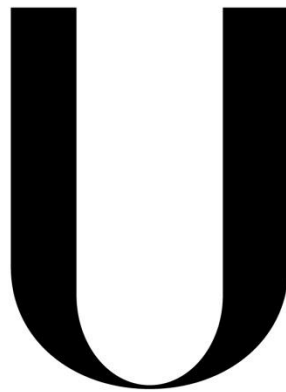


UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

*O Dever de Lealdade: A Dicotomia entre Exclusividade e Não Concorrência,
Aplicada à Prática Laboral*

Bárbara Quintas Soares

*Dissertação de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Empresariais
sob a orientação do Ilustre Professor Doutor Pedro Madeira de Brito*

2017

Aos meus Pais,

Dedico a presente Dissertação,

Pois a eles serei eternamente grata.

À minha Patrona, Bárbara Damas,

Por ser o exemplo que sigo todos os dias,

Obrigada.

À minha Amiga Tamára,

Por ser tão inspiradora, mesmo quando está do outro lado do Mundo.

Às minhas Colegas e Amigas, Ana Gardete e Ânia Marques Florença,

“Porque é melhor ser alegre do que ser triste.”

À minha Colega e Amiga, Mariana.

À minha Colega de Casa e Amiga, Rute,

Por me continuar a acompanhar nas cruzadas da vida.

Ao Ilustre Professor Doutor Pedro Madeira de Brito,

Pelo tempo dedicado e pela sua orientação.

ÍNDICE

RESUMO	4
ABSTRACT	7
SIGLAS E ABREVIATURAS	9
NOTAS INTRODUTÓRIAS	10

CAPÍTULO I

1. FONTES DE DIREITO DO TRABALHO - Breve Referência	14
2. O CONTRATO DE TRABALHO - Breve Noção Legal	18

CAPÍTULO II

1. O Dever de Lealdade e a sua natureza tradicional	22
2. O Dever de Lealdade na actualidade	26
i) Introdução	26
ii) O Dever de Não Concorrência e o Dever de Sigilo	32
iii) O Dever de Não Concorrência e a Justa Causa de Despedimento.....	47

CAPÍTULO III

1. As Cláusulas Acessórias	55
i) As Cláusulas de Não Concorrência e as Cláusulas de Confidencialidade.....	59
ii) As Cláusulas de Permanência e as Cláusulas de Exclusividade.....	73

DAS CONCLUSÕES	87
BIBLIOGRAFIA	91

RESUMO

A escolha do Tema alvo da presente Dissertação deve-se, em primeira linha, e de forma significativa, ao exercício e prática da advocacia, enquanto advogada-estagiária.

De facto, o exercício da digna e graciosa profissão de advogada, enquanto advogada-estagiária, proporcionou-me o contacto com áreas do Direito, como sejam o Direito do Trabalho, em concreto, e com relevância para esta Dissertação, questões relativas e que em estreita conexão se encontram com o dever de lealdade dos trabalhadores.

É clara, a relevância e importância que este dever de lealdade adquiriu na actualidade, porquanto através dele e em conexão com ele, nasceram diversas manifestações deste dever, com efeitos distintos no decurso do contrato de trabalho com o trabalhador, bem como com o término da relação laboral.

A relevância que o dever de lealdade adquiriu, nas suas várias manifestações, é comprovada pelo vasto aumento de decisões jurisprudenciais e, bem assim pelo estudo doutrinário que tem vindo a ser feito em torno deste dever.

Enquanto dever do trabalhador, como adiante iremos demonstrar, a sua violação sujeita o trabalhador a nefastas consequências que poderão culminar no despedimento do mesmo por justa causa. Acreditamos nós que, consequência mais gravosa, não existirá para o trabalhador.

Não poderemos esquecer que a violação das manifestações de que adiante iremos falar, também elas, causam consequências nefastas para o trabalhador que podem, porventura, culminar na responsabilidade civil.

Claro está, que este dever de lealdade se foi adaptando historicamente. A própria posição do trabalhador se foi modificando historicamente, pois que os cargos assumidos cada vez adquirem maior relevância num mercado de trabalho cada vez mais competitivo e globalizado.

É também interessante, a meu ver, que apesar da lei naturalmente proteger o trabalhador subordinado, enquanto posição mais “fraca” na relação laboral, foram criados certos mecanismos que protegem, de certa forma, o empregador. Tais

mecanismos podem ter a sua eficácia e vigorar apenas durante o contrato de trabalho, como podem ter a sua eficácia após a cessação da relação laboral.

É necessário realçar que, em certas circunstâncias, o empregador pode ver a sua atividade, de certa forma, ameaçada com a saída de um trabalhador, ou até mesmo enquanto dura a relação laboral. Hoje, mais do que nunca, num mercado competitivo, as cláusulas de confidencialidade, as cláusulas de não concorrência, as cláusulas de exclusividade e o pacto de permanência, são mecanismos construídos para proteger o empregador de determinados riscos, como sejam a divulgação de informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios. Bem assim, o dever de não negociar por conta própria ou alheia em concorrência com o empregador. Este dever, que culmina na constituição deste tipo de cláusulas, oscila devido a determinados factores que iremos revelar adiante, pelo que é de concluir que a sua intensidade varia, de forma casuística através da rigorosa análise do caso concreto.

Pese embora, a escolha do presente Tema tenha surgido através da prática da advocacia, enquanto advogada-estagiária, é importante evidenciar que sempre foi objectivo dissertar sobre questões que, atendendo ao quadro do Direito, se revelassem actuais e, de certa forma, através da abordagem de tais questões, aplicá-las à prática laboral.

Só se podendo concluir pelo elevado interesse e actualidade do Tema escolhido, com inegável interesse e relevância prática e que, de certa forma, nos leva a ponderar sobre a origem e natureza dos interesses contrastantes de ambas as partes – empregador e trabalhador – e da sua conexão com os interesses de um mercado cada vez mais competitivo e massificado.

Acrescente-se, apenas, que se trata de uma temática de indubitável cariz prático, sendo a sua resolução nem sempre fácil, que bem se nota pelas decisões jurisprudenciais, como pelas opiniões doutrinárias que se foram estabelecendo.

Eis os motivos pelos quais foi escolhido o presente Tema de Dissertação.

Palavras-Chave: Dever de Lealdade, Direito do Trabalho, Trabalhadores, Cláusulas de Exclusividade, Cláusulas de Não Concorrência, Cláusulas de Confidencialidade, Pacto de Permanência

ABSTRACT

The reason why I chose this theme to do a thesis on is due, mainly, to the experience I acquired as a trainee lawyer.

In fact, the practice of the dignified and graceful trade of a lawyer, as a trainee, has allowed me to contact with several different areas of Law, such as Labour Law, highlighted in this thesis, with the main focus on the matters involving the employee's duty of loyalty.

It is clear the importance this duty of loyalty has acquired nowadays, inasmuch as, through it and connected to it many manifestations of this duty have been born, each one with its' own different effects through the duration of the labour contract as well as when the employment relation ends.

The relevance this duty acquired, in all its manifestations, can be observed on the vast increase of jurisprudential decisions, but also on the amount of doctrinal studies surrounding it.

As a duty of the employee, and as we will demonstrate later ahead, its violation leads to nefarious consequences for the worker that may culminate in his dismissal with just cause, which we believe to be the worst consequence for the employee.

Furthermore, it is important to keep in mind that the violation of the manifestations of which we will talk later ahead can also lead to nefarious consequences for the worker that may, eventually, culminate in civil responsibility.

Evidently, the duty of loyalty has adapted throughout history. The worker's situation itself has changed, since the positions held have gained a bigger relevance in a working market that is increasingly competitive and global.

It is also interesting, in my opinion, that despite the law naturally protecting the employee, a subordinate in the "weakest" position of the employment relation, there have been created certain mechanisms that, in a way, protect the employer. Such mechanisms can be effective and in force only during the labour contract or be effective even after the labour relation has ceased.

It is necessary to enhance that, in given circumstances the employer may see its activity menaced with the dismissal of a worker or, even, during the employment relation. Nowadays more than ever, in a competitive market, confidentiality clauses, non-compete clauses, exclusivity clauses and the pact of permanence are mechanisms built to protect the employer of certain risks, being the disclosure of information referring to the employers' organization, production method or businesses. Likewise, the duty not to trade on their own or on behalf of others in competition with the employer. The duty of loyalty that culminates in this kind of clauses oscillates due to some factors which we will reveal further ahead, whereas we can conclude its intensity varieties in a casuistic manner, through a rigorous analysis of the concrete case.

Although the choice of the present theme emerged from the practice of Law as a trainee, it is important to highlight that it has always been a goal to dissert about questions that revealed themselves pertinent in the "scenery" of Law and apply them to the practice of labour law.

One can only conclude for the high interest and topicality of the chosen Theme, which has an undeniable practical relevance and, in a way, leads us to ponder over the origin and nature of the contrasting interests of both parties –employer and employee – and their connexion with the interests of an increasingly competitive and massified market.

In addition, it is a theme of unquestionable practicality, being that its resolution isn't always easy, as it is shown by the jurisprudential decisions and doctrinal opinions that have been established.

These are the reasons I chose the present Dissertation Theme.

Key-words: Duty of Loyalty, Labour Law, Employees / Workers, Exclusivity clauses, Non-compete clauses, Confidentiality clauses, Permanence Pact.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

CC – Código Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

CPT – Código de Processo do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

Ed. - Edição

LCT – Lei do Contrato de Trabalho

TC – Tribunal Constitucional

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

Vol. - Volume

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A palavra *trabalho* pode ser usada em diversos sentidos, podendo dizer-se que a mesma tem um conteúdo *amplo*¹, tendo sido necessária a sua definição, como adiante se demonstrará.

Como refere MENEZES CORDEIRO “a situação jurídica laboral postula uma pessoa juridicamente adstrita a desenvolver, em benefício e sob a direcção de outra, uma actividade, mediante remuneração”², implicando, ao nível de conteúdo, um serviço hetero-determinado, apresentando-se com carácter duradouro. Enquanto que, ao nível da estrutura, pode ser considerada relativa porquanto é moldada entre duas pessoas – o empregador e o trabalhador – sedimentada por um feixe de pretensões entre ambos os sujeitos, podendo vislumbrar-se, nessa medida, a figura da relação jurídica.³

Assim, para além da vida que todos nós partilhamos, enquanto cidadãos de um país autodeterminado, nasce uma vida paralela, enquanto trabalhadores (subordinados), que se pode consubstanciar no contrato de trabalho que, para muitos trabalhadores subordinados “*é, quiçá, o mais estruturante negócio jurídico que alguma vez celebraram.*”⁴, permitindo caracterizar o contrato de trabalho – através de todas as alterações jurídico-históricas – como relação jurídica obrigacional – a qual se baseia na autonomia privada, na liberdade de celebração e, bem assim, na liberdade de estipulação das partes, não obstante, atendendo à especial protecção do trabalhador, conferida pelo Direito do Trabalho, a liberdade de estipulação contratual encontra-se limitada⁵ - complexa, porquanto o cerne da situação jurídica laboral pode e é, de facto, constituído

¹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 11.

² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 496 e ss.

³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 496 e ss.

⁴ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 3.º Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 22 e 23.

⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, Abril, 2002, p. 603.

pelo dever de trabalhar e pelo dever de remunerar, contudo, a relação jurídica não se esgota nesses preceitos.⁶

Assim, para além dos deveres primários que impendem sobre cada uma das partes, que constituem o sinalagma essencial do trabalho-remuneração, encontram-se em estreita conexão com a actividade laboral, deveres acessórios que impendem sobre o trabalhador, que em conjugação com o dever principal de prestação da actividade de trabalho resulta na complexidade que é, actualmente, a situação juslaboral do trabalho. Assim, o presente estudo terá como foco essencial o desenvolvimento histórico-jurídico e doutrinário do dever de lealdade, aplicado à prática laboral através da análise de jurisprudência que se considere relevante para o tema.

Assim,

Inicialmente, o dever de lealdade encontrou a sua origem histórica na circunstância de que, por muito tempo, se considerou que a relação de trabalho não era considerada, efectivamente, uma relação obrigacional de intercâmbio, mas uma relação jurídico-pessoal comunitária.⁷ Assim, a doutrina divergiu, uma vez que para muitas teses, o dever de lealdade assentava numa especial relação de confiança entre o empregador e o trabalhador, através de uma genuína comunhão de interesses entre ambas as partes. Em contrapartida, teses há, actualmente, partilhadas pela doutrina, de que o dever de lealdade nada mais é que uma variação semântica ou terminológica de qualquer contratante de cumprir o contrato segundo os ditames da boa-fé.⁸ Pelo que, como adiante se verá, iremos abordar, de forma sucinta, o tema atendendo às diversas teses doutrinárias, que historicamente foram surgindo, culminando na que, actualmente, vigora entre nós. Faremos, assim, menção a este dever de lealdade, em países como a Itália, Alemanha e França.

Actualmente, o dever de lealdade foi objecto de consagração legal no Código do Trabalho, na alínea f), do n.º 1, do artigo 128.º, do C.T. Dispondo o preceito que o

⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 497 e ss.

⁷ MARINA WELLENHOFER-KLEIN, “Treupflichten im Handels, Gesellschaftsund Arbeitsrecht, Eine Untersuchung zum deutschen, ausländischen und europäischen Recht, RabelsZ, vol. 64, 2000, p. 564 e ss.

⁸ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 531 e ss.

trabalhador se encontra obrigado a “*guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios*”. Ora, este dever de lealdade consagrado legalmente, pode ser dividido em dois afloramentos essenciais, que se dividem em outros tantos que adiante se descortinará, designadamente, a obrigação de não concorrência e a obrigação de sigilo.

Estas duas concretizações do dever de lealdade, serão alvo de uma fortíssima análise, porquanto tratam-se de concretizações controversas, alvo de divergências doutrinárias e que podem dar origem ao despedimento com justa causa do trabalhador que viole este dever. Com este dever de lealdade emergem outras questões que adiante se tratarão, como sejam as cláusulas de confidencialidade, cláusulas de exclusividade, pacto de permanência e pacto de não concorrência. Serão questões abordadas, tentaremos de forma algo exaustiva, pois devem ser diferenciadas.

Conjugada com esta questão, também se abordará a questão do pluriemprego, que se coloca através da diferenciação, que deve ser feita, entre obrigação de não concorrência e obrigação de exclusividade. Importante, será, pois, indagar se estas cláusulas subsistem mesmo após a cessação do contrato de trabalho, divergindo a doutrina neste ponto, como se demonstrará. Serão estas cláusulas acessórias encaradas como produto da autonomia contratual de ambas as partes? Limitarão, de facto, a liberdade de trabalho? Atendendo à posição negocial do trabalhador – fraca – causará a existência destas cláusulas, no trabalhador, uma “obrigação” de não as recusar, sob pena de causar no empregador a ideia de que o trabalhador não está de boa-fé e não pretende cumprir o contrato com a devida seriedade⁹? Ou seja, serão estas cláusulas desfavoráveis ao trabalhador? Em que condições é que se poderão aplicar e vigorar? Todas estas questões, e quantas mais, serão tratadas devidamente, adiante.

Serão expostas as várias concepções actuais, sobre este dever de lealdade, que para grande parte da doutrina se insere nos deveres acessórios autónomos do contrato. Trataremos das várias especificidades do mesmo, de acordo com cada concepção.

Não poderemos esquecer que este dever de lealdade, que deve pautar a relação jurídica laboral, é uma concretização, para muitos, do princípio da boa-fé, que o C.T.

⁹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 608 e ss.

consagra no seu artigo 126.º, e que se encontra consagrado no n.º 2, do artigo 762.º, do C.C., tratando-se, pois, de um princípio geral de direito dos contratos, que deve acompanhar o exercício dos direitos e, bem assim no cumprimento das obrigações.

Ora, não poderia deixar de se fazer menção, no presente estudo, como adiante se demonstrará, à Constituição da República Portuguesa, enquanto fonte de Direito de Trabalho.

Podendo, assim, como refere ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, dizer-se que a Constituição da República Portuguesa, no que concerne, concretamente, ao tema juslaboral, desenvolve uma duplicidade de funções através de uma função preceptiva, na medida em que através do diploma se afirmam os direitos fundamentais, que são expostos a compressões e negações no ambiente das relações de trabalho subordinado, quer na relação directa dos fenómenos colectivos laborais (onde consideramos que o diploma tem um peso regulamentar relevante), assim como uma função de controlo da legislação laboral ordinária, ao estabelecer directrizes básicas para os diversos institutos laborais, como adiante se demonstrará, atento o desenvolvimento jurídico-histórico do Direito do Trabalho, através das alterações políticas e económicas¹⁰.

Deste modo, encontram-se consagrados constitucionalmente direitos, sobretudo numa dimensão individual de trabalho, como sejam, a liberdade de escolha de profissão, ao abrigo do disposto no n.º 1, do artigo 47.º, da C.R.P., o direito à segurança no emprego, plasmado no artigo 53.º, da C.R.P., o direito e o dever ao trabalho, consagrados no n.º 1 e n.º 2, do artigo 58.º, da C.R.P., em geral, os direitos dos trabalhadores, norma preceituada no artigo 59.º, da C.R.P.

Pelo que, encerradas as notas introdutórias, cumpre referir que o presente estudo de Dissertação pretende enunciar os mais relevantes problemas que se colocam em torno das matérias enumeradas, atendendo a uma perspectiva unicamente laboral, como se constatará pelo Tema escolhido. Todos os problemas relevantes que se colocarão, terão sempre em consideração a actual doutrina e jurisprudência, em contraponto, claro está, com a evolução jurídico-histórica das matérias enunciadas.

¹⁰ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 11 e ss.

CAPÍTULO I

1. FONTES DE DIREITO DO TRABALHO – Breve Referência

A expressão fontes de direito pode ser usada em vários sentidos. Atento a acepção técnico-jurídica, as fontes de direito consistem em modos de produção e revelação de normas jurídicas, ou seja, dos instrumentos pelos quais essas normas são estabelecidas e expostas ao conhecimento público.¹¹

As fontes de Direito do Trabalho podem ser distinguidas de diversas formas, como sejam por fontes heterónomas – que podem traduzir-se em intervenções externas do Estado na definição das condições de trabalho e dos seus aspectos conexos, ou seja, intervenções do Estado na composição dos interesses do empregador e do trabalhador – e por fontes autónomas – que constituem formas de auto-regulação de interesses, isto é, exprimem soluções de equilíbrio ditadas pelos titulares de interesse (trabalhador e empregador), organizados colectivamente.¹²

De outra perspectiva, as fontes de Direito do Trabalho podem repartir-se em duas categorias fundamentais, isto é, em fontes internas – sendo um produto de mecanismos inteiramente regulados pelo nosso ordenamento jurídico (*in casu*) - e fontes internacionais – que resultam do estabelecimento de relações internacionais entre os Estados, que se desenvolvem através de organizações internacionais.

Neste sentido, como já fora aqui mencionado, podemos considerar como cúpula do sistema de fontes de Direito do Trabalho, a Constituição da República Portuguesa, pelo que, desde já, cumpre fazer uma breve referência ao trabalho desenvolvido pela nossa Constituição da República, no âmbito do Direito do Trabalho.

Verifica-se, assim, analisando a Constituição de 1976, a importância que foi dada aos temas juslaborais, sendo necessário, de início, fazer a divisória entre dois tipos de posturas constitucionais que foram adoptadas, ou seja, de um lado a projecção, no texto da lei fundamental, das tensões ideológicas e sociais que caracterizam a atmosfera da sua elaboração e que, apesar das revisões permaneceram, como seja o disposto no artigo 55.º, n.º 1, relativo à afirmação da liberdade sindical, como sendo uma garantia,

¹¹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 63.

¹² ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 64.

reconhecida aos trabalhadores, de construção da sua unidade para defesa dos seus direitos e interesses, por outro lado, uma postura verdadeiramente constitucional e estruturante, que reflecte, através dos seus diferentes traços, o Estado de Direito Social, através do desenvolvimento, pelo legislador, de um feixe de direitos fundamentais dos trabalhadores, que se projectam nos próprios institutos do Direito do Trabalho.

Nesta construção, é necessário atender a outros direitos fundamentais que, apesar de não dizerem concretamente respeito a direitos dos trabalhadores, podem, contudo, ser postos em causa no âmbito das relações laborais, como sejam, o direito de resistência, preceituado no artigo 21.º, da C.R.P., o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 25.º, da C.R.P., e tantos outros como sejam, outros direitos pessoais, os direitos inerentes à protecção de dados pessoais, o direito à liberdade de expressão e informação, o direito à liberdade de consciência, de religião e de culto expressamente previstos, nos artigos 26.º, 35.º, 37.º e 41.º, da C.R.P.¹³

Ao invés, como é fácil de ver, encontram-se constitucionalmente consagrados preceitos com directa incidência no âmbito do Direito do Trabalho, quase todos se encontrando abrangidos pelo regime dos direitos, liberdades e garantias, salientando-se o princípio da aplicação directa, disposto no n.º 1, do artigo 18.º, significando, assim, a desnecessidade de intervenção mediadora da lei ordinária, pelo que as normas vinculam, de imediato, as entidades públicas e privadas.¹⁴ Não obstante, necessário é esclarecer que a questão da aplicabilidade directa tem um duplo alcance, porquanto, as disposições constitucionais no âmbito juslaboral não reúnem, todas elas, características operatórias que permitam reconhecer-lhes uma função regulamentar imediata.

Resta-nos concluir que a temática juslaboral, consagrada na nossa Constituição, tem como seu foco a área do Direito Colectivo, que se refere, designadamente, às comissões de trabalhadores e suas organizações. Já no que respeita à dimensão individual do trabalhador, consagrada na Constituição, podemos enunciar o artigo 47.º, relativo à liberdade de escolha de profissão, o artigo 53.º que se refere à segurança no emprego, o direito ao trabalho e o dever de trabalhar, previsto no artigo 58.º, de modo mais abrangente, o artigo 59.º que prevê os direitos dos trabalhadores. Pelo que,

¹³ ANTÓNIO FERNANDES MONTEIRO, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 66.

¹⁴ ANTÓNIO FERNANDES MONTEIRO, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 66.

podemos dizer que a nossa Constituição desenvolve, no que respeita ao sistema de regulação do trabalho, uma duplicidade de funções, designadamente, uma função preceptiva, quer na afirmação dos direitos fundamentais dos trabalhadores que se expõem a compressões, no âmbito da relação laboral de trabalho subordinado, quer na regulação directa dos fenómenos colectivos laborais, e uma função de controlo da legislação laboral ordinária, porquanto estabelece directrizes básicas para os vários institutos juslaborais.¹⁵

No que respeita a fontes internacionais de Direito do Trabalho, podemos enunciar, desde logo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, assumindo o carácter de uma proclamação ou declaração de princípios sem carácter vinculante, constituindo o referencial básico para a determinação do conteúdo, extensão e limites dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Assim, podemos verificar pelo teor do n.º 2, do artigo 16.º, da nossa Constituição que *“os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”*, que verificamos encontrarem-se consagrados nos artigos 53.º a 57.º, da nossa Constituição e, bem assim nos artigos 58.º, 59.º e 63.º, da mesma. A Declaração proclama princípios fundamentais, como sejam o direito ao trabalho, a liberdade de escolha de trabalho, igualdade de tratamento, a protecção no desemprego, o salário equitativo e suficiente, liberdade sindical, direito ao repouso e ao lazer, a limitação da duração do trabalho e o direito a férias. Acresce que, também com incidência no tema juslaboral, deve ser enunciado o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, concluído em Nova York, em 1966, entrando em vigor dez anos depois. De indicar, também, o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Assembleia Geral da ONU, que explicita o conteúdo do direito geral ao trabalho e à liberdade de trabalho, bem como reitera os princípios gerais de equidade e suficiência de salários e do direito ao repouso, bem como à liberdade sindical. Como distinção, este Pacto inovou ao consagrar expressamente os princípios de igualdade de género e da igualdade de oportunidades na evolução profissional.¹⁶

¹⁵ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 66 e 67.

¹⁶ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 68 e 69.

No quadro europeu, cumpre, desde logo, evidenciar que umas das linhas de actuação do Conselho da Europa consiste, de facto, no lançamento de compromissos internacionais a subscrever pelos Estados-Membros. Deste modo, no domínio dos direitos civis e sociais, surgiu, desde logo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, concluída em Roma, em 1950, tratando-se de um instrumento vinculativo para os Estados ratificantes, que veio instituir um órgão jurisdicional próprio para a apreciação deste tipo de litígios, designadamente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem estabelece a proibição da escravatura, da servidão e do trabalho forçado ou obrigatório, nos termos do artigo 4.º. Por outro lado, o artigo 11.º consagra a liberdade sindical, no que toca à liberdade de constituição de sindicatos e de filiação individual. Convém, ainda, referir, no âmbito do Conselho da Europa, a Carta Social Europeia, que se pode caracterizar por um certo hibridismo, combinando, de um lado, a proclamação de princípios com sentido puramente programático e o teor de vários compromissos vinculativos para os Estados ratificantes, sendo a sua ratificação compatível com a assunção parcial de tais obrigações, tendência a ser considerada como um produto codificador, à escala europeia, das várias directrizes avulsas já existentes. Como principais fontes internacionais de Direito do Trabalho português estão as convenções celebradas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.), tem como objectivo preparar convenções e recomendações referentes aos diversos problemas suscitados nas relações de trabalho, com o fim de influenciar as legislações internas, no sentido de melhorar, de forma progressiva os padrões existentes nesse âmbito, assegurando a assistência técnica aos governos, sendo Portugal membro-fundador da Organização.¹⁷

¹⁷ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 68 e ss.

2. O CONTRATO DE TRABALHO – Breve noção legal

Cumpre, também, de início fazer uma breve referência à noção legal de contrato de trabalho subordinado, pois que só neste tipo de relação terá aplicação o dever de lealdade e as suas possíveis cláusulas, como adiante se demonstrará.

Assim, dispõe o artigo 11.º, do C.T. que “*contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou a outras, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.*”

Como primeiro elemento a salientar no âmbito do contrato de trabalho, temos a natureza da prestação a que se obriga o trabalhador. Ora, a prestação da actividade caracteriza-se por um fazer algo, concretiza-se, assim, pela aplicação ou exteriorização da força de trabalho tornada disponível, para a outra parte, o empregador. Este traço constitui o primeiro elemento de distinção entre as relações de trabalho subordinado, nas quais tem aplicação o dever de lealdade, e as relações de trabalho autónomo. Conclui-se, assim, que o que está em causa no contrato de trabalho é a própria actividade do trabalhador, que a outra parte – o empregador – organiza e dirige no sentido de um resultado, que por sinal está fora do âmbito do contrato, pelo que o trabalhador que, diligentemente, tenha cumprido a sua prestação não pode ser responsabilizado pela frustração do resultado pretendido. Assim, visa-se demonstrar que o objecto do contrato de trabalho é a actividade em si e não o resultado, provavelmente, pretendido, sendo que o trabalhador não suporta o risco da eventual frustração do resultado pretendido pela outra parte – o empregador.¹⁸

Como segundo elemento a enunciar são os sujeitos desta relação jurídica laboral, designadamente, trabalhador e empregador. Assim, do ponto de vista do Direito do Trabalho, o trabalhador será aquele que, por contrato, coloca a sua força à disposição de outrem – o empregador – mediante o recebimento de uma retribuição. Já o empregador será a pessoa individual ou colectiva que, por contrato, adquire o poder de dispor da força de trabalho de outrem – o trabalhador – no âmbito de uma empresa ou não, mediante o pagamento de uma retribuição.¹⁹

¹⁸ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 131 e ss.

¹⁹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 138 e 139.

Elemento essencial do contrato individual de trabalho é, sem dúvida, a retribuição, que é devida, ao trabalhador, em troca da disponibilidade da força de trabalho, sendo normalmente paga em dinheiro, podendo também o ser em géneros.

Acresce que, para que o contrato de trabalho seja reconhecido enquanto tal, é fundamental que, no seu âmbito, ocorram as características da subordinação jurídica por parte do trabalhador. Assim, a subordinação jurídica poderá ser entendida como uma *“relação de dependência necessária da conduta pessoal do trabalhador na execução do contrato face às ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do mesmo contrato e das normas que o regem”*²⁰. Ao dizer-se que esta subordinação é jurídica implica a existência de um poder disciplinar, reconhecido e garantido pelo Direito do Trabalho, bem assim se reconhece a existência de outras formas de dependência associadas à prestação de trabalho, não constituindo, todavia, elementos distintos do contrato de trabalho subordinado. Esta subordinação poderá ser apenas potencial, isto é, muitas vezes há uma aparência de autonomia do trabalhador, que não recebe ordens directas e sistemáticas da entidade empregadora, não obstante, verifica-se, de igual modo, a subordinação jurídica. Isto significa que não é necessário que essa dependência se manifeste em actos de autoridade e direcção efectiva, porquanto, com o desenvolvimento, sofisticação e diferenciação de certas qualificações profissionais, muitas vezes o próprio trabalhador conhece melhor o trabalho que tem que realizar. Esta questão coloca-se, e bem, no caso do trabalhador que assume um certo carácter intelectual, sendo, nesses casos, mais difícil estabelecer uma diferenciação, porquanto a subordinação tende a atenuar-se, e a assemelhar-se cada vez mais a uma genérica supervisão do empregador.²¹ Havendo, ainda, casos em que objecto do contrato de trabalho implica a salvaguarda absoluta da autonomia técnica do trabalhador, sendo que nessas situações o trabalhador apenas ficará adstrito à observância das directrizes mais gerais do empregador em matéria de organização do trabalho, ou seja, existe subordinação jurídica sem dependência técnica – como é o caso dos médicos, engenheiros, dos chamados profissionais liberais. A subordinação jurídica também não deve ser confundida com dependência económica, que consiste, fundamentalmente, no facto de quem realiza o trabalho, exclusiva e continuamente, para o seu beneficiário – o

²⁰ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 140 e ss.

²¹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 142.

empregador – encontrar na retribuição o seu único ou principal meio de subsistência e, o facto de a actividade exercida, ainda que em termos de autonomia jurídica e técnica, se inserir num processo produtivo dominado por outrem – o empregador. Torna-se, assim, patente a desvalorização dos comportamentos directivos que tão bem caracterizavam o trabalho subordinado. Actualmente, a subordinação poderá ser definida, essencialmente, no facto de uma pessoa exercer uma actividade em proveito de outra, no quadro de uma organização de trabalho, que é concebida, ordenada e garantida pela outra parte – o empregador. Este elemento organizacional, que actualmente caracteriza a subordinação, significa que o trabalhador está adstrito a observar parâmetros de organização e funcionamento definidos pelo empregador, submetendo-se à autoridade que ele exerce no âmbito da organização de trabalho, ainda que execute a sua actividade sem receber qualquer indicação. O elemento chave para identificação da existência de trabalho subordinado encontra-se no facto de trabalhador não agir no seio de uma organização própria, ao invés, integra uma organização de trabalho alheia, dirigida à obtenção de fins alheios, definidos pelo empregador, implicando a submissão do trabalhador ao poder de organização do empregador que, deste modo, exerce a sua autoridade. A subordinação implica, ela própria, o dever de obediência do trabalhador para com o empregador que se encontra adstrito a cumprir ordens e instruções em tudo o que respeite à execução e disciplina do trabalho, salvo na medida em que se mostrem contrárias aos seus direitos e garantias, admitindo-se, assim, a possibilidade de uma desobediência legítima.

Assim, como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *“A situação jurídica laboral postula uma pessoa juridicamente adstrita a desenvolver, em benefício e sob a direcção de outra, uma actividade, mediante remuneração. A nível do conteúdo, a situação laboral implica um serviço hétero-determinado e apresenta-se duradoura. A nível de estrutura, ela é relativa: moldada entre duas pessoas – o empregador e o trabalhador – a situação jurídica laboral sedimenta um feixe de pretensões entre dois sujeitos, permitindo, nessa medida, evocar a figura da relação jurídica. O cerne da situação jurídica laboral é constituído pelo dever de trabalhar, a cargo do trabalhador e pelo de remunerar, a cargo do empregador. Mas estes aspectos, ainda quando*

linguisticamente impressivos e praticamente relevantes, não esgotam o conteúdo da relação de trabalho.”²²

Ora, esta situação jurídica laboral de que fala ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, tem um conteúdo complexo, isto porque para além dos deveres principais que assistem às partes – o dever de trabalhar e de remunerar, a cargo, designadamente, do trabalhador e do empregador – ela própria abrange outras posições subjectivas variadas, como sejam os deveres acessórios. Assim, em termos de teoria geral das obrigações, os deveres acessórios são impostos pelo Direito, tendo como objectivo acautelar que os vínculos obrigacionais se mantenham dentro de exigências mínimas do sistema jurídico em que se consubstanciam e protagonizam a necessidade de prossecução efectiva dos objectivos por ele visados.

Pois que, é no âmbito desta situação jurídica laboral, que nascem os deveres acessórios do trabalhador. Como adiante se verá, os deveres acessórios e, designadamente, o dever que mais nos interessa tem raízes históricas e uma natureza tradicional aprofundada, pelo que o seu desenvolvimento jurídico-histórico marca, também, o desenvolvimento desta relação jurídico-laboral, que se consubstancia no contrato de trabalho subordinado.

²² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Anotação, Concorrência Desleal e Justa Causa de Despedimento, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 496 e ss.

CAPÍTULO II

1. O Dever de Lealdade e a sua natureza tradicional

No Direito do Trabalho, uma tradição há muito sedimentada agrupa os deveres acessórios que adstringem ao trabalhador sob o epíteto de deveres de lealdade que competem ao trabalhador. Ora, para MENEZES CORDEIRO a locução lealdade tem uma natureza tradicional, tendo-se implantado na linguagem juslaboral quando se intentou, das obrigações, autonomizar a situação jurídica laboral, apelando para uma pretensa natureza comunitária-pessoal do vínculo laboral – trabalhador e empregador. Nesses tempos, a lealdade visava traduzir a adstrição do trabalhador a uma inteira colaboração em prol da empresa – do empregador – prosseguindo os objectivos procurados pelo empregador, recorrendo-se ao contrato de trabalho.

Sucedo que, a partir do segundo pós-guerra desenvolveu-se, designadamente, a partir da década de setenta, uma crítica crescente a este tipo de concepções, de natureza comunitária-pessoal. Começou a ganhar terreno a ideia de irrealismo da afirmação de uma natureza comunitária-pessoal na relação laboral porquanto consideravam que a situação jurídica laboral, se caracterizava pela massificação e o anonimato, imperando a ideia, patrimonial, da troca do trabalho pela remuneração e, é devido a este estado que se explicava a necessidade de intervenção jurídica na situação laboral, devido a esta contraposição de interesses – entre trabalhador e empregador – e a sua conflitualidade evidente.

Mas vejamos, então, esta aceção tradicional do dever de lealdade.

Como estatui na alínea f), do n.º 1, do artigo 128.º, do C.T., o trabalhador encontra-se obrigado a “*guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios*”. O dever de não concorrência varia, ou seja, tem intensidade distinta consoante se entenda que o mesmo é o corolário de uma obrigação de lealdade mais genérica, sobretudo quando se considera que na base desta relação se encontra uma genuína comunidade ou comunhão de interesses entre o empregador e o trabalhador, através de uma relação de especial confiança ou, ao invés, caso se entenda, como actualmente, que o dever de lealdade

nada mais é que uma variação semântica ou terminológica da obrigação de qualquer contratante de cumprir o contrato segundo os ditames da boa-fé.²³

Segundo MARINA WELLENHOFER-KLEIN, o dever de lealdade do trabalhador encontrou a sua origem histórica no facto de, por muito tempo, se ter considerado que a relação de trabalho não era tanto uma relação obrigacional de intercâmbio, mas sim uma relação jurídica pessoal comunitária.²⁴

Na doutrina alemã domina hoje o entendimento, após um período em que se acentuou a relação pessoal e comunitária entre empregador e trabalhador, que o dever de lealdade nada mais é do que um dever que cabe a ambas as partes, no cumprimento do contrato de trabalho, de acordo com as exigências de boa-fé, ainda que possa existir um elemento fiduciário. Assim, ANDREAS CAHN considera que pode, excepcionalmente, existir um genuíno dever de lealdade por parte do trabalhador conexo com a especial relação de confiança, que surge quando ao trabalhador forem transmitidas informações ou outros valores, mas que apenas possam ser utilizados em proveito do empregador ou que apenas possam redundar num benefício para o trabalhador sob a forma de retribuição.²⁵ Já com entendimento diverso THEO MAYER-MALY defendia que o dever de lealdade existente no contrato de trabalho não se deixa reconduzir inteiramente à boa-fé que deve presidir na execução do contrato de trabalho, nem se explicando, também, pelo carácter duradouro deste, mas sim por uma especificidade que se encontra noutros contratos em que há uma administração ou gestão de interesses alheios, isto porque na relação laboral cada uma das partes confia à outra a protecção de interesses próprios, pelo que para este Autor não faz sentido apelidar este dever de lateral, como o faz grande parte da doutrina, ao invés, deve perceber-se e reconhecer-se que a relação contratual não se estabelece apenas entre o

²³ JÚLIO MANUEL VIERA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 531 e ss.

²⁴ MARINA WELLENHOFER-KLEIN, *Treupflichten im Handels, Gesellschaftsund Arbeitsrecht, Eine Untersuchung zum deutschen, ausländischen und europäischen Recht*, *RabelsZ*, vol 64, 2000, p. 564 e ss.

²⁵ ANDREAS CAHN, *Zur Treupflicht im Arbeits – und Gesellschaftsrecht*, *Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag*, Luchterhand, Neuwied e Kriftel (Taunus), 1998, p. 71 e ss.

trabalho e a retribuição, pelo contrário, este dever deve entrelaçar-se com os restantes deveres de prestação, enriquecendo-os.²⁶

A verdade é que, desde muito cedo, a doutrinal juslaboralista tendia a criticar a existência de um dever de lealdade propriamente dito, porquanto sublinhavam que o apelo a uma comunidade de partes no contrato de trabalho tenderia a favorecer a sujeição e secundarização dos interesses do trabalhador para com o empregador, considerando que o estreitamento da relação entre as partes, através de uma relação de pessoalidade não passava de uma pura ficção, mais não fosse pelo facto de, normalmente, a entidade empregadora ser uma pessoa colectiva, caindo, desde logo, a pessoalidade. Ou seja, do que se trata com este dever de fidelidade que a doutrina alemã já definiu é de uma relação de lealdade pessoal, em que se pode reconhecer uma relação de comunidade que envolve a própria pessoa.²⁷

Motivo pelo qual, considera, pois, MENEZES CORDEIRO que tais concepções, que denomina de “afectivas”, que subjazem a este dever de lealdade, não têm razão de ser, justificando que a manutenção de tais aceções se deve, unicamente, à tradição.²⁸

No fundo o que se pretendeu, como refere PEDRO ROMANO MARTINEZ, com esta mudança terminológica do dever de fidelidade para dever de lealdade ter-se-á ficado a dever ao facto de se considerar o termo fidelidade mais adequado para as relações laborais comunitário-pessoais, considerando que nas actuais relações jurídicas laborais massificadas será mais correcto aludir-se a um dever de lealdade.²⁹

Veja-se que em Itália fala-se no “*obbligo di fedeltà*”, bem assim ocorrendo o mesmo em Inglaterra como o “*duty of fidelity*”, sendo que em Espanha a referência ao dever de lealdade foi substituída pelas exigências de boa-fé, não obstante se continuar, na doutrina, a aludir ao dever de lealdade, explicando-o, todavia, com referência à boa-fé. O mesmo ocorrendo em Itália, não obstante a expressão “*fedeltà*”, a aferição com

²⁶ THEO MAYER-MALY, Treue- und Fürsorgepflicht in rechtstheoretischer und rechtsdogmatischer Sicht, in Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht, Wilhelm Braumullher, Universitäts-Verlagsbuchhandlung, Wien, Stuttgart, 1975, p. 71 e ss.

²⁷ GUIDO TRIONI, L’obbligo Di Fedeltà Nel Rapporto Di Lavoro, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1982, p. 39 e ss.

²⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Anotação, Concorrência Desleal e Justa Causa de Despedimento, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 498 e ss.

²⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, Abril, 2002, p. 456 e ss.

relação ao dever de lealdade faz-se com base na boa-fé, sendo que na Alemanha costuma somente fazer-se alusão ao dever de boa-fé.³⁰

Ora, a concepção inicial de lealdade introduzida em Itália, como já acima se referiu, sofreu uma revisão profunda, a partir da publicação, em 1970 do *Statuto dei Lavoratori*. As novas disposições trouxeram uma nova perspectiva das relações de trabalho, segundo a qual apenas se poderia atribuir relevo às qualidades do trabalhador na medida em que fossem inerentes ao conteúdo profissional da prestação. Com esta postura do legislador, levou-se a uma ruptura definitiva com os resíduos comunitários que ainda subsistiam no modo de construir um dever geral autónomo de lealdade. Ao invés, formou-se, assim, um novo entendimento, dominante, de que não é viável extrair-se da lei um dever geral autónomo de lealdade, mas apenas os deveres específicos de sigilo e de não concorrência expressamente identificados. Admitindo-se, ainda, que um enunciado genérico da lealdade derive, para o contrato de trabalho, da boa-fé, mas apenas como modalidade de comportamento devido pelo trabalhador no cumprimento do contrato de trabalho, enquanto sua obrigação principal.³¹

Esta exigência geral de boa-fé na execução dos contratos assume particular relevância no desenvolvimento de um vínculo que se caracteriza por ser duradouro e pessoal das relações de trabalho. Estas notas típicas das relações de trabalho subordinado tem contribuído para que, nalgumas construções doutrinárias, se coloque o acento no elemento fiduciário das mesmas relações, ou seja, na necessidade de subsistência de um estado de confiança entre as partes como fundamento objectivo da permanência do vínculo, sendo que esta concepção fiduciária das relações de trabalho subordinado tem hoje uma projecção doutrinal limitada, subsistindo, todavia, em pleno no que respeita àquelas funções que, por vezes, a própria lei qualifica como correspondentes a cargos de direcção ou de confiança, isto é, quando se tratem de relações laborais que envolvam a partilha ou a delegação de poderes patronais, bem como aquelas que tenham como objecto o aconselhamento, assessoria ou auditoria da direcção e gestão das empresas.³²

³⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, Abril, 2002, p. 456 e ss.

³¹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 241 e ss.

³² ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 241 e ss.

2. O Dever de Lealdade na actualidade

Após esta exposição inicial, cumpre, assim, indagar se a lealdade configura, no ordenamento português, um dever geral com dois afloramentos que o não esgotam, ou ao invés, enquanto conceito com dois sentidos normativos isolados e exclusivos.

i) Introdução

Esta questão assume alguma complexidade porquanto a questão do dever geral de lealdade encontra-se historicamente associada a uma visão, como já acima enunciado, comunitária e solidarística das relações de trabalho, que faziam parte do quadro político-jurídico do corporativismo, que foi superado com o regime jurídico-constitucional posterior a 1974. Contudo, tal questão não se parece reduzir apenas a esta relação política e ideológica. Isto porque, para muitos, o dever geral de lealdade é compatível com uma concepção contratualista e comutativa das relações laborais, que se encontra demonstrado, no campo doutrinal, pelo facto de alguns autores germânicos com posição adversa à concepção comunitária, e inclusivamente dubitativos no que respeita à própria formulação tradicional do dever de lealdade, desembocarem em resultados semelhantes aos da orientação anterior, considerando a lealdade como uma fonte de deveres acessórios de conduta inominados e como elemento de configuração de todas as obrigações – principais e acessórios – na relação de trabalho.³³ Ora, a recondução do tema do dever de lealdade ao princípio da boa-fé permite deixar para trás a matriz comunitária com que o dever de lealdade adquiriu notória acentuação nos ordenamentos de cariz corporativos.

Pois, não deve ser ignorado o facto de, com a evolução do ordenamento jurídico-laboral português, a norma jurídica referente ao dever de lealdade lhe conferir um alcance normativo superador dos limites do sigilo e da não concorrência. Atente-se no teor da norma, podendo se verificar que este preceito não foi confrontado com uma atitude limitativa explícita do legislador que obrigasse a reformular a posição jurídica do trabalhador em face dos riscos de prejuízo, surgidos no contexto da relação de trabalho, para o empregador e a empresa. Concluindo que, a objectivação e despersonalização dos contactos entre as esferas do trabalhador e do empregador é, entre nós, uma construção jurídica incompleta, uma vez que se encontra distante da necessária assimilação

³³ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 243 e ss.

cultural, motivo pelo qual a jurisprudência tem vindo a enfatizar os ingredientes fiduciários da relação de trabalho, para os quais o dever geral de lealdade assume uma função estruturante. Deste modo, resulta que o dever de fidelidade, de lealdade ou de execução leal tem o sentido de garantir que a actividade pela qual o trabalhador cumpre a sua obrigação, prevista no contrato de trabalho, representa a utilidade visada, estando-lhe vedados comportamentos que apontem para a neutralização dessa utilidade ou que possam determinar situações de perigo para o interesse do empregador ou para a organização técnico-laboral da empresa. Assim, para além do dever do trabalhador se abster de qualquer acção contrária aos interesses do empregador, o dever de lealdade tem igualmente um conteúdo positivo, isto é, o dever de o trabalhador tomar todas as disposições necessárias quando constata, por exemplo, uma ameaça de prejuízo ou qualquer perturbação da exploração, ou quando vê outros trabalhadores a ocasionar danos.³⁴

Assim, constata-se a acentuada elasticidade de conteúdo e a variada graduação de intensidade deste dever de lealdade, isto porque a natureza, dimensão objectiva e o próprio *modus operandi* de direcção da empresa condicionam estreitamente o feixe das específicas manifestações deste dever, bem como o grau de exigência, quanto à conduta do empregador, que ele incorpora. Assim, por exemplo, nos cargos de direcção ou de confiança, a obrigação de lealdade constituiu uma parcela essencial, e não apenas acessória, da posição jurídica do trabalhador. Este facto assenta na realidade de que tais cargos envolvem um peculiar e particular grau de confiança, não apenas no plano subjectivo, mas também no que concerne às condições objectivas que induzem riscos particularmente intensos para a realização dos interesses do empregador.³⁵

Pois que, podemos concluir que não se pode especificar *a priori* quanto à natureza genérica das condutas que devem ser observadas e que se encontram adstritas à conduta do trabalhador, no âmbito do dever de lealdade. Não obstante as legislações, onde se inclui a nossa, tentarem tipificar um certo número de obrigações contidas nesse círculo, pode admitir-se que tais tipificações assumem um carácter meramente exemplificativo e não dispensam que se continue a operar com um dever geral de conteúdo não especificado, donde releva a aplicação jurisprudencial do conceito de lealdade e

³⁴ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 243 e ss.

³⁵ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 243 e ss.

fidelidade (que em alguns países originou uma vasta casuística).³⁶ Como refere LUIS MENEZES LEITÃO, *“Entre os deveres acessórios de lealdade, a lei indica exemplificativamente os deveres de sigilo e de não concorrência, mas os deveres de lealdade são bastante mais amplos do que este.”*³⁷

Ora, o dever geral de lealdade tem uma faceta subjectiva, que decorre da sua estreita relação com a permanência de confiança entre as partes (nos casos em que a confiança poderá ser considerada um elemento essencial para a celebração do contrato e, bem assim para a sua continuidade). Pelo que, para esta faceta, é necessário que a conduta do trabalhador não seja susceptível de destruir ou abalar tal confiança, através da criação no espírito do empregador da dúvida quanto à própria idoneidade do trabalhador, sendo que este traço do dever de lealdade é mais acentuado, quanto mais extensa for a delegação de poderes no trabalhador e quanto maior for a atinência das funções exercidas à realização final do interesse do empregador. Sendo certo que, a diminuição da confiança não está dependente de um prejuízo, nem da existência de culpa grave do trabalhador, isto porque, não obstante o *animus* revelado no comportamento em causa determinar um maior ou menor abalo às expectativas do empregador, por vezes a simples materialidade desse comportamento, aliada a um grau moderado de culpa, pode, em certos contextos, como sejam funções que requerem a máxima confiança, decorrer um efeito redutor das mencionadas expectativas do empregador. No entanto, o dever de lealdade tem, também, uma faceta objectiva que se reconduz, no seu essencial, à necessidade de o trabalhador ajustar a sua conduta ao princípio da boa-fé no cumprimento das suas obrigações, nos termos do artigo 762.º, do C.C. Como refere ANTUNES VARELA, *“O devedor não pode cingir-se a uma observância puramente literal das cláusulas do contrato, se a obrigação tiver natureza contratual. Mais do que o respeito pelo farisaico da fórmula na qual a obrigação ficou condensada, interessa a colaboração leal na satisfação da necessidade a que a obrigação se encontra adstrita. Por isso ele deve se ater, não só à letra, mas principalmente ao espírito da relação obrigacional.”*³⁸ Resultando, hoje, do teor do artigo 126.º, n.º 1, do C.T., isso mesmo, senão vejamos *“O empregador e o trabalhador*

³⁶ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 246 e ss.

³⁷ LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 2.º Edição, Almedina, 2010, p 293 e ss.

³⁸ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 2.º Edição, Coimbra, 1978, p. 11.

devem proceder de boa-fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações”. Pelo que, desta exigência promana, no que respeita ao trabalhador, o imperativo de uma certa adequação funcional da sua conduta à realização do interesse do empregador, na medida em que esse interesse resulte do teor do contrato, ou seja, a sua satisfação esteja dependente do cumprimento da obrigação assumida. Adiante, como refere ANTUNES VARELA, “*Do que se trata é de apurar, dentro do contexto da lei ou da convenção donde emerge a obrigação, os critérios gerais objectivos decorrentes do dever de leal cooperação entre as partes, na realização cabal do interesse do credor com o menor sacrifício possível dos interesses do devedor (...)*.”³⁹ Ou seja, o que se procura, no fundo, é de um conteúdo do dever geral de lealdade com o sentido legalmente previsto no artigo 126.º, n.º 1, do C.T.⁴⁰

Verifica-se, pois, que o dever de lealdade tem, nas relações de trabalho subordinado, manifestações muito variadas e insusceptíveis de previsão exaustiva. Não obstante, existem expressões típicas desse dever, que se traduzem em específicas vinculações para o comportamento do trabalhador, que se encontram contempladas na alínea f) do n.º 1, do artigo 128.º, do C.T., como sejam, designadamente, não negociar por conta própria ou alheia em concorrência com o empregador, nem divulgar informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios. Trata-se, assim, da proibição de não concorrência e da obrigação de sigilo ou reserva profissional. Estas figuras assentam num mesmo juízo normativo, isto é, a posição funcional do trabalhador, no desenvolvimento das relações laborais, não deve instrumentalizar-se à produção de resultados negativos para o interesse contratual do empregador, sendo certo que, quer a concorrência, quer a divulgação de informações, são condutas que se caracterizam por algo mais do que a possibilidade de causar efeitos prejudiciais para a entidade patronal, isto porque o juízo legal de censura assenta no facto de estas condutas serem potenciadas, quanto aos seus efeitos, pela especial posição em que o trabalhador se encontra na organização técnico-laboral do empregador. Podemos, desde já, dizer que é notória a coincidência nos campos de actuação do dever de não concorrência e da

³⁹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 2.º Edição, Coimbra, 1978, p. 12.

⁴⁰ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 247 e ss.

obrigação de sigilo, isto porque as exigências práticas que cada um deles se destina a cobrir sobrepõem-se em grande parte.⁴¹

É importante, de facto, aprofundar o conteúdo deste dever de não concorrência, indagando quais são as condutas que se inserem neste dever, legalmente previsto. Assim, a abstenção de concorrência não atinge apenas as situações em que o trabalhador efectue negócios – transacções comerciais - em concorrência com o empregador, isto porque a formulação da lei abrange todas as actividades profissionais que exercidas, quer por conta própria ou em regime de subordinação a um outro empregador, sejam susceptíveis de influir negativamente a posição que o primeiro empregador tem no mercado. O que se pretende, no fundo, é impedir e prevenir que do exercício da actividade profissional para um segundo empregador, possa resultar uma limitação do volume de negócios e dos proveitos para o primeiro empregador, ou seja, pretende-se impedir o desvio de clientela.⁴²

Ora, importa precisar a definição de não concorrência, desde logo, para que se possa fazer a distinção entre não concorrência e exclusividade, que não são noções coincidentes, desde logo porque o dever de não concorrência pressupõe a admissibilidade do *pluriemprego* - que adiante se desenvolverá – ou seja, a possibilidade de prestar o seu trabalho a mais do que um empregador, sem que qualquer destes possa reivindicar a prestação do seu trabalho em exclusivo. Isto significa que, quando a lei proíbe ao trabalhador actividades concorrenciais, não está a impor-lhe a exclusividade da prestação de trabalho a um empregador. Depois, a abstenção de concorrência corresponde, no essencial, a um comando de defesa do interesse económico e empresarial do empregador, tratando-se de salvaguardar a posição ocupada pelo empresário no mercado concorrencial, evitando que a actuação de um trabalhador contribua para o desvio da sua clientela actual ou potencial para outro empresário actuante no mesmo mercado. Ou seja, o requisito elementar para se aferir do dever de não concorrência é, de facto, a possibilidade de desvio de clientela. Sendo necessário que no caso concreto concorra um elemento subjectivo capaz de relacionar o efeito negativo sofrido pelo empregador. Isto porque, a concorrência pode ser consentida pelo empregador, através do conhecimento e consentimento da prestação de trabalho do

⁴¹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 248 e ss.

⁴² ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 249 e ss.

trabalhador a um outro empregador, tendo o trabalhador o dever de revelar ao empregador originário o facto de passar a prestar trabalho, nas condições indicadas, para outro empregador, sendo que se nada lhe for oposto, a situação entra no domínio da correcção e da licitude. O que significa que, a incorporação da não concorrência na lealdade inviabiliza a hipótese de se lhe conferir uma dimensão puramente objectiva, porquanto não basta a constatação do facto da concorrência, sendo necessário que esse facto assuma um sentido negatório da boa-fé, surgindo como uma violação do dever de lealdade, sendo, portanto, subjetivamente censurável.⁴³

Concluindo-se que, a determinação dos comportamentos adequados ao dever de não concorrência apenas em concreto podem ser feitos, através das circunstâncias particulares de cada caso, que devem ser ponderadas. Assim, esta determinação legal há-de permanecer no domínio da casuística, por força da exigência de uma adequada ponderação das circunstâncias concretas de cada caso, pois que, de outro modo, estaríamos a incorrer na possibilidade de artificial e ilegítima ampliação da área operatória em que o dever em causa se destina a actuar.⁴⁴ Assim, por força do princípio da boa-fé, previsto no artigo 126.º, do C.T., e do *intuitos personae* que caracteriza o contrato de trabalho, deve entender-se que ele instituiu uma relação de confiança entre as partes, que deve ser mantida pelo trabalhador, através do dever de lealdade. Pelo que, este conteúdo do dever de lealdade será tanto mais intenso, quanto maior for a posição hierárquica do trabalhador na empresa.⁴⁵

⁴³ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 250 e ss.

⁴⁴ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 250 e ss.

⁴⁵ LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 2.º Edição, Almedina, 2010, p. 293 e ss.

ii) O Dever de Não Concorrência e o Dever de Sigilo – O artigo 128.º, n.º 1, alínea f), do C.T..

A alínea f), do n.º 1, do artigo 128.º, do C.T., indica como explicitações do dever de lealdade do trabalhador, o dever de não negociar por conta própria ou alheia em concorrência com o empregador e o de não divulgar informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios. Tratam-se, assim, de afloramentos, como resulta da palavra constante da norma, “*nomeadamente*”.

Não obstante, refere MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, que enquanto dever independente da prestação principal, o dever de lealdade surge com a celebração do contrato de trabalho e mantém-se ao longo da respectiva execução, incluindo nas situações de não prestação da actividade de trabalho, tratando-se, ainda, de um dever dotado de pós-eficácia, uma vez que perdura para além da cessação do vínculo laboral. Deste modo, a Autora reconhece uma dimensão restrita e uma dimensão ampla ao dever de lealdade. Assim, a dimensão restrita concretiza-se essencialmente, mas não exclusivamente, no dever de não concorrência e no dever de sigilo. Nesta dimensão restrita a Autora refere que o dever de lealdade é dotado de pós-eficácia⁴⁶, no sentido em que o próprio trabalhador continua obrigado ao sigilo mesmo após a cessação do seu contrato de trabalho, ainda que sujeito a limites temporais.⁴⁷ Já na sua dimensão ampla, o dever de lealdade é o dever orientador geral da conduta do trabalhador no cumprimento do contrato, incluindo uma dimensão obrigacional e uma dimensão especificamente laboral.⁴⁸ Neste sentido JOSÉ ANDRADE MESQUITA, que também

⁴⁶ Em sentido diverso PEDRO ROMANO MARTINEZ.

⁴⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais, 3.º Edição, Almedina, p. 421 e ss.

⁴⁸ Como refere MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “o dever de lealdade do trabalhador entronca, em primeiro lugar, no dever geral de cumprimento pontual dos contratos”. Assim, nesta perspectiva, o dever de lealdade do trabalhador tem como destinatário a entidade patronal, contraparte no contrato de trabalho, e não é mais do que a concretização laboral do princípio da boa-fé, na sua aplicação ao cumprimento dos negócios jurídicos, tal como está vertido no n.º 2, do artigo 762.º, do C.C., devendo ser neste sentido compreendida a referência ao dever de comportamento do trabalhador e do empregador, segundo as regras da boa-fé no cumprimento dos seus deveres e no exercício dos seus direitos, de acordo com o disposto no n.º 1, do artigo 126.º, do C.T. Assim, esta primeira dimensão do dever de lealdade pode considerar-se como a sua dimensão obrigacional, da medida em que corresponde a uma exigência geral, em matéria de cumprimento dos contratos. Todavia, o dever de lealdade do trabalhador, no sentido amplo, tem uma outra dimensão que decorre de dois elementos do contrato de trabalho, designadamente, o elemento do envolvimento pessoal do trabalhador no vínculo e a componente organizacional do contrato. Quanto ao elemento do envolvimento pessoal do trabalhador, este explica-se porquanto a lealdade do trabalhador no contrato de trabalho é uma lealdade, até certo

ele distingue o dever de lealdade em sentido amplo e em sentido restrito. Assim, em sentido amplo, a lealdade, ou como refere o Autor – probidade – impõe o respeito pelos direitos e legítimas expectativas da entidade patronal, dos colegas de trabalho e de todos os que entram em contacto com a empresa, como sejam, os fornecedores, os clientes. O dever de lealdade neste sentido amplo manifesta-se em três direcções – o empregador, os colegas e terceiros – colocando problemas de conflitos de deveres. Sendo que, em princípio, o dever de lealdade para com o empregador assume maior relevância do que o existente para com colegas ou terceiros que entrem em contacto com a empresa, pelo que quanto maior a confiança inerente ao posto de trabalho, mais intensa será a lealdade para com o empregador. Em sentido restrito, o dever de lealdade é um dever em relação à entidade patronal, o mesmo varia de acordo com as circunstâncias, devendo atender-se às funções do trabalhador, ao sector de actividade e aos usos da empresa. Assim, às funções mais elevadas e de maior confiança corresponde um dever de lealdade mais intenso.⁴⁹

Ora, o dever de não concorrência assume um conteúdo e intensidade distinta consoante seja partilhado o entendimento de que o mesmo é corolário de uma obrigação de lealdade mais genérica, sobretudo quando se considera que na base desta está uma genuína comunidade ou comunhão de interesses entre o empregador e os trabalhadores ou uma especial relação de confiança – como acima já se falou – ou, ao invés, caso se entenda que o dever de lealdade nada mais é do que uma variação semântica da obrigação de qualquer contratante, de cumprir o contrato segundo os ditames da boa-fé, nos termos do artigo 126.º, do C.T.⁵⁰

ponto, pessoal, cuja quebra grave pode constituir motivo para a cessação do contrato – sendo este elemento de pessoalidade que justifica, em certos casos, o relevo de condutas extra-laborais do trabalhador graves para efeitos de configuração de uma situação de justa causa de despedimento, bem como o relevo da perda da confiança pessoal do empregador no trabalhador. Por outro lado, a componente organizacional do contrato de trabalho justifica que o dever de lealdade do trabalhador não se cifre apenas em regras de comportamento para com a contraparte mas, também, na exigência de um comportamento correcto do ponto de vista dos interesses da organização. Nesta dimensão, o grau de intensidade do dever de lealdade e as consequências do seu incumprimento dependem do tipo de funções do trabalhador e da natureza do seu vínculo de trabalho, em concreto.

⁴⁹ JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, 2.º Edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, p. 552 e ss.

⁵⁰ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p.531 e ss.

Actualmente, na doutrina alemã, partilha-se do entendimento de que o dever de lealdade nada mais é do que um dever que cabe a qualquer contratante no cumprimento do contrato de trabalho, de acordo com as exigências de boa-fé, ainda que possa existir um elemento fiduciário, em certas hipóteses, atenta a própria relação contratual. Ainda assim, seja qual for a posição adoptada, a doutrina tende a aceitar a existência de uma obrigação de não concorrência por parte do trabalhador, durante a vigência do seu contrato de trabalho, considerando ser uma obrigação de efeito natural e normal do próprio contrato de trabalho, não se devendo confundir com a proibição de concorrência desleal⁵¹, até porque ao trabalhador são proibidos comportamentos, que na ausência de um contrato de trabalho, seriam considerados completamente lícitos. Assim, quando cessa o contrato de trabalho, cessa também esta obrigação de não concorrência, ficando o trabalhador apenas sujeito à obrigação de não entrar em concorrência desleal com o seu anterior empregador, a não ser que do contrato de trabalho conste uma cláusula de não concorrência, da qual resulta – para grande parte da doutrina – uma obrigação distinta da obrigação de não concorrência vigente durante a vigência do contrato.⁵²

É importante, também, descortinar alguns conceitos mencionados no preceito legal, por serem controversos entre os próprios comerciantes, como sejam, os conceitos de “concorrência” e de “negociar”. Para MARIA GIOVANNA MATTAROLO, e a respeito do conceito de concorrência, “*são concorrentes ou encontram-se em concorrência dois ou mais empresários que num determinado período de tempo oferecem ou podem oferecer bens e serviços susceptíveis de satisfazer, mesmo que em via sucedânea, a mesma necessidade ou necessidades similares ou complementares no mesmo âmbito do mercado actual ou imediatamente potencial.*”⁵³ Assim, de acordo com esta visão, serão comportamentos ou actos concorrentes aqueles que, objectivamente, possam desviar uma parte da clientela, sendo que, para falar-se de concorrência, não é necessário que se verifique um desvio efectivo de clientela, bastando um desvio meramente potencial. Neste sentido PEDRO ROMANO MARTINEZ e, bem assim grande parte da doutrina portuguesa, que refere

⁵¹ A proibição de concorrência desleal trata-se de uma hipótese de ilícito extracontratual, nas palavras de JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 532 e ss.

⁵² JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 533 e ss.

⁵³ MARIA GIOVANNA MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di Lavoro*, Artigo 2015, Il Codice Civile, Commentario, diretto da Pietro Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2000, p. 73 e 74.

“fundamental para admitir a violação do dever de não concorrência é a existência de um desvio de clientela, ainda que potencial, visto ser este o facto que pode causar prejuízos ao empregador.” Assim, o Autor entende que o desvio de clientela não tem de ser efectivo, bastando que seja potencial⁵⁴. Entendendo-se que viola o dever de não concorrência, o trabalhador que, pela sua actuação, tenha potenciado um desvio de clientela. Deste modo, se o trabalhador iniciou uma actividade, por conta própria ou alheia, mediante a qual pode desviar clientes do empregador, mesmo que esse prejuízo não tenha ocorrido, há a violação do dever de não concorrência, pelo que, não será necessário que exista um prejuízo efectivo para o empregador, nem este tem de fazer prova de um desvio clientela, bastando, para tal, a perda de confiança. Assim, havendo autorização do empregador, ainda que a mesma seja implícita, a actuação concorrencial do trabalhador é lícita.⁵⁵

Deve, também, acrescentar-se que a concorrência pode verificar-se mesmo que os bens ou serviços não sejam idênticos, mas desde que se dirijam à mesma categoria de consumidores, de modo que o aumento da actividade de um sujeito determine a redução da actividade do outro.⁵⁶ Através deste raciocínio, podemos dizer que o avião e o comboio se apresentam como concorrentes, em certas circunstâncias, ao invés da concorrência inexistente entre um grande hotel de luxo e uma pequena pensão.⁵⁷ Ou seja, o que se pretende é que não se restrinja demasiado o conceito de concorrência apenas a situações em que se verifica um desvio ou um perigo de desvio de clientela,

⁵⁴ Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Março de 1992, BMJ 415, p. 395. Bem assim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de Maio de 1992, CJ XVII, T. III, p. 160, bastando que o comportamento do trabalhador seja preparatório da actividade concorrencial. Deste modo, considerou-se que violava o dever de lealdade a trabalhadora que também trabalhava num escritório de contabilidade concorrente, apenas de não se provar que o desvio de clientela tenha sido motivado por essa actuação, in Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23 de Novembro de 1995, CJ XX, T. V., p. 89.

⁵⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Abril, 2002, p. 462 e ss.

⁵⁶ Atente-se no Acórdão de 8 de Julho de 1995 da Cassazione, n.º 7529 (MGL 1995, p. 568), que entendeu que existia violação do dever de lealdade no afloramento da não concorrência, quando um trabalhador desenvolvia uma actividade de venda porta a porta para duas empresas, que ofereciam produtos distintos, por considerarem que na venda porta a porta a conquista da clientela não dependiam necessariamente do tipo de produto proposto, mas sim do modo como o vendedor se avizinha do cliente, ou seja, pelo modo como o vendedor actua, nessa qualidade.

⁵⁷ Alguma doutrina comercial tende a expandir o conceito de concorrência, uma vez que destaca que as situações de concorrência podem surgir não apenas em relação aos consumidores finais, mas também no mercado financeiro, de fornecedores, no mercado de trabalho e de energia, in JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 535 3 ss.

podendo existir genuína concorrência, mesmo quando não há consumidores comuns, mas existe competição económica entre vários agentes. Não obstante, se considerar que tal tendência não pode redundar em que qualquer acto ou comportamento prejudicial para o empregador seja considerado uma concorrência.⁵⁸

Na opinião de JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, a grande parte da doutrina portuguesa tende a definir como concorrência proibida ao trabalhador, a susceptível de desviar, pelo menos potencialmente, a clientela ou parte da clientela do seu empregador. Considerando que este será o caso mais frequente, podendo conceber-se outros em que o conflito de interesses se situa a “*montante e não a jusante*” – se o trabalhador subordinado de uma empresa química criar uma empresa no ramo alimentar, é possível que a clientela de uma e de outra empresa sejam distintas, no entanto, pode suceder que ambas as empresas necessitem da mesma matéria-prima e concorram em termos de fornecedores, podendo a concorrência do trabalhador e da empresa deste gerar dificuldades de abastecimento e encarecimento da matéria-prima.⁵⁹ Para JOSÉ ANDRADE MESQUITA, o dever de não concorrência justifica-se, por um lado, em virtude do valor essencial que a clientela representa para a empresa e, por outro lado, porquanto o trabalhador se encontra em posição privilegiada para concorrer com o empregador, colocando a clientela em risco.⁶⁰

Podemos, em todo o caso, concluir que para que ocorra a violação do dever de não concorrência por parte do trabalhador não é necessário, nem que este cause um dano actual ou efectivo ao empregador, nem que a actividade concorrente seja exercida como verdadeira actividade profissional, podendo tratar-se de comportamentos isolados ou esporádicos. Por outro lado, quanto ao conceito de “negociar”, não se lhe deverá atribuir um significado muito restritivo, já que para que haja a violação do dever de não concorrência, podem bastar comportamentos gratuitos.⁶¹ Tema que também nos parece

⁵⁸ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 535 e ss.

⁵⁹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 536 e ss.

⁶⁰ JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho, 2.º Edição*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 549 e ss.

⁶¹ Tanto a jurisprudência italiana, como francesa e alemã têm entendido que a mera intenção de vir a concorrer com o empregador não constituiu, só por si, uma violação do dever de não concorrência, como também não existirá a tal violação quando se praticam actos apenas preparatórios, que visem a constituição futura de uma sociedade para vir a concorrer com o anterior empregador. Casos típicos destes actos preparatórios seriam a constituição de uma

delicado é o da participação em sociedades concorrentes com o próprio empregador, ou seja, se por um lado se tem entendido que viola o dever de lealdade uma participação como sócio numa sociedade de pessoas ou uma posição influente numa sociedade de capitais em concorrência com o empregador, por outro lado, tal não ocorrerá se se tratar de um acionista de uma sociedade anónima concorrente, sobretudo se a participação for modesta. Contudo, tal não nos parece claro, sendo fulcral a análise casuística e discricionária.⁶²

Também, para ajuizar da gravidade da violação do dever de não concorrência, é necessário atender-se à actividade concretamente exercida pelo trabalhador e ao sector em que essa actividade se insere, podendo relevar, a circunstância de o trabalhador desempenhar as suas funções sem o controlo directo ou imediato da hierarquia e em relativa autonomia. Veja-se o caso dos vendedores, que desempenham as suas funções fora do estabelecimento, em contacto directo com os clientes e fornecedores, realizando uma actividade de grande importância para a captação de clientela e o caso dos directores comerciais, responsáveis pela coordenação e supervisão das vendas, ambos devem observar estritamente as suas funções, sendo relações laborais com uma maior componente fiduciária. Veja-se, ainda, em certos sectores de actividade, onde em Espanha e Itália, consideram que a actividade bancária é uma delas, que está sujeita a normas de funcionamento interno são particularmente rígidas, delimitando com precisão as actividades paralelas a que os trabalhadores se podem dedicar.⁶³ Devendo, ainda, atender-se, para aferir se se trata de uma conduta concorrente, a circunstâncias como a diminuição da actividade, a actuação dentro do próprio horário de trabalho, a reincidência, a gravidade do prejuízo causado ao empregador e a própria circunstância de o trabalhador ter utilizado meios materiais ou humanos do empregador para com ele

sociedade destinada a operar no mesmo sector da empresa em que o trabalhador está inserido, sociedade essa que ainda não iniciou a sua actividade, ou, por exemplo, o simples facto de se predispor a constituir uma sociedade ou a estabelecer contatos com colegas de trabalho ou com outros sujeitos, tendo em vista a constituição de uma sociedade. Não obstante, é necessário atender a que esta fronteira é muito ténue, porquanto entende-se que já poderá constituir violação do dever de lealdade o facto de o trabalhador participar activamente na promoção dessa sociedade, começando a fazer publicidade, a celebrar contratos com fornecedores, in JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 537 e ss.

⁶² JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 538 e ss.

⁶³ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 538 e ss.

concorrer.⁶⁴ Assim, parece-nos que o trabalhador só deverá responder pelos seus próprios comportamentos concorrentes com o seu empregador, ao contrário do que decidiu o Tribunal Italiano da Casazione.⁶⁵ Não obstante, e em posição contrária ao decidido pelo Tribunal Italiano, no sentido do que a doutrina portuguesa segue, refere MARIA GIOVANNA MATTAROLO, que esta posição do Tribunal Italiano é inaceitável, porquanto o trabalhador não assume qualquer obrigação de vigiar o comportamento dos seus familiares, não devendo impedir tal comportamento.⁶⁶

RITA CANAS DA SILVA propõe a identificação de três níveis de gestão, que espelham os diferentes graus de lealdade exigida ao trabalhador, na execução do contrato de trabalho. Num primeiro nível, o trabalhador, participa ou contribui, com maior ou menor impacto, atenta a actividade que lhe compete prestar, para a concretização dos objectivos definidos pelo empregador. Num segundo nível, e em certas circunstâncias o trabalhador repercute os efeitos da actuação representativa na esfera patrimonial do empregador. E, num terceiro nível, o trabalhador, em certos casos, dá “rumo” à empresa, definindo objectivos empresariais, comandos que devem ser seguidos.⁶⁷

Mas vejamos melhor. No que respeita ao dever de lealdade num primeiro nível de gestão, cabe, como se sabe e se encontra legalmente previsto, às partes determinar a actividade para que o trabalhador é contratado, sendo que esta actividade, executada no interesse e por conta do empregador, integra o objectivo do contrato e traduz uma primeira forma de gestão. Assim, inserido na estrutura do empregador, o trabalhador prossegue os fins definidos pelo empregador, de forma subordinada, no âmbito da sua esfera negocial. Como exemplos, o caixa de um supermercado, o motorista de uma

⁶⁴ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 538 e ss.

⁶⁵ Ao contrário do que decidiu o Tribunal Italiano, que considerou existir uma violação grave do dever de não concorrência de um quadro dirigente porque a mulher deste decidiu adquirir uma quota numa sociedade directamente concorrente com a do empregador daquele (Acórdão da Cassazione de 1 de Julho de 1988, n.º 3719), in JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 539.

⁶⁶ MARIA GIOVANNA MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di Lavoro*, Artigo 2015, *Il Codice Civile, Commentario*, diretto da Pietro Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2000, p. 83.

⁶⁷ RITA CANAS DA SILVA, *Dever de Lealdade do Trabalhador e Níveis de Gestão, Estudos em Homenagem a Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Volume III*, Almedina, Janeiro 2011, p. 588 e ss.

empresa de transportes, o técnico informático em empresa de tecnologias de informação – todos contribuem para a prossecução dos objectivos delineados pelo empregador e, a gestão que, diariamente, fazem do tempo e meios empregues na execução do trabalho prestado, reflecte-se na eficiência e resultados do conjunto, isto é, no património do empregador. Para caracterização, neste primeiro nível de gestão, da lealdade, a Autora atende à prestação devida pelo trabalhador, sem atender à posição hierárquica ocupada pelo trabalhador, pois que, actualmente, a lealdade mantém-se como um dever geral de conduta, explicado numa perspectiva de adequação funcional da prestação ao interesse do credor, que se reconduz ao princípio geral da boa-fé no cumprimento das obrigações. Sendo um dever geral, de conteúdo elástico e adaptável, que não se limite pelas suas duas típicas concretizações, como já aqui vimos. Assim, atento o exposto, é necessário aferir e delimitar a lealdade no primeiro nível de gestão, sendo que, em regra, dir-se-á que é valorado o lado objectivo da lealdade, verificando-se a aptidão da conduta do trabalhador à frustração do interesse do empregador, não se ponderando o lado subjectivo da lealdade e a quebra da confiança resultante de tal conduta, por se considerar que tal não é elemento essencial do contrato. Não obstante, há situações, que ainda se inserem no primeiro nível de gestão, em que a confiança é valor essencial do contrato, pelo que teremos que atender ao lado subjectivo, como é o exemplo dos funcionários bancários, isto porque, neste tipo de profissões lidamos com um acréscimo de confiança – erigidos nestes caso a valor essencial – que decorre da exposição adicional do empregador a maiores riscos, sendo que a confiança, nestas situações, resulta não só da obrigação principal do trabalhador mas, também, de obrigações acessórias, indissociáveis desta.⁶⁸

Quanto ao segundo nível de gestão, o n.º 3, do artigo 115.º, do C.T., prevê que a concessão dos poderes necessários, quando a natureza da actividade envolver a prática de negócios jurídicos. Assim, em certas situações, atendendo às características da actividade contratada, o trabalhador pode ser titular de poderes representativos, produzindo efeitos na esfera jurídica do empregador. Trata-se de uma forma de gestão que perpassa diversos tipos de actividade profissional e que ocorre mesmo em posições que não correspondem a lugares de topo ou de chefia na estrutura da empresa. O exercício de poderes de representação dita particulares exigências de lealdade, isto

⁶⁸ RITA CANAS DA SILVA, Dever de Lealdade do Trabalhador e Níveis de Gestão, Estudos em Homenagem a Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Volume III, Almedina, Janeiro 2011, p. 589 a 595.

porque se está perante a atribuição não expressa de poderes representativos, assim a lealdade, no sentido definido pela doutrina, de adequação funcional ao interesse do credor, tem agora particular importância e a actuação desconforme do trabalhador poderá implicar a responsabilidade disciplinar. Pelo que, como nota típica, assistimos, neste nível, à duplicação das exigências de lealdade, isto é, para além da prestação leal da actividade contratada e, ainda no âmbito desse exercício e quando tal se imponha, temos a representação leal do empregador, pois que estamos perante uma lealdade reforçada.⁶⁹ Por último, e quanto ao terceiro nível de gestão, remete-nos para os designados “super-substitutos do empregador”, cuja actividade “dá rumo à sociedade”, ou seja, o trabalhador dirigente. Assim, se no segundo nível de gestão os poderes de representação previsto no n.º 3, do artigo 115.º, do C.T., são atribuídos de forma indiferenciada, e se no primeiro nível de gestão também não aferimos da posição ocupada pelo trabalhador na hierarquia da empresa, a mesma regra já não é aplicável ao terceiro nível em que a gestão resulta do tipo de prestação ou cargo ocupado. Incluem-se, neste conjunto, os casos em que a actividade a executar, corresponde, normalmente, a alta posição na estrutura da empresa, sendo desenvolvida com autonomia técnica e decisória, sendo os trabalhadores que participam na definição dos objectivos a atingir pelo conjunto, estamos, assim, perante os dirigentes da empresa que são, por excelência, os trabalhadores gestores.⁷⁰

Ora, a obrigação de não concorrência não deve ser confundida com uma obrigação de exclusividade. Isto porque, em princípio, não é proibido ao trabalhador que realize outras actividades desde que sejam, precisamente, não concorrentes. Sucede, porém, que da diversificação das situações dos trabalhadores subordinados não resulta, apenas, nas especificidades das suas funções, sendo que uma das situações mais frequentes, sobretudo à medida que os contratos de trabalho se tornam mais precários e se desviam do modelo inicial de trabalho, a tempo completo, é a questão do *pluriemprego*.⁷¹ A possibilidade de pluriemprego ou de pluriactividade pode, no entanto, suscitar várias questões, como sejam, saber se o trabalhador está sempre proibido de exercer

⁶⁹ RITA CANAS DA SILVA, Dever de Lealdade do Trabalhador e Níveis de Gestão, Estudos em Homenagem a Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Volume III, Almedina, Janeiro 2011, p. 596 e ss.

⁷⁰ RITA CANAS DA SILVA, Dever de Lealdade do Trabalhador e Níveis de Gestão, Estudos em Homenagem a Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Volume III, Almedina, Janeiro 2011, p. 611 e ss.

⁷¹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 261 e ss.

actividades em empresas concorrentes entre si. Quanto a esta questão, as opiniões divergem, consideravelmente, na doutrina italiana, sendo que, para uma parte, haverá uma proibição total de actividade numa empresa concorrente, já para outra parte, deverá atender-se ao risco efectivo que para o empregador representa o facto de determinado trabalhador trabalhar, igualmente, para a concorrência. Em determinados casos, o risco pode considerar-se muito circunscrito ou reduzido⁷², como seja, no caso de uma empregada de limpeza que trabalha da parte da manhã para uma determinada empresa e, da parte da tarde, trabalha para uma outra empresa, distinta da primeira. Para uma outra parte, questão essencial seria a de saber se o trabalhador exerce ou não funções análogas ou similares numa e noutra empresa. Neste sentido RENATO SCOGNAMIGLIO, que considera que durante a vigência do contrato de trabalho, o trabalhador está proibido de desempenhar, por conta própria ou alheia, “*actividades económicas de natureza análoga às que pertencem às suas funções*”.⁷³ Para a doutrina portuguesa, o comportamento do trabalhador não será ilícito se o empregador tiver autorizado a actividade, mesmo que concorrente, isto é, a norma que proíbe a concorrência de um trabalhador tem um carácter claramente dispositivo, o que significa que nada impede que o empregador autorize o seu trabalhador a realizar uma actividade concorrente, partilhando deste entendimento, PEDRO ROMANO MARTINEZ.⁷⁴ Este consentimento não tem que ser, necessariamente, expresso podendo o mesmo ser tácito, não sendo de afastar a relevância de uma mera tolerância por parte do empregador. Neste sentido, MARIA GIOVANNA MATTAROLO, que refere poder considerar-se como autorização o silêncio do empregador, que no momento em que decide contratar o trabalhador sabia que o trabalhador realizava, à data, uma actividade concorrente, nada lhe tendo dito a esse respeito.⁷⁶ Também se pode colocar a questão, controversa, de

⁷² Foi afirmado na jurisprudência italiana que não há qualquer violação do dever de lealdade, o desenvolvimento, a favor de uma sociedade concorrente, de um trabalho de carácter não intelectual e que não comporta particulares margens de autonomia e de discricionariedade, de acordo com o Acórdão da Cassazione de 1 de Dezembro de 1981, n.º 6381, in JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 539 e ss.

⁷³ RENATO SCOGNAMIGLIO, Manuale di Diritto del Lavoro, Jovene, Napoli, 203, p. 389.

⁷⁴ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 540 e ss.

⁷⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, Abril, 2002, p. 463.

⁷⁶ MARIA GIOVANNA MATTAROLO, Obbligo di fedeltà del prestatore di Lavoro, Artigo 2015, Il Codice Civile, Commentario, diretto da Pietro Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2000, p. 140.

saber se ocorre ou não violação do dever de não concorrência por parte de um trabalhador quando este realiza, por conta própria ou alheia, uma actividade concorrente não com o seu empregador, mas sim com uma outra empresa do mesmo grupo. Na doutrina portuguesa, a resposta a esta questão é negativa, muito embora se admitir que a resposta poderá divergir, sempre que se entenda que a outra empresa do grupo deve também ser tratada como empregador.

Outro afloramento do dever de lealdade consiste no dever de sigilo - que não se confunde com o dever de não concorrência – sobre informações referentes à organização, métodos de produção ou negócios de empregador. A referência aos negócios tem aqui um sentido lato, abrangendo toda a actividade do empregador, ainda que não se consubstancie na celebração de negócios jurídicos.⁷⁷ Para PEDRO ROMANO MARTINEZ, este dever de sigilo assenta igualmente no princípio da boa-fé, constante do artigo 762.º, do C.C., do qual decorreria um dever de não divulgar informações referentes à empresa.⁷⁸ Em bom rigor, este dever de sigilo pode, também, incidir sobre outras informações confidenciais, designadamente, dados pessoais do empregador, de colegas de trabalho, dos fornecedores ou clientes, isto porque o contacto com o quotidiano entre o trabalhador e o empregador, na execução do contrato de trabalho, proporciona ao trabalhador o acesso a aspectos da vida pessoal do empregador e de outros sujeitos.

O segredo a que alude JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, é sobretudo o segredo da empresa, que na opinião de alguns autores, se caracteriza por três tipos de segredos distintos: segredos industriais, que respeitam a informações de carácter técnico e industrial, como sejam os procedimentos de fabrico, de reparação ou de montagem; os segredos comerciais, que se reportam a aspectos da empresa como a estrutura de preços, as listas confidenciais de clientes e fornecedores; e finalmente os segredos organizativos e financeiros, como sejam os contratos de carteira, projectos, relações com o pessoal, créditos e relações com instituições financeiras.⁷⁹ Neste sentido, também, GLORIA P. ROJAS RIVERO, que considera que devem ser conservados em sigilo os segredos

⁷⁷ JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, 2.º Edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 555 e ss.

⁷⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, Abril, 2002, p. 463 e ss.

⁷⁹ JULIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 541 e ss.

relativos ao sector técnico-industrial da empresa, mas também segredos relativos ao sector comercial, bem como segredos da empresa e relações da mesma cujo conhecimento seria vantajoso para os concorrentes, devendo ser, também, conservadas em segredo as listas de clientes, matérias-primas utilizadas, relatórios económicos da empresa, patentes, mercados de expansão.⁸⁰

Não pode ser considerado segredo aquilo que é do conhecimento público ou notório ou qualquer informação a que um grande número de pessoas tenha facilmente acesso, sendo certo que o segredo para se seja digno de protecção, a sua revelação pública tem que causar um prejuízo ao real interessado. Como refere GLORIA P. ROJAS RIVERO, a obrigação de segredo apenas diz respeito ao que é secreto e não ao que é do conhecimento geral, ou mesmo conhecimento da pessoa a quem é transmitido.⁸¹

No caso dos representantes legais dos trabalhadores, a doutrina estrangeira tende a afirmar que os representantes legais dos trabalhadores estão sujeitos a uma obrigação de segredo ainda mais intensa, por razões relacionadas com o desempenho do seu cargo, contudo, alguns autores tendem a referir, ao invés, um dever de discrição que permitiria o uso da informação desde que prudente e adequada aos fins em vista. De qualquer forma, parece existir aqui uma obrigação de segredo mais acentuada cuja razão de ser residiria na função representativa e no acesso que esses trabalhadores devem ter a informação mais importante e detalhada sobre a empresa do que aquela a que têm acesso os restantes trabalhadores.⁸²

Ora, a existência de um dever de sigilo por parte do trabalhador subordinado não deve ser levada tão longe por forma a impedir a defesa e a promoção de outros direitos ou interesses, como sejam a liberdade sindical, o direito à saúde e à integridade física, a denúncia de condutas criminosas e a tutela dos próprios direitos, isto porque, muitas vezes, a protecção dos interesses económicos da empresa e da sua posição concorrencial do mercado pode ter que ser sacrificada em detrimento dos interesses concretos do trabalhador mais dignos de protecção, ou seja, pode não ser considerada ilícita a

⁸⁰ GLORIA P. ROJAS RIVERO, *La Libertad de Expresión del Trabajador*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, p. 72.

⁸¹ GLORIA P. ROJAS RIVERO, *La Libertad de Expresión del Trabajador*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, p. 73.

⁸² JULIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 542 e ss.

revelação de informações sigilosas, mesmo que tal possa causar prejuízo ao empregador, quando em causa está a tutela de um interesse superior do trabalhador. Assim, como refere JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, “*é duvidoso que o dever de confidencialidade do trabalhador se estenda a factos ilícitos cometidos pelo empregador ou, pelo menos, a todos e quaisquer factos ilícitos cometidos pelo empregador.*”⁸³ Assim, a liberdade sindical pode justificar a quebra do dever de sigilo permitindo a um trabalhador a revelação de dados confidenciais aos seus próprios representantes sindicais para defesa dos seus interesses e dos interesses colectivos dos trabalhadores. Também pode acontecer que este dever de sigilo seja quebrado quando existe a necessidade de o próprio trabalhador, para defesa de uma acção judicial, revelar segredos.⁸⁴

Controverso é também saber se o dever de sigilo subsiste mesmo após a cessação do contrato de trabalho, sendo que para alguns autores, o dever de sigilo cessa, na ausência de uma cláusula de confidencialidade, quando o contrato de trabalho termina; não obstante, para outra parte da doutrina, este dever de sigilo persiste, ainda que se pudesse distinguir entre a mera divulgação de factos confidenciais que seria proibida e a sua simples utilização, que deveria ser considerada lícita, quando tais factos se inserissem na experiência profissional adquirida pelo trabalhador, durante o contrato de trabalho.⁸⁵

Para PEDRO ROMANO MARTINEZ, o trabalhador só está sujeito ao dever de sigilo na pendência da relação laboral, sendo que após cessar o vínculo contratual, na falta de uma cláusula de sigilo com efeito pós-contratual, os limites à liberdade de divulgação de informações não estão na dependência da situação de trabalho subordinado. Não obstante, nos termos do artigo 484.º, do C.C., importa esclarecer que, finda a relação laboral, o trabalhador é responsável pela difusão culposa de factos capazes de prejudicar o crédito ou o bom nome do empregador. Já na opinião de JOSÉ ANDRADE MESQUITA, o dever de sigilo abrange, de forma mais intensa, o período durante o qual o contrato de trabalho vigora, mas não se confina a este tempo. A

⁸³ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 542 e ss.

⁸⁴ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 543 e ss.

⁸⁵ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 543 e ss.

confidencialidade perdura para além do termo contratual, embora de forma atenuada, e abrange ainda a fase da negociação do contrato, mesmo que não chegue a haver acordo. Assim, a manutenção da confidencialidade depois de o contrato cessar, por seu lado, também deriva do princípio da boa-fé.⁸⁶ Independentemente da subsistência de um contrato de trabalho, há certas actividades em que os profissionais, como sejam os responsáveis pelos ficheiros informáticos sobre dados pessoais, ficam obrigados ao sigilo profissional, mesmo após o termo das suas funções. Do mesmo modo, os empregados bancários estão sujeitos ao dever de segredo, depois do termo das suas funções.⁸⁷

Acresce que, ainda como refere PEDRO ROMANO MARTINEZ, numa dada perspectiva, o dever de sigilo encontra-se relacionado com a não concorrência, visto que a respectiva violação pode conduzir a um mesmo resultado. Ou seja, ao pretender-se que o trabalhador não divulgue os negócios, os métodos de produção e o estilo de organização empresarial do empregador, tenta-se impedir que outras empresas entrem em concorrência com a entidade patronal.⁸⁸ Assim, o dever de sigilo constituiu uma forma de evitar a concorrência, não a concorrência da actividade do trabalhador com a do empregador, mas obstando a que outros interessados na mesma actividade façam concorrência à entidade patronal. Ou seja, o sigilo tem como finalidade salvaguardar a empresa da concorrência, pretendendo, ainda não prejudicar o recurso do empregador ao crédito ou proteger terceiros que entrem em contacto com a organização empresarial.⁸⁹ Não obstante, o dever de sigilo subsiste mesmo que a divulgação de factos relacionados com a empresa, que não são do domínio público, possa implicar um prejuízo para o empregador, ou seja, se um trabalhador divulgar que o empregador está com dificuldades económicas, tal informação pode acarretar prejuízos para a entidade patronal, que não estão directamente ligados com a concorrência, designadamente, no caso de os próprios fornecedores se recusarem a vender produtos a crédito. Deste modo,

⁸⁶ JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, 2.º Edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 560 e ss.

⁸⁷ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, Abril, 2002, p. 463 e ss.

⁸⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, Abril, 2002, p. 464 e ss.

⁸⁹ JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, 2.º Edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 560 e ss.

a obrigação de segredo estará violada, independentemente da veracidade dos factos relatados, porque a lealdade relaciona-se com a confiança depositada no trabalhador.⁹⁰

Como refere LUIS MENEZES LEITÃO, o dever de lealdade abrange, ainda, outras proibições de comportamentos, para além dos deveres de sigilo e não concorrência. Assim, viola o dever de lealdade o trabalhador que proceda ao furto de bens do empregador ou que utilize os instrumentos de trabalho da empresa, como os computadores, a internet ou o telefone, em proveito próprio. Outra manifestação do dever de lealdade que recai sobre o trabalhador será a proibição de receber ofertas de clientes, destinadas a provocar a maior facilidade no atendimento ou preferência especial de tratamento. Não obstante, não considerar que o dever de lealdade seja violado no caso de essas ofertas serem de reduzido valor e oferecidas em conformidade com os usos sociais, como no caso de distribuição de agendas ou esferográficas com referências publicitárias.⁹¹

⁹⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, Abril, 2002, p. 465 e ss.

⁹¹ LUIS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 2.º Edição, Almedina, 2010, p. 295 e ss.

iii) O Dever de Não Concorrência e a Justa Causa de Despedimento

A proibição laboral de concorrência preserva, de facto e bem, interesses do empregador e da empresa, porquanto a concorrência conduzida pelos trabalhadores contra os próprios empregadores implica, por si, um perigo para os empregadores, isto é, a concorrência dos trabalhadores pode afectar negativamente a clientela do empregador, a actividade suplementar dos trabalhadores, fora da empresa mas no mesmo ramo de actividade que possam desenvolver, pode diminuir a sua capacidade laboral, com quebras de produtividade, bem assim a coesão interna das empresas, designadamente, no que respeita às relações entre os trabalhadores, pode ser posta em causa quando algum ou alguns de entre eles representem empresas diferenciadas e concorrentes. Ora, este estado de coisas poderia traduzir, simplesmente, uma faceta negativa da economia de mercado e do princípio de liberdade da empresa, no entanto, três ordens de factores justificam que este tema não seja considerado uma problemática comum da concorrência, desde logo porque o trabalhador obtém, muitas vezes, ao serviço do empregador, o controlo da clientela, que posteriormente poderia usar em proveito próprio, por conseguinte, o trabalhador obtém, também, nessa qualidade, os conhecimentos profissionais, técnicos e de gestão, que o habilitam a constituir a empresa concorrente, por último, a empresa concorrente a ser constituída pelo trabalhador iria, com grande probabilidade, beneficiar, sem encargos, de investimentos muito diversos lançados pela empresa concorrida. Todos estes aspectos acabam por comprovar e justificar a consagração legal da proibição laboral de concorrência.⁹²

Ora, a proibição de não concorrência não pode, nem deve ser ilimitada, porquanto, desde logo, a liberdade de trabalho e de empresa são direitos constitucionalmente consagrados e garantidos, pelo que a sua limitação severa conduziria à violação da Constituição da República Portuguesa, e ainda porque os interesses imediatos dos trabalhadores tendem a ser contrários à proibição laboral de concorrência, pelo que se encontram em causa valores divergentes, que impõem a sua aferição em concreto.

Por conseguinte, cabe aflorar quais as consequências da inobservância da proibição laboral de concorrência, ou seja, sempre que o empregador sofra a violação da proibição laboral de concorrência, perpetrada pelo trabalhador, poderá optar, como

⁹² ANTÓNIO MENEZES CORDERIO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 504 e ss.

refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, através de cinco pontos, a saber, desde logo, através de uma pretensão de indemnização, sendo que todos os prejuízos causados com o ilícito devem ser ressarcidos, nos termos gerais; através de um direito de entrada, isto é, o empregador pode, em vez da indemnização, pretender fazer seu o negócio prevaricador celebrado pelo trabalhador, para tanto, é necessária a colaboração do terceiro, requerendo-se, ainda, que a tal não se oponha a natureza do negócio em causa; através de uma pretensão de omissão, ou seja, confrontado com a concorrência vedada, o empregador pode solicitar judicialmente a cessação do ilícito; através de uma pretensão de informação, ou seja, perante a probabilidade de actuações negociais em concorrência desenvolvidas pelo trabalhador, pode o empregador, nos termos do dever contratual de informação, solicitar todos os elementos sobre os negócios em causa; por último, através do poder disciplinar, isto é, a violação do dever de não concorrência faz incorrer o trabalhador em sanções disciplinares, *maxime* no despedimento do mesmo com justa causa.⁹³

Em todo o caso, encontramos-nos do domínio das relações disponíveis, não havendo violação do dever de não concorrência quando o empregador tenha dado o seu consentimento, expresso ou tácito, à actividade concorrencial do trabalhador. Tal consentimento do empregador ter-se-á por concedido, segundo as regras da experiência, quando antes da celebração do contrato de trabalho e com o conhecimento do empregador, o trabalhador já desenvolvesse a actividade paralela, e nada sobre o assunto tenha sido dito, aquando da contratação do trabalhador.⁹⁴

Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, afigurou-se necessário situar dogmaticamente a figura do despedimento e da justa causa. Assim, a situação jurídica laboral deveria ser sensível à questão da denúncia, que seria assim uma declaração unilateral e receptícia, com o conteúdo da cessação do vínculo laboral, correspondendo o seu exercício a uma faculdade potestativa. Assim, a denúncia era caracterizada por uma situação duradoura, por exemplo, que poderia cessar a todo o tempo, pela vontade livre e discricionária de qualquer das partes, entendendo-se que a particular relação

⁹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 507 e ss.

⁹⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 508 e ss.

existente entre as partes no contrato de trabalho, não poderia compactuar com contratos mantidos contra a vontade de uma delas. Pelo que, a denúncia seria possível, obrigando a uma indemnização, que seria dispensada quando na base da denúncia estivesse um “*fundamento importante*”. Assim, considerava ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, estarmos no domínio da denúncia extraordinária, que se aproxima da rescisão por incumprimento, ou seja, ela opera imediatamente, mas exige, para se verificar, um “*fundamento importante*”.⁹⁵

No primeiro pós-guerra esta situação veio a alterar-se, através da questão da denúncia ordinária, livre e discricionária por definição. Isto porque, a necessidade de assegurar o funcionamento das empresas, que se veio a agravar devido à prolongada crise económica, levou os Estados a intervir, através da promulgação de legislação restritiva no campo da denúncia arbitrária, pelo empregador, no contrato de trabalho, entre os quais, em Portugal. Pretendia-se, assim, a protecção da posição contratual do trabalhador, enquanto pessoa dependente do posto de trabalho, através do incremento de várias fórmulas, como seja, a necessidade aviso prévio para a denúncia; a obrigação de indemnizar; a denúncia deveria ser fundamentada; a sujeição da denúncia a autorização; a proibição da denúncia em certas modalidades do contrato de trabalho. Assim, não podendo a denúncia do contrato de trabalho ser arbitral, esta há-de submeter-se a alguns condicionalismos, sendo dois os sistemas possíveis, a saber, desde logo, o sistema negativo em que a denúncia do contrato de trabalho contra um trabalhador, cuja relação de trabalho, na mesma empresa, dure, sem interrupção, há mais de seis meses, é ineficaz quando seja socialmente injustificada; e um sistema positivo, ou seja, o contrato de trabalho pode cessar por despedimento promovido pela entidade patronal com justa causa. Assim, a doutrina e jurisprudência ficaram habilitadas a explicitar os fundamentos admitidos para o despedimento, através da concretização positiva do conceito indeterminado da “*justificação social*”. Concluindo-se que, as formulações positivas correspondem à resolução por incumprimento ou à denúncia extraordinária,

⁹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDERIO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 510 e ss.

sendo que as formulações negativas correspondem à protecção dos trabalhadores ou à necessidade de delimitar os casos de denúncia ordinária.⁹⁶

Assim, para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a justa causa portuguesa corresponde ao sistema positivo, ou seja, ela aproxima-se mais do “*fundamento importante*” da denúncia extraordinária do que da “*justificação social*” da ordinária. Apesar da aproximação entre os dois conceitos, a “justa causa” há-de ter as suas origens nesse conceito, traduzindo mais a realidade contratual, micro-jurídica, do que a dimensão empresarial, macro-jurídica, do problema.⁹⁷

Como já foi mencionado, a justa causa de despedimento apresenta-se como um conceito indeterminado, sendo que a sua aplicação implica uma concretização. Assim, dispõe o n.º 1, do artigo 351.º, do C.T., que “*constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.*” O n.º 2, do mencionado preceito, nomeia os comportamentos do trabalhador que possam constituir justa causa de despedimento. A existência operacional destes conceitos indeterminados comporta uma informação que não é clara e imediata quanto ao seu conteúdo, o que significa que apenas uma decisão do intérprete-aplicador permite resolver os problemas, sendo certo que tal decisão, ainda que não arbitrária, vai ser fatalmente criativa, como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, não se devendo esquecer que, no seu essencial, o vínculo laboral tem natureza obrigacional. Assim, no que toca à justa causa de despedimento apenas em concreto ela pode ser constatada, podendo falar-se em círculo ou espiral de concretização, isto é, há que ir do caso concreto ao conceito indeterminado, com a mediação, sempre que possível, de proposições mais restritas, tantas vezes quantas necessárias para aprontar o modelo de decisão correcto. Sempre se dirá que a fraqueza dos conceitos indeterminados faz sobressair a dimensão teleológica do instituto, ou seja, a menos que se trate de uma pura fórmula vazia, pode considerar-se que, por indeterminado que se apresente, ele há-se sempre deixar transparecer a finalidade prosseguida pela ordem jurídica que a ele recorra, pelo que a justa causa,

⁹⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 513 e ss.

⁹⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 516 e ss.

enquanto conceito, pretende sancionar certos comportamentos que, em termos explicitados pela lei, ponham em crise a relação laboral, tratando-se, assim, de uma bitola relevante.⁹⁸

Ora, a justa causa de despedimento pressupõe uma violação, perpetrada pelo trabalhador, de normas laborais, mais concretamente, de deveres contratuais. Pelo que, terá a esse nível que haver ilicitude, seja pela inobservância de deveres principais, seja pelo seu cumprimento defeituoso, seja pelo não acatamento de deveres acessórios que englobam numerosos valores anexos ao trabalho. Pressupondo a justa causa de despedimento a culpa do trabalhador, isto é, postula um comportamento que suscite, do Direito, um juízo de censura, requerendo, ainda, uma gravidade e consequências tais que tornem imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho. Estes elementos materiais devem inserir-se no modelo de decisão por forma integrada, que será primeiramente vertical pois o despedimento aparece, no nosso ordenamento jurídico, no topo da escala das sanções laborais; devendo seguir, também, um sentido horizontal, isto é, o facto de existirem vários trabalhadores a laborar em determinada empresa, obriga a que subsista um mínimo de harmonia nas sanções disciplinares, devendo atender-se ao princípio do tratamento igualitário.⁹⁹

Podendo-se concluir que, a justa causa, ao concretizar-se, comporta valores fundamentais do nosso ordenamento jurídico, isto é, a regra da boa-fé que informa directamente, as relações laborais, na sua dupla dimensão de tutela da confiança e do primado da materialidade jurídica subjacente, encontra-se sempre presente, pelo que não poderia haver justa causa de despedimento quando ocorre uma violação de uma situação de confiança criada pelo próprio empregador ou o aproveitamento de um ilícito criado, também, pelo próprio empregador.¹⁰⁰

Assim, cumpre aplicar tudo o que acima se demonstrou à prática laboral, através do resultado da análise ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de Março de

⁹⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDERIO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 519 e ss.

⁹⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDERIO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 521 e ss.

¹⁰⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDERIO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 522 e ss.

1985, por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. Em termos gerais, o trabalhador, como técnico de electrónica-rádio, realizou, em casa dele e por conta própria, uma reparação a favor de um terceiro, através do pagamento de uma determinada quantia. Sem mais, poderíamos afirmar estarmos perante uma violação ao artigo 20.º, n.º 1, alínea d) – à data – que actualmente se consubstanciaria na violação a artigo 127.º, n.º 1, alínea f), ou seja, o trabalhador negociou por conta própria, em concorrência com a entidade patronal. A violação seria considerada grave porquanto o trabalhador tinha os meios técnicos e os conhecimentos necessários para concorrer com o empregador, mostrando ser capaz de o fazer, sendo que o fez, podendo recomeçar a todo o tempo. Foram assim atingidos os valores subjacentes à proibição laboral de concorrência, pois que a posição do trabalhador na empresa concorrida possibilitou a concorrência verificada, sendo o perigo de desvio da clientela efectivo e máximo. O trabalhador agiu, assim, com culpa, na modalidade de dolo, porquanto actuou necessariamente contra a proibição laboral de concorrência, porque o quis, efectivamente, fazer. O que se trata aqui é de ponderar se a quebra de lealdade registada põe, efectivamente, em crise a relação de trabalho. Ora, o empregador poderia, eventualmente, cominar uma sanção laboral menor, no entanto, tal não reconstituiria a confiança perdida. Pois que, não compete à entidade empregadora policiar o comportamento futuro dos trabalhadores, ainda para mais, fora do âmbito da empresa. Pelo que, perdendo-se a confiança, torna-se imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho, nos termos do n.º 1, do artigo 351.º, do C.T..¹⁰¹

Porém, o conceito de justa causa não pode operar apenas com recurso a vectores laborais. Assim, no caso vertente, verificou-se que o trabalhador detinha, em casa, o material de reparações para a sua formação profissional. Tal estado de coisas provoca, claro está, um risco permanente para o empregador, de concorrência, contudo, o mesmo é legítimo, atento o artigo 43.º, n.º 1, da C.R.P., há a liberdade de aprender, logo, de dispor dos meios para tanto necessários. Ora, quando aos factos passados, verificou-se que a actividade concorrencial teve a sua origem numa recomendação feita a um terceiro por um chefe de serviços da entidade empregadora, sendo que o próprio chefe da entidade empregadora facultou a terceiro a morada do trabalhador. Houve, claro está, uma actuação como comissário, imputável à entidade empregadora, tendo tal actuação

¹⁰¹ ANTÓNIO MENEZES CORDERIO, Anotação, “Concorrência laboral e justa causa de despedimento”, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46, Lisboa, Setembro de 1986, p. 524 e ss.

decorrido em termos de vincular a própria entidade empregadora, consubstanciando-se num acordo prévio que torna lícita a concorrência verificada. Não podendo, pois, ela valer como consentimento, há, pelo menos, um proporcionar pela entidade empregadora ou a ela imputável, da prevaricação perpetrada pelo trabalhador, considerando-se, pois, o despedimento contrário à boa-fé, não constituindo justa causa de despedimento, nos termos do artigo 334.º e 762.º, n.º 2, do C.C.

Atente-se, a título de exemplo, no *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 728/11.0T4AVR.C1, de 5 de Dezembro de 2012*, in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/5b3b68ba9d77f94f80257afa003c4cf9?OpenDocument> :

“III – Para que se esteja perante uma justa causa de despedimento torna-se necessário que haja um comportamento culposo do trabalhador e que a sua gravidade seja de tal ordem que torne impossível a subsistência da relação de trabalho.

IV – A justa causa do despedimento pressupõe uma acção ou uma omissão imputável ao trabalhador a título de culpa, e violadora dos deveres principais, secundários ou acessórios de conduta a que o trabalhador, como tal, está sujeito, e que tal comportamento seja grave em si mesmo e nas suas consequências, de modo a tornar impossível a subsistência da relação laboral.

V – A confiança entre o empregador e o trabalhador desempenha um papel essencial nas relações de trabalho, tendo em consideração a forte componente fiduciária daquelas; com efeito, a relação juslaboral pressupõe a integridade, lealdade de cooperação e absoluta confiança da/na pessoa contratada.”

Mais,

Atente-se no *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 1445/08.3TTPRT.P2.S1, de 2 de Dezembro de 2013*, in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/83c038f3191d580880257c360033b419?OpenDocument> :

“II - O despedimento-sanção, correspondendo à ultima ratio das penas disciplinares, reserva-se aos comportamentos culposos e graves do trabalhador subordinado, violadores de deveres estruturantes da relação, que reclamem um forte

juízo de censura, maxime quando a relação de confiança em que assenta o vínculo seja fatalmente atingida, tornando inexigível ao empregador a manutenção do contrato.

III - É de afirmar a justa causa para o despedimento – atenta a violação do dever de lealdade por parte do trabalhador, dever que tem subjacente o valor absoluto da honestidade - quando está demonstrado que o trabalhador furtou duas garrafas de vinho do restaurante do seu empregador, onde prestava serviço, levando-as para casa, e aí as consumindo, não relevando, para o efeito, o seu valor pecuniário.”

E ainda,

Leia-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 1552/07.0TTLSB.L1.S1, de 17 de Dezembro de 2014, in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/86152533cb08222f80257db1005bc29e?OpenDocument> :

“7. Consubstancia grave incumprimento do dever de lealdade – de modo a pôr irremediavelmente em causa a confiança imprescindível à manutenção do vínculo laboral - a conduta do trabalhador corporizada na assumida vontade em, por diversas vezes e sem autorização do empregador, estar ausente ao serviço, auferindo, não obstante, a retribuição como se, nesses dias, tivesse trabalhado.”

CAPÍTULO III

1. As Cláusulas Acessórias

O Código do Trabalho faz referência às cláusulas acessórias no contrato de trabalho, sendo expressamente reguladas a sua condição e termo e algumas outras cláusulas de limitação da liberdade de trabalho, sugerindo que tais cláusulas se consubstanciam num produto da autonomia contratual das partes, sendo que, na realidade, pelo menos exteriormente, elas resultam da vontade de ambas as partes.¹⁰²

Contudo, grande parte da doutrina considera que o trabalhador tem o seu poder negocial reduzido, sendo-lhe praticamente impossível rejeitar a inclusão, no seu contrato de trabalho, de cláusulas desfavoráveis. A posição negocial do trabalhador é, sobretudo, fraca quando se trata de cláusulas que regulamentam situações pós-contratuais ou situações de incumprimento do contrato pelo próprio trabalhador. O trabalhador vê-se numa situação delicada ao rejeitar cláusulas de não concorrência, cláusulas penais, cláusulas de restituição de despesas na sua formação, porque tal daria ao empregador, de início, a impressão de que o trabalhador não pretende cumprir o contrato de trabalho de acordo com os ditames da boa-fé e a necessária seriedade, sendo que só em casos excepcionais é que o trabalhador está em condições de as recusar.¹⁰³

Ora, a legislação portuguesa, ao contrário de outras, procurou tratar e regular alguns acordos incidentes sobre a liberdade de trabalho, que para muitos é a questão que, de facto se coloca, qualificando-os como produtores de uma limitação e abrindo margens para que o princípio da liberdade de trabalho pudesse ser objecto, ainda que de forma necessariamente restrita, de conformação convencional, numa delimitação forçosamente apriorística, das relações empíricas entre o estado que é concebido através dos preceitos legais e aquele que deles pode resultar e que, teleologicamente, faz

¹⁰² JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 608 e ss.

¹⁰³ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 608 e ss.

corresponder a consecução dos objectivos visados pela lei às condições exigidas para que a liberdade de trabalho possa ser limitada.¹⁰⁴

Para JOÃO ZENHA MARTINS, trata-se, na perspectiva do trabalhador, de uma “auto-limitação”, uma vez que os pactos só se formam mediante o conjunto de vontades em sentido convergente entre o empregador e o trabalhador, ao que acresce o facto de o trabalhador se comprometer, de forma temporalmente balizada, a não exercer um direito fundamental. Sendo corrente entender-se que “*os direitos fundamentais dos trabalhadores e das suas organizações na ordem constitucional portuguesa, irrenunciáveis, sobretudo quando se trata de direitos, liberdades e garantias dos trabalhador*¹⁰⁵”, não sendo a semântica neste domínio totalmente definida.¹⁰⁶

Não sendo a semântica totalmente definida, há quem aluda a renúncia, há quem prefira falar em compromisso à não invocação de um direito fundamental ou, com maior precisão, em não exercer, temporária ou pontualmente, algumas das pretensões, faculdades ou poderes incorporados no seu direito, ou num contexto mais amplo em que se os direitos fundamentais como totalidade são irrenunciáveis, se tem firmada a distinção entre uma renúncia ao núcleo substancial do direito e uma limitação voluntária ao exercício do direito.¹⁰⁷ Assim, os conceitos de limitação ou renúncia ao princípio da liberdade de trabalho, teleologicamente, a obrigação de não fazer assumida pelo trabalhador só logra reconhecimento sistemático se for livremente decidida ou consentida, for portadora de um interesse sério e for limitada no tempo, estando precludida a assunção de obrigações perpétuas.¹⁰⁸

A não perpetuidade da limitação, sendo obténivel através da fixação de um prazo máximo de duração ou revogabilidade a todo o tempo da obrigação, encontra, no âmbito destes pactos, legalmente típicos, a sua satisfação, nos dois vectores característicos, acabando por reforçar a tutela do trabalhador.

¹⁰⁴ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 96 e ss.

¹⁰⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constitucional*, Almedina, 2013, p. 464 e ss.

¹⁰⁶ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 96 e ss.

¹⁰⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constitucional*, Almedina, 2013, p. 464 e ss.

¹⁰⁸ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 102 e ss.

Característica essencial desta auto-limitação à liberdade de trabalho dos trabalhadores, seja qual for o pacto, é o da sua revogabilidade a todo o tempo, que o C.T. denomina a propósito dos pactos de permanência. Ora, se este direito de revogação participa de um regime em que não se visa garantir primordialmente a execução do acordo de vontades, mas sim tutelar a liberdade individual do sujeito mas débil, encontra-se aí a preservação da indisponibilidade do bem personalidade, estabelecendo-se a garantia impreterível de que o trabalhador pode recuperar a sua liberdade de trabalho a todo o tempo, em condições que necessariamente tem que ser favoráveis, só ele controlando essa liberdade, convencionando-se um quadro em que a limitação apenas existe enquanto for por si tutelada. Esta característica encontra a sua previsão legal no n.º 2, do artigo 137.º, do C.T.¹⁰⁹

Por este motivo, em nome do equilíbrio entre os interesses contrastantes do empregador e do trabalhador, que se projectam nos acordos de limitação à liberdade de trabalho que se justifica, de forma a que o outro sujeito não fique desprotegido, a obrigação de indemnizar prevista no n.º 2, do artigo 81.º, do C.C. – esta faculdade de desobrigação, que é permeada pelo conceito de ordem pública, é irrenunciável. A revogação, sendo um acto lícito por decorrer da lei, vai implicar a responsabilidade do trabalhador pelos danos causados às legítimas expectativas do empregador, cuja determinabilidade suscita dificuldades. De referir que a revogação do pacto exercível a todo o tempo é, em termos práticos, o prazo máximo de duração do pacto, num território em que, face ao direito de personalidade envolvido, o empregador não tem qualquer direito subjectivo, mas tão somente expectativas.¹¹⁰

Por este motivo, o direito de revogação, para lograr efectividade, implica, por um lado, que o empregador não possa exigir judicialmente o cumprimento da limitação assumida pelo empregador e que, por outro lado, o valor fixado para a indemnização que caiba atribuir perante este facto lícito danoso não seja de montante muito avultado que esvazie, de todo, o regime da livre revogabilidade, convolvando a precariedade das expectativas do empregador no seu cumprimento em verdadeiro direito subjectivo ou,

¹⁰⁹ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 103 e ss.

¹¹⁰ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 103 e ss.

por via diversa, transformando o regime associável à revogação do pacto no regime previsto para o seu incumprimento.¹¹¹

¹¹¹ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 103 e ss.

i) As Cláusulas de Não Concorrência e as Cláusulas de Confidencialidade

Dispõe o artigo 136.º, do C.T., sob a epígrafe Pacto de Não Concorrência:

“1 – É nula a cláusula de contrato de trabalho ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, por qualquer forma, possa prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato.

2 – É lícita a limitação da actividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequentes 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.”*

As cláusulas de não concorrência têm suscitado na doutrina, nos vários países, um importante contencioso, situando-se numa zona de fronteira entre o Direito do Trabalho e o Direito Comercial, onde se confluem interesses e princípios opostos. As cláusulas de não concorrência destinam-se a reger o período pós-contratual, produzindo os seus efeitos após a cessação do contrato de trabalho. Assim, durante o contrato de trabalho, o trabalhador encontra-se sujeito a uma obrigação de não concorrência com o seu empregador, obrigação esta de conteúdo amplo que deriva, sendo um dos seus afloramentos, do dever de lealdade, no entanto esta obrigação, normalmente, extingue-se com a cessação do contrato de trabalho. Terminado o contrato de trabalho, o trabalhador readquire a sua plena liberdade de trabalho podendo, por conseguinte, iniciar legitimamente uma actividade, por conta própria ou alheia, directamente concorrente com o seu anterior empregador, sempre dentro dos limites gerais impostos pela proibição de concorrência desleal.¹¹²

O legislador português optou por considerar que a cláusula só é válida se a actividade a exercer pelo trabalhador for susceptível de provocar um prejuízo,

¹¹² JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 608 e ss.

entendendo-se como tal, o exercício de uma actividade que face à experiência profissional acumulada, no âmbito do contrato de trabalho, seja idónea à privação ou à diminuição do gozo de bens, à sujeição de encargos ou à frustração de aquisição ou acréscimo de valores.¹¹³

Ora, as cláusulas de não concorrência visam, precisamente, restringir essas liberdades – uma vez que pode estar em causa a liberdade de trabalho e de escolha da profissão como a liberdade de iniciativa económica e de empresa – em razão do prejuízo que anterior empregador pode vir a sofrer com essa actividade. Uma vez que esta cláusula visa limitar o exercício de uma liberdade fundamental, constitucionalmente consagrada, como a liberdade de trabalho, explica, por si só, que o facto de a cláusula ser lícita pelo ordenamento jurídico, tenha uma natureza de certo modo excepcional, estando rodeada de especiais cautelas. Acresce que, a legitimidade destas cláusulas, por alguns consideradas como anacrónicas, pode ser igualmente duvidosa de outras perspectivas – por um lado, a crescente importância da profissionalidade e o reconhecimento de um direito (ou melhor, de um direito-dever) do trabalhador à formação profissional como protecção dinâmica do emprego, coadunam-se dificilmente com a possibilidade de impedir um trabalhador, ainda que durante um período circunscrito, de exercer as actividades para as quais o trabalhador se acha qualificado; por outro lado, as cláusulas de não concorrência são restrições à livre concorrência paradoxalmente introduzidas por aqueles e a favor daqueles que mais clamam pela necessidade de um mercado livre.¹¹⁴ Havendo, ainda, quem considere que tais cláusulas são nocivas do ponto de vista do interesse da comunidade, porquanto podem acarretar que trabalhadores altamente qualificados terão de interromper a sua actividade nas áreas em que a sua qualificação é especialmente valiosa, desperdiçando-se recursos e muitas vezes esquecendo-se que o trabalhador beneficiou de formação que não foi apenas custeada pelo empregador, mas sim, beneficiou de subsídios ou de incentivos públicos.

O que se pretende com esta cláusula, quando se lê na alínea b), do n.º 2, do artigo 136.º, do C.T., “*trata-se de actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador*”, não é o afastamento do risco para o empregador de ter mais um concorrente, pois esse risco existe, sendo normal numa economia de mercado. O que se

¹¹³ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 615 e ss.

¹¹⁴ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 609 e ss.

pretende, ou seja, o que a norma parece exprimir é a ideia de que o que se pretende afastar não é um qualquer concorrente, mas um concorrente “diferente” e particularmente perigoso. Ou seja, 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.¹¹⁵

A cláusula de não concorrência tem a sua razão de ser. Pois há, obviamente, razões pelas quais a concorrência feita por um trabalhador ao seu anterior empregador pode revelar-se particularmente perigosa para este último. O trabalhador pode, no decurso da execução do contrato de trabalho, ter tido contacto com segredos de fabrico, com um know-how específico daquela empresa, sendo importante realçar a importâncias destes elementos imateriais na nova economia em que a informação desempenha um papel crucial. Acresce que, o trabalhador pode ter tido acesso a um amplo leque de informações confidenciais – segredos de fabrico, listas de fornecedores ou de clientes, e até métodos de gestão ou fórmulas de cálculo de preços, que se revelam extremamente preciosas para qualquer concorrente do seu empregador. Sendo que, além disso, em certas actividades, o contacto directo com a clientela pode significar que o trabalhador está em condições de desviar uma parte, que pode ser uma parte significativa, dessa clientela, em detrimento do seu anterior empregador, sendo que, para se aferir se o trabalhador está em condições de desviar essa parte da clientela, deve atender-se à importância do seu contributo pessoal para a satisfação do cliente – é necessário que o contacto com a clientela seja activo e permita a criação de um laço entre a clientela e o trabalhador - em comparação com a importância dos métodos de trabalho e da organização do empregador.¹¹⁶ Assim, estando em causa a protecção de interesses concorrenciais não serão, contudo, todos os clientes ou pessoas com quem o trabalhador tenha contactado, directa ou indirectamente, ou seja, serão apenas aqueles que, pela actividade que desenvolvem, interfiram com a esfera de negócios subjacentes à tutela conferível ao (ex)empregador. Por esse motivo poderá entender-se que uma cláusula de não concorrência não poderá proibir o contacto do trabalhador com clientes ou com outras pessoas funcionalmente conectadas com o ex-empregador quando não exista susceptibilidade de concorrência com este, o que poderá significar que devem ser

¹¹⁵ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 610 e ss.

¹¹⁶ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 611 e ss.

permitidos tanto os contactos pessoais, quanto os contactos profissionais que o trabalhador entenda desenvolver e não se mostrem conflitantes com a actividade comercial do ex-empregador.¹¹⁷

Atendendo aos factos acima aduzidos, é natural e deve compreender-se que o empregador deseje legitimamente precaver-se do especial perigo que a concorrência do seu trabalhador representaria após a cessação do contrato de trabalho. A cláusula de não concorrência é legítima se a empresa tem razões para temer uma concorrência diferencial do trabalhador, mas não o será se tais razões não existirem. Tal risco está intimamente ligado às funções que o trabalhador desempenhava, podendo distinguir-se a propósito três indícios – o contacto com a clientela, o acesso a informações específicas sobre a empresa e a aquisição de um know-how próprio da empresa. Sendo que, para parte da doutrina, parece possível defender-se a compatibilidade de tais cláusulas com o princípio comunitário da livre circulação de trabalhadores, bem como com a sua utilidade social, com o argumento de que elas evitam condutas parasitárias de outras empresas que, efectuando poupanças nas despesas em formação profissional, viessem depois oferecer melhores salários aos trabalhadores em cuja formação outras empresas tivessem investido.¹¹⁸

Assim, a obrigação de não concorrência tem que encontrar amparo no risco concreto que poderá emergir da posição ocupada pelo trabalhador no sistema produtivo do ex-empregador. Sendo que, este risco que remete para o interesse legítimo do empregador e que justifica a limitação à liberdade de trabalho do trabalhador, tem de ser alegado e provado pelo empregador, não existindo qualquer presunção legal quanto à sua existência, à semelhança do direito francês, mas em contraposição ao direito inglês.¹¹⁹

Importa, agora, fazer uma análise mais detalhada do preceito constante do artigo 136.º, do C.T.. Este contém a nova regulamentação, muito mais detalhada que a anterior, no que respeita às cláusulas de não concorrência. Anteriormente, estabeleceu-se a nulidade das cláusulas, quer dos contratos individuais de trabalho, quer dos

¹¹⁷ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 641 e ss.

¹¹⁸ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 612 e ss.

¹¹⁹ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 648 e ss.

instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho que prejudiquem o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato. Actualmente, ao invés, o Código do Trabalho admite a licitude das cláusulas de não concorrência. Com efeito, o Código de Trabalho prevê a licitude da limitação da actividade do trabalhador durante um período máximo de dois anos subsequentes à cessação do contrato de trabalho, se o mesmo constar de acordo escrito, designadamente, de contrato de trabalho ou de revogação; tratando-se de actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador; devendo atribuir-se 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. O período máximo de limitação constante do n.º 2, do artigo 136.º, do C.T., pode ser prolongado até ao período máximo de três anos, nos termos do n.º 5, do mencionado preceito, quando em causa esteja um *“trabalhador afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou que tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência (...)”*. Com efeito, como refere JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, deve ser considerada como nula a cláusula inserida num contrato de trabalho nos termos do qual o empregador tem a faculdade de decidir, após a cessação do contrato de trabalho, se impõe ou não ao trabalhador uma obrigação de não concorrência.¹²⁰

A norma exige que a cláusula tenha a forma escrita, constando do contrato de trabalho ou de acordo de revogação, pelo que se deve sublinhar o facto de a cláusula não poder resultar de instrumento de regulamentação colectiva ou dos usos, afigurando-se que a exigência de forma escrita é uma exigência *ad substantiam* – também em Itália se considera que esta formalidade é *ad substantiam*, embora se vá substancialmente mais longe já que se estende que o pacto deve ter, sob pena de nulidade, um conteúdo necessário, designadamente a previsão de um corresponsivo e a formulação de limites de objecto, tempo e lugar predeterminados. A cláusula tanto poderá constar da minuta inicial do contrato de trabalho, como de um aditamento, o que se compreende porquanto pode só haver interesse em introduzir a cláusula, por exemplo, em razão da evolução das funções desempenhadas pelo trabalhador que vai passar a laborar num sector de investigação ou, por exemplo, em contacto directo com a clientela. Assim, uma

¹²⁰ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 612 e ss.

mudança de funções pode ficar dependente do assentimento do trabalhador à inserção no seu contrato de uma cláusula de não concorrência, esclarecendo a lei que a cláusula pode ser inserida mesmo no acordo de revogação, o que nem sempre se afigurou pacífico face à anterior legislação. Assim, a actividade limitada há-de ser susceptível de causar um prejuízo especial ao empregador, um prejuízo que não seria causado por um qualquer outro concorrente.¹²¹

Isto é, num sistema como o português, em que a cláusula de não concorrência não tem, necessariamente, que ser fundamentada, há vantagem que os sujeitos da relação façam menção, no pacto, aos interesses que se visam proteger e cuja ofensa é susceptível de causar um prejuízo ao empregador. Assim, por mais circunscritos que pareçam os limites de tempo, actividade e território, atendendo aos custos de contencioso e nas vantagens de uma clarificação antecipada dos critérios que permitem a razoabilidade da validade do pacto, vislumbra-se, de facto, proveito na ponderação, como refere JOÃO ZENHA MARTINS, de um dever geral de indicação do motivo justificativo da interdição que o empregador pretende fazer operar, que iria, deste modo, funcionar como um critério para a determinação do âmbito e do alcance da interdição. Considerando, ainda, JOÃO ZENHA MARTINS que se trataria de uma opção que traria vantagens em relação à configuração futura da área geográfica cobrível pelo pacto de não concorrência, visto que a ausência de delimitação geográfica da área em que o trabalhador não poderá exercer a sua actividade é hoje uma circunstância que relava em sede de apreciação da desproporção da obrigação e que não pode ser considerada um requisito de validade. Deste modo, de facto, concordando com JOÃO ZENHA MARTINS, a tarefa judicatória estaria facilitada, visto que a aplicação do princípio da proporcionalidade integra juízos cuja fundamentação só é traduzível através de uma relação entre os momentos normativos e as circunstâncias da vida, ou seja, e também, entre o motivo invocado e a vedação da concorrência prevista.¹²²

Contudo, são vários os pontos de controvérsia na doutrina. Ora, se por um lado não é pacífico se a cláusula apenas pode impedir o exercício daquelas actividades que o trabalhador já vinha exercendo para o seu empregador ou se, ao invés, poderá interditar outras, igualmente prejudiciais ao interesse do ex-empregador; por outro lado, a

¹²¹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 613 e ss.

¹²² JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 675 e ss.

circunstância de estas cláusulas representarem um delicado ponto de equilíbrio entre direitos fundamentais contrastantes, leva a que elas só se justifiquem na medida em que sejam necessárias e proporcionais. Tal resultaria na necessidade de um controlo judicial – a jurisprudência francesa admite, actualmente, expressamente a necessidade de controlar a própria oportunidade da decisão do empregador de inserir uma cláusula de não concorrência no contrato de trabalho de um seu trabalhador – para aferir se, no caso concreto, uma restrição com aquela intensidade se justifica para a tutela do interesse do empregador. Em vários ordenamentos, como seja, o francês, o belga e o italiano, tem-se também, imposto o entendimento de que, mesmo quando a cláusula é lícita, ela tem de ser interpretada restritivamente e não pode coarctar a liberdade de um trabalhador exercer a sua profissão, isto é, a actividade para que foi treinado e para que teve uma formação específica. Isto porque, num momento em que se consagra o direito à formação profissional e à profissionalidade do trabalhador, seria um paradoxo forçar o trabalhador a emigrar para poder continuar a exercer a referida actividade.¹²³

Actualmente, a norma que prevê o pacto de não concorrência, faz referência, não já a retribuição, mas sim a uma compensação. Muito embora esta compensação não tenha que corresponder ao montante da retribuição auferida pelo trabalhador aquando da vigência do contrato de trabalho, não poderá ser um valor irrisório, pois estaríamos a defraudar o escopo da lei ao exigir o carácter oneroso deste pacto. Face ao silêncio da nossa lei – outras legislações estabelecem valores mínimos para a compensação, como seja a lei belga prevê o pagamento de uma indemnização compensatória que deve ser paga de uma só vez pelo empregador; por seu turno, a lei alemã exige o pagamento de uma indemnização que terá de ser, pelo menos, de metade do valor das prestações que o empregador atribuía ao trabalhador, no fim do contrato – caberá às partes, no acordo, determinar o montante da compensação. Acresce que, a nossa lei não exige que a compensação seja paga de uma só vez, parecendo-nos que pode ser paga fraccionadamente, como sucede em França, mas ao contrário do que sucede na Bélgica em que a lei impõe o pagamento de uma só vez pelo empregador. Resta-nos indagar se a compensação poderá ser paga durante a vigência do contrato de trabalho, como sucede em França – ao contrário do que sucede na Bélgica – ou, ao invés, só depois do período de limitação da actividade chegar ao seu fim. Ambas as possibilidades

¹²³ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 614 e ss.

apresentam perigos e desvantagens para o trabalhador, como sejam, desde logo, 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 porquanto o empregador, entretanto, ficou insolvente, além de que priva o trabalhador da compensação no momento em que ele mais necessita dela. Contudo, uma vez que a lei não impõe aqui qualquer limitação, poder-se-á dizer que, em última análise, funciona a autonomia privada das partes.¹²⁴

Na doutrina estrangeira é controverso se o pagamento da compensação representa ou não uma condição de eficácia do pacto. Em face do nosso ordenamento jurídico, o pacto parece ter natureza sinalagmática com as necessárias consequências, como sejam, a possibilidade de invocação da excepção de não cumprimento ou a resolução do pacto de não concorrência pelo trabalhador, por incumprimento do empregador. A lei portuguesa, ao invés de muitas outras, não atribui ao empregador a possibilidade de renunciar a uma cláusula de não concorrência que tenha sido introduzida no contrato de trabalho, por exemplo, no momento da sua celebração. Já no que respeita à possibilidade de redução equitativa do montante da compensação, esta 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. Será, também, necessário verificar se o trabalhador não deu já ao empregador o retorno esperado por essa formação, seja através de um pacto de permanência, seja por uma permanência efectiva na empresa durante um período de tempo suficiente para esse retorno. Motivo pelo qual, a compensação prevista 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.¹²⁵

Ao contrário da lei que se encontrava em vigor, o actual preceito toma posição quanto às repercussões da eventual causa de cessação do contrato de trabalho sobre a cláusula de não concorrência. De modo diverso do que sucede no direito alemão e suíço,

¹²⁴ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 615 e ss.

¹²⁵ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 617 e ss.

mas à semelhança do que se passa em França, estabelece-se que em caso de despedimento declarado ilícito, ou de resolução com justa causa do empregador, o montante da compensação é levado até ao equivalente da retribuição base devida no momento, da cessação do contrato de trabalho, sob pena de não poder ser invocada a cláusula¹²⁶, ainda que depois se mandem deduzir as importâncias recebidas pelo trabalhador no exercício de outra actividade profissional, até ao montante inicialmente fixado pela cláusula. Assim, em princípio, a cláusula produzirá efeitos mesmo que o contrato cesse por denúncia (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 a cláusula poder ser utilizada como um meio expedito para afastar concorrentes.¹²⁷

Ora, em face do silêncio da lei, parece que a cláusula de não concorrência poderá ser introduzida mesmo num contrato a termo, sendo que, em princípio, também 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. No caso de transmissão de empresa ou estabelecimento, a transmissão da posição 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. Acresce que, embora noutros ordenamentos o pacto de não concorrência seja considerado um pacto autónomo com uma causa e um sinalagma próprios, é, entre nós, difícil defender que um menor que tenha capacidade para concluir um contrato de trabalho, não tenha capacidade para incluir esta cláusula no seu contrato de trabalho, apesar dos perigos que ela efectivamente comporta. Também, de salientar, por ser pertinente para aqueles trabalhadores que tenham no seu contrato de trabalho uma cláusula de não concorrência, deverão, eles próprios, advertir deste facto um potencial

¹²⁶ Como refere JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, com tal se pretende dizer que a cláusula não poderá ser invocada pelo empregador sem a elevação da contrapartida; podendo, no entanto, ser invocada pelo trabalhador que poderá ter interesse em que a cláusula produza os seus efeitos, in *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 618.

¹²⁷ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 617 e ss.

empregador subsequente, o qual por seu turno, parece poder, legitimamente, questionar os candidatos ao emprego a este respeito.¹²⁸

Ora, depois de tudo o que acima foi exposto, cumpre indagar quais serão as consequências do incumprimento de uma cláusula de não concorrência pelo trabalhador. Desde logo, e em primeiro lugar, parece que, verificando-se tal incumprimento, o trabalhador perderá o direito à compensação, devendo restituir ao empregador o que já tiver recebido a esse título, aplicando-se, ainda, os princípios gerais da responsabilidade civil contratual. Contudo, o anterior empregador poderá ter dificuldades em demonstrar a existência do seu dano, tratando-se de um lucro cessante. A possibilidade de responsabilizar o novo empregador, se a violação do pacto de não concorrência pelo trabalhador assumir a modalidade de celebração de um novo contrato de trabalho, com um concorrente da anterior entidade patronal, dependa da opção que em sede de direito civil se tome quanto à eficácia externa das obrigações e à responsabilidade do terceiro cúmplice. De todo o modo, o segundo contrato de trabalho não padece de qualquer invalidade e não é possível compelir o segundo empregador a, por exemplo, despedir o trabalhador – sendo que esta solução já fora tentada em França.¹²⁹

Ora, se a lei consagra a validade de cláusulas que excluem uma actividade concorrente durante um determinado período posterior à cessação do contrato parece que deverão ser permitidas cláusulas menos onerosas, tais como cláusulas que proibam durante o mesmo período que o trabalhador exerça uma actividade subordinada concorrente, mas já não autónoma, ou até que só interditem a celebração de um contrato de trabalho com certos concorrentes considerados particularmente perigosos. Assim, exemplo de uma cláusula aparentemente menos gravosa do que a cláusula de não concorrência, poderá ser representada pelas chamadas cláusulas de confidencialidade, que tem o seu domínio de eleição nas relações de trabalho. Uma vez mais, tais cláusulas visariam impor ao trabalhador, no período pós-contratual, o seu sigilo relativamente a informações confidenciais que chegaram ao seu conhecimento durante a vigência do contrato. Uma certa obrigação de sigilo resulta já da boa-fé e da proibição de concorrência desleal e a cláusula pode ser meramente declarativa e limitar-se a recordar esse dever do trabalhador. Não obstante, tal cláusula poderá ir além deste papel

¹²⁸ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 618 e ss.

¹²⁹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 619 e ss.

declarativo e estabelecer um autónomo dever de sigilo, desde que, haja um interesse legítimo do anterior empregador que justifique a cláusula. Por outro lado, parece que o dever de sigilo só se mantém enquanto as informações forem, efectivamente, confidenciais, desaparecendo se vierem a ser divulgadas por outra causa. Existe, ainda, a possibilidade de, através destas cláusulas, se pretender criar uma situação cujos efeitos seriam muito próximos dos de uma genuína cláusula de não concorrência – se o trabalhador se tiver obrigado a manter o sigilo num período pós-contratual, sobre os conhecimentos e técnicas que adquiriu na vigência do contrato de trabalho, tal pode inviabilizar a sua contratação naquele ramo de actividade, por outro empregador – devendo então exigir-se os mesmos requisitos.¹³⁰

Não obstante, as cláusulas de confidencialidade conhecem outros limites, isto é, a cláusula não deve restringir a possibilidade de o trabalhador denunciar comportamentos delituais da empresa, pelo menos aos interlocutores oficialmente habilitados a receber tal informação, o que iria permitir afirmar a existência de um núcleo de direitos estritamente ligados à ordem pública, sendo que os mesmos não poderiam ser restringidos por cláusulas de confidencialidade, ou seja a liberdade de expressão dos trabalhadores prevaleceria quanto se tratassem de informações que constituem componentes do interesse geral. Outra situação em que a cláusula de sigilo seria inoperante, seria a de um litígio judicial entre o trabalhador e o seu anterior empregador, em que aquele poderia invocar, na sua defesa, os factos a que inicialmente se obrigou a não divulgar.¹³¹

Noutros países, como seja, na Alemanha, também as cláusulas de confidencialidade têm suscitado dúvidas¹³². Embora alguma doutrina alemã afirme que o dever de sigilo do trabalhador sobre factos confidenciais que cheguem ao

¹³⁰ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 619 e ss.

¹³¹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 620 e ss.

¹³² A doutrina alemã tem colocado como principais problemas a questão dos *trade secrets*, que têm como traços característicos o facto de se tratarem de factos conhecidos por um grupo reduzido de pessoas e que não são conhecidos do público (nem cognoscíveis sem grande dificuldade), havendo a intenção ou sendo ela presumível de os manter secretos e assumindo o segredo um valor económico para a empresa, podendo os factos respeitar a domínios muito variados, como sejam inovações tecnológicas, listas de clientes, métodos de cálculo de preços, fontes de fornecimento de matérias-primas, capacidade de obtenção de crédito, planos estratégicos, dados sobre o pessoal da empresa, in JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p. 621.

conhecimento durante a vigência do contrato de trabalho e cuja divulgação seja susceptível de prejudicar o empregador, é um dever lateral de conduta que, em princípio e ao contrário de outros, não persiste após a cessação do contrato de trabalho, com a mesma intensidade que tinha antes, admite, no entanto, que em certas profissões ou actividades com uma forte componente fiduciária possa existir, por força da boa-fé, um dever de sigilo que permanece mesmo após a cessação do contrato de trabalho e na ausência de qualquer cláusula. Assim, o que se deverá frisar é o facto de nunca se poder retirar do dever de sigilo a proibição de uma actividade pós-contratual que pudesse concorrer com a do anterior empregador, pois para evitar tal concorrência pós-contratual, o empregador dispõe de uma faculdade, que o próprio Código de Trabalho lhe confere, isto é, a cláusula de não concorrência.¹³³

Novamente se refere que essa tem sido a premissa que tem norteado a jurisprudência alemã. Com efeito, e uma vez que as cláusulas de confidencialidade não vêm reguladas na lei, afigura-se que as mesmas poderão ser gratuitas, ou seja, desprovidas de compensação para o trabalhador. Ao invés, se a cláusula vedar ao trabalhador a divulgação de conhecimentos adquiridos na sua experiência profissional, existe o perigo de se lograr o mesmo efeito de uma cláusula de não concorrência, caso se entenda que uma actividade do trabalhador posterior ao contrato concorrente com o seu anterior empregador ou um novo contrato de trabalho com um concorrente do seu anterior empregador constituem, só por si, violações da cláusula de confidencialidade. Nas suas decisões mais recentes, o BAG tem-se mostrado sensivelmente mais rigoroso. Já num Acórdão de 15 de Dezembro de 1987 começa a vislumbrar-se uma inflexão da jurisprudência. Em Acórdão de 15 de Junho de 1993, o BAG pronunciou-se sobre a situação de um trabalhador que há 40 anos era responsável pelo sector da química inorgânica numa empresa, e tinha no seu contrato de trabalho uma cláusula de sigilo sobre o processo de fabricação de uma substância química, o dióxido de titânio, cláusula que também vigorava no período pós-contratual. No seu contrato de trabalho, o trabalhador teve, inicialmente, uma cláusula de não concorrência, no entanto a mesma foi revogada por acordo das partes. Sucede que, após a cessação do contrato de trabalho, o trabalhador entrou ao serviço de uma outra empresa, por sinal concorrente, precisamente no setor que se dedicava à produção dessa mesma substância química. Ora o Tribunal

¹³³ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 621.

decidiu que a cláusula de sigilo ou confidencialidade não podia impedir o trabalhador de colocar a sua experiência prática e os seus conhecimentos ao serviço de um concorrente do seu anterior empregador. Tendo esta posição sido reafirmada pelo Acórdão de 19 de Maio de 1998, tendo o BAG reafirmado que a cláusula de confidencialidade não poderia ter como efeito útil impedir o trabalhador de utilizar a sua experiência profissional.¹³⁴

Também na nossa lei, a jurisprudência faz a distinção entre os pactos de não concorrência e as cláusulas de confidencialidade. Atente-se no *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 129/08.7TTAGD.C1, de 5 de Novembro de 2009*, in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/8ca64808ed2b029080257674003f6868?OpenDocument> :

“I – O exercício da liberdade de trabalho, entendido como a liberdade de escolha da profissão ou do género de trabalho, dependente ou independente, em qualquer das suas modalidades ou expressões, concretiza o princípio constitucional do direito ao trabalho, com assento nos artºs 47º/1 e 58º/1, da Constituição.

II – Durante a vigência do contrato de trabalho o trabalhador está obrigado ao dever de lealdade ao empregador – artº 20º/1, d), da LCT; 121º/1, e), do Código de Trabalho de 2003; 128º/1, f), do Código de Trabalho de 2009 – nele se compreendendo expressamente a proibição de negociar por conta própria ou alheia, em concorrência com aquele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios.

III – O artº 36º, nº 1, da LCT, dispunha que são nulas as cláusulas dos contratos individuais de trabalho e das convenções colectivas de trabalho que, por qualquer forma, possam prejudicar o exercício do direito ao trabalho, após a cessação do contrato.

IV – Hoje existe previsão homóloga no artº 136º do Código de Trabalho de 2009, praticamente decalcada do artº 146º do Código de Trabalho de 2003.

V – Embora sejam nulas as cláusulas de contrato de trabalho que, por qualquer forma, possam prejudicar o exercício da liberdade de trabalho, não deixa de ser lícito convencionar, após a sua cessação, a limitação da actividade do trabalhador no período máximo previsto (antes de 3 e presentemente de 2 anos) subsequente à

¹³⁴ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 622 e ss.

cessação do contrato de trabalho, desde que reunidas (cumulativamente) as impostas condições – cláusulas ou pacto de não concorrência.

VI – Com efeito, a cessação da relação de trabalho não significa o fim dos riscos de exercício de actividades concorrenciais por banda do ex-trabalhador, o que permanecerá para além da cessação da relação juslaboral (dever geral de lealdade pós-eficaz, de conteúdo indefinido, embora contido nos limites da proibição de concorrência desleal).

VII - São coisas distintas “o pacto de não concorrência” – que visa acautelar, por certo tempo, o prejuízo decorrente do exercício de actividade concorrencial e o risco de indefinição entre as situações ilícitas de utilização de informação reservada ou confidencial e o normal exercício dos conhecimentos profissionais e técnicos adquiridos pelo desempenho e experiência, constitutivos estes do chamado património profissional do trabalhador – e as chamadas “cláusulas de confidencialidade” – que visam apenas impedir a divulgação, no subsequente período pós-contratual, de factos que não fazem parte da experiência profissional do trabalhador.”

Também, por aqui, se conclui que as cláusulas de confidencialidade têm, após a cessação do contrato de trabalho, um alcance relativamente limitado, isto é, elas podem impedir a divulgação de factos que não fazem parte da experiência profissional, no subsequente período pós-contratual, mas não poderão indirectamente acarretar a interdição de uma actividade concorrente com a do anterior empregador.¹³⁵

¹³⁵ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 623.

ii) As Cláusulas de Permanência e as Cláusulas de Exclusividade

O pacto de permanência encontra-se consagrado no artigo 137.º, do C.T. Assim, dispõe a mencionada norma:

“ 1 – As partes podem convencionar 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.

2 – O trabalhador pode desobrigar-se do cumprimento do acordo previsto no número anterior mediante pagamento do montante correspondente às despesas nele referidas.”

O pacto de permanência trata-se, assim, de uma modalidade pactícia que introduz no contrato de trabalho uma duração mínima fundada no facto de o empregador ter realizado um investimento avultado na formação de determinado trabalhador. As partes assumem, assim, uma vigência mínima para o contrato de trabalho¹³⁶ que, como refere MONTEIRO FERNANDES, estamos perante algo semelhante a um “termo estabilizador”, concebido como instrumento de protecção dos interesses do empregador.¹³⁷ Assim, o pacto de permanência, também designado de cláusula de permanência, é o acordo celebrado entre o trabalhador e o empregador pelo qual o trabalhador se compromete a não denunciar o contrato de trabalho, durante um certo período de tempo, que não pode exceder três anos, como contrapartida de despesas avultadas feitas pelo empregador com a sua formação profissional.¹³⁸

Do empregador exige-se um investimento que exorbita do custo normal associado à beneficiação da força de trabalho de outrem, terá de trazer proveito para o trabalhador, anulando, sob este ângulo, não só o preço que o empregador teve que suportar como também a liberdade de denúncia que surge imanada a uma relação laboral de frequência média.¹³⁹

¹³⁶ LUIS ALMEIDA CARNEIRO, Dever de Formação e Pacto de Permanência, Almedina, Fevereiro 2015, p. 126 e ss.

¹³⁷ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 659.

¹³⁸ LUIS ALMEIDA CARNEIRO, Dever de Formação e Pacto de Permanência, Almedina, Fevereiro 2015, p. 126 e ss.

¹³⁹ JOÃO ZENHA MARTINS, Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho, Almedina, 2016, p. 287 e ss.

Para MONTEIRO FERNANDES, o pacto de permanência é um compromisso de estabilidade assumido pelo trabalhador, perante o empregador. Sendo que, esse compromisso é consolidado por uma obrigação de restituição “*montante correspondente às despesas nele referidas*”, pelo empregador na formação do trabalhador.¹⁴⁰

Enquanto cláusula acessória, o pacto de permanência tem relevante importância, tendo o legislador autonomizado o carácter típico deste, através da norma constante do artigo 137.º, do C.T. É, assim, o pacto de permanência uma cláusula acessória típica. O pacto de permanência é susceptível de integrar qualquer modalidade de contrato de trabalho, pelo que o Legislador, ao não restringir a aplicação do pacto de permanência a quaisquer tipos contratuais, flexibiliza a utilização da figura e atribui primazia à autonomia da vontade das partes, na decisão quanto ao seu uso. Ora, o pacto de permanência estabelece que o trabalhador se obriga a não denunciar o contrato durante determinado período de tempo, ou seja, durante determinado período de tempo, o trabalhador tem uma obrigação de permanência, enquanto vigorar o referido pacto. Assim, o pacto de permanência limita a liberdade de denúncia do contrato de trabalho pelo trabalhador que o celebra pelo que, conseqüentemente, trata-se de “um acordo cujo condicionamento opera no decurso do contrato”¹⁴¹. Assim, o pacto de permanência distingue-se, desde logo, do pacto de não concorrência, pois enquanto o pacto de permanência actua durante a vigência do contrato de trabalho e destina-se a garantir que o mesmo dure pelo tempo suficiente para que as despesas avultadas realizadas pelo empregador fiquem compensadas, o pacto de não concorrência constitui uma limitação da liberdade de trabalho para o momento subsequente à cessação do contrato de trabalho.¹⁴²

A celebração do pacto de permanência não é obrigatória para o trabalhador, nem o empregador pode exigir a sua celebração. Quanto à natureza jurídica, o pacto de permanência é uma cláusula acessória típica que limita a liberdade de trabalho, sendo uma figura que opera uma renúncia parcial a um direito fundamental – a liberdade de

¹⁴⁰ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 660.

¹⁴¹ JOÃO ZENHA MARTINS, Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLVII (XX da 2.º Série), Julho-Dezembro – 2006, n.º 3 e 4, p. 292.

¹⁴² LUIS ALMEIDA CARNEIRO, *Dever de Formação e Pacto de Permanência*, Almedina, Fevereiro 2015, p. 127 e ss.

escolha de profissão na vertente possibilidade de mudar de profissão, nos termos do artigo 47.º, n.º 1, da C.R.P.. Esta renúncia parcial ocorre por via contratual no âmbito da relação jurídica entre dois sujeitos privados – o trabalhador e o empregador. Acresce que, o pacto de permanência é uma obrigação unilateral, pois o único sujeito que se encontra obrigado é o trabalhador. Pois que, o pacto de permanência tem uma natureza gratuita, na medida em que a permanência é uma obrigação de prestação de facto negativo – *non facere* – em que o trabalhador assume o compromisso de se abster de denunciar o contrato de trabalho durante o período de vigência do pacto de permanência, sem que essa obrigação tenha qualquer contraprestação. Trata-se, assim, de uma obrigação negativa típica ou omissão pura, de não fazer, caracterizando-se como uma abstenção do trabalhador em relação à denúncia que poderia exercer livremente se não existisse a obrigação de permanência. Considera-se, assim, que se verifica o não cumprimento do pacto de permanência a partir do momento em que o trabalhador realize o comportamento a cuja omissão se obriga. Como já mencionado, o pacto de permanência resulta da liberdade de estipulação das partes, sendo que a sua validade pressupõe a constituição de uma relação laboral e verificação dos requisitos constantes do artigo 137.º, n.º 1, do C.T.¹⁴³¹⁴⁴

Assim, o pacto de permanência repousa sobre a vontade de o empregador reter nos seus quadros aqueles trabalhadores em cuja formação profissional investiu com objectivos organizacionais definidos e sobre a necessidade de proteger o investimento, efectivamente, realizado em formação profissional pelo empregador em determinados trabalhadores, pois a denúncia do contrato de trabalho pode, na ausência de pacto de permanência, ser livremente exercida por estes. A denúncia do contrato de trabalho é, assim, um acto unilateral dependente, apenas, da vontade do trabalhador, tratando-se do corolário do princípio constitucional da liberdade de trabalho, não sendo necessário ao trabalhador fundamentar a sua decisão de denúncia, perante o empregador. O Legislador criou, assim, a figura do pacto de permanência, que permite reter o trabalhador e

¹⁴³ LUIS ALMEIDA CARNEIRO, Dever de Formação e Pacto de Permanência, Almedina, Fevereiro 2015, p. 128 e ss.

¹⁴⁴ No Código do Trabalho existe um regime de denúncia que, embora não tenha sido autonomizado como figura jurídica pelo Legislador, consagra uma permanência legal próxima, quanto aos efeitos, da permanência convencional constante do artigo 137.º, do C.T.. Este regime encontra-se, de facto, consagrado no artigo 71.º, do C.T., no âmbito do trabalho prestado por menores, devendo ser analisado em contraponto com a figura do pacto de permanência como figura próxima ou afim, in LUIS ALMEIDA CARNEIRO, Dever de Formação e Pacto de Permanência, Almedina, Fevereiro 2015, p. 129.

salvaguardar o investimento, realizado pelo empregador, na respectiva formação profissional. Assim, a obrigação de permanência visa garantir que o contrato de trabalho dura pelo tempo suficiente para que as despesas custeadas pelo empregador sejam compensadas e acauteladas, pelo que, como refere MONTEIRO FERNANDES “*a garantia de duração da relação de trabalho joga aqui, não em prol da estabilidade do emprego, mas a favor de uma pretensão razoável do empregador, que é a de tirar proveito suficiente do investimento que fez em formação.*”¹⁴⁵

Assim, esse aludido investimento pressupõe a necessidade de formação do trabalhador, o que implica o desenvolvimento industrial e tecnológico, pelo que, é por esta via que se explica que a figura do pacto de permanência tenha sido introduzida no ordenamento jurídico-laboral português na segunda metade dos anos sessenta, do século passado, numa fase pautada pelo desenvolvimento industrial e tecnológico. Foi devido a estes importantes desenvolvimentos tecnológicos, económico e de modernização do país, que surgiu esta figura do pacto de permanência, que foi consagrado no ordenamento jurídico português em 1966, através do Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966. Assim, o pacto de permanência é uma figura que concilia o interesse do empregador, que investiu de forma avultada na formação de determinado trabalhador e a liberdade de escolha de profissão que constitui um direito fundamental de personalidade, consagrado no artigo 47.º, n.º 1, da C.R.P..¹⁴⁶

Assim, em qualquer sistema que, como o nosso, se baseie na liberdade de trabalho, este tipo de cláusulas deve ter-se por excepcional. A cláusula não deve ter tanto como objectivo primário ou directo dificultar a cessação do contrato pelo trabalhador, mas antes proteger a contrapartida de um investimento significativo e excepcional realizado pelo empregador que custeia, por exemplo, um curso de formação profissional ou um estágio no estrangeiro. Sendo assim, imprescindível que o empregador tenha suportado um custo real e efectivo com a formação e que esta não tenha sido simplesmente realizada com fundos ou subsídios públicos.¹⁴⁷

¹⁴⁵ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.º Edição, Almedina, 2014, p. 659.

¹⁴⁶ LUIS ALMEIDA CARNEIRO, *Dever de Formação e Pacto de Permanência*, Almedina, Fevereiro 2015, p. 130 e ss.

¹⁴⁷ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 625 e ss.

À semelhança do que sucede na Itália ou na Alemanha, também entre nós não parece ser necessária a forma escrita para os pactos de permanência, ainda que tal seja aconselhado por razões probatórias, isto porque o princípio da liberdade de forma leva a que se considerem taxativos os casos em que se requer forma escrita, como sucede, por exemplo, no contrato a termo e no pacto de não concorrência.¹⁴⁸

O interesse do empregador que justifica a existência desta cláusula está, de facto, no retorno que este legitimamente espera obter do investimento económico que realizou com a especialização profissional do trabalhador, sendo que a lei não prevê aqui nenhuma compensação pecuniária para o trabalhador, precisamente porque o pacto de permanência representa a contrapartida de um investimento realizado ou que irá ser – não resulta claro se, por exemplo, no contrato se insere uma cláusula de permanência, antecipando uma formação que acaba por não se concretizar; parece-nos que faltará um dos pressupostos para a validade do pacto de permanência.¹⁴⁹

De referir que, o pacto de permanência surge como contrapartida possível de “*despesas extraordinárias*”, pelo que se retira, desde logo, que o mero cumprimento dos deveres de formação profissional a que o empregador está geralmente adstrito, não é suficiente para legitimar a existência e inclusão de uma cláusula deste tipo no contrato de trabalho. Como refere NANCY SIRVENT HERNÁNDEZ, só um tipo de formação que exceda, efectivamente, a genérica formação profissional poderá justificar a existência de uma obrigação de permanência para com o empregador, por parte do trabalhador.¹⁵⁰

Como acima já mencionamos, o pacto de permanência representa um exemplo de um contrato unilateral, resultando apenas obrigações para uma das partes. Contudo, alguns autores têm deduzido que a cláusula de permanência produz um agravamento da subordinação – entre empregador e trabalhador. À semelhança do que sucede com as cláusulas de não concorrência, como acima já se expôs, a cláusula de permanência pode ser inserida no contrato de trabalho durante a sua execução e não apenas aquando da sua celebração. Ora, em face do silêncio da lei, poderá questionar-se se o pacto de

¹⁴⁸ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 625 e ss.

¹⁴⁹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 626 e ss.

¹⁵⁰ NANCY SIRVENT HERNÁNDEZ, *El pacto de permanência en la empresa, tirant lo blanch*, Valencia, 2002, p. 164 e 165.

permanência pode ser inserido em qualquer contrato de trabalho e em qualquer fase deste. Desde logo, poderá colocar-se a questão da inserção do pacto de permanência num contrato a termo, questão essa que nos parece ser de resposta afirmativa, concluindo-se para possibilidade de inserção da mesma num contrato de trabalho a termo. Ao invés, poderá incluir-se uma cláusula de permanência de três anos num contrato a termo se um ano, limitando-se, para além da faculdade de o trabalhador rescindir o contrato sem aviso prévio, mas mesmo a possibilidade de o trabalhador invocar a caducidade, criando-se, assim, um dever unilateral de renovação. Ora, a jurisprudência espanhola tem respondido afirmativamente, mas, entre nós, afigura-se duvidoso que o termo de uma cláusula acessória seja, à partida, superior ao da duração do contrato de trabalho em que é inserida.¹⁵¹ NANCY SIRVENT HERNÁNDEZ admite a celebração de vários pactos de permanência, entre os mesmos sujeitos, em contratos sucessivos, ou até no mesmo contrato.¹⁵²

Ora, o artigo 137.º, do C.T., procede à limitação da duração da obrigação a três anos, nada impedindo as partes de acordarem numa obrigação com uma duração inferior ao limite legalmente previsto. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES considera que, quando seja fixada a obrigação com uma duração superior a três anos, pode considerar-se que a mesma é reduzida ao limite máximo de três anos. Sendo que, o facto de a lei fixar como limite máximo os três anos, não dispensa o tribunal de verificar se, no caso concreto, o prazo de três anos é uma exigência razoável e proporcionada à despesa realizada pelo empregador e às vantagens auferidas pelo trabalhador.¹⁵³ Atendendo a que o objectivo do pacto de permanência apenas fica satisfeito se a permanência do trabalhador na empresa for acompanhada da prestação de trabalho que garante o efectivo retorno do investimento custeado pelo empregador, daí que, para um sector da doutrina, a contagem do prazo se suspenda, pelo menos, quando a prestação de trabalho deixa de ser realizada por motivos da esfera do trabalhador – como seja, quando o contrato se suspende por doença do trabalhador. Em Espanha, prevalece o entendimento de que o prazo limite deve contar-se a partir do fim do estágio ou da acção de formação

¹⁵¹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 627 e ss.

¹⁵² NANCY SIRVENT HERNÁNDEZ, *El pacto de permanência en la empresa*, tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 151.

¹⁵³ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 629 e ss.

profissional custeados pelo empregador, porquanto apenas com o fim do curso ou do estágio é que o empregador poderá receber o retorno do seu investimento.¹⁵⁴

Caso o trabalhador viole o pacto de permanência e se desvincule sem justa causa antes de esgotado o prazo a que se obrigou a permanecer na empresa, ficará obrigado a indemnizar a entidade patronal, indemnização que acrescerá à que resulte de um eventual incumprimento do prazo de aviso prévio. Assim, a referência da lei à possibilidade de o trabalhador se desobrigar, restituindo a soma das importâncias despendidas pelo empregador, reveste-se de interesse sob vários aspectos, desde logo, porque parece acarretar a redução de uma eventual cláusula penal àquele montante; depois, porque parece sugerir que o trabalhador terá de restituir a totalidade das importâncias mesmo que já tenha estado ao serviço do empregador durante uma parte substancial do prazo a que vinculou – na Alemanha, no caso de o trabalhador já tiver permanecido na empresa durante uma parte do período a que se obrigou, a restituição das despesas será apenas proporcional.¹⁵⁵

Comprovando-se tudo o que acima se disse, atente-se no *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 2779/07.0TTLSB.L1.S1, de 30 de Junho de 2011, in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/27efa48275d04ed9802578c30039382e?OpenDocument>* :

“I - A lei admite a celebração de pactos de permanência como forma de assegurar à empresa a recuperação do investimento feito com uma formação profissional do trabalhador que tenha exigido a realização de despesas extraordinárias, sendo que uma tal admissibilidade não contraria o disposto no art. 58.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, uma vez que é razoável a protecção do empregador nas situações em que realizou aquelas despesas e da formação resultou a valorização profissional do trabalhador.

II - Além do mais, a possibilidade de desvinculação unilateral do trabalhador não está totalmente coarctada, uma vez que este sempre por essa via pode optar, conquanto restitua ao empregador a importância por ele despendida na formação.

¹⁵⁴ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 629 e ss.

¹⁵⁵ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 630 e ss.

III - Tendo as partes celebrado um contrato de formação profissional e promessa de contrato de trabalho a termo certo, no qual o trabalhador se obrigou, finda, com aproveitamento, a formação, a exercer a actividade profissional resultante da formação ministrada, durante um período mínimo de três anos a contar da outorga do contrato de trabalho, estamos perante um contrato misto.

IV - Entre o contrato-promessa de trabalho e o contrato definitivo verifica-se não só uma sequência temporal como também uma interligação, o que significa que o contrato definitivo está condicionado pelo que foi estabelecido no contrato-promessa, mormente quanto ao pacto de permanência, que vincula o trabalhador na vigência do contrato de trabalho.

V - O trabalhador que denuncie o contrato de trabalho antes de esgotado o período de permanência a que se vinculou torna-se responsável pela reparação do prejuízo causado ao empregador.”

Mais,

Atente-se, ainda, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 812/07.4TTALM.LI-4, de 28 de Abril de 2010, in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2261f4727c95b65d8025774d00485767?OpenDocument> :

“I – O montante fixado pelas partes no pacto de permanência a que se reporta o art. 147º do CT de 2003, funciona como limite máximo da indemnização a pagar pelo trabalhador ao empregador, no caso de deixar de trabalhar para este, antes de terminado o prazo convencionado.

II – O valor concreto da indemnização tem de corresponder ao montante das despesas extraordinárias, comprovadamente feitas pelo empregador, com a formação do trabalhador.

III – Não tendo a entidade patronal comprovado nos autos, ter efectuado quaisquer despesas extraordinárias com essa formação, não pode o trabalhador ser condenado a pagar-lhe qualquer quantia.”

A jurisprudência constitucional considera estarmos na presença de uma restrição à liberdade de trabalho, pelo que a comprovação da aptidão constitucional dos interesses

do empregador para este efeito depende, pois, de uma tríplice e sucessiva verificação, designadamente, necessidade, adequação e justa medida.¹⁵⁶

Com a exclusividade a relevar perante o sistema enquanto indício que *a priori* contribuiu para a distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços, a criação de deveres de exclusividade tem sido admitida entre nós, com base no argumento *a contrario* de que o n.º 1, do artigo 136.º, do C.T. apenas determina a nulidade da cláusula do contrato de trabalho ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho após a cessação do contrato de trabalho, aprovando-se o estabelecimento de limitações convencionais à liberdade de trabalho que operem no decurso do contrato de trabalho. Todavia, a admissibilidade dos pactos de exclusividade encontra raízes mais fundas, não se bastando com a mera interpretação enunciativa, que poderia conduzir, em casos extremos, à aceitação de toda e qualquer cláusula de limitação à liberdade de trabalho.¹⁵⁷

Não obstante, serem cada vez mais frequentes, as cláusulas de exclusividade não vêm previstas no nosso Código do Trabalho – em Espanha, encontra-se expressamente consagrado o pacto de exclusividade.¹⁵⁸

Tratando-se de um juízo que é mediatizado pelas notas características dos diferentes pactos, a delimitação e a sequente admissibilidade dos pactos de exclusividade vai, assim, buscar nas coordenadas do sistema a sua fundamentação, desde logo, pelo n.º 1, do artigo 247.º, do C.T., alberga uma proposição normativa que, prosseguindo a tutela do empregador, visa evitar que a recuperação física do trabalhador subjacente às férias, não seja comprometida pelo desempenho de outra actividade, estabelecendo, para tal, a proibição do exercício pelo trabalhador, durante o período de férias, de desempenhar uma outra actividade remunerada; por outro lado, a intensidade compressória dos pactos de permanência, recortada a partir da impossibilidade de desvinculação por parte do trabalhador, legitima que se admita que o trabalhador, mantendo intocado o direito de desvinculação, se comprometa a não exercer outras actividades. Por outro lado também a regulação atinente aos pactos de não concorrência,

¹⁵⁶ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 287 e ss.

¹⁵⁷ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 484 e ss.

¹⁵⁸ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 630 e ss.

admitidos nos termos previstos no artigo 136.º, do C.T., implica a aprovação de pactos de exclusividade que, por acréscimo e face à constância da relação laboral postulam uma satisfação do direito ao trabalhador que os pactos previstos no artigo 136.º, do C.T. não logram assegurar. Se assim o trabalhador não tem garantias de satisfação efectiva do seu direito ao trabalhador, com os pactos de exclusividade a vedação convencional quanto ao exercício de outras actividades surge relacionada com a ocupação de um ponto de trabalho, encontrando-se no artigo 18.º, da C.R.P. o sentido conformador da sua regulação.¹⁵⁹

Neste quadro, em que o próprio texto constitucional acena para a exclusividade laboral como parâmetro que pode encontrar justificação no que ao exercício de determinadas funções diz respeito, isto porque, o artigo 269.º, n.º 4, da C.R.P., prevê a proibição de acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos por lei – a inexistência de previsão legal acerca dos pactos de exclusividade não sendo impeditiva da sua estipulação, revela-se, como refere JOÃO ZENHA MARTINS incompatível com a sua admissibilidade irrestritiva, uma vez que eles representam “*um sério limite à liberdade de trabalho*”, nas palavras de JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES.¹⁶⁰

Ora, devido a estes factores entende-se, noutros ordenamentos, como seja o francês, que tais cláusulas devem ser expressas e corresponder a um interesse legítimo da empresa. O interesse legítimo da empresa é uma exigência particularmente importante face ao perigo de as cláusulas de exclusividade aparecerem associadas a contratos de trabalho precários ou a contratos de trabalho a tempo parcial ou até com um período normal de trabalho semanal reduzido. Pelo que, pelo menos deve exigir-se que a cláusula de exclusividade se justifique face à natureza das tarefas do trabalhador e seja proporcionada a restrição à liberdade fundamental de trabalho que a cláusula implica relativamente ao escopo legítimo que com ela é visado.¹⁶¹ Frequentemente, a exclusividade está associada a um acréscimo salarial, não obstante, também neste

¹⁵⁹ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 486 e ss.

¹⁶⁰ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 631.

¹⁶¹ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007, p. 631.

aspecto, vigorar o princípio da autonomia privada.¹⁶² Isto é, a tarefa do interprete-aplicador não se desbasta na verificação desse interesse, para o qual concerne, em larga medida, a necessidade de pagamento de uma compensação ao trabalhador.¹⁶³

Se a compensação é um factor importante na valoração da atendibilidade da aut-limitação assumida pelo trabalhador, ela aparece, em fase ulterior, como um parâmetro importante na delimitação do alcance da obrigação, relacionando-se com o montante da retribuição auferida, com o tempo de trabalho previsto e prestado e com a dimensão material de exclusividade, dimensão essa que, na prática, tende a absolutizar-se, face à identificação genérica entre exclusividade e a proibição de toda e qualquer actividade profissional remunerada. Contudo, será o empregador quem tem de provar que o desempenho de outras actividades põe em risco o desempenho profissional do trabalhador ou que, na falta de proibição legal, o exercício de outras actividades potencia dependências profissionais, económicas e financeiras susceptíveis de comprometer os requisitos postulados para o exercício da actividade objecto do contrato de trabalho, como seja, a isenção, probidade ou especial diligência, ou de afectar com gravidade a sua imagem e os interesses económicos subjacentes.¹⁶⁴

Estando-se diante de um acordo de limitação à liberdade de trabalho, a inexistência de uma presunção legal e a necessidade de o empregador ter de alegar e fazer prova da legitimidade dos interesses tutelados com o pacto justifica-se, desde logo, em função da convocação de um direito fundamental e louva-se na necessidade de evitar a aplicação irrestrita de pactos que, limitando a liberdade de trabalho, suscitam uma fundamentação idêntica à exigida pelo artigo 18.º, do C.R.P. para as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias. Tal enquadramento, que se assemelha aos pactos de não concorrência, consubstancia-se no princípio de que se o empregador se faz valer de um motivo para poder opor uma determinada cláusula tem que a provar.¹⁶⁵

Outra questão que se coloca é a da problemática da aplicação de cláusulas de exclusividade ao contrato de trabalho a tempo parcial. Em geral, os pactos de

¹⁶² PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, Abril, 2002, p. 611.

¹⁶³ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 487 e ss.

¹⁶⁴ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 489 e ss.

¹⁶⁵ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 490 e ss.

exclusividade não são admitidos no âmbito do contrato de trabalho a tempo parcial, baseando-se este juízo no facto de que a escassez de tempo subjacente a um contrato de trabalho a tempo parcial torna os pactos insusceptíveis de revelarem um interesse sério e legítimo, sendo considerados nulos. JOÃO ZENHA MARTINS considera que esta análise é precipitada, baseando-se no facto de a não integralidade do tempo de trabalho e a sua correlação com a retribuição auferível, não serem compatíveis com a proibição de exercício de outras actividades. Contudo, JOÃO ZENHA MARTINS não acompanha esta construção acerca da potencial inaplicabilidade isto porque, por um lado, a imposição de condutas conformes com uma bitola correcta e previsível não pode depender da existência de um período normal de trabalho semanal inferior ao praticado a tempo completo e o dever de não concorrência corresponde a uma obrigação de abstenção de qualquer comportamento que possa fazer desaparecer a relação de confiança pressuposta por uma relação laboral; por outro lado, figurando-se necessário promover o trabalho a tempo parcial e não condená-lo à sua extinção, a protecção dos interesses económicos do empregador demanda pelo dever de não concorrência, que vale em toda e qualquer relação laboral, impondo-se um dever de adequação funcional do trabalhador à realização do interesse do empregador que garanta que o seu património não é suscetível de aproveitamento por um terceiro, o que de acordo com o principio da boa-fé significa que este não pode cair perante a eventualidade de uma actividade concorrencial, seja pela carga horária que ocupa o trabalhador. Assim, para o Autor, se o alcance do dever de não concorrência não depende da ausência de completude do tempo de trabalho mas pode ser conformado em razão da neutralidade de funções ou da elementaridade da actividade que o trabalhador desenvolve, pelo que não se vê motivo para considerar nulo um pacto de exclusividade em razão de o trabalho subjacente ser desenvolvido no âmbito de um contrato de trabalho a tempo parcial, com o argumento de que a escassez horária não se compagina com a impossibilidade de o trabalhador exercer outras actividades.¹⁶⁶

Em suma, considera JOÃO MARTINS ZENHA que é necessário distinguir o interesse de que o pacto tem de ser portador da necessidade de que a estipulação com o alcance proibitivo seja proporcional ao fim prosseguido. Assim, uma coisa é a aptidão do pacto para a protecção de interesses empresariais, e outra, que com esta não se

¹⁶⁶ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 491 e ss.

confunde, é a proporcionalidade da obrigação gerada pelo pacto que é atendida a partir da duração do trabalho subjacente, do montante compensatório atribuído ao trabalhador e da remuneração que este auferir. Logo, verificando-se a obrigação de exclusividade assumida por um trabalhador a tempo parcial se mostra desproporcionada perante a privação de possibilidades de sustento durante o tempo necessariamente alargada, em que o trabalhador não se encontra a executar o contrato de trabalho, a mensuração da desproporção subjacente à obrigação assumida pelo trabalhador suscita a correlativa ampliação da compensação devida em razão dessa obrigação ou, ao invés, a redução do conteúdo da limitação assumida, ajustando-se.¹⁶⁷

No que respeita às cláusulas de exclusividade, atente-se no *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 09S0625, de 10 de Dezembro de 2009*, in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/879a127328b8a3668025768c0058272d?OpenDocument> :

“II - A obrigação de exclusividade, eventualmente, consignada em cláusula acessória do contrato de trabalho, se referida a actividades concorrentes com a do empregador, não releva com autonomia, na perspectiva de restrição à liberdade de trabalho, por se tratar de obrigação inerente à relação laboral, por força do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 121.º do referido Código, como afloramento do dever geral de lealdade.

III - A licitude da cláusula de exclusividade que limite o exercício de actividades não concorrentes com a do empregador há-de ser averiguada segundo critérios de adequação e proporcionalidade, em função de um real e efectivo interesse do empregador (atendendo, designadamente, ao sector económico em que a empresa se insere) correlacionado com a natureza das tarefas objecto do contrato (tendo em conta a complexidade técnica destas, o tempo exigido para um eficiente desempenho e a responsabilidade do trabalhador, que podem reclamar disponibilidade total).

IV - A cláusula inscrita no contrato de trabalho, segundo a qual o trabalhador se vinculou a não aceitar outros trabalhos remunerados ou não remunerados por terceiros e /ou de levar a cabo negócios por sua conta, sem o prévio consentimento do empregador, e este se comprometeu, em contrapartida, a pagar-lhe 20% da

¹⁶⁷ JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, 2016, p. 495 e ss.

remuneração mensal bruta, não se verificando os factores referidos no ponto III, só pode considerar-se lícita se encarada como tendo em vista reforçar a protecção legal contra o perigo de concorrência.

V - Se, no pacto de não concorrência, a obrigação assumida foi a de, no período de 12 meses subsequentes à cessação do contrato de trabalho, não prestar serviços profissionais de delegada de informação médica, definidos como envolvendo o permanente contacto com médicos, colaboração com médicos em sessões de informação e formação e utilização de um formulário de prescrição, não pode afirmar-se o incumprimento do pacto quando apenas se prova que a trabalhadora constituiu uma sociedade concorrente da qual foi designada co-gerente e, após a cessação do contrato, trabalhou como vendedora de fundos de investimentos para uma sociedade do mesmo grupo da última.

VI - A constituição, pelo trabalhador, de uma sociedade concorrente do empregador, na vigência do contrato, sendo um acto que configura infracção ao dever de lealdade prescrito na alínea e) do n.º 1 do artigo 121.º do Código do Trabalho de 2003, não basta, por si só, para fundar o direito a indemnização, tornando-se necessária a demonstração de que da actividade desenvolvida pela nova sociedade, no período de vigência da relação laboral resultaram danos para o empregador, o que pressupõe o estabelecimento de um nexo de causalidade, a efectuar em função da matéria de facto apurada, à luz da doutrina da causalidade adequada, na sua formulação negativa, acolhida no artigo 563.º do Código Civil.”

DAS CONCLUSÕES

Terminada a viagem, na qual nos propusemos a estudar o dever de lealdade no âmbito do Direito do Trabalho, resta-nos, pois, enunciar quais as mais relevantes conclusões a que chegamos, com o presente estudo.

Começamos, desde logo, por concluir que o dever de lealdade sofre, de facto, uma grande evolução histórica, isto porque, inicialmente o dever de lealdade tinha um cariz fortemente tradicional, por muito tempo, a sua origem histórica, deveu-se ao facto de se ter considerado que a relação de trabalho não era tanto uma relação obrigacional de intercâmbio, mas sim uma relação jurídica pessoal comunitária. Este dever de lealdade, com a sua natureza tradicional, apelava a uma verdadeira comunhão de partes no contrato de trabalho, ou seja, a uma verdadeira relação de lealdade pessoal, em que poderia reconhecer-se uma relação de comunidade que envolvia a própria pessoa. Acontece que, para grande parte da doutrina de países europeus como Itália, França e Alemanha, a existência deste dever de lealdade configura um verdadeiro dever de fidelidade, ou seja, tendia a favorecer a sujeição e secundarização dos interesses do trabalhador para com o empregador. Todavia, esta visão sofreu uma grande alteração a partir do segundo pós-guerra, designadamente, a partir da década de setenta, em virtude de uma crítica crescente a esta visão comunitária.

Assim, com o desenvolvimento e evolução da doutrina e, conseqüentemente dos vários ordenamentos jurídicos, o dever de lealdade adquiriu um faceta subjectiva, que decorre da sua estreita relação com a sedimentação da permanência e da confiança entre as partes, impondo-se que o trabalhador não destrua ou abale esta confiança; mas mais, impondo-se que não crie no espírito do empregador, a dúvida quanto à sua própria idoneidade, sendo este traço do dever de lealdade mais acentuado quanto mais extensa for a delegação de poderes no trabalhador. Não obstante, este dever de lealdade terá também uma dimensão objectiva, que se reconduz à necessidade de o trabalhador ajustar a sua conduta ao dever da boa-fé no cumprimento das suas obrigações, nos termos do artigo 762.º, do C.C.. Assim, podemos concluir que ocorreu, de facto, uma ruptura no que concerne às concepções iniciais, passando o contrato de trabalho, na óptica do trabalhador, a derivar da boa-fé, apenas enquanto modalidade de comportamento devido por este no cumprimento do contrato de trabalho, enquanto sua obrigação principal.

Esta é, de facto, a conclusão mais imediata e óbvia a que conseguimos chegar. No entanto, não poderemos deixar de tecer alguns comentários quanto a esta ruptura com o dever de lealdade inicialmente concebido – como frisamos, um verdadeiro dever de fidelidade que deveria acompanhar e pautar a relação laboral entre o empregador e o trabalhador.

Concede-se, e bem, que a relação laboral é uma relação jurídica obrigacional que se baseia, entre outras, na autonomia privada, na liberdade de celebração e na liberdade de estipulação. Não obstante, terá sempre que se atender aos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, no que respeita ao cidadão enquanto trabalhador subordinado. Ora, o dever de lealdade, como já foi dito, assentava numa especial relação de confiança entre o empregador e o trabalhador, numa efectiva relação comunitária e pessoal entre as partes. Também sabemos que, o Direito de Trabalho como estabelecido nos nossos dias, pretende e visa proteger a parte dita mais “*fraca*” da relação laboral – virtude do poder disciplinar por parte do empregador e da subordinação jurídica por parte do trabalhador porquanto será sempre o trabalhador, por se encontrar sob essa subordinação de uma entidade para a qual deverá prestar a sua “*força de trabalho*” e cumprir ordens, em troca de uma remuneração. Também sabemos que o mercado de trabalho sofreu grandiosas e flagrantes alterações, sendo que, nos dias de hoje, poderemos caracterizá-lo, de facto, por um mercado de trabalho massificado, competitivo, em que para o nosso lugar existem tantos outros com iguais competências, em que temos consciência que, por vezes, se não nos sujeitarmos a certas condições de trabalho, é certo que esse emprego não será nosso e que outro trabalhador se sujeitará a essas condições. Pois, na verdade, estamos cada vez mais inseridos num mercado onde ninguém é insubstituível.

Vivemos numa sociedade em que, felizmente, são cada vez mais os trabalhadores licenciados, a pretenderem ingressar em cargos de direcção mas onde a concorrência é cada vez maior, o mercado é cada vez mais competitivo, a necessidade de nos instruímos é cada vez maior. E efectivamente, quando nos deparamos com um mercado nestes termos, é difícil concluirmos se, nos dias de hoje, faria sentido concebemos o dever de lealdade como era concebido inicialmente, quase numa óptica de subjugação, que nos dias de hoje, e apesar de como se disse ninguém ser insubstituível, não se compadece com um mercado activo, inconstante, rotativo e global.

Mas através dos factores que acima indicamos, que reflectem um mercado cada vez mais competitivo nos dias de hoje, não será também de concluir que o dever de lealdade se encontre a perder a sua influência e importância, ou seja, que esta relação de confiança, nem que seja a título meramente fiduciário, esteja a ser posta em causa. As relações de trabalho cada vez mais se caracterizam pela impessoalidade, podendo dizer-se que práticas concorrenciais são patentes em pequenas, médias e grandes empresas, em empresas nacionais ou multinacionais. E afastando-se o dever de lealdade desta figura pessoal, de confiança entre as partes, resta-nos apenas a boa-fé que deve pautar a relação laboral durante a sua vigência.

Acontece que, muitas vezes, o trabalhador ocupa um cargo, numa determinada empresa, que lhe possibilita o total conhecimento do funcionamento da mesma, o know-how, os clientes, ou seja, informação sigilosa, que só obteve devido ao cargo que ocupa na empresa. Por outro lado, muitas vezes é o empregador que investe na formação do trabalhador, ainda que e de forma a alcançar um equilíbrio em benefício da empresa. Ora, por todas as razões que acima foram expostas, o Legislador português permitiu a formação e celebração de cláusulas que, de certa forma, pudessem, elas próprias, “proteger o empregador” de riscos decorrentes da relação jurídica laboral. Enunciando, de forma sucinta, as cláusulas de não concorrência, as cláusulas de permanência, as cláusulas de confidencialidade e as cláusulas de exclusividade.

Mas não será que esta relação jurídica laboral congrega riscos para ambas as partes, isto é, riscos para o trabalhador, que na opinião de muitos Autores, aceita estes pactos, pois não aceitá-los significaria, também, a recusa de um novo emprego, a demonstração de não se encontrar de boa-fé para com o empregador; ainda, porque a sua aceitação consubstancia, como já mencionado, uma restrição, “*auto-limitação*”, ao princípio da liberdade de trabalho, constitucionalmente consagrado, entre outros. Também se vislumbrando riscos para o empregador, na sua essência, ao permitir que o trabalhador tenha contacto directo com o know-how, listas de clientela, e muita outra informação sigilosa, como já enunciado, bem assim, investimentos extraordinários na formação do trabalhador, correrá, também ele, riscos.

Pelo que, como já constatado, este tipo de cláusulas, a que aludimos, fazem todo o sentido nos dias de hoje, sempre se considerando que são uma espécie de “*segurança-formalizadora*” para o empregador, que durante o decurso do contrato de trabalho

confia que não correrá certos riscos, decorrentes do contacto do trabalhador com informação sigilosa. Bem assim, também no período pós-contratual, garantindo um período de vigência no qual o ex-trabalhador não poderá concorrer com o ex-empregador.

É certo que sempre se poderá dizer que tais instrumentos se poderão considerar uma limitação à própria liberdade de trabalho do trabalhador. Contudo, estas cláusulas não são celebradas sem mais, isto é, existe, de facto, uma contrapartida para o trabalhador, a chamada compensação. Sendo que, e talvez seja o factor mais importante a referir, tais cláusulas sempre se dirão e serão de revogação livre, a todo o tempo pelo trabalhador, pelo que, em última instância, nunca o trabalhador será obrigado a permanecer vinculado a tais cláusulas, sem prejuízo, claro está, da já referida indemnização, previamente estipulada e conhecida, como se impõe pelos deveres de boa-fé.

Por fim, e no que concerne às aludidas cláusulas, mais importante, talvez, do que a discussão da admissibilidade das mesmas, pois o Legislador português optou pela sua consagração, será a discussão dos limites na sua execução, aí se encontrando o cerne da problemática.

Bibliografia

Amado, J. L. *Contrato de Trabalho, 3.º Edição*. Coimbra: Coimbra Editora.

Cahn, A. (1998). *Zur Treuepflicht im Arbeits – und Gesellschaftsrecht, Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, Luchterhand, Neuwied e Kriftel (Taunus)*.

Canas, R. d. (Janeiro de 2011). Dever de Lealdade do Trabalhador e Níveis de Gestão. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira e Almeida, Volume III*.

Canotilho, J. J. (2013). *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. Almedina.

Carneiro, L. A. (Fevereiro 2015). *Dever de Formação e Pacto de Permanência*. Almedina.

Cordeiro, A. M. (Setembro de 1986). Concorrência laboral e justa causa de despedimento. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 46*.

Fernandes, A. M. *Direito do Trabalho, 17.º Edição*. Almedina.

Gomes, J. M. (Janeiro-Março de Ano XXXX (XIII da 2.º Série) - n.º 1, 1999). As cláusulas de não concorrência no direito do trabalho - Algumas questões. *RDES*.

Gomes, J. M. (2007). *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*. Coimbra Editora.

Hernández, N. S. (2002). *El pacto de permanencia en la empresa, tirant lo blanch*. Valencia.

Leitão, L. M. (2010). *Direito do Trabalho, 2.º Edição*. Almedina.

Maly, T. M. (1975). *Treue- und Fürsorgepflicht in rechtstheoretischer und rechtsdogmatischer Sicht, in Treue- und Fursorgepflicht im Arbeitsrecht, Wilhelm Braumullher, Universitats- Verlagsbuchhandlung. Wien, Stuttgart*.

Martins, J. Z. (2016). *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*. Almedina.

Martins, J. Z. (Julho-Dezembro de 2006). Os pactos de não concorrência no Código do Trabalho. *Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XLVII (XX da 2.º Série)* .

Matinez, P. R. (Abril 2002). *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina.

Mattarolo, M. G. (2000). *Obbligo di fedeltá del prestatore di Lavoro, Artigo 2015, Il Codice Civile, Commentario, diretto da Pietro Schlesinger*. Milano: Giuffrè.

Mesquita, J. A. (2014). *Direito do Trabalho, 2.º Edição*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

Miranda, J. (Abril-Junho de Ano XXX (III da 2.º Série) - n.º 2). Liberdade de trabalho e profissão. *RDES* .

Monteiro, L. M. (Coimbra, Almedina, 2006). Algumas notas sobre o tabalhador dirigente. *VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho* .

Ramalho, M. d. *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais, 3.º Edição*. Almedina.

Rivero, G. P. (1991). *La Libertad de Expressión del Trabajador*. Madrid: Editorial Trotta.

Scognamiglio, R. *Manuale di Diritto del Lavoro*. Napoli.

Trioni, G. (1982). *L'obbligo Di Fedeltá Nel Rapporto Di Lavoro*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Varela, A. (1978). *Das Obrigações em Geral, Vol. II, 2.º Edição*. Coimbra.

Wellenhofer-Klein, M. (2000). *Treupflichten im Handels, Gesellschaftsund Arbeitsrecht, Eine Untersuchung zum deutschen, ausländischen und europaischen Recht, RabelsZ, Vol. 64*.