, a restituição oficiosa de tudo o que tiver sido prestado. Refere ainda o Tribunal que “[...] decretada a nulidade, não está vedado ao Tribunal, officiosamente, extrair

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. Todavia, na medida em que se trata de uma prestação que integra o objecto mediato do negócio, para que o mesmo seja válido é indispensável que seja determinável, conforme é exigido pelo art. 280º do Cód. Civil”.

Conforme refere CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO importa ter presente o disposto no art. 400º do CC que se refere à determinação da prestação nos direitos de crédito estabelecendo que “[...] a determinação da prestação pode ser realizada por uma das partes ou por terceiro, bem como pelo tribunal, devendo ser feita segundo juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido estipulados.

Devem considerar-se, portanto, nulos por falta deste requisito, os negócios cujo objecto não foi determinado nem é determinável, por nem as partes nem a lei terem estabelecido o critério de harmonia com o qual se deva fazer a individualização do objecto²⁰⁹”.

Embora a lei não balize um montante mínimo e máximo para que tal compensação seja considerada aceitável, a autonomia das partes não é absoluta sendo necessário que exista um equilíbrio entre a posição das mesmas. Assim a compensação a atribuir ao trabalhador como contrapartida da sua obrigação de não concorrência não poderá corresponder a “[...] um valor irrisório, sob pena de

como consequência o reconhecimento do direito ao reembolso do que foi prestado, pois que, em tal condicionalismo, não operam os limites à condenação referidos no art. 661º do Cód. Proc. Civil”. Este Ac. remete para a opinião de ABÍLIO NETO, *Contrato de Trabalho, Notas Práticas*, 16ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 235, o qual, na vigência da LCT, referia que “[...] como a lei não impõe que a retribuição a auferir pelo trabalhador durante o período de limitação do seu trabalho seja fixada, desde logo, no documento que insere a cláusula de não concorrência, é possível 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”.

²⁰⁹ *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 548.

defraudar o escopo da lei ao exigir o carácter oneroso ([...] e sinalagmático)²¹⁰ do pacto, podendo, contudo, ser um valor inferior ao da retribuição auferida na vigência do contrato de trabalho.

Por outro lado, parece-nos pouco razoável que tal compensação tenha um montante igual ou superior à referida retribuição, embora não haja impedimento legal nesse sentido. Na verdade, entendemos que tal situação, a verificar-se, implicaria um encargo desproporcional para o empregador que ficaria obrigado a pagar ao trabalhador montante igual ou superior àquele que lhe pagava quando beneficiava da actividade do mesmo. Acresce que o trabalhador, conforme já antes realçámos, não fica impedido de exercer qualquer tipo de actividades mas tão-só actividades concorrenciais com o ex-empregador, podendo cumular a compensação de não concorrência com outro tipo de rendimentos provenientes de actividades não concorrenciais²¹¹.

Conforme já mencionámos, a lei prevê a redução do valor desta compensação de acordo com juízos de equidade, para compensar o empregador de gastos avultados que tenha tido com a formação profissional do trabalhador²¹².

JOÃO ZENHA MARTINS²¹³ realça que tal redução equitativa “[...] há-de ser judicialmente determinada” o que implica que “[...] sempre que surja a invocação de que o montante é desproporcionado perante o sacrifício assumido pelo trabalhador, o julgador terá de considerar o dispêndio havido com a sua formação

²¹⁰ As palavras são de JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, ...*, *op. cit.*, p. 616.

²¹¹ No sentido que preconizamos já se pronunciou, na doutrina Espanhola, PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 161. Em sentido diferente, FEDERICO DURÁN LÓPEZ, *Pacto de no concurrencia*, *op. cit.*, p. 199, refere que, na sua opinião, deveria “[...] tenerse en cuenta no solo el salario que venía percibiendo el trabajador, sino también la ‘ocasión de ganancia’ de la que debe – en virtud ahora del pacto [...] – abstenerse el mismo”.

²¹² Cfr. al. c) do n.º 2 do art. 136º do CT, *in fine*.

²¹³ *Os pactos de não concorrência ...*, *op. cit.*, pp. 368-369. Este Autor salienta, de forma correcta, o facto de “[...] ao contrário do que sucede com o pacto de permanência, a extraordinariedade da formação profissional não constitui um *ante* (= *factispecie* justificativa de um pacto de não

profissional, conquanto, [...], as despesas se encontrem devidamente comprovadas”.

Note-se que a lei, para efeitos da redução equitativa, não considera quaisquer despesas mas apenas despesas relativas a formação profissional e, dentro destas, será necessário estarmos perante “despesas avultadas”, que impliquem da parte do empregador, nas palavras de JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES²¹⁴ “[...] investimentos importantes, com dinheiros próprios [...]”²¹⁵ não tendo o empregador ainda obtido “[...] o retorno de tais investimentos”. Tal retorno poderá traduzir-se não só em benefícios fiscais mas também no facto de o trabalhador ter permanecido na empresa após a realização das despesas avultadas por parte do empregador por um período de três anos, período máximo previsto para os pactos de permanência. De facto, se após dispêndio das somas avultadas com a formação profissional do trabalhador o mesmo continuar ao serviço durante pelo menos três anos, entendemos que o empregador já obteve o retorno do investimento efectuado²¹⁶ o mesmo se passando nas situações em que “[...] o pacto de não concorrência foi antecedido por um pacto de permanência, destinado à amortização daqueles gastos²¹⁷”. Desta forma, parece-nos que a redução legalmente prevista não deverá operar caso se verifique que o trabalhador retribuiu já tal formação através de pacto de permanência ou caso se conclua que o empregador apenas cumpriu os deveres da formação legalmente exigidos²¹⁸.

Por outro lado, a lei também prevê o aumento do valor da compensação até ao limite do valor da retribuição base auferida pelo trabalhador no momento da cessação do contrato em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução

concorrência), mas um *posterius* que actua na quantificação *in concreto* da compensação que surge associada ao pacto de não concorrência.”

²¹⁴ *As cláusulas de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 20.

²¹⁵ JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 370, assinala a irrelevância para este efeito de “somas avançadas por patrocinadores ou por fundos públicos”.

²¹⁶ Neste sentido cfr. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 20, e JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 370.

²¹⁷ JOÃO ZENHA MARTINS, *ibidem*.

com justa causa pelo trabalhador com fundamento em acto ilícito do empregador²¹⁹, devendo, neste caso, ser deduzidas as importâncias auferidas pelo trabalhador no exercício de outra actividade profissional, iniciada após a cessação do contrato de trabalho, até ao valor acordado pelas partes²²⁰.

Entendemos que não haverá lugar ao aumento referido nos casos em que as partes tenham já fixado no pacto um montante igual ou superior ao da retribuição base auferida pelo trabalhador na vigência do contrato. Neste mesmo sentido já se pronunciou entre nós MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²²¹.

Todavia, não nos identificamos totalmente com as críticas que a mesma Autora tece à solução legislativa constante do n.º 4 do art. 136º, que permite deduzir da compensação elevada as importâncias auferidas pelo trabalhador no exercício de outra actividade profissional, iniciada após a cessação do contrato de trabalho até ao montante acordado pelas partes, defendendo que, por um lado, é demasiado ampla, dado que abrange rendimentos de trabalho por conta de outrem e autónomo, e, por outro lado, ser um tipo de solução que incentiva a ‘preguiça’.

Na verdade, parece-nos que, em situações de elevação da compensação até ao valor da retribuição base que o trabalhador auferia na data da cessação do contrato de trabalho, a dedução das importâncias auferidas pelo trabalhador no exercício de outra actividade profissional faz sentido por forma a equilibrar as posições das partes, ficando o trabalhador com a garantia de receber no mínimo a compensação acordada com o empregador no pacto. Note-se que a lei, nos casos de despedimento ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador, querendo compensar o trabalhador por forma a tutelar a situação do mesmo perante o incumprimento contratual do empregador, não pretende que este fique numa situação privilegiada face àquilo que seria a sua situação se não tivesse existido

²¹⁸ Cfr. arts. 127º, n.º 1, al. d) e 130º a 134º do CT.

²¹⁹ Cfr. n.º 3 do art. 136º do CT.

²²⁰ Cfr. n.º 4 do art. 136º do CT.

²²¹ *Direito do Trabalho ...*, op. cit., p. 1035, NRP 539.

incumprimento. Assinalamos, todavia, que face ao disposto no art. 390º do CT, as deduções a realizar para efeitos da compensação por pacto de não concorrência incluem unicamente as importâncias resultantes de actividade exercida pelo trabalhador estando, portanto, excluídas as importâncias recebidas a título de subsídio de desemprego.

Podemos, pois, concluir que, quanto à compensação por pacto de não concorrência, cabendo, em primeiro lugar, às partes a determinação da mesma cabe, todavia, aos tribunais um papel fiscalizador da adequação da contrapartida a atribuir ao trabalhador face à limitação à qual se obrigou, sendo possível serem chamados a determinar o montante da contrapartida com base em critérios identificados pelas partes no próprio pacto.

Concordando que “[...] resulta inviável que, na presença de um acordo com projecção directa sobre a liberdade de trabalho, se atribua ao julgador o exercício de um controlo estritamente formal, cingindo a sua tarefa à mera apreciação de um consentimento sem vícios²²²”, é nosso entendimento que também nesta sede a revisão judicial do *quantum* acordado pelas partes deverá ser realizada apenas quando tal questão seja suscitada por uma das partes ou em situações em que, embora as partes não tenham suscitado a questão, se revele de forma manifesta a desproporção entre a contrapartida a atribuir ao empregador e o âmbito da limitação deste, recusando, pois, o argumento de que “[...] qualquer apelo à autonomia privada no contrato de trabalho pode facilmente redundar numa perpetuação e numa legitimação aparente do domínio do mais forte sobre o economicamente necessitado²²³”. Na verdade, havendo que efectivamente zelar pela inexistência de vícios da vontade, reiteramos que as partes que se encontram em posição de formalizar um pacto de não concorrência não estarão na posição típica de desequilíbrio que está na base da protecção laboral, uma vez que os trabalhadores em causa serão trabalhadores especialmente relevantes para o

²²² JOÃO ZENHA MARTINS, *Jurisprudência Constitucional Anotada*, op. cit., p. 86.

²²³ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência ...*, op. cit., p. 18.

empregador atentas as funções desempenhadas e a informação a que acedem, sendo de mais difícil substituição, e que o empregador sabe que lhe pode causar um prejuízo grave se contra si concorrerem. Por esta razão não se encontram na típica situação de inferioridade que caracteriza o trabalhador comum e como tal a autonomia das partes deverá ser valorada de forma diferente.

Note-se que nos referimos a revisão do *quantum* por não nos parecer possível que o Tribunal tenha a faculdade de fixar *ex novo* o montante compensatório a não ser em situações nas quais as partes identificassem os critérios para tal fixação, sendo que na falta de tal fixação ou de existência de critérios identificados no pacto que permitam realizar a mesma o pacto ficaria ferido de nulidade.

A nosso ver, a revisão judicial poderá traduzir-se na redução do *quantum* da compensação²²⁴ ou num aumento do mesmo. Assim, entendemos que se por decisão judicial se procedesse à redução da duração da obrigação de não concorrência para o limite máximo legalmente aplicável, atento o facto de as partes terem acordado uma duração do pacto superior à legal, caberia ao Tribunal reduzir o *quantum* da compensação em conformidade. Por outro lado, “[...] a escassez do *quantum* atribuível ao trabalhador não determina inexoravelmente a invalidade do pacto, em razão da ausência do interesse sério que o justifica²²⁵”, havendo possibilidade de judicialmente proceder-se à ampliação de tal montante. Ambas as possibilidades, que decorrem do princípio da conservação dos actos jurídicos, ficariam sempre evidentemente dependentes da verificação das demais condições de licitude do pacto.

²²⁴ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, ..., op. cit.*, pp. 617-618, parece não admitir a hipótese de redução judicial do *quantum* da compensação referindo que a possibilidade de redução equitativa do montante da compensação “[...] só é possível face à existência de um dispêndio de somas avultadas, o que parece indicar o carácter excepcional da despesa e que essa ultrapassou a formação exigida por lei ao empregador. [...] De resto, a compensação pela cláusula de não concorrência não pode ser equiparada a uma cláusula penal, não podendo ser invocada, nem sequer por analogia, a norma que permite ao tribunal reduzir uma cláusula penal manifestamente excessiva.”

²²⁵ JOÃO ZENHA MARTINS *Os pactos de não concorrência ..., op. cit.*, p. 361.

Porém, o facto é que da análise jurisprudencial que realizámos não encontramos decisões de Tribunais Superiores em que tenha existido modificação do *quantum* acordado pelas partes.

Como nota final, resta assinalar que, apesar de nos referirmos ao *quantum* da compensação a atribuir ao trabalhador como contrapartida da obrigação de não concorrência, entendemos que a mesma não tem necessariamente natureza pecuniária²²⁶. Desta forma, parece-nos possível que as partes acordem numa prestação em espécie avaliável em dinheiro²²⁷, como seja, a utilização de um automóvel ou de uma habitação a custas do ex-empregador, o pagamento de um curso, ou numa prestação de natureza mista (parte em dinheiro e outra parte em espécie).

5.3.3 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO

Embora tal não decorra da letra do art. 136º do CT, é questão pacífica na doutrina e na jurisprudência que a compensação a atribuir ao trabalhador pela obrigação de não concorrência “terá de ser justa, isto é, suficiente para compensar o trabalhador da perda de rendimentos²²⁸”, necessidade que decorre dos princípios da proporcionalidade, igualdade e do equilíbrio obrigacional aos quais este tipo de acordos estão sujeitos.

Apesar da inexistência de um critério legal que possa servir de parâmetro para fixação de uma compensação “justa”, entendemos que os principais critérios que podem estar na base da fixação da mesma são de natureza funcional (extensão da limitação das funções que estarão vedadas ao trabalhador desempenhar durante

²²⁶ Neste mesmo sentido JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, ...*, op. cit., p. 615, refere que “Nada parece impedir que a compensação seja composta por prestações em espécie”.

²²⁷ Em sentido contrario, na doutrina Espanhola, cfr. JESÚS J. SEBASTIAN LORENTE, *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, Editorial La Ley, Tomo 2, 1992, p. 368, (365-372), que refere que a compensação “necesariamente será de tipo económico”.

o período da limitação em causa), temporal (duração da obrigação de não concorrência), espacial (extensão da área geográfica na qual o ex-trabalhador fica impedido de exercer actividades concorrenciais com o ex-empregador) e económica (salário recebido pelo ex-trabalhador na vigência do contrato)²²⁹.

Sendo indubitável que a cláusula deverá ser equilibrada no momento da formalização do pacto, parece-nos que o escrutínio final relativamente ao equilíbrio, proporção e adequação do pacto de não concorrência deverá ser realizado no momento a partir do qual o mesmo começa a produzir efeitos, atendendo a que entre a formalização do pacto e a produção de efeitos do mesmo pode mediar um hiato temporal importante durante o qual podem ocorrer modificações várias que poderão afectar o pacto anteriormente formalizado (tal ocorrerá por exemplo nas situações em que o pacto é formalizado no momento da contratação do trabalhador, o qual se mantém ao serviço do empregador durante vários anos). Por outro lado, cumpre realçar que, se por acordo das partes, ou por intervenção judicial, existir qualquer modificação quanto a cada um dos critérios que indicámos, a compensação deverá ser ajustada em conformidade (assim, se por exemplo o prazo de duração da limitação vier a ser reduzido ou aumentado, o montante da compensação também deverá ser reduzido ou aumentado em proporção).

Entendemos que o montante da compensação deverá ser proporcional ao âmbito das actividades limitadas ao trabalhador devendo ser mais elevado nos casos em a limitação do trabalhador tenha por referência qualquer actividade concorrente com o empregador (e não apenas a actividade que o próprio trabalhador realizava na vigência do contrato de trabalho), ou nos casos em que comprovadamente exista um grau muito elevado de especialização por parte do trabalhador o que implica que este terá bastante dificuldade em exercer outro tipo

²²⁸ Palavras constantes do já referido Ac. do TC n.º 256/2004, de 14.04.2004.

²²⁹ Para além dos critérios indicados que consideramos serem os principais haverá outros que podem ser tidos em conta como por exemplo a dimensão do empregador. Assim, admitimos que o montante de compensação a pagar por uma pequena empresa será diferente do montante a pagar por uma empresa de grande dimensão.

de actividade, tendo portanto um mercado potencial de trabalho de âmbito reduzido. Já se a restrição em causa é pouco abrangente, a compensação poderá ser de montante mais reduzido.

Da mesma forma, entendemos que a compensação deverá ser proporcional ao tempo de duração da limitação à liberdade de trabalho do trabalhador pelo que a uma duração maior da obrigação de não concorrência deverá corresponder um montante superior da compensação e vice-versa.

De modo idêntico, quanto mais ampla a limitação da actividade do trabalhador em termos espaciais (isto é, geográficos) mais elevado deverá ser o montante da compensação.

Por fim, na ausência de critério legal, parece-nos que será razoável, e da nossa experiência é o que sucede na prática, que o montante da compensação tenha por referência o último salário (não necessariamente apenas o salário base²³⁰), que o trabalhador auferiu na vigência do contrato, correspondendo a um percentual do mesmo²³¹. Na verdade, já tivemos oportunidade de referir que nos parece pouco razoável que tal compensação tenha um montante igual ou superior à referida retribuição, embora não haja impedimento legal nesse sentido. O facto é que entendemos nesse caso a posição relativa das partes ficaria desequilibrada uma vez que tal situação implicaria um encargo desproporcional, por excessivo, a cargo do empregador que ficaria obrigado a pagar ao trabalhador montante igual ou superior àquele que pagava quando beneficiava da sua actividade, na certeza de que este último não fica obrigado a uma situação de inactividade na medida em que

²³⁰ Caberá às partes decidirem se têm em conta a totalidade da retribuição auferida pelo trabalhador na vigência do contrato ou apenas a retribuição base podendo inclusivamente terem em conta outros benefícios concedidos ao trabalhador.

²³¹ O Ac. do STJ, de 10.12.2009, proferido no âmbito do processo 09S0625, disponível em www.dgsi.pt, embora não se pronunciando directamente sobre a questão, considerou que estavam preenchidas as condições de ordem substancial e formal num pacto de não concorrência que previa uma compensação de 30% sobre a remuneração bruta fixa anual que o trabalhador auferia a título de compensação de não concorrência.

não está impedido de exercer qualquer tipo de actividades, mas tão-só actividades concorrenciais com o ex-empregador.

Por fim, realçamos que, na nossa perspectiva, não se revela necessário levar em consideração para efeitos da determinação do montante da compensação a atribuir ao trabalhador potenciais quantias que o trabalhador possa deixar de receber como consequência do pacto²³², já que a contrapartida consubstancia uma compensação pela limitação da liberdade de trabalho do trabalhador e não mais do que isso.

5.3.4 MOMENTO DO PAGAMENTO DA COMPENSAÇÃO

Ao contrário do que sucede com a questão do *quantum* da compensação, a lei não é omissa relativamente ao momento do pagamento da compensação, uma vez que na al. c), do n.º 2, do art. 136º do CT, o legislador refere que a compensação deverá ser atribuída ao trabalhador “durante o período de limitação da actividade”.

Apesar da letra da lei, o entendimento unânime da nossa doutrina, que acompanhamos, é no sentido de que não é obrigatório que a compensação seja paga durante o período de limitação da actividade, podendo as partes convencionar uma forma de pagamento diferente.

Conforme refere MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²³³, “o facto de a lei conferir o direito a esta compensação ‘durante o período de limitação da actividade’ não obsta a que ela seja paga por inteiro e tendo em conta esse período, logo no momento da cessação do contrato de trabalho”.

²³² Em sentido contrário, cfr. na doutrina Espanhola MARÍA JOSÉ NEVADO FERNANDEZ, *La prohibición de competencia ...*, op. cit., p. 387 e FEDERICO DURÁN LÓPEZ, *Pacto de no concurrencia*, op. cit., p. 199.

²³³ *Direito do Trabalho, ...*, op. cit., p. 1034, NRP 538.

JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES²³⁴, questionando-se sobre a possibilidade de a compensação ser paga durante a vigência do contrato de trabalho ou, inversamente, só depois do período de limitação da actividade chegar ao fim, parece concluir no sentido de as duas alternativas serem possíveis, “[...] funcionando, em última análise, a autonomia privada”, apesar de alertar para os riscos inerentes a uma e outra situação: “[...] na primeira pode não se distinguir a retribuição e a compensação pela cláusula ou até esta compensação não passar de pura aparência, sendo materialmente uma componente da retribuição; a segunda impõe ao trabalhador o risco de realizar a sua prestação, abstendo-se de uma actividade concorrente, mas não chegar a receber a compensação porque, por exemplo, o empregador entretanto ficou insolvente, além de que priva o trabalhador da compensação no momento em que ele mais necessita dela”.

Da nossa parte, entendemos que nada impede que as partes acordem que o pagamento da compensação se realize durante a execução do contrato, com a periodicidade que as partes acordarem (mensal ou outra), sendo importante que tal pagamento seja documentalmente identificado e individualizado por forma a não ser confundível com o salário, contrapartida da actividade prestada pelo trabalhador. Neste mesmo sentido, já se pronunciou recentemente a Jurisprudência²³⁵.

Para efeitos de pagamento durante a execução do contrato parece-nos ser aconselhável que as partes fixem um montante total da compensação a pagar e, caso não seja pago de uma só vez, refiram a periodicidade na qual o mesmo será pago (por exemplo, mensalmente). De facto, a estipulação no sentido de identificar apenas um montante mensal referindo que o mesmo será pago durante a execução do contrato já foi considerada judicialmente inválida por não ser determinável²³⁶,

²³⁴ *Direito do Trabalho, ..., op. cit.*, p. 617.

²³⁵ No já referido Ac. do TRL, de 10.12.2009, proferido no âmbito do processo 376-06.6TTSNT.L1-4, pode ler-se o seguinte: “Claro que não choca e 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, ou ser determinável, de acordo com critérios objectivos estabelecidos [...]”.

²³⁶ Foi justamente isso que sucedeu no já referido Ac. do TRL, de 10.12.2009.

acarretando a nulidade do pacto por não se quantificar o valor global da compensação nem se estabelecer qualquer critério objectivo susceptível de o determinar, ficando o valor global a pagar exclusivamente dependente da duração do contrato não sabendo o trabalhador qual a contrapartida que efectivamente lhe seria paga como compensação pela limitação da sua actividade.

Desta forma, caso as partes acordem no pagamento da compensação durante a vigência do contrato, deverão fixar um montante total o que implica que, no caso de o contrato cessar em momento anterior à realização da totalidade do pagamento acordado, o empregador efective o pagamento do restante em falta.

Entendemos ser possível que as partes acordem num pagamento único da compensação em virtude do pacto de não concorrência a ocorrer no momento da cessação do contrato de trabalho. Em tal caso, é fundamental que os documentos finais de contrato identifiquem expressamente que se trata de pagamento a título de compensação por pacto de não concorrência, individualizando o montante em causa, por forma a que o mesmo não seja confundível com a compensação por cessação de contrato (caso exista) ou com os créditos finais.

Relativamente à possibilidade de pagamento da compensação após cessação do contrato, é pacífico entender-se que este poderá efectivar-se de uma só vez, em momento acordado pelas partes, ou através de prestações periódicas até satisfação do montante acordado pelas partes.

A validade de um acordo das partes no sentido de que o pagamento da compensação apenas se efectivaria após cumprimento da limitação acordada, ou seja, após terminar o período de duração do pacto, já nos levanta dúvidas. Trata-se, em suma, de averiguar a possibilidade de o pagamento da compensação ficar dependente da condição suspensiva de cumprimento integral da obrigação assumida pelo trabalhador, pelo que uma vez incumprida a obrigação por parte do trabalhador não nasceria a obrigação de pagamento da compensação.

JOÃO ZENHA MARTINS nega tal possibilidade. Na opinião deste Autor “[...] cumprirá afastar a conhecida regra da *pós-numeração* que vigora para a retribuição [...], forjando-se um quadro em que ‘o trabalhador não trabalha primeiro e recebe no final do período abstensivo a respectiva compensação’. O facto de a compensação poder ser atribuída a jusante da vigência da obrigação de não concorrência [...], não deixaria de quebrar os pontos de vista teleológicos [...] que guiam a sinalagmaticidade do pacto e, no limite, amputariam o trabalhador, em razão da obrigação de *non facere* que sobre ele pende, das possibilidades de sobrevivência durante o período correspondente à obrigação de não concorrência²³⁷.”

Embora com as dúvidas que já confessámos, é-nos difícil concluir pela impossibilidade de negar, em qualquer caso, validade a um acordo das partes no sentido de que o pagamento da compensação seria realizado após cumprimento da obrigação em causa, sem prejuízo do facto de a letra da lei referir a atribuição da compensação durante o período de limitação da actividade²³⁸. Na verdade, por um lado, entendemos que o sinalagma existe embora não seja contemporâneo da obrigação, por outro lado, pode dar-se o caso de o trabalhador, sabendo que tem assegurada uma situação de emprego numa actividade não concorrencial com o ex-empregador, não necessitar do pagamento da compensação durante o período da limitação, acordando no seu pagamento afinal. Reconhecemos que poderá não ser uma situação frequente, até porque provavelmente os trabalhadores não estarão dispostos a aceitá-la mas, caso aceitem, julgamos não existirem razões para pura e simplesmente afastar esta hipótese²³⁹.

²³⁷ Os pactos de não concorrência ..., *op. cit.*, pp. 357-358.

²³⁸ Cfr. al c), do n.º 2, do art. 136º do CT.

²³⁹ No sentido que defendemos cfr. PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 164, embora, em Espanha, a lei seja omissa relativamente ao momento de pagamento da compensação facto que é realçado esta Autora nos seguintes termos: “[...] el Estatuto no contiene ninguna prescripción limitativa en este tema, lo único que exige es ‘que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada’”.

5.3.5 REGIME FISCAL

O enquadramento tributário das importâncias auferidas em virtude da assunção de obrigações de não concorrência, ao nível do trabalhador, encontra-se hoje plenamente regulado no CIRS.

Recordamos que, de acordo com o n.º 1 do art. 13.º do CIRS, que estabelece a incidência subjectiva deste imposto, são sujeitos passivos de IRS as pessoas singulares que residam em território português e as que, nele não residindo, aqui obtenham rendimentos.

Já no âmbito da incidência objectiva do imposto, nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 9.º do CIRS, são considerados rendimentos (na modalidade de incrementos patrimoniais), as importâncias auferidas em virtude da assunção de obrigações de não concorrência, independentemente da respectiva fonte ou título.

Na medida em que as restantes normas de incidência objectiva do CIRS (mormente as que contêm um elenco dos rendimentos considerados de trabalho dependente – Categoria A) não prevêm a tributação destas atribuições, as importâncias auferidas em virtude da assunção de obrigações de não concorrência terão de ser consideradas incrementos patrimoniais, tributáveis no âmbito da chamada Categoria G²⁴⁰.

No que diz respeito aos mecanismos através dos quais tal tributação deverá operar, destacamos que, de acordo com a al. a) do n.º 1 do art. 101.º do CIRS, na medida em que estas importâncias serão geralmente pagas por entidades

²⁴⁰ Destacamos que, até a reforma da tributação operada em 2000 pela L n.º 30-G/2000 de 29 de Dezembro (e concretizada pelo DL n.º 198/2001 de 3 de Julho), não existia uma norma de incidência específica por referência a estas importâncias. Na medida em que eram a retribuição por uma obrigação de *non facere*, entendia-se que as mesmas não eram enquadráveis em nenhuma norma de incidência existente à altura, pelo que estavam excluídos de tributação. Neste sentido, cfr. JOSÉ GUILHERME XAVIER DE BASTOS, *IRS – Incidência Real e Determinação dos Rendimentos Líquidos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 363.

que dispõem ou devam dispor de contabilidade organizada, estas encontram-se obrigadas a reter imposto, mediante a aplicação, aos rendimentos ilíquidos, de uma taxa variável (consoante o sujeito passivo seja uma entidade residente ou não residente), nos seguintes termos:

- a) Caso o sujeito passivo (trabalhador) seja residente para efeitos fiscais em Portugal, a taxa aplicável será de 16,5 %, sendo que o imposto assim retido terá a natureza de um pagamento por conta do imposto que será devido no final do ano pelo sujeito passivo²⁴¹.
- b) Caso o sujeito passivo (trabalhador) não seja residente para efeitos fiscais em Portugal, a taxa aplicável será de 21,5 %, e terá a natureza de imposto devido a título final.²⁴²

No caso de sujeitos passivos residentes para efeitos fiscais em Portugal, as importâncias auferidas em virtude da assunção de obrigações de não concorrência serão posteriormente englobadas, sem deduções, no seu rendimento para efeitos de apuramento das taxas normais de tributação (que poderão actualmente ascender a 46,5%). As retenções na fonte efectuadas no momento do pagamento das importâncias serão dedutíveis à colecta apurada por aplicação das taxas normais aos rendimentos englobados pelo sujeito passivo.

Por referência aos sujeitos passivos não residentes, poderá não haver lugar à tributação destes rendimentos em Portugal, ao abrigo da norma residual de determinação da competência internacional para tributação no âmbito de CDT, caso exista entre Portugal e o Estado de residência do sujeito passivo.

De facto, o preceito de determinação da competência internacional para tributação de rendimentos de trabalho dependente previsto nas CDT (geralmente o art. 15.º) apenas abrange rendimentos decorrentes do efectivo exercício de uma

²⁴¹ Nos termos do art. 33.º da Lei Geral Tributária (aprovada pelo DL n.º 398/98, de 17 de Dezembro, cuja última alteração foi introduzida pela L n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro).

actividade profissional no âmbito de um contrato de trabalho. Assim, nos casos em que o sujeito passivo reside num Estado com o qual Portugal tenha celebrado uma CDT, será aplicável a norma residual de atribuição de competência na tributação (geralmente o art. 21.º das CDT), o que significa que este rendimento apenas será tributável no Estado de residência do sujeito passivo, e não no Estado da fonte do rendimento (neste caso Portugal).

Por fim, recordamos que para aplicar a CDT, será necessário o sujeito passivo comprovar a sua efectiva residência em Estado com o qual Portugal terá celebrado uma CDT através da certificação, pelas autoridades fiscais daquele Estado, de formulário comprovativo dessa residência (Modelo 21-RFI).

Da perspectiva do empregador cabe referir que nos termos do n.º 1 do art. 17.º do CIRC, o lucro tributável das pessoas colectivas é constituído pela soma algébrica do resultado líquido do período e das variações patrimoniais positivas e negativas verificadas no mesmo período e não reflectidas naquele resultado, determinados com base na contabilidade e eventualmente corrigidos nos termos do Código do IRC.

Por sua vez, a al. d) do n.º 1 do art. 23.º do CIRC estabelece que se consideram gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, nomeadamente os de natureza administrativa, tais como remunerações, bem como gastos com benefícios de cessação de emprego.

Resulta da conjugação destas duas normas que os gastos (custos na antiga nomenclatura do Plano Oficial de Contas) com importâncias incorridas em virtude da assunção de obrigações de não concorrência são aceites para efeitos fiscais, sem qualquer limitação que interfira com a sua consideração para efeitos de cálculo da base tributável de IRC.

²⁴² Nos termos da al. d) do n.º 4 do artigo 71.º do CIRS.

Não obstante, o legislador fiscal sujeita alguns tipos de despesa (que podem ou não ser considerados gastos aceites para efeitos fiscais) à chamada tributação autónoma, ou seja, tributa determinados gastos na esfera do sujeito passivo de IRC (neste caso, o empregador²⁴³).

Estão, designadamente, sujeitos a tributação autónoma, à taxa de 35%, os gastos ou encargos relativos a indemnizações ou quaisquer compensações devidas não relacionadas com a concretização de objectivos de produtividade previamente definidos na relação contratual, quando se verifique a cessação de funções de gestor, administrador ou gerente, bem como os gastos relativos à parte que exceda o valor das remunerações que seriam auferidas pelo exercício daqueles cargos até ao final do contrato, quando se trate de rescisão de um contrato antes do termo, qualquer que seja a modalidade de pagamento, quer este seja efectuado directamente pelo sujeito passivo quer haja transferência das responsabilidades inerentes para uma outra entidade²⁴⁴.

Esta norma tem um âmbito bastante abrangente e, como amplamente divulgado à data da sua entrada em vigor, a sua finalidade é a de penalizar a atribuição dos chamados *golden parachutes*.

Assim, as importâncias incorridas como contrapartida da assunção de obrigações de não concorrência não estarão sujeitas a tributação autónoma quando sejam pagas a trabalhadores que não exerçam funções de gestão, administração ou gerência. No entanto, se a cessação da relação laboral coincidir com a cessação

²⁴³ Caso o empregador seja uma pessoa singular, o gasto com as importâncias pagas em virtude da assunção de obrigações de não concorrência não estará sujeito a tributação autónoma, na medida em que a norma equivalente de tributação autónoma prevista no CIRS (art. 73.º) não o prevê. De facto, a remissão para o CIRC contida no art. 32.º do CIRS é apenas para efeitos de determinação do rendimento englobável pelo sujeito passivo enquadrado na categoria B (e abrangido pelo regime da contabilidade organizada), não incluindo as normas referentes à tributação autónoma, uma vez que existe norma específica contida no CIRS.

²⁴⁴ Nos termos da al. a) do n.º 13 do art. 88.º do CIRC.

das funções referidas e tal compensação for devida nesse momento, a lei, dada a formulação ampla utilizada pelo legislador a que acima nos referimos, não parece permitir a exclusão de tributação autónoma sobre as quantias que sejam pagas a esse título.

5.3.6 REGIME DE SEGURANÇA SOCIAL

A questão da aferição da eventual sujeição das quantias pagas pelo empregador aos seus trabalhadores em virtude da assunção, por estes, de uma obrigação de não concorrência *post contractum finitum* prende-se necessariamente com a identificação da natureza jurídica não só de tais quantias mas também das importâncias que a lei expressamente indica como base de incidência contributiva de segurança social (ou seja, as importâncias sobre as quais devem incidir contribuições e cotizações).

Nos termos do Código Contributivo²⁴⁵, é considerada base de incidência contributiva a “remuneração ilíquida devida em função do exercício da actividade profissional ou decorrente da cessação do contrato de trabalho”²⁴⁶.

O Código Contributivo estabelece de forma expressa que, para efeitos de delimitação da base de incidência, se devem considerar como “remuneração” as “prestações pecuniárias ou em espécie que nos termos do contrato de trabalho, das normas que o regem ou dos usos são devidas pelas entidades empregadoras aos trabalhadores como contrapartida do trabalho prestado”, indicando uma listagem exemplificativa de quais são, tipicamente, essas prestações²⁴⁷.

²⁴⁵ Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, aprovado pela L. n.º 110/2009, de 16 de Setembro, o qual, após sucessivas prorrogações, iniciou a sua vigência - ainda que não plenamente - em 1 de Janeiro de 2011.

²⁴⁶ Cfr. n.º 1 do art. 44º do Código Contributivo.

²⁴⁷ Cfr. art. 46º do Código Contributivo.

Esta listagem, que inclui prestações remuneratórias de diferentes naturezas que integram a base de incidência contributiva dos beneficiários, emergentes não só da execução do contrato de trabalho como também da respectiva cessação, não contém qualquer referência às importâncias pagas pela obrigação de não concorrência pós-contratual.

Acresce ainda que o Código Contributivo prevê uma cláusula aberta nos termos da qual poderão estar sujeitas a contribuições e cotizações outras quantias que sejam atribuídas ao trabalhador, com carácter de regularidade, em dinheiro ou em espécie, directa ou indirectamente como contrapartida da prestação de trabalho desde que se verifiquem os seguintes requisitos cumulativos: (i) a atribuição de tais quantias se encontre prevista segundo critérios de objectividade, ainda que sujeita a condições; e (ii) constituam um direito do trabalhador e este possa contar com o seu recebimento independentemente da frequência da concessão²⁴⁸.

Sucedo, porém, que o Código Contributivo elenca também, de forma taxativa, quais as importâncias que, não obstante serem pagas aos trabalhadores pelos empregadores em tal qualidade, e em virtude do contrato de trabalho (tanto ao nível da execução como da cessação), se encontram excluídas da base de incidência contributiva (e conseqüentemente isentas do pagamento de contribuições e cotizações para a Segurança Social)²⁴⁹. Tal como se verifica com a listagem de inclusões, o elenco das exclusões, que tem natureza taxativa, não se refere de forma expressa às quantias pagas pelo empregador pela obrigação de não concorrência pós-contratual.

Da análise das prestações expressamente indicadas como estando excluídas da base de incidência parece resultar de forma clara que o legislador procurou isentar de encargos sociais os pagamentos efectuados pelos empregadores aos trabalhadores com natureza eminentemente compensatória /

²⁴⁸ Cfr. art. 47º do Código Contributivo.

²⁴⁹ Cfr. art. 48º do Código Contributivo.

indemnizatória, natureza esta que, conforme acima referimos caracteriza a contrapartida atribuída pelo empregador ao trabalhador em virtude da obrigação de não concorrência a qual visa compensar o trabalhador pela limitação da sua liberdade de trabalho e de pleno exercício da sua actividade profissional.

Decorre do exposto que o Código Contributivo (à semelhança daquilo que, aliás, já sucedia na legislação anterior) nos deixa com um vazio legislativo (ou com uma lacuna de previsão) quanto à eventual inclusão ou não destas quantias na base de incidência contributiva.

Mas para além da lacuna em si mesma, a qual por recurso aos mecanismos genéricos de integração se poderá solucionar, a omissão legislativa do Código Contributivo parece possibilitar, em certa medida, a opção por qualquer das alternativas em causa, já que nos permite aduzir tanto argumentos favoráveis à inclusão como à exclusão destas quantias da base de incidência contributiva.

Senão vejamos.

Conforme vimos acima, os rendimentos auferidos pelos beneficiários (trabalhadores) estão sujeitos ao pagamento de contribuições e cotizações quando cumulem, desde logo, as seguintes características: (i) sejam pagos pelo empregador, actuando em tal qualidade; (ii) representem uma contrapartida do seu trabalho; (iii) o pagamento seja efectuado em dinheiro ou em espécie; (iv) a obrigação de pagar tais quantias emerja do contrato de trabalho ou das normas e usos que o regem.

Numa primeira análise poderíamos concluir que a generalidade dos requisitos acima indicados se encontram, em concreto, verificados. Apenas o ponto (ii) é passível de suscitar dúvidas na medida em que, conforme já realçado, as quantias pagas em virtude da obrigação de não concorrência têm uma natureza eminentemente indemnizatória já que visam compensar o trabalhador pela limitação

da sua liberdade de trabalho, razão pela qual não constituem contrapartida do trabalho prestado.

Mas ainda que possamos admitir que este argumento tem, em si mesmo, força suficiente para afastar a tributação em sede de segurança social deste pagamento quando o mesmo é efectuado no momento da cessação do contrato ou posteriormente à mesma, tal já se afigura mais duvidoso nos casos em que o pagamento ocorra durante a execução do contrato, e em particular se for efectuado de forma faseada (por exemplo, se for processado juntamente com a remuneração nos primeiros 6 meses de execução do contrato, ainda que devidamente identificado como contrapartida pela obrigação de não concorrência pós contratual).

Não que a forma de pagamento possa, por si só, ser suficiente para afastar a natureza jurídica do pagamento de um ponto de vista estritamente laboral (ou seja, o facto de ser pago em várias prestações mensais não transforma uma indemnização em remuneração), mas sim porque estaremos face a um pagamento de uma prestação periódica, calculada com base em critérios objectivos, que emerge directamente da relação laboral e que consubstancia um direito do trabalhador e com a qual o mesmo pode contar.

Estas condições parecem poder possibilitar a subsunção plena deste tipo de pagamento à previsão do já referido art. 47º do Código Contributivo, o qual acaba por, em certa medida, atenuar a problemática da “contrapartida do trabalho prestado” já que nos trás um elemento literal mais abrangente através da expressão “*directa ou indirectamente*”. Ou seja, em teoria, preenchidos que estejam os demais requisitos indicados, determinadas prestações pagas pelo empregador ao trabalhador podem ficar sujeitas ao pagamento de contribuições e cotizações ainda que sejam apenas uma contrapartida indirecta da prestação de trabalho ou não tenham sequer natureza remuneratória para efeitos laborais. Na verdade, também se poderá dizer que mesmo a epígrafe do art. 46º do Código Contributivo também refere apenas “*contrapartida do trabalho prestado*”, sem discriminar se a mesma é

directa ou indirecta, pelo que nada parece obstar a que as contrapartidas indirectas possam também aqui ter cabimento.

Mas, para além de tudo isso, não se pode ainda deixar de atender ao elemento puramente teleológico. Na verdade, o pagamento de contribuições e cotizações à segurança social visa em primeira linha permitir o estabelecimento de uma relação jurídica sinalagmática²⁵⁰ nos termos da qual o trabalhador / beneficiário adquire um direito subjectivo à protecção nos riscos e necessidades sociais, ficando o sistema de segurança social com o correspondente dever jurídico de prestar²⁵¹. Esta protecção do beneficiário consubstancia-se na atribuição de prestações (sob a forma de subsídios ou pensões) substitutivos de rendimentos de trabalho, as quais são calculadas com base nas contribuições e cotizações efectuadas, razão pela qual há uma preocupação legítima do legislador em fazer incluir na base de incidência contributiva o maior número de prestações possível desde que emergentes do contrato de trabalho e da relação laboral.

Assim, parece existir argumentos que permitiriam defender que estas quantias, quando pagas no decurso do contrato de trabalho, deveriam ser sujeitas a tributação em sede de segurança social. Esta inclusão na base de incidência contributiva implicaria o pagamento de contribuições à taxa normal aplicável aos trabalhadores por conta de outrem, nos termos da qual as cotizações correspondem a 11% das quantias auferidas pelos beneficiários e as contribuições a 23,75% das (mesmas) quantias pagas pelos contribuintes, perfazendo um total de 34,75% sobre o valor em causa.

Questão diversa é a de saber se todos os argumentos atrás expendidos têm a mesma validade e força nos casos em que o pagamento da compensação

²⁵⁰ Não obstante não estar em causa um sinalagma directo no que respeita ao trabalhador / beneficiário, se atendermos ao lapso temporal existente entre o pagamento e o recebimento das prestações. No caso do empregador não se pode sequer falar em sinalagma já que a sua função é de mero contribuinte para o sistema.

pela obrigação de não concorrência é efectuado no momento da cessação do contrato de trabalho ou em momento posterior a tal cessação. É que, nestes casos, não se verifica, desde logo, um dos principais pressupostos do pagamento de contribuições à segurança social, que é o facto contributivo propriamente dito, ou seja, já não existe uma relação laboral que suporte aquele pagamento e, conseqüentemente, torna-se muito difícil concluir pela inclusão do mesmo na base de incidência contributiva já que não representa, em definitivo, qualquer contrapartida, nem directa nem indirecta, pelo trabalho prestado.

Mesmo de um ponto de vista prático torna-se difícil configurar a forma como as empresas poderiam proceder ao pagamento de contribuições relativas a beneficiários que, no momento do pagamento já não são seus trabalhadores, já que o preenchimento da declaração de remunerações pressupõe a existência de uma relação empregador/trabalhador. Em concreto, parece-nos que seria difícil a qualquer empresa justificar perante os serviços de segurança social a inclusão nas declarações de remunerações de um beneficiário cuja cessação de contrato de trabalho já tenha ocorrido tendo sido em princípio comunicada aos serviços da Segurança Social podendo, inclusivamente, ocorrer que o trabalhador tenha entretanto iniciado uma relação laboral com outro empregador (que evidentemente não seja concorrente do primeiro) e esteja já a contribuir em termos de Segurança Social nessa qualidade ou tenha optado por dedicar-se a um negócio seu, contribuindo, para efeitos fiscais e de segurança social como trabalhador independente.

Finalmente, importa ter presente que o recebimento pelo trabalhador da compensação acordada pela obrigação de não concorrência não é incompatível com o recebimento das prestações de desemprego²⁵² (as quais, pela sua natureza, não são compatíveis com rendimentos de trabalho, salvo situações excepcionais e

²⁵¹ Cfr. ILÍDIO DAS NEVES, *Dicionário Técnico e Jurídico de Protecção Social*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 622.

²⁵² Na doutrina Espanhola, PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 159, já sublinhou esta compatibilidade.

pontuais expressamente previstas com vista à implementação de medidas activas de emprego). Assim, por uma questão de coerência do sistema de segurança social, parece ser de concluir que o próprio legislador reconhece que tais importâncias não têm a natureza de rendimentos de trabalho.

Por tudo o que atrás ficou exposto seria talvez possível chegar à conclusão que a tributação em sede de segurança social ou não das quantias pagas pela limitação da liberdade de trabalho (que necessariamente emerge da obrigação de não concorrência pós-contratual), depende do momento no qual as mesmas são atribuídas, ficando o pagamento no decurso do contrato de trabalho sujeito ao pagamento de contribuições e cotizações e o pagamento feito na cessação do contrato ou em momento posterior à mesma isento.

Todavia, esta conclusão não se nos afigura aceitável. Na verdade, estaríamos a fazer depender o nosso juízo do momento em que a prestação é paga desconsiderando a natureza da mesma.

É que, a nosso ver, torna-se difícil de sustentar que determinada quantia é contrapartida do trabalho prestado (ainda que indirecta) para efeitos de inclusão na base de incidência contributiva, quando está em causa uma compensação paga pelo cumprimento de uma obrigação que nasce com a cessação do contrato de trabalho e que tem natureza incontornavelmente indemnizatória.

Assim, julgamos ser de defender que a compensação pela assunção de uma obrigação de não concorrência *post contractum finitum*, independentemente do momento em que o respectivo pagamento for realizado, não deve ser incluída na base de incidência contributiva porquanto não é uma contrapartida (nem directa nem indirecta do trabalho prestado) tendo, antes, natureza indemnizatória, pelo que não se encontram preenchidos os requisitos dos arts. 46º e 47º do Código Contributivo.

5.4 LIMITES

A licitude do pacto de não concorrência depende do facto de o mesmo respeitar limites de diferente índole. Desde logo, contido expressamente na lei, há que realçar o limite temporal. Depois, embora o texto da lei não lhes faça referência, será necessário verificarem-se limites de natureza geográfica (espaciais) e relativos à própria actividade sujeita a limitação. De seguida comentaremos de forma sucinta cada um deste tipo de limites.

5.4.1. TEMPORAL

O limite temporal de que depende a licitude do pacto encontra-se expressamente indicado no art. 136º do CT o qual permite a limitação da actividade do trabalhador durante o período máximo de 2 anos subsequente à cessação do contrato de trabalho²⁵³, podendo ir até ao período máximo de 3 anos tratando-se de trabalhador afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência²⁵⁴.

Estamos perante uma diferenciação legal no que respeita ao prazo máximo de duração da limitação pactada com base “[...] no *tipo de trabalhador* e dos interesses especificamente conexos com o conteúdo da obrigação²⁵⁵”.

Conforme salienta JOÃO ZENHA MARTINS²⁵⁶ “No que toca a trabalhador afecto ao exercício de actividades cuja natureza suponha especial relação de confiança, trata-se de uma flexibilização de regime, que aparecendo plenamente justificada pelo acesso a informações que em princípio não são acessíveis à generalidade dos trabalhadores, se acomoda à lógica pluralística que atravessa o

²⁵³ Cfr. n.º 2 do art. 136º do CT.

²⁵⁴ Cfr. n.º 5 do art. 136º do CT.

²⁵⁵ JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência ...*, op. cit., p. 313.

²⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 314.

Código do Trabalho [...]”. Defende este Autor que “[...] a aplicação desta *qualificativa* deve ser acompanhada da alegação e prova dos factos que preenchem a sua *factispecie*²⁵⁷“. Temos dúvidas que esta posição faça sentido em toda e qualquer situação uma vez que entendemos que determinados posicionamentos na empresa implicam por natureza tal “especial relação de confiança” (como, cargos de direcção ou chefia, por exemplo) pelo que nessas situações consideramos que não seria necessário, para este efeito, alegar e fazer provar de qualquer elemento adicional²⁵⁸.

Relativamente aos trabalhadores que exerçam actividade que implique acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência entendemos, também com JOÃO ZENHA MARTINS²⁵⁹, que “[...] a previsão carece de uma leitura devidamente concatenada com o direito da concorrência, embora o alongamento da obrigação se processe, as mais das vezes, em função da caracterização qualificada da actividade exercida pelo trabalhador, preenchendo-se destarte a primeira componente da previsão do n.º 5 [...]”.

A duração será aquela que as partes acordem sempre que não se ultrapassem os limites de 2 e 3 anos. Trata-se de limites máximos podendo evidentemente as partes acordar uma duração inferior.

No caso de as partes estipularem uma duração superior à duração máxima legalmente permitida para o efeito, entendemos, com PEDRO ROMANO

²⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 315.

²⁵⁸ Inclino-nos, portanto, para considerar mais correcto o posicionamento contido no Ac. do TRL, de 12.06.1996, referido por JOÃO ZENHA MARTINS, *ibidem*, NRP 68, (que cita César Teles, Colectânea de Jurisprudência, 1196, Tomo III, p. 167), no qual, a propósito do período experimental se refere “o período experimental de 240 dias [...] constitui um regime regra para todos os trabalhadores que nas respectivas empresas exerçam cargos de direcção ou sejam quadros superiores das mesmas”, dispensando-se a empresa do ónus de alegação e prova dos elementos *concretamente* viabilizadores da qualificação jurídica do trabalhador, permitente da aplicação do *prazo máximo*.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 316.

MARTINEZ²⁶⁰, que o “acordo converte-se no prazo máximo legal”, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do art. 121º do CT²⁶¹. Também JOÃO ZENHA MARTINS²⁶² refere que “[...] a ultrapassagem convencional do prazo de dois anos não inquina necessariamente o pacto de não concorrência (ainda a redução, *ex vi* do artº 292º do CC) [...]”.

Já se as partes não tiverem fixado qualquer duração para o pacto entendemos que se poderá entender aplicável o prazo legal máximo uma vez que a referência expressa à duração do pacto não constitui requisito legal para a validade do mesmo²⁶³.

Por outro lado, desde que respeitado o limite máximo, não nos parece existir qualquer impedimento ao facto das partes acordarem uma duração inicial para o pacto que poderá ser objecto de prorrogação²⁶⁴. Assim será válido, por exemplo, um pacto com uma duração inicial de 12 meses, renovável por mais 6 meses. No caso de alteração das circunstâncias que estiveram na base da formalização do pacto poderá concluir-se pela necessidade de reduzir ou aumentar a duração inicial acordada.

Quanto a determinar o início e o fim do período de limitação acordado, e na ausência de estipulações expressas em sentido diferente, dever-se-á entender que o *dies a quo* terá, em regra, por referência o dia seguinte à data da cessação do contrato de trabalho. Todavia, poderá ocorrer que as partes acordem que a obrigação de não concorrência apenas se inicia, por exemplo 15 dias após cessação do contrato caso em que, em princípio, o cômputo do prazo deverá ser

²⁶⁰ *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 618.

²⁶¹ Que dispõe que “A cláusula do contrato de trabalho que viole norma imperativa considera-se substituída por esta”.

²⁶² JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 313.

²⁶³ Neste sentido pronunciou-se já na doutrina Espanhola PILAR CHARRO BAENA, *El pacto de ...*, *op. cit.*, p. 169

²⁶⁴ Este é também o entendimento de JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 313.

realizado a partir da data que as partes estipularem para início do mesmo²⁶⁵, salvo acordo em sentido diferente. Por outro lado, conforme já antes mencionámos, não afastamos a hipótese de que o pacto possa ser formalizado após a extinção do contrato de trabalho – por exemplo, em sede de um acordo judicial após efectivação de um despedimento cuja validade judicialmente se discute, caso em que o início de tal contagem se iniciaria a partir da data da formalização do pacto.

Conforme já tivemos oportunidade de referir entendemos que a efectividade do pacto não depende da duração do contrato. Todavia, conforme também já sublinhado, a duração da limitação em causa deverá ser proporcional ao interesse do empregador a salvaguardar pelo que admitimos que tal interesse possa ser posto em causa nalgumas situações de vigências muito curtas de contratos de trabalho (por exemplo, no caso de um trabalhador cujo contrato vigorou por 3 meses tendo formalizado um pacto de não concorrência com a duração de 2 anos).

5.4.2 GEOGRÁFICO

Embora a lei não o mencione, tem sido entendido, e a nosso ver correctamente, que a limitação de actividade à qual o trabalhador se obriga por força do pacto de não concorrência não pode ter uma amplitude geográfica excessiva tendo por referência o interesse do empregador a proteger.

Neste sentido, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES²⁶⁶ realça que “[...] a concorrência do trabalhador só deve ser limitada na medida em que se possa revelar prejudicial o que exclui a possibilidade da sua restrição em áreas onde o

²⁶⁵ Conforme adiante referiremos não vislumbramos a existência de impedimento à possibilidade de, em situações muito específicas, as partes estipularem que os efeitos do pacto de não concorrência se iniciem apenas em determinado momento, por exemplo, decorridos 15 dias após a cessação do contrato de trabalho (pacto sujeito a termo suspensivo), desde que evidentemente se trate de um hiato temporal curto, por forma a não que não se possa entender que o nexo de causalidade com o contrato de trabalho se tenha “quebrado”.

²⁶⁶ *As cláusulas de não concorrência ...*, op. cit., p. 25.

empregador não desenvolve qualquer actividade e em que não tem qualquer interesse”²⁶⁷. Este Autor dá-nos conta de que “Gradualmente tem-se defendido o entendimento de que a renúncia válida à liberdade de escolher a profissão há-de ser uma renúncia não apenas temporária, mas também parcial e circunscrita em termos geográficos”, sendo vedado à cláusula colocar o trabalhador numa situação de impossibilidade absoluta de exercício da sua actividade profissional.

Também PEDRO ROMANO MARTINEZ²⁶⁸ assinala que “Da lei não resulta directamente, mas atendendo ao motivo que justifica a inclusão da cláusula de não concorrência pode concluir-se que a limitação é geográfica, tal como se determina em relação ao contrato de agência [...], porque a restrição de actividade do trabalhador em todas as áreas pode não ter interesse, sempre que a empresa empregadora tenha uma área limitada de implantação.”

Por seu turno, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²⁶⁹ refere que embora não subscreva, pelo menos em moldes gerais, a necessidade de o pacto delimitar uma área geográfica para a proibição da concorrência do trabalhador, porque não decorre da lei, o factor geográfico pode ser um elemento a ter em conta na avaliação do carácter prejudicial da actividade concorrente. Acompanhamos este posicionamento realçando que, a nosso ver, esta necessidade tendencial 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, até porque “em se tratando de informação, restrições territoriais fazem pouco ou nenhum sentido”²⁷⁰. De facto, a título exemplificativo, poderá não ter

²⁶⁷ O TC, no já referido Ac. n.º 256/2004, também refere que “Nada justificaria o impedimento da actividade do trabalhador em zona aonde o seu antigo empregador não estende a sua acção empresarial”.

²⁶⁸ *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 619.

²⁶⁹ *Direito do Trabalho...*, *op. cit.*, p. 1034.

²⁷⁰ ESTÊVÃO MALLET, *Cláusula de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 248. Este Autor refere que “A imposição de limite espacial à restrição – que se compreende perfeitamente – não significa, todavia, exclusão peremptória de cláusula com âmbito de validade superior ao território nacional [...]”.

qualquer efeito útil a restrição geográfica da obrigação de não concorrência relativa a um programador informático altamente especializado que tenha trabalhado para uma marca de software informático que venda o seu produto em todo o mundo.

De qualquer forma, julgamos ser útil que, sempre que possível, o pacto identifique o âmbito espacial da limitação²⁷¹, o qual, não tem necessariamente de ser coincidente com o local no qual o trabalhador prestava a sua actividade.

5.4.3 TIPO DE ACTIVIDADE

Ao contrário do que sucede com o limite geográfico, a limitação referente ao tipo de actividade objecto do pacto de não concorrência resulta da lei, concretamente da al. b), do n.º 2, do art. 136º do CT, que refere que a limitação da actividade do trabalhador é permitida desde que se trate “de actividade que possa causar prejuízo ao empregador”.

Uma vez que a limitação relativa à actividade está intimamente relacionada com o risco de prejuízo sério ao empregador que tal actividade pode causar, remetemos para os comentários que fizemos supra no ponto 5.2., não deixando aqui de reiterar ser unanimemente aceite a invalidade de uma limitação absoluta que abranja qualquer tipo de trabalho²⁷².

²⁷¹ Para este efeito poderão ser usadas menções referentes a distâncias determinadas (“num raio de x kms...”), determinados concelhos ou cidades e, ainda, áreas (por exemplo, norte, centro ou sul de um concreto país).

²⁷² Conforme já referimos MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 1034, salienta que ficam vedadas “[...] as limitações genéricas à actividade profissional do trabalhador, ainda que numa área determinada, uma vez que a lei não se basta com um mero conflito de interesses, mas exige a probabilidade de um prejuízo efectivo do empregador, decorrente, por

6. POSSIBILIDADE DE SUBMISSÃO DO PACTO A CONDIÇÃO OU TERMO

Conforme decorre da análise que já realizámos, a proibição de concorrência com efeitos *post contractum finitum* encontra-se, por imperativo legal, sujeita à necessidade de formalização de um pacto escrito entre as partes, que tem de observar os requisitos legais de licitude que identificámos supra.

Para além da moldura legal específica contida no art. 136º do CT, os pactos de não concorrência encontram-se sujeitos aos princípios gerais que regem os contratos, sendo certo que dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de livremente fixar o conteúdo dos contratos que celebram, nos termos e para os efeitos do art. 405º do CC que consagra o princípio da liberdade contratual. À luz deste princípio e do princípio da autonomia privada as partes podem incluir nos contratos as cláusulas que entendam mais adequadas aos fins em causa sendo a condição e o termo, em regra, aponíveis à generalidade dos contratos²⁷³.

A condição e o termo são, pois, cláusulas acessórias que as partes podem apor aos contratos e acordos que celebram.

Com a condição, prevista no art. 270º do CC, as partes podem subordinar a produção de efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução a um acontecimento ou facto futuro ou incerto. Apesar da validade do negócio, a condição projecta-se sempre sobre a sua eficácia de uma das seguintes formas: paralisando a produção de efeitos de um determinado contrato enquanto não se verificar o facto ou acontecimento condicionante (condição suspensiva); ou fazendo cessar a produção

exemplo, da transmissão de um *know-how* muito específico do trabalhador a outra empresa, ou do desvio de clientela para um concorrente”.

²⁷³ Todavia, existem situações nas quais, como é sabido, a lei veda a aposição deste tipo de cláusulas como no caso dos negócios unilaterais, que resultam do exercício de um direito potestativo que atinge a esfera de outrem. Nestes casos, o negócio é nulo, por aplicação analógica do art. 271º CC o qual comina com nulidade (i) o negócio jurídico subordinado a uma condição contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos bons costumes e (ii) o negócio sujeito a uma condição suspensiva

dos efeitos que se iniciaram no momento da celebração do contrato (condição resolutiva).

Conforme decorre do art. 276º CC, em princípio, a eficácia da condição é retroactiva, tendo-se por produzidos os efeitos ou considerado resolvido o negócio desde o momento da celebração do mesmo. Verificada a condição suspensiva, desencadeiam-se os efeitos do negócio e estes passam a produzir-se normalmente, caso contrário, é como se o contrato não chegasse a ter eficácia, desaparecendo mesmo aqueles efeitos precários já produzidos na pendência da condição. Verificada a condição resolutiva, cessam os efeitos do negócio, determinando a sua extinção. No caso de a condição não se vir a verificar, ou quando houver certeza da sua não verificação, os efeitos precários já produzidos tornam-se definitivos.

Através do termo as partes fazem depender a produção de efeitos do negócio jurídico de um facto futuro, mas certo (art. 278º CC). Quando as partes fixam um momento em função do qual se inicia a produção de efeitos do negócio jurídico estaremos perante um termo suspensivo. Já quando a verificação desse momento fizer cessar a produção desses efeitos estaremos perante um termo resolutivo. Em ambos os casos a verificação do termo tem eficácia retroactiva.

A fixação do termo pode realizar-se pela indicação de um certo período de tempo (prazo) ou pela indicação de um dia certo de calendário. Sendo que o termo pode ser certo, quando as partes saibam antecipadamente o momento da sua verificação (*certus an certus quando*), ou incerto, quando esse momento ainda seja desconhecido no momento da celebração do contrato ou do pacto (*certus an incertus quando*).

No termo, e durante período da pendência do mesmo as partes têm certeza quanto à verificação do facto ou evento de que fizeram depender a

que seja física ou legalmente impossível, sendo que se for resolutiva tem-se a condição por não escrita.

produção de efeitos do contrato. Já na condição as partes não sabem se o facto ou evento condicionante se vai verificar ou não.

Como é sabido, o Direito do Trabalho estabelece diversos limites à liberdade contratual das partes, em reconhecimento da maior fragilidade e dependência que caracteriza em regra a posição do trabalhador. O regime referente à admissibilidade de um termo ou condição nos contratos de trabalho é um exemplo que traduz a existência das referidas limitações impostas pelo legislador.

Não cabendo aqui analisar as limitações impostas pelo legislador laboral relativamente à aposição do termo e condição nos contratos de trabalho, sempre se dirá que, no que respeita à aposição de um termo ou condição suspensivos, o legislador, no art. 135º CT, expressamente admite tal possibilidade, exigindo apenas a redução a escrito, remetendo a regulamentação das mesmas para o regime geral do CC. Já nos arts. 139º e seguintes o legislador estabelece o regime do contrato de trabalho a termo resolutivo, admitindo, portanto, a aposição de um termo resolutivo num contrato de trabalho. Relativamente à condição resolutive o legislador laboral nada refere sendo que a maioria da doutrina entende que, face à omissão do legislador, a mesma não é oponível ao contrato de trabalho²⁷⁴.

E relativamente ao pacto de não concorrência? Poderão as partes licitamente apor uma condição ou termo a um pacto de não concorrência?

JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES parece entender que não será lícito sujeitar um pacto de não concorrência a condição dando conta que na Alemanha as cláusulas “[...] em que, por exemplo, o trabalhador assume uma obrigação de não concorrência pós-contratual que fica dependente de uma apreciação do

²⁷⁴ Por exemplo JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho e condição resolutive breves considerações a propósito do Código do Trabalho*, in Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea, Almedina-Coimbra, Coimbra, 2004, p. 352 (343-356), refere face à omissão do CT nesta matéria que tal facto “[...] não deixa de fornecer algumas pistas no sentido de reforçar a tese da inoponibilidade desta cláusula a este contrato.”

empregador, no momento da cessação do contrato, quanto à conveniência, nesse momento, em invocar tal obrigação²⁷⁵ têm sido “[...] denunciadas pela doutrina e jurisprudência alemãs por defraudarem a existência de onerosidade: para que o trabalhador fique vinculado por um pacto de não concorrência é necessário que lhe seja assegurada uma contrapartida, ou seja, que nesse momento da celebração do pacto o empregador possua o compromisso, igualmente definitivo de lhe pagar tal contrapartida [...]”²⁷⁶. Este Autor parece defender que face a esta situação teríamos não uma nulidade do pacto mas sim uma “nulidade relativa” que se traduziria no facto de só o trabalhador ter a possibilidade de invocar a nulidade.

Também JOÃO ZENHA MARTINS²⁷⁷ rejeita “[...] a validade de condições suspensivas ou resolutivas, de natureza potestativa, estabelecidas em favor do empregador”.

A possibilidade de condicionamento da eficácia do pacto a uma decisão unilateral e discricionária de uma das partes levanta-nos de facto algumas dúvidas. Adiante voltaremos a este ponto a propósito da análise da possibilidade de renúncia ao mesmo por cada uma das partes.

Já quanto a situações em que a efectividade do pacto fique dependente da ocorrência de situações objectivas não vislumbramos obstáculo à existência de acordo das partes nesse sentido, acordo que terá de ser parte integrante do pacto e que, como tal, terá de ser escrito.

Assim, a título de exemplo, afigura-se-nos válida a existência de um pacto celebrado aquando da contratação de um trabalhador para Director de um determinado departamento que estabeleça que os respectivos efeitos se produzirão apenas se o trabalhador vier a assumir a posição de Director-Geral na empresa ou de um pacto no qual as partes acordem que a efectividade do mesmo depende de o

²⁷⁵ *As cláusulas de não concorrência ...*, op. cit, p. 36.

²⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 37.

trabalhador permanecer ao serviço do empregador por um período inferior a 5 anos (pacto sujeito a condição suspensiva).

Na mesma linha, entendemos que as partes poderão estipular, como condição de efectividade e/ou manutenção do pacto, que o empregador continue a desenvolver as suas actividades em determinada área geográfica sendo que, caso o empregador deixe de ter actividade em tal área, o trabalhador ficaria desonerado da limitação de concorrência e o empregador desonerado da obrigação de pagamento da contrapartida compensatória ao trabalhador (pacto sujeito a condição resolutive).

De igual modo, não vislumbramos a existência de impedimento à possibilidade de as partes estipularem que os efeitos do pacto de não concorrência se iniciem apenas em determinado momento, por exemplo, decorrido um mês a partir da cessação do contrato de trabalho²⁷⁷ (pacto sujeito a termo suspensivo) ou acordar que o pacto de não concorrência cessará os seus efeitos um ano após a cessação do contrato de trabalho (pacto sujeito a termo resolutive).

7. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA

Conforme já antes tivemos oportunidade de referir, constitui posicionamento unânime doutrinário que o trabalhador pode renunciar ao pacto de não concorrência a qualquer momento sempre que encontre aplicação o disposto no art. 81º do CC. Na verdade, considerando-se que o pacto de não concorrência constitui uma limitação legal voluntária a um direito de personalidade do trabalhador, tal limitação é sempre revogável, devendo o trabalhador indemnizar os prejuízos

²⁷⁷ *Os pactos de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 367.

²⁷⁸ Entendemos que o termo suspensivo terá de ser aferido com base num prazo que não pode ser longo face à cessação do contrato de trabalho por forma a que não se possa entender que a obrigação de não concorrência não esteja vinculada àquele.

causados à contraparte²⁷⁹. Também a Jurisprudência já sublinhou este aspecto facto que também já mencionámos antes.

Já relativamente à possibilidade de renúncia por parte do empregador o posicionamento doutrinário diverge sendo que a posição maioritária vai no sentido de não reconhecer a possibilidade de renúncia do empregador à execução da obrigação de não concorrência.

Assim, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES refere que “A lei portuguesa, ao contrário de outras, não atribui ao empregador a possibilidade de renunciar a uma cláusula de não concorrência que tenha sido introduzida no contrato de trabalho [...]”²⁸⁰ tendo também referido a este propósito que “A circunstância de a nossa lei exigir expressamente que o pacto seja oneroso parece-nos revestir-se de importância para a solução de outras questões de solução mais delicada noutro ordenamentos. Assim, e por um lado, parece-nos que o empregador não pode unilateralmente renunciar à cláusula [...]; efectivamente, tal permitir-lhe-ia retirar um benefício da cláusula (já que ela dificulta a rescisão pelo trabalhador ainda durante a vigência do contrato) sem pagar o respectivo custo²⁸¹”.

Também JOÃO ZENHA MARTINS²⁸² não admite a possibilidade de renúncia do empregador nem mesmo se existir previsão negocial específica nesse sentido referindo que “[...] mesmo na presença de previsão negocial específica possibilitante de renúncia, admitir que o empregador pudesse, de *motu próprio*, pôr fim à obrigação de não concorrência significaria propiciar-lhe a extracção da obrigação de não concorrência de um efeito sucedâneo ao que é produzível por um pacto de permanência ao arrepio dos pressupostos no art. 147º, e [...] sem ter de

²⁷⁹ Neste sentido já antes tivemos oportunidade de remeter para PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 620.

²⁸⁰ *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 617.

²⁸¹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *As cláusulas de não concorrência ...*, op. cit., p. 36.

²⁸² *Os pactos de não concorrência ...*, op. cit., p. 367.

assumir a contrapartida que abona ao pacto de não concorrência uma qualificação sinalagmática”.

Em sentido diverso pronuncia-se RICARDO NASCIMENTO²⁸³ o qual admite a hipótese de renúncia por parte do empregador. De facto, este Autor realça que uma vez que “[...] a cláusula de não concorrência é celebrada no interesse da entidade patronal, esta deverá também acautelar a possibilidade de, no momento da cessação da relação laboral, fazer uma avaliação actualizada do seu interesse na manutenção dessa cláusula. Nesse momento, o empregador dispõe de todos os elementos que lhe permitem avaliar se existe ou não um risco de a actividade futura do seu trabalhador lhe poder vir a causar prejuízos efectivos, condição de que depende a própria licitude da cláusula de não concorrência, e de ponderar esse risco com a contrapartida financeira que está obrigada a pagar ao trabalhador”.

Quanto ao momento de efectivação da renúncia por parte do empregador RICARDO NASCIMENTO refere que “[...] deverá ser efectuada no próprio momento da cessação do contrato de trabalho, se a mesma se verificar por iniciativa do empregador ou por comum acordo, ou num prazo muito curto a contar da cessação se a mesma se ficar a dever a iniciativa do trabalhador, de forma a não se verificar qualquer restrição efectiva na capacidade de angariação de trabalho e, consequentemente, no direito ao trabalho do trabalhador em causa. Esta renúncia deverá ainda resultar de uma vontade clara e inequívoca²⁸⁴”.

Inclinamo-nos para acompanhar o entendimento de RICARDO NASCIMENTO, pelo que admitimos a possibilidade de renúncia por parte do empregador ao pacto de não concorrência nos *timings* referidos por este Autor. Todavia, parece-nos possível que o trabalhador possa vir invocar a existência de danos causados por tal renúncia sendo que, caso logre fazer prova da existência e quantificação dos mesmos, entendemos que terá direito a ser compensado pela

²⁸³ *Da cessação do contrato de trabalho ...*, op. cit., p. 361.

²⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 362.

contraparte. De facto, reconhecemos que nos casos em que o pacto tenha sido celebrado por exemplo aquando da celebração do contrato de trabalho pode originar “efeitos inibitórios que incidem sobre a desvinculação a *parte laboratoris cursus contractus*²⁸⁵”.

A nosso ver, o reconhecimento desta possibilidade de renúncia por parte do empregador face a uma avaliação actualizada do seu interesse na manutenção dessa cláusula reequilibra a posição das partes uma vez que o trabalhador pode legitimamente renunciar à obrigação de não concorrência a qualquer momento, conforme já referimos. Reiteramos que importa ter presente que o empregador estará nesta sede em melhor posição de avaliar se tem ou não interesse na cláusula de não concorrência sendo difícil aos Tribunais terem condições de se substituírem ao empregador para efeitos de tal juízo já que é o empregador que está na posse de todos os elementos para poder decidir o que é, ou não, melhor para si e para os seus interesses.

De qualquer forma, afigura-se-nos aconselhável que a possibilidade de renúncia por parte do empregador seja objecto de previsão negocial específica a qual deverá identificar o momento de efectivação da mesma que deverá coincidir com o momento da cessação do contrato ou passado muito pouco tempo dessa cessação quando a mesma tenha sido operada por iniciativa do trabalhador²⁸⁶,

²⁸⁵ JOÃO ZENHA MARTINS, *Os pactos de não concorrência ...*, op. cit., p. 366-367.

²⁸⁶ Na doutrina Espanhola RAÚL C. CANCIO FERNÁNDEZ, *El incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual. Aspectos procesales*, Actualidad Laboral, Sección Doctrina, Ref. XXXVI, Tomo 3, Editorial La Ley, 2000, pp. 521-522, dá conta que enquanto a doutrina espanhola tem maioritariamente admitido a renúncia por parte do empregador já a Jurisprudência não tem acolhido esse entendimento. Assim, refere este Autor o seguinte: “La doctrina, mayoritariamente ha venido entendiendo que el empresario podrá renunciar al pacto sobre la base del art.º 21.2 ET, que estipula un derecho de la empresa, matizado por la exigencia de un plazo de preaviso para amortiguar los perjuicios que pudieran irrogarse al trabajador.”, sendo que “[...] No obstante la posición doctrinal mayoritaria [...] algunos pronunciamientos jurisprudenciales mantienen una posición contraria a la renuncia injustificada del pacto por parte del empresario dado que se trata de un acuerdo con obligaciones bilaterales, cuyo cumplimiento, por imperativo del art.º 1256 CC, no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes (SSTS de 24 de septiembre de 1990, de 29 de octubre de 1990 y de 10 de julio de 1991).”.

sendo certo que caso “[...] a entidade patronal não renuncie, em tempo, aos benefícios decorrentes da obrigação de não concorrência, estará sempre obrigada a pagar a respectiva contrapartida²⁸⁷”, salvo em situações de incumprimento da obrigação de não concorrência por parte do trabalhador como adiante veremos.

8. CUMPRIMENTO E POSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO

Do lado do trabalhador, que assume no contexto da relação de não concorrência pós-contratual a posição de devedor, é unânime a posição de que a obrigação de não concorrência é insusceptível de ser transmitida para um devedor diferente do ex-trabalhador que se vinculou à mesma uma vez que se trata de uma obrigação *intuitu personae*, sendo, portanto personalíssima relativamente à pessoa do trabalhador.

Já do lado do empregador, que assume no contexto da relação de não concorrência pós-contratual a posição de credor parece-nos viável a transmissão da sua posição em situações particulares como sejam situações de transmissão de empresa ou estabelecimento²⁸⁸. Assim, com JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES²⁸⁹, entendemos que “No caso de transmissão de empresa ou estabelecimento, a transmissão da posição que decorre do contrato de trabalho acarreta que a cláusula passa a aplicar-se ao novo empregador, sendo este quem deve pagar a compensação e a ter direito a ser indemnizado na hipótese de incumprimento da cláusula”. De facto, a conclusão não poderia ser diferente já que a transmissão da empresa ou de estabelecimento implica *ope legis* que o adquirente assumirá a posição de empregador nos contratos de trabalho do transmitente. Todavia, o pacto poderá vir a não produzir efeitos relativamente ao adquirente nos casos em que se verifique que o mesmo não tem interesse sério na manutenção do mesmo.

²⁸⁷ *Da cessação do contrato de trabalho ...*, op. cit., p. 362.

²⁸⁸ Cfr. art. 285º do CT.

Em suma, parece-nos poder-se concluir que não sendo transmissível a posição do devedor num pacto de não concorrência, a posição do credor poderá ser objecto de transmissão.

²⁸⁹ *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 619.

IV. EFEITOS DECORRENTES DO INCUMPRIMENTO

Uma vez que o art. 136º do CT não refere qualquer tipo de consequência específica em matéria de incumprimento por parte de qualquer das partes das obrigações decorrentes dos pactos de não concorrência o tratamento desta questão deve reconduzir-se aos termos gerais da responsabilidade civil contratual. De seguida analisaremos as consequências do incumprimento por parte de cada uma das partes com referência à eventual responsabilidade de terceiros e à legalidade ou não da existência de uma cláusula penal num pacto de não concorrência.

Antes, porém, uma breve referência à possibilidade de as partes preverem no próprio pacto mecanismos de “vigilância” do mesmo com vista a zelar pela existência de uma situação de segurança quanto aos termos do respectivo cumprimento. Tal será o caso de, por exemplo, as partes acordarem que o trabalhador se obriga a informar o ex-empregador das novas actividades que vai iniciar, em momento anterior ao respectivo início, sendo que o silêncio do ex-empregador, dentro de um prazo curto, face a tal comunicação, será entendido como aceitação da natureza não concorrencial das mesmas.

1. INCUMPRIMENTO POR PARTE DO EX-TRABALHADOR

Por força da celebração de um pacto de não concorrência o trabalhador obriga-se a não realizar actividades concorrentes com o seu ex-empregador pelo que existirá incumprimento do pacto por parte do ex-trabalhador sempre que o mesmo realize tais actividades.

Note-se que, na falta de estipulação expressa das partes em sentido diferente, em princípio o pacto de não concorrência veda ao trabalhador concorrer com o ex-empregador de forma directa ou indirecta pelo que, se a actividade

concorrencial for exercida por interposta pessoa²⁹⁰ ou através de sociedade da qual o trabalhador é sócio, evidentemente que estaremos perante uma situação de incumprimento do pacto por parte do trabalhador.

É entendimento unânime na doutrina que o incumprimento do pacto de não concorrência constitui um factor gerador de responsabilidade civil contratual em relação ao trabalhador faltoso nos termos e para os efeitos do art. 798.º e seguintes do CC²⁹¹. Estamos, pois, em sede de responsabilidade contratual a qual, como é sabido, assenta na culpa cuja existência se presume²⁹².

Assim, conforme sublinha JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES²⁹³, “O empregador pode, desde logo, recusar-se a pagar a contrapartida se ainda não o tiver feito, invocando a excepção de não cumprimento ou exigir o seu reembolso, muito embora se possa questionar se esse reembolso não deverá ser apenas parcial caso o trabalhador tenha observado o pacto durante uma parte do seu tempo de duração. O empregador tem, ainda, direito a uma indemnização, muito embora importe reconhecer que se torna difícil demonstrar a existência de danos”.

Quanto à questão pertinentemente referida por JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES de saber se o reembolso das quantias deverá ser apenas parcial nos casos em que o trabalhador tenha cumprido o pacto durante certo período inclinamo-nos para não reconhecer tal possibilidade pelo que, em nossa opinião, o reembolso deverá ser integral na medida em que o empregador deve ver a sua situação patrimonial reconstituída²⁹⁴. Esta conclusão relaciona-se também com a forma como

²⁹⁰ Tal será o caso em que, por exemplo, o trabalhador se socorre de familiares para constituir uma empresa cuja actividade é concorrente do ex-empregador.

²⁹¹ Neste sentido, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 619 e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho...*, op. cit., p. 1036.

²⁹² Cfr. 799º do CC.

²⁹³ *As cláusulas de não concorrência ...*, op. cit., pp. 37-38.

²⁹⁴ A esta conclusão chegou o Ac. TRL, de 29.03.2006, proferido no âmbito do processo 863/2006-4, disponível em www.dgsi.pt, no qual pode ler-se o seguinte: “O incumprimento do pacto de não concorrência constitui um facto gerador de responsabilidade civil contratual em relação ao trabalhador faltoso, nos termos do art. 798.º do Código Civil. Assim, a situação patrimonial da A. deve

olhamos para a obrigação de não concorrência. 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 incumpra tal obrigação este incumprimento deverá dar lugar a restituir ao empregador o que este já tiver pago ao trabalhador.

Este parece ser também o posicionamento de RICARDO NASCIMENTO²⁹⁵ o qual assinala que em caso de violação do pacto de não concorrência pelo trabalhador para além da obrigação de indemnizar o empregador pelos danos causados nos termos gerais de direito existe a obrigação de devolução das quantias recebidas como contrapartida da limitação da sua actividade ou a “[...] libertação da entidade patronal pagar essa quantia, no caso de ainda não ter sido paga”.

Concluindo, caso o trabalhador incumpra o pacto de não concorrência apesar de estar a receber ou de já ter recebido a contrapartida acordada com o ex-empregador, este último poderá optar por resolver o pacto de não concorrência, com direito à devolução integral das contrapartidas já pagas e a ser indemnizado pelos danos causados pelo incumprimento do ex-trabalhador²⁹⁶, os quais podem ser de natureza patrimonial, não patrimonial ou lucros cessantes.

Em certas situações não afastamos a hipótese de o empregador poder judicialmente exigir o cumprimento do pacto, requerendo a cessação do ilícito, reduzindo neste caso a sua contraprestação e mantendo o direito à indemnização por danos. Nesta situação, parece-nos que o empregador já não teria direito à devolução das contrapartidas já pagas²⁹⁷. Note-se, no entanto, que apesar de teoricamente possível esta alternativa pode não se revelar operativa na prática já

ser reconstituída [...], desde logo através do pagamento à A. das quantias que esta despendeu por força da compensação prevista no pacto de não concorrência. Não se provou que a conduta do Réu causou à Autora qualquer outro dano ou prejuízo”.

²⁹⁵ *Da cessação do contrato de trabalho ...*, op. cit., p. 362.

²⁹⁶ Cfr. art. 801º do CC.

que, por exemplo, poderá suceder que no momento no qual a decisão judicial é proferida já tenha terminado o prazo de duração do pacto.

Acompanhamos a posição de JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES²⁹⁸ quando refere que lhe parece não ser possível em Portugal “[...] exigir, por exemplo, o encerramento de estabelecimento que o trabalhador tenha aberto por conta própria ou a restituição do lucro obtido através da violação do pacto de não concorrência”, uma vez que parece não existir fundamento legal que permita fazer operar este tipo de consequências.

Por outro lado, tal como realça PEDRO ROMANO MARTINEZ, importa distinguir as situações de incumprimento do pacto por parte do trabalhador das situações em que o mesmo se desvincule do pacto nos termos e para os efeitos do art. 81º do CC, contexto no qual estaremos perante uma actuação lícita do trabalhador, a qual, no entanto, determina o dever de indemnizar o empregador²⁹⁹. Nesta situação a responsabilidade assenta num facto lícito danoso.

Relativamente à indemnização a pagar ao ex-empregador em virtude do incumprimento pode a mesma estar prevista no pacto ou não. Caso tal previsão não exista haverá que judicialmente fixar-se tal quantia de acordo com a prova dos danos e prejuízos que o ex-empregador lograr fazer.

Sucedem muitas vezes a prova dos danos e prejuízos, sobretudo na vertente dos lucros cessantes, nem sempre é fácil de ser realizada pelo ex-

²⁹⁷ Cfr. art. 802º do CC.

²⁹⁸ *As cláusulas de não concorrência ...*, op. cit, pp. 37-38.

²⁹⁹ A este propósito este Autor refere o seguinte: “Quanto à responsabilidade do trabalhador que desrespeita o pacto de não concorrência, sendo, por via de regra, uma hipótese de incumprimento contratual, pode integrar uma actuação lícita sempre que encontre aplicação o disposto no art. 81.º do CC. Deste modo, constituindo o pacto de não concorrência uma limitação lícita de um direito de personalidade do trabalhador, se este se desvincular na base desse pressuposto, o acto é lícito, mas determina o dever de indemnizar o empregador, por exemplo das despesas efectuadas na preparação técnica do trabalhador.” - *Direito do Trabalho*, op. cit, p. 620.

empregador pelo que é aconselhável que as partes façam constar do pacto uma cláusula penal. Adiante retomaremos o ponto de forma mais detida.

Note-se que, actos que não passam de actos preparatórios, como a angariação de clientes ou o contacto com outros trabalhadores com vista à celebração de um contrato de trabalho, podem ofender os interesses cobertos pela obrigação de não concorrência³⁰⁰.

Já JOÃO ZENHA MARTINS³⁰¹, realçando que a concorrência diferencial do trabalhador assenta “[...] nas vantagens de que o trabalhador é portador pelo simples facto de ter executado *aquele* contrato de trabalho”, conclui “[...] que não incumprirá um pacto de não concorrência o trabalhador que contacta clientes (ora comuns) cujo conhecimento não radica na actividade exercida ao serviço do seu antigo empregador ou, face à ausência de *business connections*, o trabalhador que inicia relações com clientes que só após a cessação do contrato de trabalho encetam relações comerciais com o seu antigo empregador”. Ainda relativamente aos clientes este Autor³⁰² refere que “[...] caso tenham findado os laços comerciais com o empregador ainda antes da cessação do contrato, e conquanto aquela cessação não se mostre imputável ao trabalhador, não há, em princípio razão para impedir que este encete relações comerciais com aqueles, ainda que, *ad cautelam*, mas sem prejuízo de uma ab-rogação (= não vinculatividade absoluta → indagação concreta da susceptibilidade de causação do dano diferencial que o contacto com

³⁰⁰ Este aspecto é referido por GONZALO DIEGUEZ, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 272-273.

³⁰¹ *Os pactos de não concorrência*, *op. cit.*, p. 336.

Para este Autor, *ibidem*, p. 337, “[...] parecem exorbitar da esfera de protecção da obrigação de não concorrência as *invenções livres* do trabalhador, já que o direito de autor pertence ao criador intelectual da obra, salva disposição expressa em contrário – art. 11º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos” - cfr. pp. 337-340 nas quais este Autor desenvolve a apreciação desta interessante questão em moldes com os quais globalmente concordamos.

³⁰² *Idem, ibidem*, p. 352. Na NRP 181, JOÃO ZENHA MARTINS dá conta que “[...] entre nós, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, cit., p. 474, questiona mesmo se as listas de clientes não deverão ser consideradas bases de dados, com evidentes repercussões no regime jurídico aplicável, designadamente no que tange à aplicação da Lei nº 67/98, de 26 de Outubro, Lei da Protecção de dados pessoais [...]”.

cada um dos clientes pode produzir), tenham os sujeitos conveniência em inscrever no pacto de não concorrência o nome dos clientes que o trabalhador não pode contactar (a chamada *lista de clientela*)”.

Na nossa opinião, face à sensibilidade que os contactos com a clientela assumem concordamos que, sempre que possível, será vantajoso que as partes façam constar do pacto uma listagem dos clientes cujo contacto fica vedado ao ex-trabalhador, sendo que consideramos que poderão existir situações em que se justifique incluir nessa listagem determinado cliente que, apesar de não ter encetado relações comerciais com empregador antes de cessado o contrato de trabalho, seja um cliente estratégico no qual o empregador já realizou investimentos importantes de angariação e que, portanto, poderá ficar abrangido pela limitação de contacto por parte do ex-trabalhador, por força do pacto de não concorrência, aceitando o trabalhador tal inclusão por reconhecer a importância potencial de tal cliente e o investimento já realizado.

2. INCUMPRIMENTO POR PARTE DO EX-EMPREGADOR

O incumprimento por parte do ex-empregador de um pacto que respeite todos os seus requisitos de licitude traduz-se na falta de pagamento da contrapartida acordada ao trabalhador a qual, como vimos, poderá ser paga de uma só vez, em várias prestações regulares durante o período da limitação ou durante a vigência do contrato ou, como vimos, findo tal período.

Na opinião de JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES³⁰³ “[...] o pacto parece ter natureza sinalagmática com as necessárias consequências, como por exemplo, a possibilidade de invocação da excepção de não cumprimento ou a resolução do pacto pelo trabalhador por incumprimento do empregador”.

³⁰³ *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 617.

Já RICARDO NASCIMENTO³⁰⁴ realça que “[...] o não pagamento pontual pela entidade patronal da contrapartida financeira não liberta o trabalhador da obrigação de não concorrência, mas determina que o mesmo tenha direito a reclamar as quantias fixadas, acrescidas de juros, calculados a partir da sua data de vencimento.”.

Assim, face à moldura legal da responsabilidade contratual, no âmbito da qual nos situamos para este efeito, entendemos que, perante o incumprimento da prestação a que o ex-empregador está obrigado, o ex-trabalhador pode optar por resolver o pacto recuperando a sua plena liberdade de trabalho ou recorrer aos Tribunais para exigir o pagamento da contrapartida acordada, sem prejuízo de, em ambas as situações, poder legitimamente reclamar o ressarcimento de danos resultantes do incumprimento caso existam.

Já nos casos em que estejamos perante uma mera falta de pagamento pontual de uma das prestações em causa, ou seja perante uma situação de mora no cumprimento por parte do ex-empregador, o trabalhador não ficará desonerado da obrigação de não concorrência tendo direito a reclamar as quantias fixadas, acrescidas de juros e de eventual indemnização caso tenha sofrido danos em virtude da situação de mora³⁰⁵.

3. EVENTUAL RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS

Neste ponto cabe averiguar se poderá ou não ser assacada qualquer responsabilidade a um empregador concorrente do ex-empregador que, tendo conhecimento da existência de um pacto de não concorrência, venha a celebrar um contrato de trabalho com o trabalhador vinculado ao mesmo.

³⁰⁴ *Da cessação do contrato de trabalho ...*, op. cit., p. 362.

³⁰⁵ Cfr. arts. 804º e ss. do CC.

Conforme salienta JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES³⁰⁶, “A possibilidade de responsabilizar o novo empregador, se a violação do pacto pelo trabalhador assumir a modalidade de celebração de um novo contrato de trabalho com um concorrente da anterior entidade patronal, depende da opção que em sede de direito civil se tome quanto à eficácia externa das obrigações e à responsabilidade do terceiro cúmplice. Em todo o caso, o segundo contrato de trabalho não padece de qualquer invalidade e não é possível compelir o segundo empregador a, por exemplo, despedir o trabalhador.”.

Na mesma linha PEDRO ROMANO MARTINEZ³⁰⁷ refere que “Do pacto de não concorrência não decorre a invalidade de um contrato de trabalho que venha a ser celebrado em sua violação; nos termos gerais, o incumprimento do pacto de não concorrência constitui um facto gerador de responsabilidade civil contratual em relação ao trabalhador faltoso (arts. 798º e ss do CC) e, eventualmente de responsabilidade civil delitual com respeito à empresa que tiver contratado esse trabalhador, caso se admita a eficácia externa das obrigações e estejam preenchidos os pressupostos do terceiro cúmplice.”.

Sendo posição doutrinária maioritária que o contrato de trabalho celebrado em violação de um pacto de não concorrência não é inválido, julgamos que com base no argumento de que, relativamente àquele, o pacto de não concorrência é *res inter alios acta*, posição que também sufragamos, não se nega uma eventual responsabilidade civil delitual do empregador que tiver contratado o trabalhador caso se admita a eficácia externa das obrigações e a responsabilidade do terceiro cúmplice. De seguida, abordaremos esta questão de forma muito sucinta já que uma análise completa da mesma extravasa o âmbito deste estudo.

A questão da eficácia externa das obrigações tem sido um tema objecto de alguma divergência na doutrina e jurisprudência portuguesas, sendo que esta

³⁰⁶ *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 619.

³⁰⁷ *Direito do Trabalho, op. cit.*, pp. 619-620.

discussão se relaciona com a contraposição entre os denominados direitos absolutos e os direitos relativos.

Os direitos absolutos, ou *erga omnes*, são aqueles nos quais se verifica a existência de um vínculo geral, unindo o sujeito activo a todas as outras pessoas. Estes direitos absolutos geram na esfera de todas as outras pessoas a chamada obrigação negativa universal, a qual se traduz no dever de não perturbarem o exercício destes direitos.

Já os direitos relativos, ou direitos de crédito, são aqueles que valem unicamente *inter partes*, pelo que ao direito do credor (crédito) corresponde um dever particular ou especial, que impende exclusivamente sobre o devedor, e que é denominado débito, ou obrigação.

De acordo com o posicionamento da doutrina clássica, em sede de direitos de crédito seria incorrecto considerar a existência de uma obrigação passiva universal sendo certo que este posicionamento, todavia, “[...] não impossibilita a responsabilização do terceiro, quando a sua conduta seja de qualificar como abuso de direito³⁰⁸”.

À doutrina clássica referida contrapõe-se a doutrina do efeito externo das obrigações. De acordo com esta, além de um efeito interno das obrigações, o qual impende sobre o devedor, e cuja primazia não se nega, verifica-se nas obrigações um efeito externo, o qual se traduz no dever imposto “*erga omnes*” de respeitar o direito do credor, não impedindo o cumprimento da obrigação nem contribuindo para o incumprimento da mesma. Tal implica que o crédito não será apenas tutelado em face do devedor, mas também em face de terceiros, os quais podem ser obrigados a responder para com o credor por força da violação do seu direito de crédito.

³⁰⁸ RICARDO NASCIMENTO, *Da cessação do contrato de trabalho ...*, op. cit., p. 349.

Conforme refere JOÃO LEAL AMADO³⁰⁹ “O que se pergunta, em suma, é se nas obrigações, ao elemento *interno* (o direito contra o devedor) acresce um elemento *externo* (o dever, a todos imposto, de respeitar o direito do credor, não impedindo o cumprimento nem colaborando no incumprimento). Em caso de resposta afirmativa, convirá ainda, segundo a doutrina civilista, distinguir dois grandes grupos de hipóteses em que é possível discernir uma violação do crédito por parte do terceiro: aquele em que se verifica um *ataque a um simples elemento do substrato do crédito*, seja ele a pessoa do devedor [...] ou o objecto da prestação [...] e aquele em que se regista um *ataque directo ao próprio crédito*, em que o terceiro coopera com o devedor na lesão do direito do credor (por exemplo, induzindo o trabalhador à ruptura ilícita do contrato)”.

Ora, da nossa parte, não estando aqui em causa uma tomada de posição firme relativamente à existência ou não de uma eficácia externa das obrigações³¹⁰, sempre diremos que, em termos gerais, concordamos com a posição entre nós assumida por RITA AMARAL CABRAL³¹¹ nesta matéria, a qual se traduz na defesa da aplicabilidade do art. 483º do CC³¹² às situações de violação de direitos de

³⁰⁹ *Vinculação versus Liberdade, ..., op. cit.*, p. 349.

³¹⁰ RICARDO NASCIMENTO, *Da cessação do contrato de trabalho ..., op. cit.*, p. 349, dá conta de que “[...] se propende hoje em muitos países, se não a abandonar a ideia de eficácia meramente interna dos direitos de crédito, ao menos a temperar a rígida aplicação deste princípio e, é sobretudo o caso do desvio de empregados que há longo tempo tem ocupado a literatura e jurisprudência estrangeiras, sendo que a orientação preponderante é a de responsabilizar o terceiro no caso de ruptura ilícita do contrato”. A este propósito este Autor remete para “A. FERRER CORREIA / VASCO LOBO XAVIER, “Efeito externo das obrigações; Abuso do Direito; Concorrência Desleal (A propósito de um Hipótese Típica)”, *in RDE*, Ano V, 1979, 1 págs. 3-19, onde é dado parecer sobre uma situação de ruptura de contratos de revenda de produtos petrolíferos com a cláusula de exclusividade, em que a ruptura foi proposta ou provocada por outra empresa concorrente que se ofereceu, inclusive, para suportar as indemnizações a que os revendedores viessem a ficar sujeitos por virtude da violação do contrato.”.

³¹¹ *Vd.*, RITA AMARAL CABRAL, *A Tutela delitual do direito de crédito*, *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 1025-53. A posição desta Autora baseia-se na posição de MANUEL GOMES DA SILVA.

³¹² Este art. dispõe o seguinte:

“1. Aquele que com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes de tal violação.

crédito por terceiros, afastando-se assim da doutrina nacional que “[...] defende que a responsabilidade de terceiro só é admissível nos termos do abuso do direito, consagrado no art. 334^{o313}”. Refere esta Autora que em tal doutrina “[...] o apelo ao abuso do direito e a compreensão restritiva do art. 483^o encontrariam fundamento na necessidade de evitar uma multiplicação excessiva e perniciosa de casos de responsabilidade³¹⁴”, sendo certo que “[...] na maioria dos casos [...], esta exigência priva de eficácia a tutela do direito de crédito³¹⁵”.

Assim, parece-nos fazer pleno sentido a existência da possibilidade de responsabilizar o novo empregador, concorrente do anterior, pelos prejuízos causados ao ex-empregador desde que se prove que, tendo conhecimento da existência de um pacto de não concorrência tenha, culposamente, contribuído para a respectiva violação por parte do trabalhador vinculado ao mesmo, retirando benefícios de tal incumprimento.

Neste mesmo sentido MÁRIO PINTO, PEDRO FURTADO MARTINS E ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO³¹⁶ referem que “tratando-se de uma situação em que essa violação se consubstancia na celebração de um contrato de trabalho com outra entidade, não será em princípio possível responsabilizar o novo empregador pelos prejuízos causados, a menos que este tenha conhecimento do pacto e contribua culposamente para o seu incumprimento, nos termos gerais em que é reconhecida a eficácia externa das obrigações”.

Na verdade, parece-nos que, de facto, na maioria das situações, o recurso à figura do abuso de direito para que se possa responsabilizar um terceiro pelos danos causados pela violação de um pacto de não concorrência revela-se inconsequente porquanto os casos típicos de ofensa de um direito de crédito por

2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.”

³¹³ RITA AMARAL CABRAL, *A Tutela delitual ...*, *op. cit.*, p. 1043.

³¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 1044.

³¹⁵ *Idem, ibidem*.

³¹⁶ *Comentário às leis ...*, *op. cit.*, p. 172.

terceiro não serão enquadráveis no art. 334.º do CC³¹⁷, limitando assim, em muito, as possibilidades de responsabilização do terceiro.

Concordando, pois, que a resposta para este problema se poderá encontrar no art. 483.º do CC “[...] tendo sempre presente que a aplicação desta norma não carece de qualquer interpretação extensiva ou limitativa, sendo a que flui da letra da lei³¹⁸”.

Na verdade, como salienta RITA AMARAL CABRAL³¹⁹, o art. 483º é aplicável a todos os direitos subjectivos, como o são, inquestionavelmente, os direitos de crédito, sendo certo que “O regime que se contém no artigo 798º do Código Civil e que certos autores apontam como a sede exclusiva da disciplina legal da inobservância do direito de crédito, que assim não estaria abrangida pelo artigo 483º, apenas estatui acerca da não realização pelo devedor. Acontece que, [...] a inexecução da prestação não coincide com o desrespeito do vínculo obrigacional por terceiro, antes constituindo realidade muito diversa deste último. Razão pela qual, a inclusão dos direitos de crédito na previsão do artigo 483º nunca dispensaria a norma do art. 798º [...]”³²⁰.

Esta Autora também realça o facto de ser necessária prova dos elementos subjectivos (culpa ou dolo) pelo que “[...] o terceiro só pode ser responsabilizado se tiver agido ciente da existência do direito de crédito e se o houver violado com culpa, pelo menos. A imputação subjectiva pressupõe o conhecimento do direito e reporta-se à inobservância deste³²¹”.

³¹⁷ Nos termos deste art. “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

³¹⁸ RITA AMARAL CABRAL, *A Tutela delitual ...*, *op. cit.*, p. 1050.

³¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 1042.

³²⁰ *Idem, ibidem*, pp. 1041-42.

³²¹ *Idem, ibidem*, p. 1050.

Assim, para os efeitos que nos importam, o novo empregador apenas poderá ser responsabilizado se tiver conhecimento da existência de um pacto de não concorrência a favor do antigo empregador e se tiver violado ou contribuído para a violação do crédito dele decorrente, pelo menos, com culpa.

Atento o exposto, sempre se dirá que o apuramento de uma eventual responsabilidade por parte do novo empregador carece de ser objecto de uma apreciação casuística, a qual deverá assentar nas especificidades de cada caso concreto, nomeadamente na conduta assumida pelo mesmo, na informação que este tinha em seu poder e na sua intenção ao contratar aquele trabalhador.

Caso se conclua que o novo empregador conhecia a existência de um pacto de não concorrência tendo contribuído para a sua violação ao contratar e manter uma relação laboral com o trabalhador obrigado ao mesmo, entendemos que deverá concluir-se pela existência de responsabilidade do terceiro na violação do direito de crédito do credor, nos termos gerais do art. 483.º do CC.

Salientamos que ao trabalhador obrigado a um pacto de não concorrência caberá o dever de informar³²² o potencial empregador de tal facto já que “[...] o trabalhador tem o dever de informar espontaneamente o empregador sobre todas as circunstâncias que digam respeito aos *requisitos mínimos* para o exercício da actividade em questão ou que possam *obstar à prestação da actividade*³²³”.

Na linha do que preconizamos JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES³²⁴ refere o seguinte: “Estamos em crer que o trabalhador que tenha no seu contrato de trabalho uma cláusula de não concorrência deverá advertir deste facto um potencial

³²² Nos termos do n.º 2 do art. 106º do CT “O trabalhador deve informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral”.

³²³ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 221.

³²⁴ *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 619.

empregador subsequente, o qual, por seu turno, parece poder legitimamente questionar um candidato ao emprego a este respeito”.

Se o candidato a emprego não informar o potencial empregador da existência do pacto de não concorrência ou, se perguntado pelo empregador acerca de tal facto, ocultar ou mentir sobre o mesmo, entendemos que poderá haver lugar à possibilidade de anulabilidade do contrato por erro³²⁵ ou responsabilidade pré-contratual³²⁶, sem prejuízo da possibilidade de desvinculação no período experimental, caso as partes não o tenham excluído³²⁷.

Sem prejuízo do referido relativamente aos deveres de informação do trabalhador relativamente à existência de um pacto de não concorrência que o vincule, entendemos que o ex-empregador, caso venha a ter conhecimento de que o trabalhador foi contratado por um concorrente pode optar por notificar este último da existência do pacto, impedindo assim que o mesmo possa vir posteriormente a argumentar desconhecer tal contexto, o que facilitará a possibilidade de efectiva responsabilização deste último, nos termos e para os efeitos do art. 483º do CC.

4. LEGALIDADE DE INCLUSÃO DE CLÁUSULA PENAL

Nos termos do art. 810º do CC as partes podem fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal.

³²⁵ Cfr. arts. 251º e 287º do CC.

³²⁶ Conforme realça SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual ...*, op. cit., p. 188, “[...] mesmo que seja possível recorrer à acção de nulidade ou anulabilidade e as partes se desvinculem de um contrato indesejado, os prejuízos decorrentes da violação do dever pré-contratual de informação continuam a fazer-se sentir, uma vez que [...] o contrato de trabalho nulo ou anulado produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução”.

³²⁷ Nos termos e para os efeitos do n.º 3 do art. 111º do CT.

Conforme já tivemos oportunidade de referir, afigura-se-nos perfeitamente válida a inclusão de uma cláusula penal num pacto de não concorrência.

Na verdade atendendo à dificuldade em determinar o montante do prejuízo causado pelo incumprimento do pacto, o recurso à cláusula penal é um mecanismo que não só é válido como se afigura aconselhável. Em regra, a cláusula penal utiliza-se para os casos de incumprimento do pacto por parte do ex-trabalhador.

Neste mesmo sentido, já se pronunciou JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES³²⁸ que justamente realça que a dificuldade do empregador em demonstrar a existência e o montante dos danos causados pelo ex-trabalhador “[...] torna aconselhável o recurso à figura da cláusula penal”. Também PEDRO ROMANO MARTINEZ³²⁹ refere que “[...] mesmo sendo ilícita, como não é fácil determinar os prejuízos que tal actuação culposa comporta para a entidade patronal, associado ao pacto de não concorrência pode ajustar-se uma cláusula penal”.

Nos termos gerais, a cláusula penal pode ser objecto de redução pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva³³⁰, sendo que, salvo convenção das partes em contrário, o estabelecimento da cláusula obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente³³¹.

Nada impede que o *quantum* da cláusula penal seja superior ao da contrapartida a atribuir ao ex-trabalhador sendo habitual que assim ocorra por forma a igualmente cumprir uma função penalizadora.

³²⁸ *As cláusulas de não concorrência ...*, *op. cit.*, p. 38. Na doutrina espanhola PILAR CHARRO BAENA, *El pacto ...*, *op. cit.*, p. 175, também refere que “[...] el establecimiento de esta cláusula penal no solo es posible sino que resulta especialmente ventajosa”.

³²⁹ *Direito do Trabalho ...*, *op. cit.*, p. 617.

³³⁰ Cfr. art. 812º do CC.

Para efeitos do pacto de não concorrência a cláusula penal desempenha simultaneamente uma função preventiva e dissuasora do incumprimento da obrigação por parte do trabalhador. Para além disso, a existência da mesma torna líquidos os danos que tal incumprimento possa causar ao ex-empregador, dispensando-o da necessidade de provar a quantificação dos mesmos. Por outro lado, também acarreta a vantagem para o trabalhador de à partida saber que o incumprimento do pacto não acarretará o pagamento de uma compensação de montante superior ao estabelecido na cláusula penal mesmo que o ex-empregador faça prova da existência de danos não cobertos pela mesma³³².

Também o TC admite, no já mencionado Ac. n.º 256/2004, de 14.04.2004, a possibilidade de inclusão de uma cláusula penal referindo que “[...] se tiver sido estabelecida «cláusula penal», que a doutrina justifica como meio de obviar à dificuldade de prova e de quantificação dos danos sofridos pelo antigo empregador (isto é, como liquidação antecipada desses prejuízos), existirá sempre a possibilidade da sua redução pelo tribunal de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva (artigo 812.º, n.º 1, do Código Civil)”.

³³¹ Cfr. n.º 2 do art. 811º do CC.

³³² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 604, refere que “O carácter de liquidação *forfaitaire* impede qualquer pretensão ulterior em ordem a *ajustar* ou a fazer *coincidir* o montante predeterminado com o prejuízo real. Mas isto só significa, convém frisá-lo, que ficam arredadas, com a estipulação da cláusula, discussões posteriores sobre a *extensão* do dano efectivo – não, porém, sobre a própria *existência* do dano, *base e pressuposto* da liquidação operada”.

V. EXTINÇÃO DO PACTO

O pacto de não concorrência extinguir-se-á por caducidade nos termos gerais, designadamente, e desde logo, em virtude do decurso do respectivo prazo. Assim, um pacto celebrado pelo prazo de dois anos extinguir-se-á findo tal prazo, recuperando o trabalhador a sua plena liberdade de trabalho.

Por outro lado, o desaparecimento do interesse sério do empregador também originará a caducidade do pacto já que a existência de tal interesse é, como já vimos, um dos requisitos de validade do mesmo. Assim, caso a empresa empregadora encerre total e definitivamente a sua actividade o pacto caducará. Também a extinção de pessoa colectiva empregadora acarreta a caducidade do pacto. Finalmente, caso o trabalhador volte a ser contratado pelo ex-empregador no período de vigência do pacto de não concorrência também desapareceria o interesse sério do empregador na manutenção deste.

A morte do trabalhador também origina a extinção do pacto por caducidade, por impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o trabalhador cumprir a sua obrigação de *non facere*.

Tal como em qualquer outro pacto, os sujeitos de um pacto de não concorrência podem, a qualquer momento, fazer cessar o mesmo por acordo. Assim, é lícito às partes revogarem o pacto de não concorrência tanto na vigência do contrato de trabalho como, após cessação do contrato de trabalho, isto é, em momento anterior ou posterior à produção de efeitos do pacto.

Poderão ainda as partes, no exercício da liberdade contratual que lhes assiste, fazer constar do pacto causas de cessação que sejam contratualmente acordadas, desde que não sejam contrárias à lei, à moral e à ordem pública, nem se revelem contrárias à boa fé ou se possam traduzir em abuso de direito.

VI. ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS

Conforme tivemos oportunidade de referir ao longo do nosso estudo em matéria de pactos de não concorrência os Tribunais têm uma grande margem de intervenção, sendo certo que a validade e adequação do pacto de não concorrência tanto pode ser judicialmente apreciada em acção intentada pelo empregador face ao incumprimento das obrigações emergentes do pacto por parte do trabalhador ou, em acção intentada pelo trabalhador que, em regra, poderá vir colocar em causa a validade do pacto ou exigir o cumprimento do mesmo por parte do empregador.

Da análise jurisprudencial que realizámos podemos concluir que, entre nós, as acções judiciais que têm por objecto pactos de não concorrência, são, em regra, acções intentadas por ex-empregadores que judicialmente reclamam o ressarcimento de danos e prejuízos resultantes do incumprimento do pacto por parte de ex- trabalhadores. Assim, realizaremos a análise que se segue, referente à competência material e territorial, ónus da prova e prazo de prescrição, com base essencialmente nesta perspectiva.

1. COMPETÊNCIA MATERIAL E TERRITORIAL

Uma das questões que pode surgir com frequência, associada a uma situação de violação de um pacto de não concorrência, consiste em saber a que tribunal pertence a competência material para conhecer do pedido de indemnização com base na violação de um compromisso assumido através de um pacto de não concorrência por parte de um ex-trabalhador.

No momento de determinar qual o tribunal competente para apreciar esta acção, algumas dúvidas se colocam, designadamente, quanto a decidir entre a competência dos Tribunais do Trabalho ou dos Tribunais Cíveis.

Tomando uma posição no que a esta questão diz respeito, o STJ, no Ac. de 17.02.2009, proferido no âmbito do processo 08A3836³³³, realçando que os pactos de não concorrência situam-se numa zona de fronteira entre o Direito do Trabalho, o Direito Comercial e o Direito Civil, veio concluir pela competência dos tribunais cíveis para dirimirem litígios relativos a pedidos de indemnização por violação de pactos de não concorrência. Tal conclusão decorre do facto de o STJ entender que “o pacto de não concorrência é autónomo e distinto do antecedente contrato de trabalho, de natureza sinalagmática e onerosa, subsequente à cessação das obrigações que, até então, uniam trabalhador e empregador, impondo aos mesmos sujeitos novas obrigações correlativas [...]” sendo que “[...] as questões que surjam, posteriormente, à extinção da relação de trabalho, devem ser dirimidas em tribunal comum, porquanto já não se está perante situações de cariz social que justifiquem a autonomização daquela jurisdição.” Assim, “Sendo o facto genético do direito ou da pretensão do autor [empregador] a condenação dos réus [ex-trabalhadores] no pagamento de uma indemnização pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos com a violação, pelos mesmos, do compromisso de sigilo profissional e de não concorrência, está-se em presença, de uma acção cível de condenação e, não perante uma questão, directamente, emergente ou conexas com uma relação de trabalho subordinado.”

Salvo o devido respeito, não nos parece ser esta, contudo, a melhor opinião.

Conforme menciona o Ac. do TRL, de 02.05.2007, proferido no âmbito do processo 1510/2007-4³³⁴, tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido que a competência do tribunal é apreciada em função dos termos em que a acção é proposta, ou seja, determina-se pela forma como o autor estrutura o seu pedido e os respectivos fundamentos.

³³³ Disponível em www.dgsi.pt.

³³⁴ Disponível em www.dgsi.pt.

Ora, em acções deste género, o direito que o autor (ex-empregador) em regra pretenderá fazer valer será o pagamento, por parte do réu (ex-trabalhador), do pagamento de uma indemnização pelos prejuízos decorrentes violação de um pacto de não concorrência.

Como é de fácil constatação, os prejuízos causados pela violação de um pacto de não concorrência decorrem da prévia existência de um contrato de trabalho, condição *sine qua non* para que efectivamente exista um pacto de não concorrência válido à luz do art. 136º do CT.

Deste modo, será sempre necessária a existência de um contrato de trabalho, e de uma relação laboral dele emergente, para que possamos estar na presença de um pacto de não concorrência e, conseqüentemente, de uma eventual violação do mesmo.

Como é sabido, existe no nosso sistema judicial uma categoria de tribunais designada “tribunais de competência especializada”, a qual é consagrada no art. 78.º da LOFTJ³³⁵. De acordo com esta disposição, podem ser criados tribunais de competência especializada, entre os quais, nos termos da respectiva al. d), se prevê a existência de tribunais do trabalho.

Versando o art. 85.º do mesmo diploma legal sobre as competências dos tribunais do trabalho, dispõe a al. b) que compete aos tribunais do trabalho conhecer, em matéria cível, “das questões emergentes de relações de trabalho subordinado e de relações estabelecidas com vista à celebração de contratos de trabalho”.

³³⁵ Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais - L n.º 3/99, de 13 de Janeiro, cuja última alteração foi introduzida pela L n.º 115/2009, de 12 de Outubro.

O mesmo se diga relativamente à nova LOFTJ, a L n.º 52/2008, de 28 de Agosto³³⁶, a qual se aplica exclusivamente às comarcas piloto do Alentejo Litoral, Baixo-Vouga, e Grande Lisboa Noroeste, uma vez que o respectivo art. 118.º, que identifica as competências dos juízos do trabalho, reproduz na íntegra o referido art. 85.º da LOFTJ relativo à competência dos tribunais do trabalho. Assim, de acordo com a al. b), do referido art. 118.º, compete aos juízos do trabalho conhecer, em matéria cível, “das questões emergentes de relações de trabalho subordinado e de relações estabelecidas com vista à celebração de contratos de trabalho”.

Nas acções relativas a pactos de não concorrência a parte que demanda deverá invocar como causa de pedir a existência de um contrato de trabalho no âmbito do qual foi celebrado o pacto de não concorrência. Assim, entendemos que o incumprimento de um pacto de não concorrência, o qual está intrinsecamente ligado e dependente de uma relação laboral, deverá ser necessariamente considerado como uma questão emergente de uma relação de trabalho subordinado sendo os tribunais do trabalho competentes para conhecer da respectiva acção.

Era este, aliás, o entendimento que até 2009 tinha prevalecido jurisprudencialmente sendo que o próprio STJ, no Ac. de 13.02.2008, proferido no âmbito do processo 07S3385³³⁷, já se havia pronunciado no sentido de que “[...] visando a cláusula de não concorrência limitar o exercício da liberdade de trabalho do trabalhador, após a cessação do contrato de trabalho, e tendo em conta a coligação existente entre essa cláusula e a execução do próprio contrato em que se encontra inserida, é indiscutível que a alegada violação da cláusula de não concorrência configura uma questão emergente de relação de trabalho subordinado, pelo que os tribunais do trabalho são competentes para dela conhecer, nos termos do disposto na alínea b) do artigo 85.º da LOFTJ”.

³³⁶ Cuja última alteração foi introduzida pela L n.º 115/2009, de 12 de Outubro.

³³⁷ Disponível em www.dgsi.pt.

Na mesma esteira pronunciou-se o TRL, designadamente, no já referido Ac. de 02.05.2007, proferido no âmbito do processo 1510/2007-4³³⁸, no Ac. de 17.06.2008, proferido no âmbito do processo 1389/2008-1³³⁹ e, no Ac. de 09.09.2008, proferido no âmbito do processo 2040/2008-1³⁴⁰. Neste último, o TRL realça que “[...] a alínea b) do artigo 85.º da LOFTJ não cinge a competência material dos tribunais do trabalho ao conhecimento «*das questões emergentes de relações de trabalho subordinado que surjam durante a vigência dessa relação*», antes liga essa competência às «*questões emergentes de relações de trabalho subordinado*»” concluindo que “[...] visando a cláusula de não concorrência limitar o exercício da liberdade de trabalho do trabalhador, após a cessação do contrato de trabalho, e tendo em conta o nexos existente entre essa cláusula e a execução do próprio contrato em que se encontra inserida, é irrecusável que a alegada **violação de cláusula de não concorrência configura uma questão emergente de relação de trabalho subordinado**, pelo que os tribunais do trabalho são competentes para dela conhecer, nos termos da mencionada alínea b) do artigo 85.º da LOFTJ”.

Conforme já referido entendemos ser esta a melhor doutrina porquanto não nos parece possível dissociar a existência de uma relação laboral, assente na

³³⁸ Disponível em www.dgsi.pt.

³³⁹ Disponível em www.dgsi.pt. Neste Ac., proferido ainda na vigência do CT1, mas cuja actualidade se mantém, pode ler-se o seguinte: “Os pactos de não concorrência, enquanto pactos limitadores da liberdade de trabalho, só são permitidos nos termos e condições previstos no art. 146.º do Código do Trabalho.

Resulta, pois, desse artigo que o pacto de não concorrência tem como fundamento o acesso que o trabalhador teve, na execução do contrato de trabalho, a informação privilegiada cuja utilização após a cessação do mesmo possa causar prejuízo ao empregador. Estamos ainda no domínio de uma situação emergente da relação de trabalho subordinado.

O pacto de não concorrência invocado pelo A. não deixa de referir exactamente essa situação quando, para além de invocar expressamente o art. 146.º do Código do Trabalho como seu fundamento legal, refere nos seus considerandos que a sua razão de ser é evitar que à Ré sejam causados prejuízos pela eventual utilização pelo A. de informação privilegiada a que teve acesso durante a vigência de contrato de trabalho que vigorou entre as partes.

Donde se conclui, como na decisão recorrida, pela competência do tribunal do trabalho para conhecer da presente acção, nos termos da alínea b) do art. 85.º da LOFTJ”.

³⁴⁰ Disponível em www.dgsi.pt.

celebração de um contrato de trabalho, do prejuízo emergente da violação de um pacto de não concorrência celebrado ao abrigo desse mesmo contrato de trabalho.

Acresce que importa ter presente que o incumprimento do pacto está intimamente relacionado com os termos da limitação de actividade acordada a qual, como já tivemos oportunidade de realçar, por sua vez, tem uma relação intrínseca com a relação laboral que vigorou entre as partes a qual originou que o ex-trabalhador esteja em condições de assumir uma posição de concorrência diferencial face ao ex-empregador da qual o empregador pode legitimamente querer proteger-se.

Assim, parece-nos ser de concluir que será o Tribunal do Trabalho o tribunal competente para apreciar esta matéria o qual, para além do mais, nos parece estar em melhor posição de realizar os juízos críticos que a mesma impõe.

Assumindo a competência material dos tribunais do trabalho para a apreciação de pedidos relacionados com a violação de pactos de não concorrência, a competência territorial será aferida, na falta de norma especial, nos termos do disposto no art. 13.º do CPT. Desta forma, nas acções em que o empregador assume a qualidade de Autor e o ex-trabalhador a qualidade de Réu, a acção deverá ser proposta no tribunal do domicílio do réu (n.º 1 do art. 13.º do CPT). No caso de ser o ex-trabalhador a intentar uma acção contra o ex-empregador com vista ao pagamento da compensação, a mesma poderá ser proposta no tribunal do lugar da prestação de trabalho na vigência do contrato³⁴¹ ou do domicílio do Autor (n.º 1 do art. 14.º do CPT).

Em suma, entendemos que o critério relativo à jurisdição deve assentar na identificação da causa que está na origem do pacto sendo certo que se na origem do mesmo estiver uma relação laboral caberá ao Tribunais do Trabalho

³⁴¹ Nos termos do n.º 3 do art. 14º do CPT sendo o trabalho prestado em mais de um lugar, podem as acções ser intentadas no tribunal de qualquer desses lugares.

apreciar as questões do mesmo emergente³⁴². Ao invés, se o pacto tiver na sua origem uma relação de outra natureza, por exemplo, de cariz societário, como será o caso de um pacto de não concorrência celebrado com um Administrador estatutário de uma empresa a jurisdição competente será a jurisdição cível.

Por último, gostaríamos de deixar uma breve nota no sentido de referir que o CPT não prevê nenhum procedimento cautelar especificado destinado a proteger o empregador dos prejuízos decorrentes da violação de um pacto de não concorrência. No entanto, não afastamos a hipótese de assistir ao empregador a possibilidade de recorrer ao procedimento cautelar comum com vista a evitar a existência de um dano que decorreria da violação de um pacto de não concorrência.

Assim, em situações em que o não cumprimento do pacto de não concorrência não decorra de uma situação em que o trabalhador se desvincule do mesmo nos termos e para os efeitos do art. 81.º do CC, e em que tal incumprimento seja apto a provocar uma lesão grave e dificilmente reparável dos direitos do empregador (salientando-se mais uma vez a dificuldade que o empregador poderá ter em sede de acção principal em provar os danos efectivamente sofridos, sobretudo no que respeita aos lucros cessantes), afigura-se-nos possível o recurso pelo empregador ao procedimento cautelar comum com vista a obstar à continuação da actividade concorrente.

Note-se, contudo, que este procedimento terá sempre fortes limitações no que respeita às medidas cautelares que poderão ser aplicáveis. Em particular, afigura-se-nos que não poderão ser aplicadas medidas cautelares que conduzam a uma impossibilidade prática total de o trabalhador desenvolver a sua profissão. No entanto, parece-nos possível peticionar, em sede do referido procedimento cautelar,

³⁴² Sem prejuízo da possibilidade de recurso à jurisdição civil ou mesmo penal nos casos em que o incumprimento do pacto se traduza em situações de concorrência desleal *ex lege* ou de violação de segredos com protecção penal, as quais são proibidas, independentemente da existência ou não de uma relação laboral anterior.

que o trabalhador seja impedido de participar num projecto específico que tenha natureza concorrente com a actividade do seu ex-empregador.

2. ÓNUS DA PROVA

Como é sabido, o ónus da prova é distribuído de acordo com a posição das partes na acção sendo certo que nos termos do disposto no n.º 1 do art. 342º do CC, àquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado.

No que toca ao contexto em análise entendemos que cabe ao ex-empregador que invoque que um pacto de não concorrência foi objecto de incumprimento pelo ex-trabalhador o ónus de alegação e demonstração da existência de um pacto de não concorrência legalmente válido, da situação de incumprimento por parte do trabalhador e da existência e quantificação de danos sofridos em virtude da mesma³⁴³.

Neste sentido, o TRL veio numa decisão recente, concretamente, no Ac. de 20.10.2010, proferido no âmbito do processo 4883/07.5TTLSB.L1-4³⁴⁴, referir que “Cabe ao empregador que invoca em seu favor uma cláusula de não concorrência demonstrar que os conhecimentos adquiridos pelo trabalhador no decurso do contrato implicam riscos particulares específicos para a empresa. Na falta de um interesse do empregador justificado pelo risco de uma concorrência diferencial a cláusula é nula. Este interesse legítimo do empregador tem de ser alegado e provado pelo empregador, pois o mesmo não se presume, e, no caso concreto, não se deduz das funções legalmente atribuídas ao trabalhador”.

³⁴³ É, pois, necessário, provar o nexo de causalidade entre o incumprimento e os danos à luz da doutrina da causalidade adequada nos termos e para os efeitos previstos no art. 563º do CC.

³⁴⁴ Disponível em www.dgsi.pt.

Na doutrina, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES³⁴⁵ refere que cabe ao empregador o ónus da prova quanto à existência de uma concorrência violadora da cláusula e quanto à existência e montante de danos sofridos em razão dessa violação (os quais podem ser de natureza patrimonial ou não patrimonial ou tratar-se de lucros cessantes).

Atendendo à dificuldade de prova dos danos sofridos pelo ex-empregador em virtude do incumprimento do pacto de não concorrência, reiteramos que será aconselhável a inclusão no mesmo de uma cláusula penal.

Uma vez provado o incumprimento do pacto, presume-se a culpa do ex-trabalhador, nos termos e para os efeitos do art. 798º do CC, cabendo-lhe o ónus de alegação e demonstração de que o incumprimento não procede de culpa sua³⁴⁶, isto é que agiu segundo a diligência de um *bonus pater familias*.

3. PRESCRIÇÃO

Nesta sede importa averiguar qual o prazo de prescrição³⁴⁷ dos direitos decorrentes da violação de um pacto de permanência o qual será também o prazo para a propositura de uma acção destinada a reclamar tais direitos. Concretamente, será aplicável o prazo de prescrição de 1 ano contido no art. 337º do CT ou os prazos de prescrição contidos no CC?

³⁴⁵ *As cláusulas de não concorrência ...*, op. cit., p. 38, NRP 68.

³⁴⁶ Cfr. art. 799º do CC cujo nº 1 dispõe que “Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua”.

³⁴⁷ Conforme refere BERNARDO LOBO XAVIER, *Prescrição dos Créditos Laborais*, in RDES, Ano XLIX (XXII da 2ª Série) – ns. 1-4, Janeiro-Dezembro 2008, p. 243 (243-255) “[...] a prescrição (extinção pelo decurso do tempo de créditos não exigidos) tem de ser invocada por aquele a quem aproveita, sendo tal invocação insuprível pelo tribunal (art. 303º do CC), e é irrenunciável antes de decorrido o respectivo prazo (art. 302º), não podendo este prazo ser modificado negocialmente. A prescrição não pode ser facilitada ou dificultada (300º)”.

Como é sabido o art. 337.º do CT, que corresponde, com pequenas alterações formais, ao art. 381.º do CT1, estabelece que “o crédito de empregador ou de trabalhador emergente de contrato de trabalho, da sua violação ou cessação prescreve decorrido um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho”.

Ora, importa averiguar que tipo de créditos estão contemplados neste art. 337.º do CT.

O STJ, no Ac. 07.02.2007, proferido no âmbito do processo 06S3317³⁴⁸, tendo por referência o art. 381º do CT1, defende que a expressão “créditos resultantes do contrato de trabalho e da sua violação ou cessação” deve ser entendida “como se reportando apenas aos direitos que decorrem da prestação do trabalho ou que passaram a ser imediatamente exigíveis por força da cessação ou violação do contrato”.

Ora, por força deste entendimento, parece resultar que ao crédito emergente da violação de um pacto de não concorrência não poderia ser aplicável o art. 337.º do CT, porquanto estes créditos nem decorrem da prestação do trabalho nem são imediatamente exigíveis por força da cessação ou violação do contrato.

Da nossa parte, pensamos que tal conclusão não deverá ser acolhida.

Na verdade, uma vez que existe uma impossibilidade prática de aplicação directa do prazo contido no art. 337º, poderemos considerar uma de duas alternativas: (i) entender que deverá ser realizada a aplicação da regra geral, ou seja, o prazo de prescrição ordinário de 20 anos, previsto no art. 309.º do CC, ou (ii) entender que estamos perante uma lacuna que deverá ser integrada mediante o recurso à norma aplicável aos casos análogos.

³⁴⁸ Disponível em www.dgsi.pt.

Fazendo uma primeira e superficial análise da questão, poderia argumentar-se, como é tradicionalmente assente na doutrina, que o recurso à analogia é proibido nos casos em que exista uma norma geral que regule a situação, o que, na hipótese em apreço, parece verificar-se.

No entanto, uma vez que a violação de um pacto de não concorrência, atenta a relação existente com o contrato de trabalho que vigorou entre as partes, apresenta mais semelhanças com a regra especial do art. 337.º do CT do que com a regra geral do art. 309.º do CC, parece-nos não ser de afastar a analogia. De facto, conforme salienta JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO³⁴⁹ “A justificação do princípio da proibição da analogia a partir de regras excepcionais parece fácil. Se há uma regra e uma excepção, e surge um caso cuja disciplina se procura, esse caso é naturalmente abrangido pela regra, como regra que é. A excepção está delimitada para os casos para que foi estabelecida e não tem elasticidade para abranger novas situações.

Mas esta simplicidade é enganadora. Surgem casos que apresentam mais semelhanças com os regulados de modo excepcional que com os constantes da regra geral [...]”.

Assim, entendemos que a solução que melhor se harmoniza com o espírito do sistema, é a de considerar que nesta situação, atenta a estreita conexão que existe entre o crédito emergente da violação de um pacto de não concorrência e os créditos decorrentes da cessação ou violação de um contrato de trabalho, será de aplicar o prazo prescricional de um ano, previsto no art. 337.º do CT.

O TRP, no Ac. de 19.10.2009, proferido no âmbito do processo 444/08.0TTMAI.P1³⁵⁰, pronunciou-se neste sentido. No sumário deste Ac. refere-se o seguinte: “IV. Dado que os créditos decorrentes da violação do pacto de não concorrência, não têm como data limite de vencimento a data da cessação do

³⁴⁹ *O Direito, Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 10.ª Ed. Revista, Almedina-Coimbra, Coimbra, 1999, p. 450.

contrato, não se vencem imediatamente por força da extinção contrato e só se vencem após a cessação do contrato, não estando, por isso, em condições de ser plenamente exercidos nessa altura, não lhes pode ser directamente aplicável o referido prazo de prescrição de um ano [...]. V. Admite-se, porém, dentro do espírito do sistema, da conexão que apesar de tudo existe entre os créditos decorrentes da violação do pacto de concorrência e o contrato de trabalho, nos termos do artº 10º do Código Civil, que seja aplicável o prazo de um ano para tais créditos serem reclamados”.

E como se procede à contagem do referido prazo de um ano?

O n.º 1 do art. 337º do CT estatui que o prazo de prescrição começa a correr no dia seguinte ao da cessação do contrato de trabalho³⁵¹. Ora, no caso dos pactos de não concorrência, esta contagem não faz sentido uma vez que o pacto de não concorrência apenas inicia a sua vigência após a cessação do contrato.

De acordo com o disposto nos ns. 1 e 2 do art. 306º do CC, o prazo de prescrição começa a correr quando o direito puder ser exercido sendo que a prescrição de direitos sujeitos a condição suspensiva ou termo inicial só começa depois de a condição se verificar ou o termo se vencer.

Relativamente ao pacto de não concorrência, entendemos que a contagem do prazo de um ano deverá ser realizada tomando como *dies a quo* uma das seguintes situações: (i) a data em que cessem os efeitos do pacto de não concorrência por decurso do prazo acordado, (ii) a data em que se verifique o

³⁵⁰ Disponível em www.dgsi.pt

³⁵¹ Uma breve nota para referir que, apesar de ausência de consequência prática no que concerne aos pactos de não concorrência uma vez que vigoram apenas após a cessação da relação laboral, seguimos o entendimento de BERNARDO LOBO XAVIER, *Prescrição dos Créditos Laborais*, *op. cit.*, p. 253, no sentido que “[...] o regime de prescrição laboral se destina a adicionar-se ao sistema do Direito civil, sem constituir qualquer excepção na contagem dos prazos, limitando-se a acrescentar um curto prazo extintivo cessada a relação de trabalho, sem tocar nos prazos gerais e de longo prazo nos seus sistemas de cômputo”.

incumprimento pontual do pacto por parte do ex-trabalhador³⁵² ou, (iii) a data em que cesse a situação continuada de incumprimento do pacto³⁵³.

Parece-nos, assim, que recorrendo às regras da interpretação da lei, constantes do art. 9.º do CC, teremos de concluir como concluímos. De facto, aplicar analogicamente o art. 337.º do CT sem fazer esta ressalva, não faria qualquer sentido já que, na prática, qualquer violação de um pacto de não concorrência celebrado por período superior a 1 ano após cessação do contrato de trabalho, que ocorresse após o 12º mês de execução do mesmo ficaria sem qualquer protecção o que, evidentemente, não faz sentido.

³⁵² No referido Ac. do TRP, 19.10.2009, o Tribunal realça que o prazo prescricional de um ano “[...] só começa a correr a partir do momento da prática da infracção e do momento em que a entidade empregadora possa exercer o seu pedido indemnizatório. É, na verdade, no momento em que o ‘direito puder ser exercido’, nas palavras do legislador [...], que o prazo de prescrição começa a correr”.

³⁵³ Na doutrina Espanhola, RAÚL C. CANCIO FERNÁNDEZ, *El incumplimiento del pacto ...*, *op. cit.*, p. 526, dá conta que o Tribunal Supremo, em decisão de 3 de Fevereiro de 1991 refere estas 3 alternativas de contagem do prazo de prescrição.

VII. NOTAS FINAIS

Terminada a análise que nos propusemos realizar resta-nos, nestas notas finais, sucintamente realçar algumas ideias que nos parecem ser especialmente relevantes, sem prejuízo das conclusões parcelares que relativamente a cada ponto se procuraram identificar.

Assim, e em primeiro lugar, gostaríamos de sublinhar que entendemos que só através dos pactos de não concorrência poderão os empregadores verdadeiramente proteger-se da concorrência diferencial de trabalhadores que, pelo seu posicionamento no seio da organização do empregador, pelas funções desempenhadas, pelos contactos com a clientela e/ou pela informação do empregador a que têm acesso estão em condições de, querendo, praticarem uma concorrência especialmente danosa para o empregador *post contractum finitum*.

Os riscos que advêm desta concorrência especialmente danosa são aptos a causar importantes prejuízos ao ex-empregador e também a pôr em causa valores fundamentais gerais como sejam a livre e sã concorrência, a liberdade de mercado e o bem comum.

São estes os interesses contrapostos em jogo – de um lado, a liberdade de trabalho do trabalhador que, por força do pacto, se restringe, de outro lado, o interesse do empregador, e os interesses subjacentes à livre e sã concorrência, à liberdade de mercado e ao bem comum.

Entre nós, ao contrário do que ocorre na vigência do contrato de trabalho em que o trabalhador está legalmente impedido de concorrer com o empregador, após cessação do contrato o trabalhador pode concorrer com o ex-empregador desde que respeite os limites decorrentes da concorrência desleal, da boa-fé e da violação de segredo com protecção penal, salvo se as partes celebrarem um pacto

de não concorrência, sujeito aos limites legais ‘apertados’ que tivemos oportunidade de analisar.

Note-se que, fora de tais limites legais, o legislador deixa espaço às partes para definirem os contornos da obrigação de não concorrência *post contractum finitum*, ao abrigo da autonomia privada, sendo que a nosso ver tal espaço deve ser respeitado, salvo, evidentemente, situações em que estejam em causa vícios de vontade, abusos de direito, violações de disposições legais imperativas ou em que se verifique um desequilíbrio acentuado entre a posição dos sujeitos do pacto.

Na verdade, importa não esquecer que estamos em presença de um pacto livremente celebrado pelos sujeitos de uma concreta relação laboral na qual não se verifica a típica situação de inferioridade negocial por parte do trabalhador.

Assim, reconhecendo que os Tribunais têm nesta matéria uma margem ampla de intervenção, entendemos que não lhes caberá assumir uma postura demasiado crítica face aos contornos deste tipo de pactos, como parece ser entre nós preconizado por alguma importante doutrina, devendo intervir apenas e só quando, de facto, se constatem a existência de desequilíbrios relevantes entre as obrigações e os interesses em jogo, sob pena de se colocar em causa a segurança jurídica e a real utilidade destes pactos.

Na verdade, parece-nos que o posicionamento de tal doutrina assenta na tradicional visão da relação empregador/trabalhador como uma relação caracterizada por um forte desequilíbrio entre as partes, cabendo ao Direito do Trabalho e aos Tribunais o importante papel de repor tal equilíbrio.

Ora, esta visão não nos parece ser a mais correcta para efeitos da apreciação das questões subjacentes aos pactos de não concorrência *post contractum finitum* já que, conforme tivemos oportunidade de realçar, em regra, os

trabalhadores com os quais os empregadores celebram este tipo de pactos pelas suas características, qualificações, pelo acervo de conhecimentos que possuem, pelo posicionamento que assumem no seio da organização do empregador e pela importância que objectivamente têm para este, não ocupam a típica situação de inferioridade face ao empregador que caracteriza o trabalhador comum, existindo, portanto, um equilíbrio do posicionamento das partes, sem prejuízo da subordinação jurídica intrínseca à relação laboral.

Acresce ser necessário não esquecer que, a contratação de trabalhadores especialmente qualificados, implica, geralmente, a realização de um importante investimento em termos financeiros e de formação pela entidade contratante bem como a partilha com tais trabalhadores de informação sensível da qual depende o seu sucesso e, não raras vezes, a sua sobrevivência. Ora, uma vez partilhada tal informação estes trabalhadores podem decidir denunciar o seu contrato de trabalho ficando a empresa numa situação extremamente delicada já que não pode garantir que os mesmos não utilizem tal informação em proveito próprio ou de terceiros. Apenas a celebração de um pacto de não concorrência poderá proteger a situação destas empresas de forma mais eficaz.

Neste contexto, parece-nos perfeitamente justificável que o empregador pretenda incluir logo na redacção inicial do contrato de trabalho um pacto de não concorrência sendo, a nosso ver, legítimo que faça depender a contratação de determinado trabalhador que pretende que assuma um posicionamento-chave no seio da sua organização da aceitação de tal pacto por forma a salvaguardar a sua posição futura. Aliás, neste tipo de contratações, os pactos de não concorrência são muitas vezes um factor estabilizador do próprio contrato de trabalho contribuindo para reforçar os laços de lealdade entre as partes.

Para uma completa protecção da posição do empregador poderá ser necessário, para além do pacto de não concorrência, celebrar com estes trabalhadores um pacto de permanência e um pacto de confidencialidade. Na

verdade, cada um deste tipo de pactos tem alcances diferentes afigurando-se muitas vezes conveniente a coexistência de todos para se alcançar uma efectiva protecção da posição do empregador.

Finalmente, gostaríamos de salientar que julgamos resultar claro do presente estudo que, em matéria dos pactos de não concorrência *post contractum finitum*, a análise casuística impõe-se com enorme acuidade não sendo prudente a realização de apreciações generalistas quanto às inúmeras questões práticas que se podem levantar sendo, pois, completamente desaconselhável a utilização de modelos *standard* para este tipo de cláusulas, já que a utilização de tais modelos envolve riscos que decorrem do facto de os mesmos incentivarem a não consideração das especificidades de cada situação concreta, tantas vezes, em termos jurídicos, determinantes da validade e real alcance das obrigações em causa. Isto sem prejuízo de, com JOÃO ZENHA MARTINS³⁵⁴, entendermos que “[...] mais do que o enlevo atribuído à questão da admissibilidade, é nas balizas à execução dos pactos [...] que reside a substância dos aspectos que estes trazem consigo e que se encontra a matriz dos problemas que eles necessariamente convocam”.

³⁵⁴ Os pactos de não concorrência..., *op. cit.*, p. 371.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ABRANTES, JOSÉ JOÃO, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

ALMEIDA, TATIANA GUERRA DE, *Do Período Experimental no Contrato de Trabalho*, Almedina, Lisboa, 2007;

AMADO, JOÃO LEAL, *Vinculação versus Liberdade, O Processo de Constituição e Extinção da Relação Laboral do Praticante Desportivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;

AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de trabalho e condição resolutive breves considerações a propósito do Código do Trabalho*, in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Almedina-Coimbra, Coimbra, 2004;

ANIORTE, MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ, *La Competencia del Trabajador con su Empresa*, Aranzandi, Pamplona, 1997;

APOSTOLIDES, SARA COSTA, *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2008;

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *O Direito, Introdução e Teoria Geral, Uma perspectiva Luso-Brasileira*, Almedina-Coimbra, Coimbra, 1999;

BAENA, PILAR CHARRO, *El pacto de no competencia postcontractual*, in *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, Editorial La Ley, 1995;

BASTOS, JOSÉ GUILHERME XAVIER DE, *IRS – Incidência Real e Determinação dos Rendimentos Líquidos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

CABRAL, RITA AMARAL, *A Tutela delitual do direito de crédito*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2001;

CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4^a ed., Almedina, Coimbra, 2000;

CANOTILHO, J. J. GOMES e **MOREIRA**, VITAL, *Anotação ao Artigo 17º, Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

CARVALHO, CATARINA OLIVEIRA, *Da mobilidade dos trabalhadores no âmbito dos grupos de empresas nacionais*, UCP, Porto, 2001;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Concorrência laboral e justa causa de despedimento*, in ROA, Vol. II, 1986;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, 2ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1994;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997;

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 8ª Ed. Revista e Aumentada, Almedina-Coimbra, Coimbra, 2010;

DRAY, GUILHERME MACHADO, *Teletrabalho, Sociedade da Informação e Direito*, in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2002;

DIEGUEZ, GONZALO, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 4ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1995;

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, A recente evolução do direito do trabalho em Portugal. Tendências e perspectivas, in Revista Jurídica, N.º 3, Jan./Fev., Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1984;

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *Dever de lealdade e proibição de concorrência*, in Temas Laborais, Almedina, Coimbra, 1984;

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho – I – Introdução. Relações individuais de trabalho*, 8ª ed., Coimbra, Almedina, 1992;

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho*, 15.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010;

FERNANDES, MARIA MALTA, *Os limites à subordinação jurídica do trabalhador, em especial ao dever de obediência, Quid iuris?* – Sociedade Editora, Lisboa, 2008;

FERNANDEZ, MARÍA JOSÉ NEVADO, *La prohibición de competencia por imperativo legal y el pacto de no competencia*, in Actualidad Laboral, Sección Doctrina, Ref. XXVI, Tomo 2, Editorial La Ley, 1993;

FERNÁNDEZ, RAÚL C. CANCIO, *El incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual, Aspectos procesales*, in *Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, Ref. XXXVI, Tomo 3, Editorial La Ley, 2000;

GONÇALVES, RENATA NASCIMENTO SOARES, *Cláusulas de limitação a liberdade de trabalho em Portugal e no Brasil*, Dissertação apresentada ao Júri examinador da Faculdade de Direito de Lisboa, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em ciências-jurídicas, sob a orientação do Prof. Dr. Pedro Romano Martinez;

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *As cláusulas de não concorrência no direito do trabalho – Algumas questões*, in *RDES*, Ano XXXX (XIII da 2ª Série) – nº 1, Janeiro-Março 1999;

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

JORGE, PESSOA, *Contrato de Trabalho – Anteprojecto de diploma legal*, in *Separata de ESC*, nº 13, Lisboa, 1965;

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2010;

LEITÃO, MARIA DA GLÓRIA, **NOBRE**, DIOGO LEOTE (Coordenadores), **SILVEIRA**, SANDRA LIMA DA, **NAIA**, CARLA, **FARINHA**, CRISTINA, **QUINTAS**, GRAÇA, **SEQUEIRA**, ALEXANDRA MARQUES e **PEREIRA**, RUI VAZ, *Código do Trabalho Revisto*, Grupo Editorial Vida Económica, Porto, 2009;

LEITE, JORGE, *Direito do Trabalho*, Vol. II, Serviço de Textos dos Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999;

LÓPEZ, FEDERICO DURÁN, *Pacto de no concurrencia*, in *Comentarios a las leyes laborales*, dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz, *El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo V, Artículos 19 a 25, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985;

LORENTE, JESÚS J. SEBASTIAN, *El pacto de no competencia postcontractual*, in *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, Editorial La Ley, 1992, Tomo 2;

MALLET, ESTEVÃO, *Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho*, in *RDES*, Ano XLVII (XX da 2ª série) - nsº 3 e 4, Julho-Dezembro 2006;

MARRECOS, DIOGO VAZ, *Código do Trabalho Anotado, Lei nº 7/2009, de 12 de Fevereiro*, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010;

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho, in Separata de Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001;

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 2ª Ed. (reformulada e adaptada ao Código do Trabalho), Almedina, Coimbra, 2005;

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, **MONTEIRO**, LUÍS MIGUEL, **VASCONCELOS**, JOANA, **BRITO**, PEDRO MADEIRA DE, **DRAY**, GUILHERME E **SILVA**, LUÍS GONÇALVES DA, *Código do Trabalho Anotado*, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007;

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, **MONTEIRO**, LUÍS MIGUEL, **VASCONCELOS**, JOANA, **BRITO**, PEDRO MADEIRA DE, **DRAY**, GUILHERME E **SILVA**, LUÍS GONÇALVES DA, *Código do Trabalho Anotado (Revisto pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro)*, 8ª Ed., Almedina, Coimbra, 2009;

MARTINS, JOÃO ZENHA, *Comentário ao Ac. do TC nº 256/2004, de 14.04.2004, in Jurisprudência Constitucional Anotada*, nº 9, JAN./MAR., 2006;

MARTINS, JOÃO ZENHA, *Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho, in RDES, ANO XLVII, (XX da 2ª série), Ns. 3 e 4, Julho-Dezembro 2006;*

MARTINS, PEDRO FURTADO, *A Cessação do Contrato de Trabalho*, Principia, Cascais, 1999;

MIRANDA, JORGE, *Liberdade de trabalho e profissão, in RDES, Ano XXX (III da 2ª Série) – N.º 2, Abril-Junho 1988;*

MIRANDA, JORGE e **MEDEIROS**, RUI, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Ed., Revista Actualizada e Ampliada, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010;

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990;

MONTEIRO, LUÍS MIGUEL, *Algumas notas sobre o trabalhador dirigente, in VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2006;

NASCIMENTO, RICARDO, *Da cessação do contrato de trabalho em especial por iniciativa do trabalhador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;

NETO, ABÍLIO, *Contrato de Trabalho, Notas Práticas*, 16ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000;

NETO, ABÍLIO, *Código de Processo do Trabalho Anotado*, 4ª Edição, Ediforum, Lisboa, 2010;

NEVES, ILÍDIO DAS, *Dicionário Técnico e Jurídico de Protecção Social*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001;

PINTO, CARLOS ALBERTO MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Ed. Actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1992;

PINTO, MÁRIO, **MARTINS**, PEDRO FURTADO E **CARVALHO**, ANTÓNIO NUNES DE, *Comentário às Leis do Trabalho*, Volume I, Lex, Lisboa, 1994;

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, 3ª Ed. Revista e Actualizada ao Código do Trabalho de 2009, Almedina, Coimbra, 2010;

SILVA, RITA CANAS DA, *O pacto de não concorrência*, in RDES, ANO XLV, (XVIII da 2ª Série), nº 4, Outubro-Dezembro 2004;

TELLES, GALVÃO, *Parecer da Câmara Corporativa nº 45/VII, de 14 de Novembro de 1961*, in Diário das Sessões, 1961, 5º suplemento ao nº 4;

VASCONCELOS, JOANA, *Sobre a garantia dos créditos laborais no Código do Trabalho*, in Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea, Almedina-Coimbra, Coimbra, 2004;

VENTURA, RAÚL, *Extinção das Relações Jurídicas de trabalho*, in ROA, 1950, ns. 1 e 2;

XAVIER, BERNARDO LOBO, *Curso de Direito de Trabalho*, 2ª Ed, Verbo, Lisboa, 1993;

XAVIER, BERNARDO LOBO, *A Constituição portuguesa como fonte do direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores*, in Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea, Almedina-Coimbra, Coimbra, 2004;

XAVIER, BERNARDO LOBO, *Direito do Trabalho Ensinar e Investigar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2005;

XAVIER, BERNARDO LOBO, *Prescrição dos Créditos Laborais*, in RDES, Ano XLIX (XXII da 2ª Série) – ns. 1-4, Janeiro-Dezembro 2008.