Renata Paschoalini

SEGREDO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

ORIENTADOR: PROF. DR. NELSON MANNRICH

Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo

São Paulo

2014

Renata Paschoalini

SEGREDO NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito do Trabalho.

ORIENTADOR: PROF. DR. NELSON MANNRICH

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito do Largo de São Francisco
São Paulo
2014

Banca examinadora

_____

_____

_____

Ao meu orientador, Professor Nelson Mannrich, pela confiança depositada em mim, pela atenção ao longo deste trabalho, pelo carinho, pela amizade, pelos ensinamentos e, principalmente, pelo exemplo de mestre e de pessoa.

Aos amigos pelo incentivo e por todo o carinho, especialmente ao meu chefe, Dr. Fernando Antonio Maia da Cunha, e às amigas do trabalho, Amarilis, Alessandra, Daniela, Nara, Mariana e Patrícia, por me apoiarem e suportarem minha ausência no momento da conclusão deste trabalho.

Aos meus pais pelo amor e por me incentivarem a lutar por este sonho.
Ao meu irmão pela alegria que me traz, pelo amor e pelo apoio de sempre.
Ao Marcos pelo amor, pelo companheirismo e apoio em todas as horas.

RESUMO

A revolução tecnológica transformou, de maneira determinante, as relações de emprego. Com as novas tecnologias, o fluxo de informações entre empregado e empregador, que já era acentuado, ficou ainda mais intenso. Essa é a razão, de um lado, para a crescente preocupação de se garantir os direitos à privacidade e à intimidade do empregado, garantidos constitucionalmente, os quais justificam seu direito ao segredo e, de outro lado, o maior número de esforços realizados pelo empregador para proteger seus segredos de empresa, como elemento impulsionadores de inovação e competividade, utilizando-se de seu poder de controle para tal proteção. O presente trabalho tem como objetivo examinar a proteção jurídica do segredo e a obrigação de confidencialidade sob dois pontos de vista: o do empregado e o do empregador. Iniciamos com o estudo do direito da privacidade do empregado, no qual se insere o direito ao segredo. Serão delineados os limites ao poder de controle do empregador em face desse direito, especificamente quanto às formas de investigação sobre a vida privada e vigilância da atividade laboral, assim como das consequências da violação do direito de privacidade do empregado pelo empregado. Sob a outra perspectiva, será analisado o segredo sob a ótica do empregador. Pretende-se averiguar como se dá a proteção do segredo de empresa. Serão examinadas as obrigações acessórias dos empregados e, entre elas a de sigilo na vigência do contrato de trabalho e após o seu término e, com mais detalhe, os limites à proteção do segredo de empresa relacionada às criações dos empregados e ao direito destes à liberdade de trabalho. Por fim, serão feitas breves notas a respeito das consequências da violação dos segredos de empresa pelos empregados.

Palavras-chave: segredo – emprego – trabalho – privacidade – segredo de empresa

ABSTRACT

The technological revolution has transformed employment relations in a decisive way. With the new technologies, the flow of information between employee and employer, already pronounced, has become even more intense. This is the reason for, on one hand, the growing concern with the employees' rights to privacy and intimacy, that are protected constitutionally and justify their right to confidentiality and, on the other hand, the greater efforts by the employers to protect their trade secrets, as possible drivers for innovation and competitiveness, using their power of control for such protection. This study examines the legal protection of secrets and the obligation of confidentialy from two points of view: the one of the employee and the one of the employer. We begin with the study of the employee's right to privacy, which incorporates a right to confidentiality. We outline the limits of the power of control of the employer, specifically with regard to forms of research on privacy and surveillance of labor activity, as well as the consequences of the infringement of employee privacy by the employer. From the other perspective, we analyze the protection of the trade secrets of company, its limits when the secret results from a creation by an employee, and the opposition between the protection of trade secrets and the employee's freedom to work. We examine the incidental obligations of employees related to confidentialy in the presence of an employment contract and after its termination and we describe in more detail the limits to the protection of the secrecy of company related to the creations of employees and in view of the employee's right to freedom of work. Finally, we make brief notes about the consequences of violation of company secrets by employees.

Keywords: secret – employment – labour – privacy – trade secret

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

1. O QUE É SEGREDO? 13
1.1. Conceito de segredo 13
1.2. Conceito de sigilo e sua relação com o segredo 15
1.3. Informações Confidenciais 16
1.4. Classificação de segredo segundo Gomez Segade 17
1.5. Segredo e suas dimensões no âmbito do contrato de trabalho: perspectiva do empregado e perspectiva do empregador 18

2. SEGREDO EM FACE DO EMPREGADO 20
2.1. Segredo, privacidade e intimidade. Tutela da privacidade e da intimidade do empregado 20
2.2. Limites ao poder de controle do empregador 34
2.2.1. Investigação sobre a vida privada do empregado 37
2.2.2. Vigilância da atividade laboral do empregado 59
2.3. Consequências da violação de segredo do empregado por parte do empregador.. 73

3. SEGREDO DE EMPRESA 76
3.1. Segredo de empresa, segredo industrial e segredo de negócio 76
3.2. Requisitos para existência de segredo de empresa 78
3.3. Tratamento do know-how 80
3.4. Proteção do segredo de empresa 81

4. OBRIGAÇÕES DO EMPREGADO 87
4.1. Obrigações principais e obrigações acessórias 87
4.1.1. Obrigação de fidelidade, lealdade e boa-fé 88
4.2. Obrigação de sigilo após o término do contrato de trabalho 91
4.2.1. Pacto de não concorrência 92
4.2.2. Acordo de confidencialidade 97

5. LIMITES À PROTEÇÃO DO SEGREDO DE EMPRESA NO CONTEXTO DAS CRIAÇÕES INTELECTUAIS DE EMPREGADOS 100
5.1. Criações intelectuais no âmbito do contrato de trabalho e sua relação com o segredo 100
5.1.1. Criações intelectuais feitas por empregados 101
5.1.2. Modalidades de criações intelectuais dos empregados 102
5.1.3. Criações industriais dos empregados: invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais 104
5.1.4. Criações do empregado-autor 110
5.1.5. Software desenvolvido por empregado 123
5.1.6. Cultivares criadas por empregados 124
5.1.7. Ideias dos empregados como criações mistas 127
5.1.8. Princípios comuns 130
5.1.9. Segredo em face das criações intelectuais dos empregados e do empregador 130

5.2. Segredo da empresa, liberdade de concorrência e liberdade de trabalho 136

6. SEGREDO DE EMPRESA E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA VIOLAÇÃO 149
6.1. Consequências da violação do segredo da empresa pelo empregado.....149
6.1.1. Violação do segredo de empresa durante a vigência do contrato de trabalho.....149
6.1.2. Violação do segredo de empresa após o término do contrato de trabalho 155

CONCLUSÃO 160

REFERÊNCIAS.....167

INTRODUÇÃO

As novas tecnologias de informação são, em grande parte, responsáveis pelas mudanças ocorridas no modo de produção capitalista, conhecido, por alguns, como "capitalismo informacional". Essa revolução tecnológica facilitou a troca de informações tanto no âmbito nacional quanto no mundial, tornando mais vulneráveis as informações relativas à intimidade das pessoas, acirrando a competitividade entre as empresas e forçando estas a aprimorarem seus produtos por meio de inovações tecnológicas.

Nessa medida, passou a haver uma maior preocupação em se proteger o direito de privacidade das pessoas, bem como os dados confidenciais e o capital humano das empresas, tendo em vista que a troca de informações ocorre com maior intensidade nas relações de trabalho e, mais especificamente, nas relações de emprego. Essa constante troca de informações, apesar de ser benéfica para a sociedade pelo desenvolvimento econômico que gera, aumenta o risco de transmissão de segredos que constituem parte da intimidade dos empregados e vantagens competitivas do empregador.

Os avanços tecnológicos permitiram e permitem a criação de novas formas de controle da prestação dos serviços pelo empregado que nem sempre respeitam o direito de privacidade e de intimidade do empregado, que, antes de tudo, é também um cidadão. Por outro lado, essas novas tecnologias possibilitam não só a criação de novos segredos como também podem facilitar sua disseminação para concorrentes. Esse risco obriga o empregador a adotar métodos seguros para evitar a perda de seus segredos que foram objetos de investimento de tempo e de dinheiro.

Diante disso, há um choque entre interesses: de um lado, estão os direitos de personalidade dos empregados e, de outro, o direito do empregador de proteger segredos de empresa que, representam para ele, diferencial no mercado.

O tema se justifica pela sua atualidade, relevância e pela necessidade de se verificar se o ordenamento jurídico brasileiro tem acompanhado os anseios dos sujeitos da relação de emprego pela proteção de seus segredos, consequências da sociedade informacional. Tendo em vista que o tema possui interface com o Direito Empresarial, Penal e Civil de forma a enriquecer a visão particular do Direito do Trabalho, guarda relação com a linha de pesquisa do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguraidade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo relativa aos direitos sociais no contexto dos

direitos humanos e, especificamente, com o projeto acadêmico que envolve os direitos sociais e outros ramos do direito.

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a proteção do segredo sob duas óticas distintas: a do empregado com fundamento em seu direito de privacidade e a do empregador baseada no direito de proteger aquilo que lhe traz vantagem competitiva, mormente quando é o detentor legítimo do segredo.

Como sugere o próprio título, limita-se o trabalho ao exame do segredo nas relações de emprego, ou seja, o segredo relevante para o contrato de trabalho, não abrangendo, portanto, as relações de trabalho como um todo.

Esta investigação almeja analisar a proteção conferida às informações dos empregados que fazem parte de sua privacidade e, especialmente, de sua intimidade, constituindo-se como segredos dos empregados, que merecem proteção por parte do empregador, assim como será verificado o tratamento dado a essas informações quando essenciais para a execução do contrato de trabalho. Além disso, serão examinados os limites ao poder de controle do empregador no caso de investigação da vida privada e de vigilância das atividades laborais, assim como serão verificadas as consequências do descumprimento pelo empregador de sua obrigação de manter sigilo sobre os segredos do empregado.

Será objeto de exame o conceito de segredo de empresa e de outras figuras (*know-how* e informações confidenciais) para verificar se são sinônimas, assim como serão estudadas as formas de proteção do segredo de empresa.

Busca-se averiguar as obrigações decorrentes do contrato de trabalho, em especial aquelas consideradas como obrigações laterais ou acessórias à relação de emprego e, mais especificamente, a obrigação de sigilo que seria uma consequência da obrigação de fidelidade.

O pacto de não concorrência e o acordo de confidencialidade também não serão objeto de profunda investigação, uma vez que o foco será a relação dessas cláusulas com a obrigação de sigilo na vigência e após a cessação do contrato de trabalho.

Pretende-se analisar, com mais profundidade, sob quais circunstâncias (i) os empregados têm direito de utilizar e/ou divulgar suas criações após o término do contrato de trabalho, limitando-se, portanto, a proteção do segredo de empresa, ou (ii) o segredo quanto a essas criações dos empregados deve permanecer em sigilo em benefício da empresa, limitando-se, assim, a liberdade de trabalho dos empregados criadores.

Esse exame terá como ponto de partida a hipótese de que as normas que regulam a titularidade de criação intelectuais de empregados são regidas por princípios comuns. Para testar essa hipótese, serão apresentadas as normas que regulam as criações de empregados nos âmbitos das leis de propriedade industrial, direito autoral, *software* e cultivares. Uma vez identificados tais princípios comuns, verificaremos se tais princípios também poderiam fundamentar a regulação do uso e divulgação de segredos de empresa decorrentes de criações intelectuais realizadas por empregados.

Será observado, assim, de que forma os segredos criados por empregados pode limitar a proteção do segredo de empresa, bem como de que forma o direito à liberdade de trabalho, conferido aos trabalhadores constitucionalmente, pode permitir o uso de algumas informações aprendidas na empresa.

Por fim, serão feitas breves notas a respeito das consequências da violação do segredo de empresa pelo empregado no âmbito do Direito do Trabalho, do Direito Penal e do Direito Civil.

Não se pretende, dessa forma, aprofundar o exame da justa causa e das suas espécies, limitando-se o trabalho a verificar as consequências da violação da obrigação de sigilo na vigência do contrato de trabalho e logo após seu término.

Na realização desta pesquisa, serão utilizados os métodos dialético, comparatístico e dedutivo, bem como serão objeto de exame a jurisprudência e a legislação nacional e estrangeira sobre o tema a ser desenvolvido.

Assim, dentro do escopo apresentado, o presente estudo se propõe a examinar com mais profundidade as seguintes questões: São legítimos os questionamentos do empregador acerca da vida privada dos empregados? Qual o limite do poder de controle do empregador? As pequenas mentiras do empregado acerca de sua vida privada devem ser toleradas pelo empregador? Quais as consequências da violação do segredo? Como se dá a tutela da intimidade dos empregados? É legítima a omissão de alguns dados quando da contratação ou durante o contrato de trabalho? O que é *know-how*? Quais as formas de proteger os segredos de empresa? Todos os empregados têm obrigação de sigilo? Qual o fundamento da obrigação de sigilo nas relações de emprego? As cláusulas de confidencialidade e de não concorrência são essenciais para a proteção de segredos? Quais criações dos empregados podem ser consideradas segredo? Quando o empregado é o responsável pela uma criação de um segredo, quem é o detentor legítimo? O acesso a quais informações legitima a limitação à liberdade de trabalho dos empregados? Quais são as

consequências da violação da obrigação de sigilo na vigência do contrato de trabalho? E após o seu término?

São as principais questões que a pesquisa pretende problematizar, as quais tornariam mais clara a noção de segredo em suas diversas dimensões: com relação ao empregador e ao empregado, durante a relação de emprego e logo após a cessação do contrato.

1. O QUE É SEGREDO?

Para o estudo do segredo nas relações de emprego, impõe-se a apuração do seu conceito, da sua classificação, o exame de suas implicações com o tema do sigilo e as chamadas informações confidenciais, bem como a análise de suas dimensões no âmbito do Direito do Trabalho. É o que se pretende fazer a seguir.

1.1. CONCEITO DE SEGREDO

A palavra segredo tem origem no latim *secretum*, vocábulo que traz ínsita a ideia de conhecimento particular, sob reserva, que não se pretende revelar.[1] Remete à ideia de separação ou segregação, cuidando-se, nesses termos, de um saber isolado por obstáculos para que não venha a ser conhecido por outras pessoas[2].

Por isso, há quem o defina[3] como "coisa ou circunstância que se oculta aos outros; facto sobre o qual se guarda rigoroso silêncio não o comunicando a terceira pessoa [...]. Causa oculta de que se faz mistério; sentimento íntimo que não se comunica a outrem", diferenciando-o do "segredo de polichinelo", que seria aquele conhecido por todos.[4]

Gomez Segade adverte que nenhum país chegou a definir, em suas leis, o seu conceito, a despeito de ser termo de manejo recorrente nas diferentes áreas jurídicas. Admitindo a dificuldade de se chegar a uma definição satisfatória, lembra o autor, porém, que o significado comum de segredo é explícito: é aquilo que está reservado e oculto[5].

Seguindo esse raciocínio, Fekete observa que o segredo "exprime o que se tem em conhecimento particular, sob reserva, ou ocultamente. É o que não se deve, não se quer, ou não se pode revelar, para que não se torne público, ou conhecido".[6]

---

[1] SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho (atualiz.) Rio de Janeiro, 2003, p. 1262.
[2] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. El secreto industrial (know-how): concepto y protección. Madrid: Editorial Tecnos, 1974, p. 42.
[3] O Repertório de Direito do Trabalho francês, apesar de salientar que não se pode definir segredo de maneira precisa, define-o como "*tous les faits de la vie privée que les intéressés tiennent en général à dissimuler*" (Repertoire de Droit du Travail. Deuxième Édition. Tome IV. Dalloz, 1996, p. 5).
[4] MORAIS SILVA, Antonio de. Grande Dicionário da Língua Portuguesa. Atualizadores: Augusto Moreno, Cardoso Júnior e José Pedro Machado. Vol. IX. 10ª ed. Lisboa: Editorial Confluência, 1949, p. 983.
[5] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 41.
[6] FEKETE, Elisabeth Kasznar. O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40.

Dorval de Lacerda, por seu turno, se limita a conceituar o denominado "segredo de empresa", como se verá adiante no item 3.1., que seria todo ato, fato ou coisa que não possa ou não deva ser tornado público, sob pena de causar prejuízo.[7] Sua definição é objeto de crítica por parte de Wagner D. Giglio por se restringir sobremaneira à seara empresarial. Segundo o último, segredo é tudo: ato, fato ou coisa, não possuindo, como requisito essencial, a exclusividade, ao argumento de que algum método exclusivo pode não ser segredo. Além disso, para o mencionado autor, a ideia de prejuízo não se aplica à definição de segredo, mas apenas ao estudo da sua violação.[8]

De outro lado, Antônio Lamarca atribui ao segredo o conceito de substantivo abstrato, não podendo ser "coisa, como quer Dorval de Lacerda; nem "tudo" (apanhando atos, fatos e coisas), como quer Wagner"[9]. Lamarca diz que segredo é processo ou método[10], mas deixa de definir o que é segredo, limitando-se a apresentar definição de segredo de empresa, a qual será examinada em capítulo próprio[11].

Já Sergio Pinto Martins o define como "um fato, ato ou coisa que deve ser ocultada dos outros. É, portanto, tudo o que se deve ser ocultado de outras pessoas".[12]

Por sua vez, Pietro Ichino aponta o segredo como um dado fático: "situação particular em que uma determinada coisa ou notícia é conhecida por uma só pessoa (ou por um grupo restrito de pessoas) que tem interesse em não permitir que outros a conheçam".[13]

Dentre todos esses conceitos, todavia, reputa-se como o mais adequado o de Gomez Segade, para quem segredo corresponde a um conhecimento reservado. Trata-se, em outras palavras, de uma postura mental, de uma situação fática. Não poderia ser definido como "coisa", pois não consistem as coisas no segredo em si, mas tão-somente no seu objeto. Segredo seria, portanto, determinado conhecimento reservado, tido por alguém que deseja conservá-lo exclusivamente com relação a outras pessoas.[14]

Conforme assenta De Plácido e Silva, o vocábulo "conhecimento" exprime "na linguagem jurídica, notadamente, a ciência, a certeza, a ideia, a formação ou a notícia a

---

[7] LACERDA, Dorval. A Falta Grave no Direito do Trabalho. 4ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1976, P. 226.
[8] GIGLIO, Wagner D. Justa Causa. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 182-183.
[9] LAMARCA, Antonio. Manual das Justas Causas. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 459.
[10] *Idem. Ibidem.* p. 459.
[11] V. item 3.1., Capítulo 3, *infra*.
[12] MARTINS, Sergio Pinto. Manual da Justa Causa, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 104.
[13] ICHINO, Pietro. Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro: La disciplina giuridica della circolazione delle informazioni nell'impresa. Milano: Giuffrè, 1979, p. 142). Tradução livre: "*segreto [...] indica per lo più un datto di fatto: e cioè quella particolare situazione in cui una determinate cosa o notizia è conosciuta da una sola persona (o da un ristretto gruppo di persone) che ha interesse a non farla conoscere ad altri*".
[14] *Idem. Ibidem.* Op. cit., p. 43.

respeito de um fato ou de uma coisa. Desse modo, fundamentalmente, conhecimento é expressão que indica o ato pelo qual está a pessoa bem ciente ou bem sabedora do fato, ato ou circunstância ocorrida, seja ou não de seu interesse".[15]

Assim, considerando-se segredo como conhecimento ou informação reservada sobre algo ou algum fato por alguém que pretende mantê-lo afastado, oculto, com relação a outras pessoas, ficariam abrangidas tanto a forma de conhecimento oriunda da habilidade, do saber-fazer quanto aquela decorrente de alguma experiência pessoal, da intimidade de alguém ou de notícia, ainda que superficial, a respeito de fato ou ato. Por essa razão, entende-se que o segredo é um conhecimento reservado e não apenas um ato, fato ou coisa, que constituem, na realidade, seu objeto, com ele não se confundindo.

1.2. CONCEITO DE SIGILO E SUA RELAÇÃO COM O SEGREDO

A palavra "sigilo" deriva do latim *sigillum*, que significa pequeno sinal, selo, sendo, geralmente, utilizada no mesmo sentido de segredo.

O sigilo, entretanto, possui significado distinto: representa a obrigação de manter o segredo, ou seja, de não revelá-lo.[16]

Nesse jaez, De Plácido e Silva entende que "o sigilo traduz, com maior rigor, o segredo que não pode nem deve ser violado, importando o contrário, assim, em quebra de dever imposto à pessoa, geralmente em razão de sua profissão ou ofício".[17]

Esse, também, o entendimento perfilhado por Elisabeth Kasznar Fekete, para quem "o sigilo designa o dever de manter algo no estado confidencial, enquanto o segredo é o objeto dessa obrigação".[18]

Não por outro motivo, utiliza-se o vocábulo sigilo para se referir à obrigação que repousa sobre alguém de manter segredo sobre as informações a que teve acesso por força da atividade profissional exercida, como é, a título exeplificativo, o caso do sigilo profissional, que recai sobre psicólogos, advogados, entre outros.

---

[15] SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho (atualiz.) Rio de Janeiro, 2003, p. 348.
[16] *Idem. Ibidem,* p. 1262 e 1299.
[17] *Idem. Ibidem,* p. 1299.
[18] FEKETE, Elisabeth Kasznar. Op. cit., p. 40.

Apesar da diferença de significado entre segredo e sigilo, pode-se adiantar que a violação do primeiro ou descumprimento do segundo geram consequência idêntica: acesso a conhecimento que deveria ser mantido sob reserva[19].

1.3. INFORMAÇÕES CONFIDENCIAIS

Outra expressão largamente utilizada para se referir a conhecimento secreto é a de "informação confidencial".

O vocábulo "informação" provém do latim *informatio* e veicula a idéia de "notícia, comunicação, pesquisa ou exame, acerca de certos fatos, que se tenham verificado [...]. E, neste aspecto, equivale a conhecimento e cognição".[20]

Enrico Gragnoli, a propósito, entende que "conhecimento é sinônimo de informação, como resposta intelectual para as circunstâncias acidentais".[21]

O adjetivo "confidencial", por outro lado, tem sua origem no latim *confidentia*, similar à confiança. O substantivo "confidência" significa, nesse ínterim, "o ato pelo qual uma pessoa faz a outrem comunicação de fatos íntimos que não devem ser revelados, porque constituem segredos".[22]

A partir de tais conceitos, é possível estabelecer a "informação confidencial" como um conhecimento comunicado a alguém em confidência, vale dizer, com a promessa de que não seja divulgado. Logo, nos termos da aludida expressão, pressupõe-se a necessidade de ter havido, antes de tudo, a comunicação da informação.

Pontua Fekete que "o uso da expressão "informações confidenciais" tem sido bastante comum no trato profissional, sobretudo na prática contratual; contudo, ela só alcançou o status de termo legal ao ser recentemente adotada no texto do Acordo TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* ou Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), que as considera objeto de proteção sob o regime de repressão à concorrência desleal".[23]

Diante do sentido da expressão "informação confidencial", considera-se que ela se afeiçoa às obrigações de sigilo e, também, de lealdade, decorrentes do contrato de trabalho,

---

[19] *Idem. Ibidem.* p. 41.
[20] SILVA, De Plácido e. Op. cit., p. 739.
[21] GRAGNOLI, Enrico. L'informazione nel rapport di lavoro. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 7.
[22] SILVA, De Plácido e. Op. cit., p. 341.
[23] FEKETE, Elisabeth Kasznar. Op. cit., p. 42.

e, por isso, não obstante terminologicamente distinta, será utilizada como sinônimo de segredo, assim como sua designação sinônima "informação sigilosa".

1.4. CLASSIFICAÇÃO DE SEGREDO SEGUNDO GOMEZ SEGADE

Gomez Segade classifica os segredos em absolutos ou relativos, subdividindo os últimos em: a) acidentais ou b) voluntários.

Os segredos absolutos não são conhecidos por ninguém, são verdadeiros mistérios e, por isso, são irrelevantes para o Direito. Só passariam a ter importância jurídica no momento em que se incorporassem ao domínio intelectivo de alguém. É, por exemplo, o caso de algumas leis da natureza e do entendimento humano.[24]

Os segredos relativos, por sua vez, são conhecimentos detidos por uma ou mais pessoas e ignorados por outras. Podem ser classificados como acidentais ou voluntários. São acidentais ou fortuitos os segredos detidos por uma ou várias pessoas, permanecendo ocultos ou camuflados pelo esquecimento em virtude do desinteresse por parte das pessoas que os conhecem. Os voluntários, por outro lado, permanecem ocultos para algumas pessoas como imposição da vontade daqueles que os conhecem, os quais propositalmente criam obstáculos para impedir que outros cheguem a ter acesso a esses dados.[25]

Gomez Segade também faz distinção entre segredos oficiais e segredos privados. Segredos oficiais são aqueles cujo detentor é a Administração Pública em quaisquer de suas esferas, envolvendo a economia do país, seu sistema de defesa e podem ser violados por meio de espionagem econômica e militar. Os segredos privados dizem respeito a interesse juridicamente protegido de um particular, desde uma atividade íntima como o ato de escrever uma carta até a gestão de uma sociedade empresária. O autor adverte, ainda, que, muitas vezes, um segredo privado pode assumir tamanha relevância a ponto de se converter em um segredo de interesse geral para a economia de um país.[26]

Para o prestigiado doutrinador, a proteção do segredo varia de acordo com o objeto sobre o qual recai o conhecimento reservado e segundo o vínculo em que se lastreia o dever de sigilo. Em função disso é que se fala em segredo bancário, segredo profissional, segredo de Estado, entre outros.[27]

---

[24] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 44.
[25] *Idem. Ibidem*, p. 45.
[26] *Idem. Ibidem*, p. 46.
[27] *Idem. Ibidem*, p. 45.

Assim, na visão de Gomez Segade, são relevantes para o Direito os segredos relativos voluntários, chamados por ele, genericamente, de segredo.[28]

Para fins desse estudo, serão levados em consideração, exclusivamente, os segredos relativos voluntários privados. Com efeito, são relevantes os segredos a) relativos, pois os segredos absolutos não têm relevância jurídica por não serem do conhecimento de ninguém; b) voluntários, porque são mantidos ocultos ou reservados em decorrência da imposição de seu detentor; e c) privados, por pertencerem a particulares.

1.5. SEGREDO E SUAS DIMENSÕES NO ÂMBITO DO CONTRATO DE TRABALHO: PERSPECTIVA DO EMPREGADO E PERSPECTIVA DO EMPREGADOR

São incontáveis as informações que circulam na esfera da sociedade empresária para a qual o empregado presta seus serviços. São dados que dizem respeito não só à empresa, mas também ao próprio empregado. Algumas dessas informações circulam livremente pelo local de trabalho; outras, contudo, apesar de estarem acessíveis a certas pessoas, constituem segredos merecedores de proteção jurídica.

Tanto a sociedade empresária quanto o empregado possuem segredos. Entretanto, os do universo empresarial, em que prevalece o valor patrimonial, são protegidos por motivo distinto daquele por que se resguardam os segredos do empregado, situados no âmbito dos direitos da personalidade.

Balizado por tal pensamento, Pietro Ichino defende que os empregadores têm dados e notícias de caráter técnico, financeiro ou comercial sobre os quais se deve manter segredo, não em homenagem à intimidade da pessoa, mas sim à tutela de interesse exclusivamente patrimonial por meio do segredo de empresa. Confira-se:

> *le persone giuridiche e gli imprenditori in quanto tali non hanno le esigenze morali proprie della persona física: [...] Hanno, semai, dei dati e delle notizie di carattere tecnico, commerciale o finanziario, su cui mantenere il segreto; ma qui non è in gioco la tutela della «inimità domestica», bensì la tutela di un interesse esclusivamente patrimoniale; tutela per la quale l'ordinamento ha apprestato strumenti specifici, quali il diritto al segreto aziendale, al segreto professionale ed al segreto industriale, che – essendo tutti diritti relativi – non possono essere confusi con il diritto – assoluto – alla riservatezza.*[29]

[28] *Idem. Ibidem*, p. 45.
[29] ICHINO, Pietro. Op. cit., p. 7-8.

São esses segredos que serão examinados em duas dimensões nos capítulos a seguir: os do empregado, fundados no direito de privacidade, e os do empregador, pautados no direito de proteção de seu patrimônio.

2. SEGREDO EM FACE DO EMPREGADO

A figura do segredo é relevante, também, para o empregado. Isso porque ele possui informações que não tenciona revelar a ninguém ou apenas a poucas pessoas e tais dados, por comporem o espectro de sua vida privada e intimidade, gozam de proteção enquanto direitos da personalidade. No entanto, algumas das informações pertinentes à vida privada do empregado são relevantes para o empregador, já que influenciam a prestação dos serviços. Nesse capítulo, pretende-se analisar o direito do empregado em manter sua intimidade e seus segredos em contraposição ao interesse e, eventualmente, à necessidade do empregador de ter acesso a essas informações confidenciais.

2.1. SEGREDO, PRIVACIDADE E INTIMIDADE. TUTELA DA PRIVACIDADE E DA INTIMIDADE DO EMPREGADO

Segredo, privacidade e intimidade possuem estreita ligação por se tratarem de direitos da personalidade, inerentes à própria pessoa.

Todavia, não se confundem, eis que, conforme aponta Pedro Paulo Teixeira Manus, privacidade "adquiriu uma conotação própria, significando a ação exterior, a interferência externa na vida íntima de alguém, enquanto que a intimidade tem o sentido da própria vida íntima, assim considerado o âmbito pessoal, sem a perspectiva da ação de terceiros".[30]

Diferencia-se, também, segredo de privacidade. Pietro Ichino ensina que o segredo se refere à obrigação que recai sobre uma pessoa de não revelar a terceiros determinada notícia e, nesse sentido, seria direito de crédito atinente a um vínculo de silêncio, de cunho relativo, porque já houve comunicação da notícia a alguém que pode ter interesse em revelá-la. Direito à privacidade em sentido estrito, por outro lado, consistiria, no entender do aclamado doutrinador, em direito absoluto respeitante à faculdade de impedir a qualquer um o acesso à própria esfera da vida privada.[31]

---

[30] MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador. *In:* Revista do Advogado. 70 anos da CLT. Ano XXXIII, nº 121, nov. 2013. São Paulo: AASP, p. 246.
[31] ICHINO, Pietro. Op. cit., p. 143-144.

Particularmente no que toca ao direito de privacidade[32] no âmbito da relação de emprego, em especial sob a perspectiva dos empregados, Ichino observa que, a despeito da sua natureza relativa, em outras palavras, disponível, não pode ele ser objeto de renúncia integral pelo empregado:

> se é verdade, de fato, que os direitos de privacidade são direitos disponíveis, e que, com a estipulação do contrato de trabalho o empregado necessariamente sacrifica - em maior ou menor grau - aqueles direitos, sujeitando-se ao poder de controle do empregador, também é verdade que essa sujeição contratual não poderia, mesmo antes da entrada em vigor do Estatuto, tomar a forma de uma renúncia total de sua privacidade por parte do empregado. [33]

O autor explica, ainda, que a obrigação de se manter segredo, prevista no ordenamento jurídico, se faz necessária "para conter a circulação de determinada notícia caso seja aberta uma brecha na barreira posta pela tutela da esfera reservada da pessoa: surge uma obrigação de segredo a cargo de quem tenha violado o domicílio, a correspondência, as conversas telefônicas e assim por diante".[34] Essa proteção, entretanto, não é indiscriminada, tornando-se imprescindível identificar em relação a quais dessas informações subsiste o interesse em manter sob segredo e podem ser por ele protegidas[35].

Assim, Ichino conclui que o direito à privacidade é anterior ao direito de segredo.[36] O segredo só surge - quando surge - no momento em que uma fenda se abre na parede de proteção da esfera reservada (privacidade), com a comunicação a alguém da notícia que antes era somente do conhecimento do próprio titular.

De acordo com o pensamento do autor, o direito ao segredo não depende apenas da vontade do sujeito ativo, transmissor do segredo, em mantê-lo sob reserva, ou do interesse do legislador em tutelá-lo: a manutenção da informação nessa qualidade depende do caso concreto, observando-se os princípios do ordenamento jurídico de livre circulação das notícias e da liberdade de conhecimento. Indaga-se, *in concrecto*, se o interesse do sujeito à não divulgação deve prevalecer em relação ao interesse oposto, daquele que recebe a informação, seu destinatário.[37] Defende Ichino que, se há um motivo justo para revelação

---

[32] *Diritto alla riservatezza* é a expressão italiana correspondente a direito de privacidade.
[33] ICHINO, Pietro. Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro: la disciplina giuridica della circolazione delle informazioni nell"impresa. Milano: Giuffrè, 1979, p. 60.
[34] *Idem. Ibidem.* p. 143-144.
[35] *dem. Ibidem*., p. 145-146.
[36] Saliente-se que o conceito de segredo dado por Pietro Ichino equivale à nossa definição de sigilo, que pressupõe a comunicação da informação ou do conhecimento para alguém, surgindo a obrigação de manter segredo. V. item 1.2., *supra*.
[37] I*dem. Ibidem.* p. 149.

da notícia, não mais se fala em segredo, pois este não é um bem imaterial ou uma qualificadora da notícia, mas apenas uma relação obrigacional entre dois sujeitos[38].

Há quem defenda que a diferença entre segredo, intimidade e privacidade reside na profundidade da informação a respeito da vida privada de alguém. É o caso de Heinrich Henkel, que, em 1957, concebeu a "teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada", tendo por finalidade especificá-las, diferenciado-as entre si.[39]

Paulo José da Costa Júnior, ao tratar da aludida teoria, ensina que

> o âmbito maior seria abrangido pela esfera *stricto senso* (Privatsphäre). Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem de domínio público. [...] No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (Vertrauensphäre) ou esfera confidencial (Vertraulichkeitssphäre). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. [...] Por derradeiro, no âmago da esfera privada, está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (Geheimsphäre). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Consequentemente, a necessidade de proteção legal contra a indiscrição, nessa esfera, faz-se sentir mais intensa.[40]

Assim, de acordo com essa concepção, a esfera da vida privada possui três círculos com mesmo centro: o mais externo ou superficial seria o círculo privacidade ou da vida privada em sentido estrito; o intermediário consistiria no círculo da intimidade; e o núcleo, cerne ou escol, corresponderia ao segredo.

Confira-se o entendimento de Joselita Nepomuceno Borba a respeito:

> Assim, o círculo exterior, de maior diâmetro, abarcaria o direito de privacidade (esfera de confiança, crédito ou fidúcia) e este o do segredo (onde ficaria agasalhada a reserva, o sigilo ou a vida íntima no seu sentido restrito). No círculo de caráter periférico reside o sigilo patrimonial (fiscal, financeiro, empresarial[41] e correlato de dados e comunicações telefônicas); no círculo da intimidade se encontra o celeiro das liberdades pessoais e caixa de ressonância para idiossincrasias do ser humano, plasmado nos sigilos familiar, profissional, doméstico e do conteúdo das comunicações; no círculo do segredo, reduto natural da

---

[38] *Idem. Ibidem.*p. 151.

[39] FROTA, Hidemberg Alves da. A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no direito brasileiro e comparado. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, v. 13, n. 1, t. 2, 2007, p. 461. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr2.pdf>. Acesso em 30 nov 2013.

[40] COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29-30.

[41] Note-se que a teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada foi concebida sob a ótica da pessoa física e, por isso, colocou-se o segredo empresarial, ou seja, aquele a que a pessoa teve acesso por força do contrato de trabalho, no círculo concêntrico mais periférico, o da vida privada em sentido estrito.

> pessoa só, onde se projeta a alma humana em sua essência, a personalidade.[42]

José Afonso da Silva, conquanto entenda, ao contrário, que a vida privada "integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo"[43], sustenta que, com o advento da Constituição de 1988 foi conferido destaque ao conceito de vida privada, o qual foi ampliado como conjunto de modo de ser e viver, compreendendo dois aspectos, o externo e o interno. O externo abrangiria as relações sociais e atividades públicas da pessoa; já o interno, diria respeito à pessoa mesma, membros de sua família e amigos íntimos[44]. Enfatiza o doutrinador que a tutela constitucional tem como objetivo proteger o segredo da vida privada e a liberdade da vida privada, pois "o segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros".[45] Assim, a teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada estaria de acordo com a tutela da privacidade, prevista no art. 5º, X, da Constituição Federal Brasileira, conforme a intelecção de José Afonso da Silva.

Teresa Alexandra Coelho Moreira observa que há voz concordante na doutrina portuguesa[46] com a adoção da teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada. Porém, parte dela não compartilharia desse entendimento. É o caso de Gomes Canotilho e Vital Moreira, por ela citados, para os quais a diferenciação deve se pautar apenas entre informação relativa à vida privada e à vida pública dos indivíduos.[47]

A citada autora se curva à divisão sugerida por Canotilho e Vital Moreira, entendendo não ser relevante a distinção entre intimidade e vida privada:

> A alusão à intimidade da vida privada não deve ser utilizada para afastar do âmbito de aplicação do art. 26.º, n.º 1, quer aspectos ligados à vida profissional ou ao segredo dos negócios, na medida em que estes estejam relacionados com a vida privada, quer aspectos relacionados com acontecimentos que se desencadeiam em locais públicos mas que integram a vida privada. Assim, o critério para distinguir não é somente espacial, na medida em que certos acontecimentos que ocorrem em público podem igualmente ser protegidos pela reserva da vida privada.

---

[42] BORBA, Joselita Nepomuceno. Legitimidade Concorrente na Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos e Difusos: Sindicato, Associação, Ministério Público, Entes não sindicais. São Paulo: LTr, 2013, p. 111-112.
[43] SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 101.
[44] *Idem. Ibidem.* p. 101.
[45] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 101-102.
[46] Nesse sentido é a posição de Orlando de Carvalho citado por Paulo Mota Pinto que, por sua vez, foi citado por MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Op. cit., p. 105.
[47] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Op. cit., p. 106.

> Em princípio a vida pública será a vida social da pessoa, aquela que é partilhada com o público.[48]

Embora seja relevante a discussão acerca da aplicabilidade da teoria dos círculos concêntricos na esfera privada, incursão mais aprofundada se afasta do escopo deste trabalho. No entanto, fato é que o segredo, considerado como uma esfera específica ou como parte da vida privada contraposta à vida pública, goza, invariavelmente, de proteção. Em diversos países, é tutelado constitucionalmente como consectário do direito de privacidade ou ainda a pretexto de se proteger a dignidade da pessoa humana.

Nem todos os países dispõem de legislação que discipline esses direitos no âmbito do Direito do Trabalho, muito menos que imponha ao empregador o dever de respeitar o direito de privacidade dos empregados. Não por motivo diverso, o direito de privacidade é alcunhado por João Leal Amado como um "direito inespecífico" do empregado. Não deriva especificamente da pessoa como trabalhadora, mas sim enquanto cidadã.[49]

Estados Unidos, Portugal, Espanha, Itália e Brasil têm regulado de forma distinta o tema da privacidade no local de trabalho, lançando mão de reformas merecedoras de detida análise. Sua detida análise conduz à compreensão de que a existência de previsão normativa expressa disciplinando a tutela do direito de privacidade na seara laboral pode garantir maior segurança jurídica tanto ao empregador quanto ao empregado, gerando uma percepção mais clara dos deveres e dos direitos de cada qual, relativamente ao contrato de trabalho. É o que se examinará a seguir.

Na Constituição dos Estados Unidos da América, não há menção expressa ao direito de proteção à vida privada. Coube à jurisprudência constitucional a criação do *right of privacy*[50], que separa em dois os âmbitos de proteção da vida privada, a saber: a) liberdade da vida privada e b) segredo da vida privada. O segredo da vida privada faz parte do direito de estar só, protege o cidadão contra investigação sobre a vida privada, divulgação de dados, captação e publicação de imagem.[51]

John D. R. Craig comenta que "o direito americano de privacidade no local de trabalho é um produto tanto do absenteísmo legal quanto do individualismo do mercado"[52].

---

[48] *Idem. Ibidem*., p. 106-107.
[49] AMADO, João Leal. Contrato de trabalho. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 216.
[50] Direito de privacidade que significa poder tomar suas próprias decisões. Cf. MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera da vida privada do trabalhador e o control do empregador. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 87-88.
[51] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Op. cit., p. 88.
[52] CRAIG, John D. R. Privacy and Employment Law. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 1999, p. 84.

Entretanto, a bem ver, o direito estadunidense tem assumido uma atitude mais protetiva com relação à privacidade no local de trabalho, com o estabelecimento de direitos mínimos, o que se observa, especialmente, no direito constitucional da Califórnia.[53] Tal se afirma porque a Constituição desse Estado prevê, em seu art. 1º, o direito de privacidade tanto no setor público quanto no privado. Não se pode olvidar, ainda, do aprimoramento dos entendimentos jurisprudenciais sobre a questão, que se tornaram mais favoráveis ao direito de privacidade como direito humano constitucionalmente garantido.[54] Craig cita o caso *Soroka v. Dayton Hudson Corp.*, de 1993, no qual candidatos a emprego ajuizaram ação coletiva contra o empregador devido à realização de triagem psicológica, o que caracterizaria invasão de privacidade. No caso, os autores haviam sido entrevistados com questões envolvendo religião e orientação sexual. O Tribunal entendeu que não deveria ser feita distinção entre os direitos de privacidade dos candidatos a emprego e dos empregados. E, apesar de considerar que o empregador tinha um interesse convincente de contratar pessoas emocionalmente estáveis, concluiu que os questionamentos não tinham relação com esse interesse, caracterizando uma ameaça inconstitucional à privacidade.[55]

Já na Europa, a intensificação do fluxo de informações entre os países, produto da sua integração econômica e social, criou a necessidade de se regulamentar a circulação de dados pessoais, o que se deu pelo Parlamento Europeu e Conselho através da Diretiva nº 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995[56]. Esse documento tem como finalidade "conciliar a proteção de dados de caráter pessoal com a sua transferência, não só ao nível da União Europeia mas também em relação a países terceiros"[57] e, em seu art. 32, dispôs que os Estados-membros deveriam editar disposições legislativas, regulamentares e administrativas em matéria de proteção de dados pessoais de caráter uniforme. Sua aplicação é geral, sem tratar de um setor específico, e tem incidência, como não poderia deixar de ser, também no Direito do Trabalho[58]. Os princípios gerais que regem a Diretiva e se referem à qualidade dos dados são: a) legalidade; b) finalidade; c) pertinência; d) veracidade; e d) consentimento. De acordo com o princípio da legalidade, o tratamento dos dados pessoais deve ser leal e lícito. Pelo princípio da finalidade, o tratamento deve ser feito com motivo concreto e não pode ultrapassar o campo da valoração da capacidade profissional. O princípio da pertinência traduz a ideia de que o tratamento dos dados deve

[53] *Idem. Ibidem.* p. 84-85.
[54] CRAIG, John D. R. Op. cit., p. 79.
[55] *Idem. Ibidem.* p. 80.
[56] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada… p. 223.
[57] *Idem. Ibidem.* p. 222-223.
[58] *Idem. Ibidem.* p. 224.

ser adequado ao motivo pelo qual foi realizado, sem abuso na vida privada. Ao feitio do princípio da veracidade, os dados deverão estar corretos e atualizados. Por fim, segundo o princípio do consentimento, o tratamento dos dados pessoais só pode ser realizado com a anuência do interessado, apesar de a regra comportar exceções, como quando o tratamento for necessário para cumprimento de determinação legal, hipótese em que se prescinde do consentimento.[59] Em função do mandamento da Diretiva, os países membros elaboraram legislação específica adotando texto comum.

Em Portugal, a Constituição consagra, no art. 26, nº 1 e 2, a proteção aos direitos da personalidade, dentre eles o da reserva da intimidade da vida privada e familiar, elevando-o à categoria de direito fundamental[60].

O Código do Trabalho português incluiu, em seus arts. 14 a 22, proteção aos direitos de personalidade dos empregados, tais como: liberdade de expressão e de opinião, integridade física e moral, reserva da intimidade da vida privada e proteção de dados pessoais, dados biométricos, testes e exames médicos. No mais, especificou os instrumentos de vigilância à distância e garantiu confidencialidade de mensagens, assim como regulou o acesso à informação.[61]

Segundo Júlio Manuel Vieira Gomes, a inclusão desses artigos[62] no referido diploma legal remete à idéia de que o trabalhador, ao entrar na empresa, não perde a sua qualidade de cidadão. Confira-se:

> é expressão de uma certa constitucionalização da relação laboral e da noção de que não existe, por um lado, o trabalhador e, por outro, o cidadão, mas antes a pessoa que é simultaneamente cidadão e trabalhador subordinado (ou empregado); como, por vezes, se diz, a cidadania não fica à porta da empresa, ainda que também se possa acrescentar que a empresa não é nem parlamento, nem a praça pública, e que os direitos fundamentais do trabalhador encontrarão naturais limitações decorrentes do interesse da empresa e da coexistência e eventual confronto com os direitos fundamentais dos colegas e do próprio empregador, entre os quais se contam os direitos constitucionalmente garantidos de propriedade privada e de liberdade de iniciativa econômica. [63]

---

[59] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada… p. 225-227.

[60] Art. 26, nº 1 da Constituição Portuguesa: "1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias".

[61] Código do Trabalho. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 20-23.

[62] Júlio Manuel Vieira Gomes se refere, em sua obra, aos arts. 15 a 21 do Código do Trabalho português. Atualmente, a subseção do referido código trata dos direitos da personalidade do empregado nos arts. 14 a 22.

[63] GOMES, Júlio Manuel Vieira. Direito do Trabalho. Volume 1. Coimbra Editora, 2007, p. 265-266.

O Código do Trabalho de Portugal, dentre os examinados, é o mais completo no que diz respeito à previsão expressa de direito de privacidade dos empregados, revelando-se, portanto, de peculiar importância para o presente estudo.

Ademais, em atenção ao disposto no art. 32 da Diretiva 95/46/CE – no sentido de que os estados-membros adotassem disposições legislativas para dar-lhe cumprimento -, Portugal editou a Lei n. 67/98, de 26 de outubro, para proteção dos dados pessoais.[64] A citada lei criou a figura da Comissão Nacional de Proteção de Dados, entidade administrativa, com a função de fiscalizar e regular o cumprimento das normas relativas à proteção de dados pessoais.[65] Contudo, segundo Teresa Alexandra Coelho Moreira, foi omissa ao não prever direito de controle, de informação ou seguimento por parte dos representantes dos trabalhadores acerca dos dados pessoais destes, impondo o dever de segredo aos representantes.[66] Segundo ela, a lei "desconhece a singular posição do trabalhador subordinado e, por extensão, a dimensão coletiva da relação de trabalho".[67]

Na Espanha, a Constituição protege a dignidade da pessoa humana e os direitos invioláveis a ela inerentes como os direitos fundamentais à ordem política e à paz social, nos termos de seu art. 10.1. Além disso, em seu art. 18, assegura o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à imagem como direitos fundamentais[68].

De acordo com Teresa Alexandra Coelho Moreira,

> perante a falta de descrição legal do conteúdo da vida íntima ou esfera privada da pessoa, a dificuldade é a de determinar o seu teor. Um importante papel tem sido realizado pelo Tribunal Constitucional, resolvendo possíveis pontos de conflitualidade entre direito à intimidade e à própria imagem e o direito à informação, atribuindo uma esfera mais ampla ou mais restrita consoante o tipo de pessoa em causa, em razão do interesse público.[69]

O direito à intimidade também restou consagrado no Estatuto dos Trabalhadores, nos arts. 4.2, "e", e 20.3. O primeiro artigo garante, como direito básico dos trabalhadores, o respeito à intimidade e à dignidade, compreendendo proteção contra discriminação em razão de raça, etnia, religião ou convicção, deficiência, idade ou orientação sexual, bem como contra assédio sexual. O segundo, art. 20.3, dispõe que o empregador poderá adotar

---

[64] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada… p. 229-230.
[65] *Idem. Ibidem.* p. 238.
[66] *Idem. Ibidem.* p. 238.
[67] *Idem. Ibidem.* p. 238.
[68] Constituição Espanhola de 1978. Acesso em 22 dez 2013. Disponível em: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html#a18.
[69] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Op. cit., p. 91.

as medidas de vigilância e controle que entender oportunas para fiscalizar o cumprimento pelo empregado de suas obrigações, observando-se a proteção à dignidade.

Segundo Goñi Sein, a lei espanhola não anteviu os possíveis conflitos que podem surgir, em concreto, entre o uso de mecanismos de vigilância e controle e a proteção da esfera íntima do empregado, ao contrário do legislador italiano, que teria sido mais preciso ao inserir no *Statuto dei Lavoratori* as cautelas necessárias para proteção da liberdade humana, preservando o empregado de intromissões em sua vida privada. [70]

O autor lembra, porém, que, apesar de o art. 20.3 do Estatuto dos Trabalhadores espanhol conferir grande discricionariedade aos empregadores com relação às formas de fiscalização, ficam impedidas intrusões na vida privada dos empregados:

> Ainda que resulte evidente que o art. 20.3 conceda uma grande margem de fiscalização ao empregador, a colocação de ênfase no respeito à dignidade significa, como mostrado, que se impede todo controle ou fiscalização intrusiva na vida privada do trabalhador isento de ligação com aspectos técnico-organizacionais do trabalho, e toda aquela vigilância que elimine quase por completo o espaço de liberdade da pessoa que faz parte da própria essência do direito à intimidade.[71]

Assim, para ele, o artigo 20.3 do Estatuto dos Trabalhadores espanhol protege o direito à intimidade dos empregados, o qual se contrapõe ao direito de controle da prestação laboral. Havendo conflito de interesses, este deve ser resolvido de maneira favorável ao empregado, de acordo com os direitos individuais previstos no art. 10.1 da Constituição espanhola e observando-se os limites à intrusão na vida privada do empregado à luz do art. 18 da Constituição.[72]

Ressalte-se que, em 13 de dezembro de 1999, foi editada a *Ley Orgánic*a 15/1999, de Proteção de Dados de Caráter Pessoal, em homenagem à Diretiva nº 95/46/CE.

Na Itália, a Constituição garante, em seu art. 41, nº 2, a segurança no ambiente de trabalho ao dispor que a iniciativa econômica privada é livre, mas não pode causar dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana.

O Código Civil italiano e o *Statuto dei Lavoratori* (L. n. 300 de 20 de maio de 1970) não preveem, expressamente, obrigação de segredo por parte do empregador em relação às informações do empregado. O *Codice Civile* se limitou a dispor, no art. 2.105, sobre obrigação específica de fidelidade do empregado, que não deve concorrer com

---

[70] GOÑI SEIN, Jose Luis. El respeto a la esfera privada del trabajador: un studio sobre los limites del poder de control empresarial. Madrid: Civitas, 1988, p. 116.
[71] *Idem. Ibidem.* p. 116-117.
[72] *Idem. Ibidem.*. p. 114 e 117.

empregador nem divulgar notícias dele, seus métodos de produção ou fazer uso destes de modo a causar prejuízo ao empregador.[73] O *Statuto dei Lavoratori*, por seu turno, foi a primeira lei italiana a utilizar o termo *riservatezza*[74] indicando direito de privacidade em detrimento do poder de controle do empregador[75].

Pietro Ichino, em sua obra datada de 1979, discorre sobre a possibilidade de se aplicar a proteção dada ao sigilo profissional, estabelecida pelo Código Penal italiano no art. 622, às informações reservadas dos empregados. De acordo com o referido art. 622, qualquer um que tenha tido conhecimento de informações reservadas em razão do próprio estado, ofício ou da sua profissão ou arte está obrigado a manter segredo.

O proclamado autor reconhece que a proteção conferida ao sigilo profissional não se aplica às informações reservadas do empregado que pelo empregador foram acessadas como consequência normal do contrato de trabalho, tais como qualificação profissional, empregos anteriores, entre outras. O empregador estaria proibido apenas de cooperar com outros para investigação de informações do empregado, mas não em decorrência de obrigação de sigilo propriamente dita e sim do direito de privacidade do empregado.[76]

A obrigação de sigilo profissional existiria para o empregador, consoante a opinião de Ichino, quando ele passasse a ter conhecimento de segredos do empregado em razão do exercício de atividades específicas. Seria o caso, por exemplo, do piloto de uma aeronave que precisou se submeter a uma série de investigações sobre sua capacidade física (histórico médico), parte integrante da esfera íntima, à qual o empregador não teria acesso nem poderia investigar se não fosse pelo exercício de atividade específica. Assim, o excepcional sacrifício dos segredos do empregado opera-se em razão do exercício de atividades específicas, ensejando o direito ao sigilo, ou seja, impondo ao empregador a obrigação de manter segredo sobre as informações sigilosas do empregado.[77]

Além do *Statuto dei Lavoratori*, foram editadas outras normas com a finalidade de aperfeiçoar a proteção ao direito de privacidade também dos empregados, embora não se

---

[73] Art. 2.105, Código Civil italiano: "*Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio*".

[74] Art. 6 do Estatuto dos Trabalhadores italiano: "*Le visite personali di controllo sul lavoratore sono vietate fuorché nei casi in cui siano indispensabili ai fini della tutela del patrimonio aziendale, in relazione alla qualità degli strumenti di lavoro o delle materie prime o dei prodotti. In tali casi le visite personali potranno essere effettuate soltanto a condizione che siano eseguite all'uscita dei luoghi di lavoro, che siano salvaguardate la dignità e la riservatezza del lavoratore e che avvengano con l'applicazione di sistemi di selezione automatica riferiti alla collettività o a gruppi di lavoratori".*

[75] ICHINO, Pietro. Trattato di Diritto Civile e Commerciale: Il contratto di lavoro. Vol. III. Milano: Giuffrè, 2003, p. 224.

[76] *Idem*. Diritto alla riservatezza… p. 156-157.

[77] *Idem. Ibidem.* p. 157.

refiram especificamente a eles[78]. É o caso da L. n. 98 de 8 de abril de 1974, sobre a tutela da privacidade e da liberdade e do sigilo das comunicações, e da L. n. 675, de 31 de dezembro de 1996, editada em atenção ao determinado pela Diretiva 95/46/CE e que passou a regular a proteção da vida privada e dados de caráter pessoal.[79] Segundo Ichino, esse diploma reforçou, de maneira notável, a proteção dos interesses de privacidade da pessoa, mas, por outro lado, confirmou a sua disponibilidade ao possibilitar o consenso do sujeito interessado na proteção de seus dados.[80]

Mais tarde, surgiu o Decreto Legislativo n. 196, de 2003, sobre proteção de dados pessoais, chamado de *Codice privacy,* que é mais completo e, nos termos de seu art. 183, ab-rogou a L. n. 675/96. O poder de controle do empregador passou, então, a se sujeitar aos limites previstos no Estatuto dos Trabalhadores com variações introduzidas pela reforma do *Codice*[81]. Uma das modificações foi o estabelecimento de dois regimes de proteção de dados pessoais: a) o concernente aos dados não sensíveis; e b) os relativos aos sensíveis dos empregados. Estes últimos foram definidos no *Codice privacy*, no art. 4.1, "d" como: "dados pessoais que permitem revelação de origem racial ou étnica, crenças religiosas, filosóficas ou de outro gênero, opiniões políticas, filiação a partidos, sindicatos, associações ou organizações de caráter religioso, filosófico, político ou comercial, e também os dados pessoais que permitam a divulgação de dados relacionados à saúde e à vida sexual". Segundo Giuseppe Ferraro, o tratamento[82] dos dados sensíveis é subordinado ao consenso por escrito do interessado e à prévia autorização do *Garante* da proteção dos dados pessoais[83]. O *Garante* ou Comissão Garantidora dos direitos de privacidade - que havia sido criada pela L. n. 675/96 e foi objeto de regulamentação também pelo *Codice privacy*, que a sucedeu - é autoridade italiana autônoma, para assegurar proteção às pessoas e a outros sujeitos no que diz respeito ao tratamento de seus dados pessoais. Tem por objeto tutelar os direitos fundamentais e a liberdade relativos aos dados pessoais, garantindo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com o art. 30, parágrafo 3º da referida Lei, o *Garante* é

---

[78] *Idem. Ibidem.* p. 225.
[79] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Op. cit., p. 101.
[80] ICHINO, Pietro. Trattato di Diritto Civile e Commerciale: Il contratto di lavoro… p. 225.
[81] FERRARO, Giuseppe. Diritto dei contratti di lavoro. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 143.
[82] Definido pelo *Codice privacy*, no art. 4.1, "a" como "quaisquer operações ou complexo de operações, efetuadas também sem auxílio de instrumentos eletrônicos, relativas ao recolhimento, organização, conservação, consulta, processamento, modificação, seleção, extração, comparação, utilização, interligação, bloqueio, comunicação, divulgação, eliminação e destruição de dados, mesmo que não registrados em um banco de dados".
[83] FERRARO, Giuseppe. Op. cit., p. 143-144.

> órgão colegiado composto por quatro membros, dois eleitos pela Câmara dos Deputados e dois pelo Senado com direito limitado de voto. Eles elegem um presidente, o qual possui voto de qualidade em caso de empate. Os membros são escolhidos dentre pessoas que assegurem independência e que sejam conhecidos por sua perícia em matéria de direito ou de tecnologia da informação, garantindo a presença de ambas as qualificações.

Sobre a subordinação do tratamento dos dados sensíveis ao consenso por escrito do interessado e à autorização do *Garante*, Franco Carinci esclarece que

> essa dupla condição se explica em razão da particular delicadeza de informações semelhantes e exigência reforçada de proteção da pessoa do trabalhador. Trata-se, de resto, de características pessoais cuja descontrolada circulação pode constituir fonte de discriminações em cada ato relacionado à atividade laborativa, bem como no acesso ao emprego. Nesse sentido, o direito à proteção de dados similares bem se conjuga com a norma antidiscriminatória referida nos Decretos Legislativos n. 215 e 216 de 2003.[84] (tradução nossa)

Ainda de acordo com Franco Carinci, o *Codice privacy* manteve o disposto no art. 8 do *Statuto dei Lavoratori* no que diz respeito à proibição de exames acerca da opinião dos empregados, assim como o previsto no art. 4 do *Statuto* sobre controle à distância e as sanções penais relacionadas. Essa, igualmente, a posição adotada por Luisa Galantino, para quem o *Codice privacy* confirmou expressamente a validade dos arts. 4º e 8º do *Statuto dei Lavoratori* em seus arts. 113 e 114.[85]

Não obstante, essa dupla condição acerca do tratamento dos dados sensíveis comporta exceções. Há hipóteses em que o tratamento dos dados sensíveis é possível sem consenso do interessado, apenas com base na autorização do *Garante*. É o caso, por exemplo, do tratamento de dados atinentes às obrigações legais específicas de gestão da relação de emprego, como segurança do ambiente de trabalho e previdência.[86]

Assim, apesar de o ordenamento jurídico italiano não ter concebido, de forma expressa, uma obrigação específica para o empregador de manter sigilo sobre informações confidenciais dos empregados, o *Statuto dei Lavoratori* criou limitações ao poder diretivo com fundamento na proteção à dignidade e à privacidade dos empregados. A inovação foi a edição da normativa geral, o *Codice privacy*, que garantiu a qualquer um - pessoas físicas ou jurídicas - o direito à proteção dos dados pessoais que lhes digam respeito, tutela genérica que se estende, inclusive, ao peculiar âmbito do Direito do Trabalho. Após a

---

[84] CARINCI, Franco. *et al.* Diritto del Lavoro: il rapporto di lavoro subordinato. 7ª edizione. Torino: UTET Giuridica, p. 225.
[85] GALANTINO, Luisa. Diritto del lavoro. 8ª edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, p. 253.
[86] CARINCI, Franco. *et al.* Op. cit., p. 225.

reforma legislativa, o direito de proteção da privacidade atualmente se configura como direito de controlar as informações pessoais.[87]

Mesmo existindo lei geral que trata da proteção dos dados pessoais, cuja aplicação se estende aos empregados, a doutrina italiana se ressente da falta de um tratamento específico dos dados pessoais no âmbito da relação de emprego em decorrência da insuficiência de proteção e da dificuldade de aplicação da norma geral.[88]

Alessando Bellavista pontua que preferível que o legislador colocasse em ordem as diversas normas que tratam dos dados pessoais no âmbito do contrato de trabalho, cuja proteção atualmente decorre da combinação de leis, regulamentos, jurisprudência e de provimentos da autoridade *Garante*, que tem se mostrado insuficiente em razão da dificuldade de aplicação.[89] O autor italiano afirma, também, que, a legislação trabalhista deve tratar do mundo do trabalho como um todo – setores privado e público – e regular o tratamento das informações pessoais desde a fase de admissão dos empregados, observando as diretrizes detalhadas das normas provenientes das instituições europeias e internacionais e garantindo o diálogo entre organizações representativas dos empregadores e dos trabalhadores, sob a vigilância do *Garante*.[90]

Dessa forma, conclui Bellavista que seriam necessários não só uma lei trabalhista específica em matéria de privacidade, observando diretrizes europeias e internacionais, mas também um diálogo entre as organizações representativas dos empregados e dos empregadores, possibilitando a propagação da cultura da privacidade no meio social.

Já no cenário nacional, a Constituição Federal definiu, em seu art. 1º, III, como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e, em seu art. 5º, X, protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando direito à indenização em caso de dano moral ou material.

Pedro Paulo Teixeira Manus, em breve comentário sobre o assunto, salienta a relevância de tais direitos para o desenvolvimento do ser humano:

> todas as pessoas têm direito, para que tenham um vida digna, ao respeito a sua honra, imagem e intimidade, que são atributos inerentes a sua vida privada, e que garantem a manutenção de sua dignidade. A vida digna é que dá ao cidadão o sentimento de integração social, a satisfação de

[87] FERRARO, Giuseppe. Op. cit., p. 138.
[88] BELLAVISTA, Alessandro. *Esiste la tutela della privacy nel rapport di lavoro? In: Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia: Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Volume cinquantottesimo.* Padova: Cedam, p. 178.
[89] *Idem. Ibidem.* p. 178-179.
[90] *Idem. Ibidem.* p. 178-179.

> contribuir para a preservação da harmonia da comunidade em que vive, condição essencial para a vida saudável e feliz.[91]

A Consolidação das Leis do Trabalho, todavia, não tratou expressamente, pelo menos até 1999, de qualquer obrigação do empregador de respeitar a vida privada do empregado. Apenas com a Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, é que passou a proibir, no capítulo referente à proteção do trabalho da mulher, a revista íntima das empregadas, no art. 373-A, VI. A propósito, aponta Alexandre Agra Belmonte:

> Verifica-se que a legislação brasileira, constitucional e infracontitucional veda as invasões à intimidade e privacidade, considerando crime o assédio sexual, a calúnia, a injúria, a difamação, a violação do sigilo de correspondência e a interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática. […] Embora vede as revistas íntimas, a lei trabalhista é silente quanto à possibilidade de utilização de mecanismos de controle visual ou auditivo no emprego e os respectivos limites e não demonstra qualquer preocupação com questões que afligem o direito estrangeiro, como o controle dos meios de comunicação no trabalho e o uso de polígrafos.[92]

No Brasil, a obrigação de respeito à vida privada do empregado é extraída, em geral, da Constituição e do Código Civil. Dessa forma, o contrato de trabalho deve observância aos princípios constitucionais e às fontes formais hierarquicamente superiores, não podendo desrespeitar a dignidade do empregado.

De acordo com Alice Monteiro de Barros, o art. 11 do Código Civil, ao dispor que "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária", representa fonte subsidiária ao Direito do Trabalho para proteção dos direitos da personalidade.[93]

Desse modo, após o exame da legislação dos Estados Unidos, de Portugal, da Espanha, da Itália e do Brasil, é possível constatar que há a preocupação de se proteger a vida privada das pessoas em geral e, consequentemente, dos empregados enquanto cidadãos. No direito estadunidense, a proteção decorre da jurisprudência de diversos de seus Estados; da Constituição e das legislações trabalhistas, de forma mais genérica, na Espanha, ou de modo mais detalhado, tal como na Itália e em Portugal; e, no Brasil, da Constituição, do Código Civil e da jurisprudência.

Cuida-se de questão candente em função do conflito que se instaura entre o direito de privacidade do empregado e o direito de propriedade do empregador.

---

[91] MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Op. cit., p. 242.
[92] BELMONTE, Alexandre Agra. O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 53.
[93] BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 493-494.

Devido à ausência de legislação específica no Brasil sobre o assunto, considera-se primordial a análise das especificidades do caso concreto. Se houvesse legislação trabalhista mais específica, mormente se reunida em um só documento, tratando da privacidade do empregado e dos limites do poder diretivo do empregador de maneira mais clara, como acontece em Portugal, haveria maior segurança jurídica tanto para o empregador quanto para os empregados e um menor número de casos seriam submetidos ao Judiciário para exame *ex post* acerca de eventual violação do direito de privacidade.

Resta, dessa forma, examinar algumas hipóteses em que é forçosa a limitação ao poder diretivo do empregador para assegurar a privacidade de seus empregados.

2.2. LIMITES AO PODER DE CONTROLE DO EMPREGADOR

O contrato de trabalho possui caráter sinalagmático, gerando obrigações recíprocas tanto para o empregado quanto para o empregador. A principal obrigação do empregado é a prestação dos serviços e a do empregador, por sua vez, é o pagamento do salário. Nesse contexto, confere-se poder diretivo, considerado como direito-função, ao empregador, que passa a ter, dessa maneira, poder de "agir em tutela de interesse alheio, e não de estrito interesse próprio".[94] O interesse a ser protegido por meio do poder de direção deixa de ser apenas o do empregador e passa a ser o da empresa como um todo.

Na lição de Amauri Mascaro Nascimento, poder diretivo nada mais é do que "a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida".[95] Segundo ele, o poder de direção se manifesta como: a) poder de organização; b) poder de controle[96]; e c) poder disciplinar sobre o empregado.

Entre tais poderes, é o de controle que atribui ao empregador a faculdade de fiscalizar o trabalho dos empregados.

Em Portugal, o poder de controle do empregador se infere do art. 97 do Código do Trabalho: "Compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem".

---

[94] BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 679.
[95] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 683.
[96] O poder de controle do empregador decorrente do contrato de trabalho não se confunde com o poder de controle usualmente referido no Direto Societário, que diz respeito ao poder de controlar uma sociedade. Sobre este último, cf. COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. São Paulo: Forense, 2013.

De outro lado, o Estatuto dos Trabalhadores espanhol prevê, em seu art. 20.3, a faculdade de o empregador implantar qualquer sistema fiscalizador:

> *El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.*

Por sua vez, na Itália, o Código Civil dispõe, em seu art. 2.094, que:

> *È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.*

Já no *Statuto dei Lavoratori* se encontram positivadas as limitações ao poder de controle do empregador nos arts. 1º a 13º.

No Brasil, a faculdade de o empregador exercer o poder diretivo está consagrada na Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 2º: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço".

O exercício do poder de controle é demarcado pela colisão entre os interesses do empregador e os do empregado.

Nesse sentido, João Leal Amado explica que na relação de emprego existe quase sempre "um problema de conflito de direitos (dir-se-ia: o conflito entre a liberdade de empresa e a liberdade na empresa)".[97] Assim, de um lado está a necessidade de "tutela da situação pessoal do trabalhador e a salvaguarda da chamada cidadania na empresa"[98] e, de outro, "os legítimos interesses do empregador e a posição de inequívoca supremacia que este detém na relação de trabalho".[99] A dificuldade reside em encontrar o ponto de equilíbrio entre eles, tornando imprescindível a fixação de limites tanto para o direito de privacidade do empregado quanto para o poder de controle do empregador.

Para Alice Monteiro de Barros, o empregado pode sofrer limitações em seu direito à intimidade em razão do poder diretivo do empregador. Não obstante, o controle realizado pelo empregador não pode ferir a dignidade da pessoa humana, pois "do contrário haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado"[100].

---

[97] AMADO, João Leal. Op. cit., p. 216.
[98] *Idem. Ibidem.* p. 216.
[99] *Idem. Ibidem.* p. 216.
[100] BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 507.

Nesse passo, anota Montoya Melgar, o poder de direção, que gera dever de obediência para o empregado, deve ser exercido de maneira regular, tanto que os arts. 18 e 20.3 do Estatuto dos Trabalhadores espanhol impõem limites ao poder de fiscalização do empregador, o qual deverá respeitar a dignidade e a intimidade dos trabalhadores.[101] Isso porque, no entender do citado doutrinador, o poder de direção não é absoluto nem ilimitado: deve ser exercido com observância tanto de limites externos, impostos pelos direitos reconhecidos aos trabalhadores pela Constituição, leis, convenções e contratos, como de limites internos, vale dizer, mediante o regular exercício do poder de direção, sem expedição de ordens abusivas, condutas antijurídicas, nocivas ou tecnicamente incorretas, as quais justificam seu descumprimento.[102]

Júlio Manuel Vieira Gomes ressalta, também, que o poder de controle deve ser realizado de boa-fé:

> Se não se contesta o poder de controlo da correcta execução da prestação, é evidente que o exercício deste controlo tem de operar de boa fé, traduzindo uma correcta execução do contrato e sem violação da dignidade e da integridade física e moral do trabalhador. Qualquer restrição aos direitos fundamentais deste terá que ser necessária, mas também justificada, proporcional e adequada.[103]

Da mesma forma, há limitação do direito à privacidade do empregado quando se torna necessária a disponibilização de algumas informações suas ao empregador ou, ainda, quando o controle por parte do empregador é feito de acordo com as disposições legais ou, na ausência destas, com parâmetros estabelecidos pela jurisprudência.

Teresa Alexandra Coelho Moreira comenta que, devido ao contrato de trabalho, o empregado também sofre limitação, embora de maneira estrita, em seus direitos para se adequar às necessidades da sociedade empresária. Confira-se:

> Contudo, também é necessário referir que o ingresso em qualquer organização exige uma certa compressão dos direitos de que o indivíduo é titular na medida em que o seu conteúdo deve adequar-se às necessidades organizacionais, já que sem esta harmonização a actividade daquela seria muito dificultada.[104]

Diante do inegável poder de controle conferido ao empregador como forma de gerir a prestação dos serviços e do inalienável direito de privacidade dos empregados, impende analisar as hipóteses em que o poder de controle do empregador é contraposto ao direito de

---

[101] MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del trabajo. 19ª edición. Madrid: Tecnos, 1998, p. 363.
[102] *Idem. Ibidem*., p. 364-365.
[103] GOMES, Júlio Manuel Vieira. Direito do Trabalho: relações individuais de trabalho. Vol. I.
[104] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada do trabalhador… p. 149.

intimidade do empregado, precisamente com relação ao direito de manter segredo sobre aspectos da vida de seu subordinado, tais como nos casos de investigação sobre sua vida privada e de controle e vigilância da atividade laboral.

2.2.1. Investigação sobre a vida privada do empregado

A troca de informações entre empregado e empregador ocorre frequentemente na vigência da relação de emprego. No entanto, se algumas dessas informações são abertas, livres de qualquer sigilo no âmbito da regular prestação dos serviços, outras podem ser legitimamente protegidas tanto pelo empregado quanto pelo empregador.

Uma das formas de ter acesso às informações da vida privada do empregado e dos seus segredos é através da investigação.

Essa técnica envolve não só as indagações feitas pelo empregador diretamente ao empregado no momento da contratação, durante a entrevista, ou mesmo na vigência do contrato de trabalho, mas também a busca de dados por meio da exigência de provas grafotécnicas, testes com polígrafos, exames médicos, entre outros.

Indubitável que o empregador, no momento da contratação e na vigência do contrato de trabalho, tem interesse em reunir o máximo de informações sobre o empregado como forma não apenas de garantir a adequada prestação dos serviços ou de proteger seu patrimônio, como também de conservar o equilíbrio e a harmonia no ambiente de trabalho.

Contudo, tem o empregado, em regra, o direito de manter em segredo determinados aspectos da sua vida pessoal, até para se preservar frente a eventuais atitudes discriminatórias do empregador, cada vez mais recorrentes.

Em meio ao crescimento dessa forma negativa de preconceito no âmbito trabalhista, aliás, sobreveio a Convenção nº 111, celebrada no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que entrou em vigor no plano internacional em 1960 e foi ratificada pelo Brasil em 26.11.1965, vindo a ser promulgada pelo Decreto nº 62.150/68.[105] No art. 1º, definiu discriminação como

> toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

[105] OIT. Convenção nº 111. Acesso em 04 jan 2014. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/node/472.

No art. 2º, por outro lado, tratou das hipóteses que não configuram discriminação: "as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação".

Faz-se necessário examinar, assim, as hipóteses em que se admite e em que é vedada a investigação a respeito do empregado, bem como aquelas em que o empregado tem o "direito à mentira" quando indagado pelo empregador sobre sua vida íntima.

2.2.1.1. Pesquisa sobre a vida íntima do empregado

Na Itália, o *Statuto dei Lavoratori*, em seu art. 8º, proíbe que o empregador, tanto para fins de admissão como na vigência do contrato de trabalho, empreenda investigação, inclusive por intermédio de terceiros, sobre opiniões políticas, religiosas ou sindicais do empregado, bem assim sobre fatos não relevantes para efeito de valoração da atividade profissional do empregado. Dessa forma, o ordenamento jurídico italiano é expresso no sentido de que os questionamentos, para serem consideradas legítimos, devem ser imprescindíveis para a avaliação da atividade profissional do empregado.

Marco Biagi defende que, com a evolução das estratégias de recursos humanos, as atitudes e as expectativas dos empregados ganharam relevância e, por isso, tornaram-se igualmente importantes para as sociedades empresárias as indagações sobre as motivações e aspirações de seus subordinados. Segundo ele, essas estratégias provocaram uma maior troca de informações entre empregador e empregado, terreno propício para invasões indevidas na vida privada do último.[106] Assim, para que os questionamentos sejam considerados lícitos, devem estar em estrita conformidade com o contrato de trabalho e se referirem a aspecto qualitativo da prestação[107]. A título ilustrativo, o autor apresenta exemplos de indagações que podem ser tidas como legítimas:

> *Il datore di lavoro è legittimato a compiere indagini sulle opinioni del lavoratore o, comunque, su fatti inerenti alla sua sfera privata soltanto quando questi acquisiscano rilevanza ai fini della valutazione della attitudine professionale. Si pensi al caso in cui il lavoro svolto dal prestatore richieda una elevata fiducia da parte del datore (ad esempio, maneggio di rilevanti somme di denaro per conto del datore) oppure alle c.d. associazioni o imprese di tendenza* [...].[108]

---

[106] BIAGI, Marco. Istituzioni di Diritto del Lavoro. 5ª edizione. Continuato da Michele Tiraboschi. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 391.
[107] *Idem. Ibidem.* p. 391.
[108] *Idem, Ibidem*, p. 391-392.

Quanto ao cabimento de questões sobre crença ou convicção em empresas de tendência, Marco Biagi se mostra favorável nos casos em que o empregado ocupa posição ativa na sociedade empresária, mas manifesta dúvida quanto aos cargos puramente executivos, tais como de secretária e de pessoal de vigilância. Segundo ele, apesar de não participarem ativamente dos objetivos da sociedade empresária, podem ter acesso a questões reservadas da organização. Veja-se:

> *Nei confronti di tali lavoratori appare infatti lecito – e persino ovvio – che il datore possa informarsi per verificare che questi abbiano opinioni non contrastante con la ideologia che caratteriza la parte datoriale. Ciò almeno nei confronti di quei lavoratori che hanno una posizione attiva all'interno della impresa di tendenza. Maggiori dubbi vi sono, invece, nei confronti di quei lavoratori che compiono mansioni puramente esecutive (si pensi, ad esempio, alle segretarie o al personale addetto alla pulizia dei locali). È vero, infatti, che essi non partecipano ativamente al raggiungimento degli obiettivi della impresa, ma hanno, comunque, la possibilità di accedere a profili riservati della organizzazione.*[109]

No que diz com a solicitação de certificado de antecedentes criminais do empregado, Pietro Ichino entende ser possível, ao argumento de que é razoável vincular determinadas tarefas à ausência de antecedentes criminais. Porém, observa que, na valoração do justo motivo da indagação, deverá ser dado um peso proporcional ao interesse do prejudicado de ser reinserido na sociedade.[110]

O ordenamento jurídico italiano é um dos pioneiros em matéria de proibir indagações ilegítimas por parte dos empregadores, pois a previsão surgiu em 1970, com a Lei n. 300, o já referido *Statuto dei Lavoratori,* o qual adota a regra de que somente são lícitos os questionamentos relativos à valoração da aptidão profissional do empregado.

Na Espanha, constata Teresa Alexandra Coelho Monteiro, não há lei expressa que proíba indagações sobre a vida privada do empregado. Assim, adotam-se os arts. 14 e 18 da Constituição, bem como o art. 17 do Estatuto dos Trabalhadores:

> no ordenamento jurídico espanhol, embora não haja uma norma expressa que interdite a indagação sobre aspectos pessoais do trabalhador, deve atender-se ao previsto nos arts. 18º e 14º da Constituição, que garantem o direito à intimidade pessoal e o princípio da igualdade, proibindo a discriminação por razão de nascimento, sexo, religião, opinião, ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social, respectivamente, e que tem desenvolvimento específico no art. 17º do *Estatuto de los Trabajadores* que classifica de "nulos e sem quaisquer efeitos os preceitos regulamentares, as cláusulas de convenções colectivas, os pactos individuais e as decisões unilaterais do empregador que contenham discriminações [...] favoráveis ou adversas ao emprego

[109] BIAGI, Marco. Op. cit., p. 392.
[110] ICHINO, Pietro. Diritto alla riservatezza… p. 134.

> [...] por circunstâncias de [...] estado civil, [...] ideias religiosas ou políticas, adesão ou não a sindicatos e aos seus acordos.[111]

Ainda segundo a citada autora, o art. 17 do Estatuto dos Trabalhadores representa um limite ao empregador, que não pode averiguar fatos da vida privada do empregado que sejam despidos de vinculo com sua aptidão profissional, evitando-se, assim, discriminação decorrente de questionamentos ilegítimos.[112]

Essa, particularmente, é a opinião de Goñi Sein, segundo o qual o art. 17.1 veda "*las indagaciones intrusivas en la vida privada del trabajador, sino reconduciendo a critérios estrictamente profesionales la valoración de la aptitud del trabajador tanto en la contratación como durante el desarrollo de la prestación".*[113]

Ressalte-se, também, que o art. 4.2, "c", do Estatuto dos Trabalhadores espanhol, dispõe que os empregados têm direito a não serem discriminados em função de sexo, estado civil, idade dentro dos limites estabelecidos pelo Estatuto, origem racial ou étnica, condição social, religião ou convicção, ideias políticas, orientação sexual, afiliação ou não a um sindicato, assim como em razão do idioma. O art. 4.2, "e", de igual maneira, garante o respeito à intimidade e à dignidade do empregado.

Goñi Sein afirma que as indagações do empregador ao empregado se sujeitam aos limites gerais impostos pela ordem jurídica à liberdade de indagar de qualquer sujeito. Entretanto, acrescenta o autor, está fora de dúvida que o uso dessa faculdade é lícito quando o comportamento fora do ambiente de trabalho interfira na prestação devida.

> *Por principio, la facultad del empresario de indagar o de informarse sobre circunstacias extraprofesionales del trabajador «está sujeta a todos los límites que el ordenamento pone a la libertad de indagación de cualquier sujeto». [...] El empresario conserva, no obstante, su facultad cuando el comportamiento extralaboral sea contradictorio con la prestación debida.*[114]

O autor conclui, por fim, que nas relações de emprego caracterizadas por um vínculo fiduciário particular, a vida privada do empregado passa a influenciar de modo ainda mais intenso a prestação, como ocorre no caso dos atletas profissionais.[115] Concordamos com o referido autor, pois, nesse caso, o espaço de controle do empregador é maior e se permite que ele se informe sobre questões da vida privada do empregado que

---

[111] MONTEIRO, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada… p. 151-152.
[112] MONTEIRO, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada do trabalhador… p. 152.
[113] GOÑI SEIN, Jose Luis. Op. cit., p. 265-266.
[114] *Idem. Ibidem*, p. 262.
[115] *Idem. Ibidem*, p. 267.

tenham repercussão na prestação dos serviços, mas desde que não aniquile a proteção da vida privada do empregado atleta.[116]

Em Portugal, o Código do Trabalho dispõe sobre a proteção de dados pessoais e prevê, expressamente, em seu art. 17º, que o empregador não pode exigir de candidato a emprego, ou do empregado, que prestem informações sobre as seguintes questões: a) vida privada, salvo quando estritamente necessárias para avaliar sua aptidão, relativamente ao contrato de trabalho, e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação; b) saúde ou estado de gravidez, exceto diante de exigências particulares inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a fundamentação.

Trata-se de grande avanço legislativo, em especial sob a ótica da segurança jurídica, já que as proibições estão previstas de maneira expressa, e garante maior proteção à vida privada do empregado, tendo em vista que os empregadores têm que se adequar aos ditames legais. Concorda-se, assim, com Teresa Alexandra Coelho Moreira para quem é "preferível estabelecer imediatamente algumas proibições nas indagações sobre certas situações e na utilização de diversas técnicas (hipnose, astrologia, numerologia, entre outras) em vez de deixar grande parte da tarefa de concretização para os tribunais".[117]

O art. 106.2 do Código do Trabalho português prevê a obrigação de o empregado informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da atividade laboral. No art. 106.1, estabelece obrigação idêntica em relação ao empregador.

No entanto, há quem critique o art. 106.2 por, de certo modo, impor ao empregado um dever "simétrico" ao do empregador, a despeito da posição de inferioridade que ocupa no contexto laboral. Nesse sentido, Júlio Manuel Vieira Gomes alerta para o fato de que "introduzir deveres simétricos quando as partes estão, à partida, numa posição de assimetria, é simplesmente perpetuar a desigualdade".[118]

Em outro tom, Pedro Romano Martinez entende que o art. 106.2 do Código do Trabalho impõe ao empregado a obrigação de informar o empregador apenas sobre "seus conhecimentos, habilitação profissional, experiência, etc. relativamente à actividade que vai desempenhar".[119] E, segundo ele, o dever de informação constante desse dispositivo também não deixa de ser limitado pela tutela da personalidade disposta no art. 71 e seguintes do Código Civil e no art. 15º e seguintes do Código do Trabalho[120]. Assim, a seu

---

[116] *Idem. Ibidem,* p. 268.
[117] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada do trabalhador… p. 151.
[118] GOMES, Júlio Manuel Vieira. Direito do Trabalho… p. 339.
[119] MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 479.
[120] *Idem. Ibidem,* p. 480.

ver, são consideradas lícitas as perguntas que não conflitam com a tutela da personalidade e que sejam justificáveis à luz da atividade exercida:

> são, porém, lícitas perguntas relativas a aspectos, directa ou indirectamente, implicados com a relação laboral, que não colidam com a tutela da personalidade do trabalhador e sejam justificadas com base na natureza da actividade. Deste modo, nada obsta a que se interrogue o candidato a um posto de trabalho quanto à sua formação profissional, experiência, idade, estado civil, filiação sindical, etc. E, atendendo às circunstâncias, pode inclusive exigir-se um certificado criminal ou um comprovativo do cumprimento do serviço militar. Apesar do princípio da igualdade em direito laboral, o trabalhador tem de informar o potencial empregador quanto ao seu sexo [...].[121]

O ordenamento jurídico português não trata especificamente da possibilidade de o empregador solicitar certidão de antecedentes criminais. A Lei nº 57/98 tem por objeto a emissão de outra categoria de atestado, para fins meramente empregatícios. Esse documento, contudo, se refere a outro tipo de dados, a saber, apenas aqueles indispensáveis à verificação da aptidão do empregado para a atividade.[122]

Ao comentar o tema, Teresa Alexandra Coelho Moreira defende que o requerimento dos antecedentes é cabível a depender da natureza da tarefa a ser desempenhada pelo empregado e desde que com ela relacionado:

> a indagação sobre este tipo de dados deve ser em princípio vedada ao empregador mas que, em determinados casos, a adequada ponderação dos interesses em presença pode ultrapassar a proibição. Deve analisar-se, assim, o tipo de tarefa que o trabalhador vai realizar e a própria natureza da empresa só podendo solicitar-se aqueles antecedentes que tenham estreita conexão com a função a desempenhar.[123]

Em seu art. 16.2, o Código do Trabalho português assegura a reserva à intimidade da vida privada, que "abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas".

Contudo, Teresa Alexandra Coelho Moreira afirma que esse dispositivo não é aplicável aos casos envolvendo organizações de tendência, pois, nestas, "a ideologia e as crenças do trabalhador possuem uma imediata e directa relevância na valoração da sua idoneidade para desenvolver determinadas funções".[124]

---

[121] MARTINEZ, Pedro Romano. Op. Cit., p. 480-481.
[122] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada do trabalhador… p. 170.
[123] *Idem. Ibidem,* p. 170-171.
[124] *Idem, Ibidem,* p. 168.

No que diz respeito às investigações sobre conduta e orientação sexual dos empregados, o art. 16º do Código do Trabalho português protege a intimidade do empregado, inclusive sua vida sexual. Os arts. 24º e 25º do mesmo Código vedam, também, a discriminação por motivo de orientação sexual, que, conforme Moreira, "faz parte da esfera mais íntima e reservada do ser humano e, por isso, não pode originar qualquer tipo de discriminação por parte do empregador que nem sequer a poderá conhecer".[125] Orientação e comportamento sexuais dos empregados se inserem, portanto, na redoma do segredo, podendo ser mantidos sob sigilo.

No Brasil, Estêvão Mallet afirma que alguns dados podem ser legitimamente exigidos pelo empregador:

> Há certas informações cuja prestação é obrigatória, de modo que o empregador as pode legitimamente exigir. É o caso do endereço do empregado, tendo em conta a regulamentação estabelecida para o benefício do vale-transporte. Também o número de dependentes do empregado deve ser informado, para efeito de tributação dos rendimentos decorrentes do trabalho assalariado.[126]

Além do endereço do empregado e de outros dados necessários para identificá-lo ou individualizá-lo - como certidão de casamento, por exemplo, que não constitui segredo[127]-, consideram-se lícitas as indagações sobre experiências profissionais anteriores e eventuais promoções na vigência do contrato de trabalho.

No entanto, consoante observação de Mallet, tais questionamentos sofrem limitação em razão do teor do art. 442-A, da CLT, o qual dispõe que, "para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a seis meses no mesmo tipo de atividade".[128]

Como regra, a doutrina brasileira tem entendido que as indagações devem se restringir ao âmbito do contrato. Nesse jaez, para Amauri Mascaro Nascimento:

> o empregador não pode exigir do candidato a emprego ou dos empregados que prestem informações relativas à sua vida privada, à sua saúde, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da

---

[125] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Direitos da Personalidade. *In:* Estudos de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2011, p. 73.

[126] MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. *In:* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, jan/dez 2009, p. 211. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67855/70463>. Acesso em 03 dez 2013.

[127] O estado civil do empregado, por exemplo, não pode ser considerado segredo. O casamento, registrado em cartório, é uma informação pública, já que "qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido", nos termos do art. 17 da Lei de Registros Públicos nº 6.015/73.

[128] *Idem, Ibidem,* p. 211.

> atividade profissional o justifiquem ou forem estritamente necessárias e relevantes para a avaliação da sua aptidão para o trabalho.[129]

Essa, também, a posição adotada por Estêvão Mallet, para quem "é preciso que haja pertinência da indagação frente aos termos do contrato de trabalho".[130]

Ficam, por sua vez, impedidas as questões sobre crença religiosa, convicção filosófica ou política, nos termos do art. 5º, VIII, da Constituição Federal brasileira, assim como se proíbem indagações referentes a antecedentes criminais de parentes do empregado, de seus ascendentes, descendentes, que com ele residam ou tenham relação próxima, com fundamento no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, em decorrência do princípio da intranscendência ou personalização, como preceitua Mallet.[131]

Questões envolvendo antecedentes criminais dos próprios empregados também são mais complexas e, na visão do supramencionado doutrinador, deveriam se limitar a casos específicos, em que as atividades envolvem o manuseio de dinheiro, de substâncias entorpecentes ou cuidado de crianças.[132]

Em 2008, o Ministério Público do Trabalho (MPT) ajuizou ação civil pública com o objetivo de impedir que determinada sociedade empresária continuasse a lançar aos postulantes a uma vaga de emprego indagações consideradas ofensivas pelo Procurador Regional do Trabalho da 5ª Região. As questões envolviam o local predileto dos candidatos, suas atividades durante tempo livre, a bebida predileta e a religião. Além disso, a empresa exigia certidão de antecedentes criminais. Argumentou o Procurador Regional do Trabalho que a exigência de antecedentes criminais violaria o direito à presunção do estado de inocência, só podendo ser solicitada em duas hipóteses: a) contratação de vigilantes com fundamento na Lei nº 7.102/83; e b) contratação de empregados domésticos em razão da singularidade da prestação dos serviços.[133] Entretanto, por decisão do Juízo da Vara do Trabalho de Camaçari, posteriormente confirmado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, a ação civil pública foi julgada improcedente. O Tribunal entendeu que o questionário não continha a lesividade alegada pelo MPT, tratando-se uma forma de a ré avaliar, de maneira global, as preferências de seus empregados. Consignou, ainda, que

---

[129] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 751.
[130] MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade… p. 211.
[131] MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade… p. 213.
[132] *Idem, Ibidem,* p. 213.
[133] Ministério Público do Trabalho da 5ª Região. MPT ajuíza ação contra empresa têxtil por ofensa à vida privada e liberdade religiosa. Acesso em 03 jan 2014. Disponível em http://mpt-prt5.jusbrasil.com.br/noticias/933098/mpt-ajuiza-acao-contra-empresa-textil-por-ofensa-a-vida-privada-e-liberdade-religiosa.

a obtenção de certidão é um direito fundamental assegurado no art. 5º, XXXIV, da CF, não havendo dano moral a ser indenizado.[134]

A decisão - em decorrência da complexidade do tema - não deixa de ser polêmica, tendo em vista que questionamentos sobre religião e a solicitação, a todos os candidatos, de certidão de antecedentes criminais poderiam, a depender da forma como utilizados, conduzir a um episódio discriminação.

Porém, deve-se ter em mente que os antecedentes criminais consubstanciados em certidão emitida não podem ser considerados, per si, como segredo do empregado.

Isso porque a obtenção de certidão é um direito constitucionalmente consagrado, previsto, também, na Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995, a qual, no art. 1º, declara que:

> as certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor.

O direito de certidão, contudo, não é absoluto e pode ser negado se a informação for considerada sigilosa, isto é, "aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado", de acordo com o art. 4º, III, da Lei nº 12.527/2011.

Saliente-se, porém, que, no caso das certidões de antecedentes criminais, delas não constam as penas extintas ou já cumpridas, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei, nos termos do art. 202, da Lei de Execução Penal nº 7.210/84. Por conseguinte, apenas seriam consideradas como segredo do empregado as informações referentes às penas extintas ou já cumpridas. Os antecedentes criminais constantes da certidão emitida não constituiriam, portanto, um segredo propriamente dito e, em que pese o problema da discriminação, parece-nos que o ideal seria apenas que o empregador fundamentasse o pedido da referida certidão.[135]

---

[134] "Ação Civil Pública. Dano Moral Coletivo. Lesão transindividual do direito da personalidade. Não havendo fato que enseje a lesão transindividual de direito da personalidade, improcede o pedido de dano moral coletivo, previsto art. 1º, V, da Lei Federal 7.347/85 (Lei da ação civil pública) e 6º, VI e VII, da Lei Federal 8.078/90(Código de Defesa do Consumidor)" (TRT da 5ª Região. Recurso Ordinário nº 01129-2008.134.05.00.9 – 3ª Turma – Rel. Des. Marizete Menezes Corrêa – J. 01.12.2009).

[135] RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL - EXIGÊNCIA DE EXIBIÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS - ATENDENTE DE TELERMARKETING - CONDUTA DISCRIMINATÓRIA. A exigência de certidão de antecedentes criminais para admissão em emprego, além de ser uma medida extrema, porque expõe a intimidade e a integridade do trabalhador, deve sempre ficar restrita às hipóteses em que a lei expressamente permite. Recurso de revista conhecido e provido.

De acordo com Estêvão Mallet, outra vertente de indagações ilegítimas são aquelas concernentes a sanções disciplinares sofridas em relações de emprego anteriores. Segundo ele, o fundamento para tanto seria o art. 29, §3º, da CLT, que veda anotações desabonadoras na carteira de trabalho do empregado[136]:

> também se há de afastar questionamento sobre sanções disciplinares aplicadas ao empregado em outros empregos, como advertências, mesmo verbais, suspensões ou até dispensas com justa causa. Embora não exista proibição expressa da indagação, o seu caráter ilícito é decorrência da regra do art. 29, § 3º, da CLT, proibitiva de que sejam feitas, na Carteira de Trabalho, anotações desabonadoras do empregado. Da disposição legal existente tira-se o claro propósito do legislador de impedir qualquer publicidade em torno de punições aplicadas ao empregado. […] Proibir a anotação da sanção, mas, ao mesmo tempo, admitir a sua divulgação verbal, seria evidente contra-senso. Assim, a finalidade da norma posta leva a que seja ela interpretada de modo ampliativo, para excluir não apenas anotação desabonadora, como, simplesmente, questionamento sobre aplicação de sanção e, mais ainda, prestação de informação desabonadora.[137]

Desse modo, verifica-se que, no Brasil, embora a doutrina se curve ao entendimento de que só são admissíveis as indagações relacionadas ao contrato de trabalho, considerando que algumas informações, tais como crença e convicção filosófica ou política, são protegidas pela Constituição Federal, há corrente jurisprudencial que defende a legitimidade de alguns questionamentos mais invasivos como meio de reunir subsídios a respeito do candidato ao cargo ou do empregado. Vale ressaltar, outrossim, que o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece proibições, de maneira expressa, às indagações, com exceção do art. 442-A, da CLT.

Ante o exposto, verifica-se que os ordenamentos jurídicos da Itália, da Espanha, de Portugal e do Brasil adotam a orientação, nem sempre expressa, de que as investigações através da indagação deve ter guardar vínculo com a atividade realizada pelo empregado. Ficam, assim, vedadas as intromissões na intimidade do empregado quanto à sua religião, suas convicções ideológicas, sua orientação sexual e demais segredos que não tenham

---

(RR - 140100-73.2012.5.13.0009 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 04/12/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: 06/12/2013)

136 Saliente-se que o Tribunal Superior do Trabalho já entendeu que o fato de o empregador fazer constar, na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), que a anotação decorreu de sentença judicial dá ensejo à indenização por danos morais, vez que ofende o patrimônio moral do empregado. Confira-se: "Recurso de Revista. Indenização por danos morais. Anotação na CTPS por determinação judicial. De acordo com a jurisprudência da SBDI-1 desta Corte, é devida a indenização por danos morais nas hipóteses em que o empregador registra o contrato de trabalho na CTPS do reclamante, especificando que a anotação decorreu de sentença judicial. Inteligência das normas inscritas nos arts. 29, § 4º, da CLT e 186, 187 e 927 do Código Civil. Recurso de revista conhecido e provido" (TST-RR nº 915300-49.2009.5.09.0013 – 8ª Turma – Relª Min. Dora Maria da Costa – J.15.12.2010).

137 MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade… p. 214.

relação com a prestação dos serviços, apesar de haver entendimento jurisprudencial no sentido de que algumas dessas informações servem de fonte para o empregador melhor conhecer o seu empregado, como, por exemplo, questões acerca de religião[138]. Ressalte-se, também, que algumas informações que se reputam secretas dos empregados podem se tornar acessíveis em função do exercício de determinadas atividades específicas, tais como as convicções e crenças de empregados de organizações de tendência, como se defende nos países europeus, a despeito da existência de opinião divergente.[139]

Sabe-se que o contrato de trabalho, como qualquer outro contrato, deve ser pautado pela boa-fé. A boa-fé, como dever de conduta, se aplica tanto aos empregadores quanto aos empregados. Assim, desavém ao empregador dela se afastar, mesmo no exercício de seu poder de controle pela investigação do empregado. Da igual maneira, cabe ao empregado a observância do dever de lealdade, com a prestação das informações consideradas imprescindíveis à prestação dos serviços, uma vez indagado pelo empregador.

Logo, se o empregado ocultar dados relevantes envolvendo a prestação dos serviços ou mentir sobre eles, como sua aptidão profissional, por exemplo, poderá o contrato ajustado ser considerado inválido em razão de vício de consentimento, podendo ensejar dispensa por justa causa. Esse, aliás, o entendimento compartilhado por Pedro Romano Martinez: "tendo ocultado factos relevantes ou prestado informações erradas quanto a esses aspectos, além da eventual invalidade negocial resultante do vício na formação da vontade do empregador, o trabalhador poderá ser responsabilizado pelos prejuízos causados".[140]

Especula-se, porém, se o empregado tem direito de se omitir ou até de mentir para o empregador, caso lhe sejam formulados questionamentos pertinentes à sua vida íntima.

João Leal Amado entende que o candidato a empregado tem direito não só ao silêncio como também à mentira em caso de questões ilegítimas:

---

[138] TRT da 5ª Região. Recurso Ordinário nº 01129-2008.134.05.00.9 – 3ª Turma – Rel. Des. Marizete Menezes Corrêa – J. 01.12.2009.

[139] Nesse sentido: MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade… p. 213. Mallet, ao tratar da Diretiva 95/46/CE, que permite o tratamento de dados pessoais por organizações de tendência, posiciona-se contrariamente ao referido tratadamento. Para ele, "é, no entanto, inaceitável o regramento posto. Acima da liberdade de organização das instituições educacionais – como das organizações de tendência em geral – está a liberdade de crença, que torna ilegítima simples indagação sobre a religião do empregado ou mesmo a consideração de tal fator no momento de sua admissão. Afinal, como enunciado pelo art. 41º, n. 2, da Constituição de Portugal, "ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa". Nada muda no Brasil, diante da proibição, estampada no art. 5º, VIII, da Constituição, de privar-se quem quer que seja de seus direitos "por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política".

[140] MARTINEZ, Pedro Romano. Op. Cit., p. 479.

> O trabalhador pode contestar a questão e/ou recusar-se, legitimamente, a responder. Nestes casos, o trabalhador pode calar, tem *direito ao silêncio*. Seguramente assim é. Mas será que não deveremos ir mais longe? Em nome da preservação da reserva da vida privada e da prevenção de práticas discriminatórias, não deveremos reconhecer ao candidato a emprego um *direito à mentira*, se e quando for confrontado com semelhantes questões ilegítimas? A meu ver, a resposta não pode deixar de ser afirmativa. Com efeito, só por uma indesculpável ingenuidade se ignorará que o silêncio, nestes casos, comprometerá irremediavelmente as hipóteses de emprego do candidato. *O empregador pergunta, o empregado cala, o emprego esfuma-se...* Julga-se, pois, que, neste tipo de casos, o único meio susceptível de preservar a possibilidade de acesso ao emprego e de prevenir práticas discriminatórias consiste em o trabalhador não se calar, antes dando ao empregador a resposta que ache que este pretende ouvir (e assim, eventualmente, mentindo). Prática contrária à boa fé? Comportamento doloso do candidato? Penso que não. A boa fé não manda responder com verdade a quem coloca questões ilegítimas e impertinentes. E o dolo na negociação não relevará em sede anulatória, pois incide sobre aspectos que o próprio ordenamento jurídico considera não poderem relevar na decisão de contratar ou não.[141]

Rememora Teresa Alexandra Coelho Moreira que a relação de trabalho deve ser regida pela boa-fé, havendo, por isso, um dever de responder com verdade as questões colocadas pelo empregador. A mentira deve ser usada apenas em último caso, quando não houver outra forma de proteger a intimidade do empregado. Confira-se:

> Poderá não responder, contestar ou até mentir? A boa fé, tal como já se referiu, deve reger as relações estabelecidas entre o trabalhador e o empregador e, por isso, aquele deve responder com verdade às questões que lhe são formuladas e este deve colocar apenas as questões essenciais para apurar das habilitações do trabalhador. [...] Mas, mais uma vez, reiteramos a ideia de que a mentira deve ser a *ultima ratio*, quando não exista outra forma de salvaguardar o respeito pela sua esfera privada e tendo em conta o comportamento do empregador.[142]

Para Wolfgang Daübler, se o empregador coloca, em um questionário ou em uma entrevista com o candidato a emprego, perguntas ilegítimas, o interessado poderia se negar a responder com fundamento em jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, que concedeu ao empregado o direito de não responder questionamentos dessa natureza. No entanto, Daübler ressalta que, se o empregado se negar a responder, esse será o melhor meio de perder o posto de trabalho. Por essa razão, o Tribunal Federal do Trabalho concedeu a um candidato, o direito de responder falsamente a questionamentos dessa natureza. Afirma o autor alemão, que, caso o empregado tenha antecedentes penais, poderá dizer que não tem; se tiver tido gripe em diversas ocasiões, poderá dizer que está saudável;

---

[141] AMADO, João Leal. Op. cit., p. 172-173.
[142] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada do trabalhador… p. 187.

se a empregada estiver grávida, só poderá dizer que não está se houver candidatos homens concorrendo com ela para a vaga de emprego. Por outro lado, se o empregado responder falsamente a indagações pertinentes do empregador, deverá estar atento às consequências, pois o art. 123, do Código Civil, dispõe que o empregador tem direito de impugnar o contrato de trabalho.[143]

Goñi Sein, igualmente, admite que se minta para o resguardo da vida privada, em tema de estado civil ou para evitar discriminação referente à gravidez, por exemplo.[144]

Estêvão Mallet defende a possibilidade de prestação de informação falsa pelo empregado caso o empregador o indague sobre questões que digam respeito à vida privada. Por outro lado, se as indagações forem admissíveis, mas não obrigatórias, tem o empregado o direito de se quedar silente frente a elas.

> as questões relacionadas com informações admissíveis, mas não obrigatórias, o empregado tem a prerrogativa de não responder. Não se concebe, todavia, que preste informações falsas, afirmando, por exemplo, ter experiência muito superior à verdadeira. Há violação do dever de agir de boa-fé. […] Se o empregador formula questão em torno de assunto que lhe é defeso investigar, como – para retomar os exemplos citados – convicção política, preferências sexuais ou crença religiosa do candidato ao emprego, há não apenas o direito de não responder à indagação como, ainda mais, o de prestar informação falsa. […] A falsa resposta caracteriza legítima defesa do trabalhador contra ato de intromissão indevida em sua intimidade, o que afasta a ilicitude da conduta, na forma do art. 188, inciso I, do Código Civil. Em princípio não se deve admitir a obtenção de informações do empregado sem o seu prévio conhecimento e consentimento […]. Ressalvem-se, todavia, casos excepcionais, como, por exemplo, os de relevante interesse da informação ou de seu caráter publico.[145]

Júlio Manuel Vieira Gomes afirma que a mentira, na hipótese de indagações de má-fé, é defensável no ordenamento jurídico português e, para ele, não se trata propriamente de um direito, mas de uma possibilidade diante questionamentos ilícitos: "este direito de mentir é inteiramente defensável no nosso ordenamento [...] porque o mesmo não representa, em rigor, qualquer exceção à boa fé ou sequer um direito ou uma faculdade".[146]

Sara Apostolides, por sua vez, entende ser admissível a mentira, mas tão-somente no momento da formação do contrato de trabalho, não no da sua vigência, tendo em conta que o risco do empregado ser afastado por força de discriminação ou de modo ilegítimo não existiria, no entender dela, no instante em que o contrato já se aperfeiçou. O

---

[143] DAÜBLER, Wolfgang. Derecho del Trabajo. Mª Paz Acero Serna e Pío Acero López (trad.). Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 531-532.
[144] GOÑI SEIN, Jose Luis. Op. cit., p. 52-53.
[145] MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade… p. 214-215.
[146] GOMES, Júlio Manuel Viera. Direito do Trabalho… p. 339.

subordinado pode se recusar a responder, mas não pode mentir, não ensejando sanção disciplinar, já que se trata de desobediência legítima.[147]

Esse posicionamento, entretanto, é criticado por João Leal Amado. Segundo ele, o direito de mentir persiste ainda que durante a vigência do contrato de trabalho caso o empregado seja submetido a indagações ilegítimas e ofensivas por parte do empregador, já que, embora não seja dado ao último dispensá-lo por desobediência, não faltarão oportunidades para prejudicar aquele que se calou diante da indagação.

> Julgo, ao contrário, que também durante a execução do contrato o trabalhador terá direito de mentir, se for confrontado com questões ilícitas e intrusivas. É que, recusando-se a responder, o trabalhador desobedece. Legitimamente? Sim. Mas, ainda assim, desobedece à sua entidade empregadora [...]. O trabalhador não pode ser disciplinarmente punido? Não deve sê-lo, mas... E, ao longo da relação laboral, decerto não faltarão ocasiões nem escassarão formas de prejudicar aquele trabalhador silente, que o empregador tenderá a considerar insolente [...]. Parece-me, por isso, que a tutela da posição negocial do trabalhador face ao empregador reclama que aquele possa mentir, licitamente, quando confrontado com questões ilegítimas daquele jaez.[148]

Concordamos, nesse ponto, com João Leal Amado quanto à existência de um direito de mentir também na vigência do contrato de trabalho, por se cuidar de obstáculo à intromissão indevida, ilegítima e ofensiva por parte do empregador na intimidade do empregado. Se não se lhe outorgasse o direto à mentira em tais casos, o empregado ficaria obrigado ou a se calar, correndo o risco de passar a ser perseguido pelo empregador, ou a dizer a verdade, revelando seus segredos sem que houvesse obrigação para tanto.

Um instrumento explorado pelos empregadores a fim de prevenir a mentira é o polígrafo, que constitui uma forma de invasão na intimidade do empregado, muito embora sua eficácia seja bastante discutida pela comunidade científica, já que os resultados do exame podem ser falseados por outras emoções, como cansaço e cefaleia.[149]

Conhecido popularmente como detector de mentiras, o polígrafo é um aparelho que mede diversos índices psicológicos, tais como pressão arterial, respiração, pulso, entre outros, decorrentes do temor, para verificar se as respostas da pessoa submetida ao teste, em cotejo com as aferições, são, de fato, verdadeiras.

Alice Monteiro de Barros lembra que a OIT estatuiu, em Repertório de Recomendações Práticas sobre Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores, no item 6.11, que "as provas de personalidade ou exames análogos deverão efetuar-se de acordo

[147] APOSTOLIDES, Sara Costa. Op. cit., nota 687, p. 257.
[148] AMADO, João Leal. Op. cit., nota 235, p. 173.
[149] BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit, p. 473.

com as disposições nele contidas, sob a condição de que o trabalhador tenha a possibilidade de rechaçá-los, isto é, recusar-se a submeter-se a eles".[150]

Sua utilização, então, se tornou muito limitada seja em razão de sua duvidosa eficácia seja por significar acesso a aspectos íntimos da vida do empregado.

Nos Estados Unidos, apesar de ser largamente utilizado em investigações policiais, há lei federal que limita o uso do polígrafo para controle dos empregados. Trata-se do *Employee Polygraph Protection Act (EPPA)*, que só permite seu uso em casos muito específicos, relativos a profissionais da área de segurança e durante investigação destinada à apuração de perda econômica, danos ao negócio do empregador e espionagem industrial. Segundo John Craig, o Estado de Iowa, contudo, proíbe de maneira absoluta o uso do polígrafo no âmbito da relação de emprego.[151]

Teresa Alexandra Coelho Moreira afirma que "a utilização desta técnica é incompatível com numerosas disposições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e, por isso mesmo, não pode ser aceito em ordenamentos jurídicos europeus".[152]

No Brasil, há entendimento jurisprudencial, com o qual concordamos, tem pendido para a conclusão pela inadmissibilidade do polígrafo em razão de seu caráter violador de direitos fundamentais dos empregados.[153] No entanto, há posicionamento divergente, segundo o qual referido teste, além de não gerar dano por inexistir divulgação do resultado, é proporcional, pois cabível quando, por exemplo, envolver segurança, como no caso de Agentes de Segurança de empresa aérea americana.[154]

---

[150] BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit, p. 473.
[151] CRAIG, John D. R. Op. cit., nota 154, p. 81.
[152] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada do trabalhador… p. 198.
[153] "Dano moral. Submissão de empregado ao teste do polígrafo. Configuração de violação da intimidade, da honra e da vida privada com perguntas sobre opção sexual, uso de drogas, prática de crimes e problemas com dependência alcoólica na família. Ofensa à imagem da pessoa com posteriores comentários em reuniões sobre o resultado desses exames. Caracterização de prática abusiva, gerando lesão ao ofendido passível de reparação pela via indenizatória. Recurso provido". (TRT 2ª Região – Acórdão nº 20050873860- 6ª Turma – Des. Rel. Rafael E. Puglise Ribeiro – DEJT. 13.01.2006). No mesmo sentido: TST – AIRR nº 1125-49.2010.5.01.0050 – Rel. Min. Aloysio Corrâ da Veiga – 6ª Turma – DEJT. 22.11.2013.
[154] "Recurso Ordinário. Dano Moral. Empresa de Transportes Aéreos. Sujeição do Candidato à vaga de Agente de Segurança Internacional ao denominado teste do polígrafo. Ausência de prova da violação à intimidade e honra do autor. Inexiste controvérsia quanto ao fato de que a reclamada tem como prática submeter os candidatos à função de Agente de Segurança Internacional - desenvolvida pelo autor - ao teste do polígrafo (detector de mentiras). A conduta da reclamada, todavia, encontra perfeita proporcionalidade entre a natureza de suas atividades e a função a ser desenvolvida pelo candidato, não se verificando abuso do direito potestativo do empregador, mormente diante da ausência de publicidade no desenvolvimento e no resultado do teste, sendo que o uso do polígrafo, no caso específico, além de atender ao interesse social - fundado na questão da segurança pública -, não gera qualquer lesão a direito personalíssimo, tampouco violação ao direito à intimidade. É o que se pode concluir, inclusive, a partir do que afirmado pelo próprio autor, em depoimento, no sentido de que os testes eram efetuados sem nenhum caráter ofensivo, não

2.2.1.2. Investigação da saúde do empregado

O estado de saúde dos empregados é de grande importância para o empregador, pois, o empregado saudável significa maior produtividade e menos gastos para a empresa.

A investigação da vida privada do empregado e, especialmente, do seu estado de saúde pode ocorrer mediante de indagações feitas diretamente ao empregado e, também, por meio de solicitação de exames médicos ou psicológicos. Alguns exames são legítimos, ou por serem obrigatórios, ou necessários para a prestação de serviços específicos; outros, ao contrárioo, não podem ser requeridos pelo empregador ante expressa vedação legal ou por se traduzirem em invasão injustificada na intimidade do empregado.

O Código do Trabalho português, no art. 19.1, dispõe que "para além das situações previstas em legislação relativa à segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação".

Do art. 19.2, consta do mencionado diploma que "o empregador não pode, em circunstância alguma, exigir a candidata a emprego ou a trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez".

Dessa forma, entende-se que o estado de saúde do empregado poderá ser mantido sob reserva se não for obrigatória a sua comunicação para fins de proteção e segurança do próprio trabalhador ou de terceiros ou, ainda, em razão das particularidades da atividade, conforme se pode extrair dos arts. 19.1 e 17.1, "b", do Código do Trabalho português. O estado gravídico da empregada, em sua fase inicial, também pode ser tido como segredo, se houver interesse em manter essa informação sob sigilo, já que o ordenamento jurídico português não obriga a empregada a informar essa condição ao empregador, salvo em decorrência de exigências intrínsecas à atividade que realiza ou pretende realizar, nos

---

acarretando a violação ao direito à intimidade reivindicado na inicial, uma vez que -não havia divulgação sobre o que era perguntado ou respondido; que o teste era aplicado por uma pessoa auxiliada por uma outra; que a divulgação do resultado era pessoal e não pública, apenas para o candidato e a empresa que está contratando. As circunstâncias acima descritas não se prestam a demonstrar, de modo inequívoco, que a imagem e a honra do autor tenham sido efetivamente maculadas. Não comprovam o constrangimento e a humilhação alegadamente sofridos pelo autor, não gerando o direito à pretendida indenização por dano moral" (TRT 1ª Região – 0031800-30.2009.5.01.0082 – 8ª Turma – Des. Rel. Alberto Fortes Gil – DEJT. 12.09.2011).

termos do art. 17.1, "b". Assim, consoante Pedro Romano Martinez, a mulher que pretende obter cargo de bailarina ou de modelo tem o dever de informar se está grávida.[155]

Cabe ao empregador prestar todas as informações relevantes sobre o contrato de trabalho, de acordo com o art. 106.1, e, caso a atividade possa gerar riscos para grávidas ou lactantes, poderá e deverá, ainda, adverti-las e indagá-las sobre seu estado de gravidez. Nessa hipótese, observa Teresa Alexandra Coelho Moreira, "a pergunta será de admitir se o trabalho a realizar corresponder a uma tarefa desaconselhada durante a gravidez".[156]

Portanto, se o estado de saúde do empregado for relevante para a prestação dos serviços, haverá dever de informar o empregador.

A propósito, conclui Pedro Romano Martinez:

> pode concluir-se que o trabalhador tem o dever de informar o empregador relativamente a aspectos da sua vida, incluindo sobre o seu estado de saúde, sempre que essas questões possam repercutir-se no modo de efectuar a prestação. Assim, o candidato a um emprego de motorista deve prestar informações quanto à sua capacidade de visão ou ao facto de ser alcoólico. Por isso, nada obsta a que o empregador imponha a realização de exames médicos, a efectuar por clínicos da empresa, para verificar se o trabalhador se encontra em condições físicas de desempenhar a actividade para que se pretende contratar.[157]

Com relação aos empregados soropositivos, apenas poderão ser aceitos os testes para detecção de HIV se houver risco de contágio no ambiente de trabalho, como bem anota Teresa Alexandra Coelho Moreira.[158] Segundo ela, "[…] esta prova só deveria ser realizada nas empresas onde exista um verdadeiro risco de contágio, sendo que o médico que a realizou não pode comunicar o resultado ao empregador, só podendo referir se o trabalhador está apto ou não para o exercício das funções".[159]

Para João Leal Amado, a condição de soropositivo deve ser, em regra, mantido em segredo, ressalvadas algumas situações excepcionais:

> o ordenamento jurídico-laboral procura, assim, garantir a imperscrutabilidade do estatuto sorológico do trabalhador. Para o empregador, esse estatuto deve permanecer um insondável mistério, seja porque o empregador não pode questionar o (candidato a) trabalhador a esse respeito, seja porque o não pode sujeitar a testes de despistagem do vírus, seja ainda porque, nos casos excepcionais em que isso é permitido, tal informação apenas pelo médico deverá ser conhecida. […] Admite-se a existência de excepções às supramencionadas regras proibitivas, ditadas, fundamentalmente, pela necessidade de salvaguardar a saúde de terceiros […]. Tais excepções incidirão no domínio das profissões ou

[155] MARTINEZ, Pedro Romano. Op. cit., p. 481.
[156] MOREIRA, Teresa Alexandre Coelho. Da esfera privada do trabalhador… p. 177.
[157] MARTINEZ, Pedro Romano. Op. cit., p. 483.
[158] MOREIRA, Teresa Alexandre Coelho. Da esfera privada do trabalhador… p. 362.
[159] *Idem, Ibidem.* p. 362-363.

> actividades laborais em que exista um *risco qualificado de transmissão do vírus*, sendo justificadas pelas particulares exigências inerentes à natureza da actividade em causa.[160]

O citado autor esclarece que "seriam consideradas profissões de risco aquelas em que o contacto com fluidos orgânicos (p. ex. sangue) se inscreve na normalidade do exercício das mesmas, como poderá suceder, por exemplo, com médicos e com outros profissionais de saúde".[161]

A realização de exames toxicológicos também é considerada, como regra, intromissão na intimidade do empregado, já que o consumo de álcool e drogas diz respeito à esfera privada. Todavia, com vistas à preservação do ambiente de trabalho, tanto no que se refere à segurança como no que diz respeito à saúde das pessoas, o empregador pode ter interesse em saber se seus empregados consomem tais substâncias.

Sara Costa Apostolides lembra que, no cenário português, há limites à realização de exames toxicológicos nos arts. 19.1 do Código do Trabalho e 245.1, da Lei 35/2004, e conclui que "os testes são justificados quando esteja em causa a proteção da saúde e segurança do trabalhador ou de terceiros. [...] Tal verifica-se, por exemplo, em pilotos de avião, maquinistas e manobradores de máquinas".[162]

Quanto aos exames genéticos, Júlio Manuel Vieira Gomes entende que "na vigência da relação laboral [...], em regra, não existirá um dever do trabalhador de sujeitar-se a testes ou exames genéticos e a mera celebração de um contrato de trabalho não implica tal consentimento".[163] Isso porque o exame genético representa uma profunda e indevida ingerência na intimidade do empregado.

Por fim, de acordo com Teresa Alexandra Coelho Moreira, o empregado não poderá deixar de se submeter aos exames médicos que forem necessários para resguardar a segurança, saúde e higiene do ambiente de trabalho e a sua recusa poderá ser considerada como descumprimento de dever em matéria de saúde e segurança, nos termos do art. 121.1, "d", do Código do Trabalho.[164]

Nos Estados Unidos, não há legislação federal a respeito de testes toxicológicos. Por isso, a questão é regulada por leis estaduais. Em alguns Estados, a realização do teste depende de suspeita razoável, como na Florida[165] e em Connecticut[166]. Em outros, o teste

---

[160] AMADO, João Leal. Op. cit., p. 233-234.
[161] *Idem. Ibidem,* p. 235.
[162] APOSTOLIDES, Sara Costa. Op. cit., p. 267-268.
[163] GOMES, Júlio Manuel Vieira. Direito do Trabalho… p. 348.
[164] MOREIRA, Teresa Alexandre Coelho. Da esfera privada do trabalhador… p. 365.
[165] *Fla. Stat.* §440.101 *et seq.* §627.0915, §112.0455.

pode ser feito aleatoriamente, devendo os empregados serem notificados com antecedência, como em Idaho[167]. Existem, no mais, Estados que não opõem restrição alguma, como na Carolina do Norte[168][169].

No Brasil, consta do art. 168, *caput*, da CLT, que, na admissão, na demissão e periodicamente, "será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho". O §2º do mesmo artigo prevê que outros exames poderão ser solicitados para apurar a "capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer". Assim, há exames obrigatórios e outros podem ser requeridos a depender da atividade exercida pelo empregado.

No entanto, há proibição expressa acerca da solicitação de alguns exames. É o caso do art. 2º da Lei nº 9.029/95, que considera crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; ou a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética ou promoção do controle de natalidade, com exceção do oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Não obstante, essa proibição não deve ser interpretada de maneira absoluta, pois a informação sobre eventual gravidez da empregada pode se afigurar necessária na hipótese de atividades que envolvam risco para a mãe e para o feto. Esse, o escólio de Estêvão Mallet:

> É preciso, contudo, compreender na justa medida a proibição, voltada a proteger a gestante. Se a atividade a ser desenvolvida puder implicar risco para o feto, como no caso de atividade que envolva contato com radiações ionizantes ou substâncias tóxicas, não se vê como possa ser proibido o exame de gravidez. A solução, no caso, envolve admitir o exame, mas preservar o sigilo do resultado. Ao médico cabe, tão somente, enunciar a aptidão ou inaptidão da empregada, considerada a atividade que será por ela realizada. É a solução posta, sob a inspiração da já citada Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, pelo art. 19º, ns. 2 e 3, do Código do Trabalho de Portugal […].[170]

---

[166] *Conn. Gen. Stat.* §31-51t *et seq.*, §14-261a *et seq., §14-276a*
[167] *Idaho Code,* §72-1201 *et. seq.*
[168] *N.C. Gen. Stat.,* §95-230 *et seq.*
[169] *American Civil Liberties Union (ACLU). Drug Testing.* Acesso em 08 jan 2014. Disponível em: <https://www.aclu.org/sites/default/files/FilesPDFs/testing_chart.pdf>
[170] MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade… p. 216.

O doutrinador complementa sua análise asseverando que "não se devem aceitar outros exames que, embora não estejam formalmente proibidos, envolvam práticas discriminatórias, como seria o caso daquele destinado a apurar, por exemplo, a origem étnica do empregado ou o risco de desenvolver, no futuro, certas doenças".[171]

Em 2012, o tema ficou novamente em evidência com a aprovação da Lei nº 12.619, de 30 de abril, que alterou a CLT e criou obrigação para os motoristas profissionais de se submeter a teste e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador com ciência ampla a todos os empregados.

> Art. 235-B. São deveres do motorista profissional:
> VII - submeter-se a teste e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com ampla ciência do empregado.
> Parágrafo único. A inobservância do disposto no inciso VI e a recusa do empregado em submeter-se ao teste e ao programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica previstos no inciso VII serão consideradas infração disciplinar, passível de penalização nos termos da lei.

Amauri Mascaro Nascimento e Túlio de Oliveira Massoni afirmam que o dever atribuído aos motoristas profissionais pode ser estendido, por analogia, a outros setores cujas atividades envolvem riscos, tais como indústrias químicas, atividades de corte de cana, metalurgia, construção civil, setores em contato com explosivos, entre outros.[172]

Escorado nesse raciocínio, o Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo negou indenização por dano moral decorrente da realização de teste do bafômetro por empregado que atua em atividade de risco. O recurso foi desprovido pelo seguinte motivo:

> Uso de bafômetro. A mera exigência de que o empregado se submeta ao teste de alcoolemia não macula a sua honra ou imagem, porque o exercício da função de operador na área portuária exige a sobriedade plena do trabalhador, ante os riscos existentes da atividade, constituindo, na verdade, medida de segurança a evitar acidentes de trabalho, tal como decidido pelo julgador *a quo*. Mantenho a r. sentença de origem, por seus próprios e jurídicos fundamentos. (TRT 2ª Região – RO nº 00367003520085020447 – 14ª Turma – Des. Rel. Regina Duarte – DEJT. 27.09.2013).

A jurisprudência não é unânime, contudo, quanto à possibilidade de submissão de empregado que não atua em área de risco a teste do bafômetro.

Em acórdão citado por Amauri Mascaro Nascimento e Túlio de Oliveira Massoni, a 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, adotando visão mais restritiva acerca da

---

[171] MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade… p. 217.
[172] NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira. Exames toxicológicos no ambiente de trabalho. *In*: Revista Ltr: Legislação do Trabalho. Vol. 77, nº 11, novembro. São Paulo: LTr, 2013, p. 1301.

legitimidade de realização de exames toxicológicos, "concluiu pela ocorrência de danos morais em razão de submissão ao teste de bafômetro de empregado de empresa de transporte que não era motorista, mas mero cobrador".[173]

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por sua vez, considerou lícita a realização de teste de bafômetro em cobradores pelo fato de lidarem diretamente com o público, tendo de se comportar de maneira adequada à atividade. Eis o teor do acórdão:

> *In casu,* não se verifica qualquer violação à imagem, à intimidade, ou à honra do Autor. A utilização do "bafômetro" não evidencia qualquer comportamento ilegal da Reclamada. Ainda que seja cobrador, o Reclamante lidava diretamente como público, tendo, assim, que estar sempre com lucidez e comportamento adequado a essa atividade. Não se verifica qualquer abuso da Reclamada quando pretende a proteção da sociedade, em especial daquelas pessoas que utilizam de seus serviços. […] Por fim, como ficou provado pelas declarações do Reclamante e das testemunhas nos interrogatórios, os prepostos (orientadores) da Reclamada que faziam o teste sempre trataram os trabalhadores com educação e respeito, o que, de logo, retira qualquer culpa da empresa pelas brincadeiras feitas pelos usuários do transporte, o que, aliás, demonstra ignorância por parte desses, uma vez que não têm a capacidade de enxergar que tudo era feito em prol de sua segurança. (TRT 5ª Região – 9ª Vara do Trabalho de Salvador – Reclamação Trabalhista nº 0079900-30.2009.5.05.0009 – Juíza Ana Lúcia Moreira Álvares Viana – DEJT 16.08.2010).

Dessa, forma, mostra-se necessária a regulamentação da matéria como forma de garantir maior segurança jurídica e de evitar decisões conflitantes sobre a mesma questão.

Ressalte-se que, relativamente aos testes toxicológicos envolvendo o uso de álcool e drogas, a Organização Internacional do Trabalho divulgou, em 1996, Repertório de Recomendações Práticas, com o objetivo de orientar programas e políticas empresariais nessa seara.[174] Um dos pontos essenciais do Repertório é o estabelecimento pelos empregadores de um sistema para assegurar o caráter confidencial de todas as informações dos empregados relacionadas ao consumo de álcool e drogas, bem como para informar os empregados sobre as exceções ao dever de confidencialidade.

Verifica-se, assim, que os ordenamentos jurídicos da Itália, da Espanha e de Portugal dão enfoque à ideia de que a investigação da vida privada e dos segredos do empregado, como regra, só pode ser feita quando for relevante para valorar sua aptidão profissional. Quando indispensáveis para a atividade, permite-se a indagação sobre

---

[173] TST – RR nº 124400-70.2004.5.04.0241 – 8ª Turma – Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro – DEJT 08.02.2012. NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira. Op. cit., p. 1303.

[174] OIT. *Tratamiento de cuestiones relacionadas can el alcohol y las drogas en el lugar del trabajo.* Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1996. Acesso em 11 jan 2014. Disponível em: <http://www.ilo.org>.

questões da vida privada do empregado necessárias para identificá-lo, como certidão de casamento, endereço, número de dependentes etc. Outros dados podem ser mantidos em segredo pelo empregado, tais como religião, opinião política - com a ressalva em caso de emprego em empresas de tendência -, orientação sexual e fatos não relevantes para a atividade do empregado. Havendo indagação ofensiva, considera-se que existe a possibilidade de o subordinado mentir. Com relação à realização de testes que, em geral, violam a intimidade dos empregados, como, por exemplo, exames para detecção de HIV, dependência químico-toxicológica e teste de gravidez, aplica-se a mesma lógica: podem ser realizados os obrigatórios e aqueles que forem necessários por guardarem relação com a atividade exercida pelo empregado.

No Brasil, muito embora a CLT seja omissa com relação à proibição de indagações ilícitas – com exceção do art. 442-A –, a doutrina tem admitido questionamentos que invadam a intimidade do empregado apenas nos casos que guardem relação com os serviços por ele prestados. No entanto, seguimos a inteligência de Teresa Alexandra Coelho, para quem o ideal seria que a lei estabelecesse o rol de questões reputadas ilícitas em vez de deixar sua definição ao alvedrio do Poder Judiciário. Tal se afirma porque a existência de previsão legal expressa certamente prevenirá a instauração de incerteza em torno do tema, garantindo-se maior segurança jurídica tanto para o empregado, cujos direitos de personalidade receberão maior proteção, quanto para o empregador, que saberá quais as perguntas estará impedido de formular.

Apesar de não haver legislação a respeito, entendemos que também deve ser garantido ao empregado o "direito" à mentira quando indagado sobre questões íntimas irrelevantes para a prestação dos serviços. Indubitável que, diante de eventual má-fé do empregador - mediante a utilização de questionamentos ilícitos -, o único recurso que resta ao empregado, a fim proteger seu segredo, é o de responder falsamente.

Quanto aos exames médicos, entende-se que não são permitidos exames para constatar estado de gravidez, HIV[175], exames toxicológicos ou genéticos, salvo para preservar a segurança no ambiente de trabalho, a saúde dos demais colegas ou de terceiros e desde que guardem vínculo com a atividade desenvolvida pelo empregado, como ocorre

[175] Outra fonte de proteção contra a discriminação é a Súmula nº 443, do Tribunal Superior do Trabalho, que proíbe discriminação por motivo de doenças estigmatizadas. Segundo a Súmula, "presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego". Assim, o ônus da prova passa a ser do empregador, que precisa comprovar que não tinha ciência da doença, o que nem sempre é fácil, já que o empregado não tem obrigação de revelar o fato de ser portador de doença grave, salvo quando houver relação com a atividade desenvolvida.

nos casos de necessidade de submissão de empregados que trabalham em atividades de risco ao teste do bafômetro. O ideal seria que, na CLT houvesse menção expressa aos exames proibidos, ressalvando-se os casos permitidos, de maneira clara e organizada.

2.2.2. Vigilância da atividade laboral do empregado

O empregador, com fundamento no poder diretivo de que é titular, tem o direito de controlar a prestação dos serviços dos empregados e uma das formas de fazê-lo é mediante a vigilância da atividade laboral destes através do uso de novas tecnologias.

Como lembra Däubler, "o registro de dados operacionais tem a mesma importância dos sistemas de informações pessoais, pois o *trabalho transparente* leva ao controle total sobre os empregados".[176]

O poder de controle do empregador sofre, contudo, limitações em razão dos direitos de personalidade do empregado. Além disso, "o controle contínuo do comportamento individual deve levar ao 'fim da criatividade', provocando uma espécie de demissão interior"[177] por parte do empregado.

No presente trabalho, serão examinadas algumas das formas de controle da atividade laboral que podem envolver segredos do empregado: revistas em seus pertences; controle telefônico e controle do e-mail.

Na Itália, o *Statuto dei Lavoratori*, no primeiro parágrafo do art. 6º, proíbe, em regra, as revistas dos empregados, a qual é excepcionalmente permitida quando for indispensável para tutela do patrimônio da empresa. O parágrafo segundo do mesmo artigo prevê requisitos para a sua realização: execução apenas na saída do local de trabalho; respeito à dignidade e à privacidade do empregado; aplicação de sistemas de seleção automática relativa à coletividade ou a grupo de trabalhadores. Ainda no mesmo artigo, o parágrafo terceiro dispõe que as modalidades de controle devem ser objeto de acordo entre o empregador e a representação sindical ou, na sua ausência, por comissão interna. A falta de acordo poderá ser suprida com a autorização do serviço de inspeção do trabalho (*Direzione provinciale del lavoro – servizi ispettivi*) e a medida poderá ser contestada perante o Ministério do Trabalho.[178]

---

[176] DÄUBLER, Wolfgang. Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha… p. 217.
[177] *Idem. Ibidem,* p. 227.
[178] FERRARO, Giuseppe. Op. cit., p. 140.

Ichino esclarece que se a proteção do patrimônio puder se concretizar de outra forma, através da proibição da entrada de bolsas no local de trabalho ou mediante uso de detectores de metal, por exemplo, não será possível a revista dos pertences dos empregados.[179] Por outro lado, segundo o autor, será possível a revista quando coexistam duas condições:

> *La segretezza, pericolosità o elevato valore econômico delle materie prime, dei prodotti o degli strumenti di lavoro (ad esempio: metalli preziosi, punte di diamante, sostanze chimiche segrete o pericolose, materiale esposivo o fissile) e l'impossibilità di provvedere alla prevenzione dei furti altrimenti che con le perquisizioni personali all'uscita del luogo di lavoro.*[180]

Prosseguindo em seu estudo, acrescenta o autor que o art. 6º do citado diploma proíbe ofensa à privacidade do empregado, considerada como sua esfera reservadíssima, vale dizer, aquela que lhe é facultado esconder de terceiros. Não se admite, assim, que tenha o seu corpo inspecionado nem que seja despojado de suas vestimentas,[181] embora seja possível ao empregador controlar o conteúdo da bolsa, dos bolsos, da mala, da carteira, do automóvel e de outros espaços reservados que acompanham o empregado como se fossem um prolongamento de seu domicílio.

A violação dos limites à revista dos pertences do empregado sujeita o empregador à sanção prevista no art. 38 do *Statuto dei Lavoratori*, qual seja, multa e/ou prisão de quinze dias a um ano.[182]

Ainda de acordo com Ichino, é ilegítimo o controle sobre as idas do empregado ao banheiro, bem como a inspeção nesse espaço, já que o empregado dispõe, também no local de trabalho, de uma zona reservada e inacessível.[183]

Quanto ao controle do uso do telefone, a doutrina entende que se trata de uma forma de controle à distância, previsto no art. 4º do *Statuto dei Lavoratori.* Autoriza-se que o empregador dela disponha por razões de segurança, de produtividade ou de organização do trabalho, desde que a instalação seja precedida de acordo com a representação sindical e, na falta de acordo, mediante autorização do serviço de Inspeção (*Direzione providenciale del lavoro*), impugnável com recurso para o Ministério do Trabalho.[184]

---

[179] ICHINO, Pietro. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale…* p. 238.
[180] *Idem, Ibidem,* p. 238.
[181] *Idem. Ibidem,* p. 240-241.
[182] FERRARA, Giuseppe. Op. cit., p. 140.
[183] ICHINO, Pietro. Diritto alla riservatezza… p . 121-122.
[184] ICHINO, Pietro. Diritto alla riservatezza… p. 240-241.
[184] FERRARA, Giuseppe. Op. cit., p. 139.

Ichino afirma serem invioláveis, "no local de trabalho, os espaços destinados às comunicações à distância entre as pessoas: isto é, à correspondência e às conversas telefônicas"[185] No entanto, pode o empregador proibir o uso promíscuo desses meios de comunicação, dentro do limite da razoabilidade, registrando os números discados e o tempo de duração como forma de tutela do patrimônio empresarial. A escuta do conteúdo da ligação só será permitida se houver acordo prévio nesse sentido com representantes sindicais.[186]

Observa Mauro Paissan que, na Itália, a atenção ao tema das novas tecnologias é escassa, havendo um quadro normativo com garantias bastante elevadas - o *Statuto dei Lavoratori -,* porém desatualizado em relação às inovações trazidas pelo desenvolvimento tecnológico, daí decorrendo, por vezes, um atraso ou uma lacuna na lei sobre o assunto.[187]

Essa omissão legislativa não é constatada em relação ao uso do e-mail, tema expressamente regulado, conforme aludido por Paissan, pelo Provimento de 2007 da Comissão Garantidora dos direitos de privacidade, especificamente seu art. 4º, que proíbe o uso de *harware* ou *software* para análise sistemática e minuciosa de e-mails e de navegação na internet com finalidade de controlar a prestação dos serviços.[188] Ressalva, contudo, serem legítimos os controles preterintencionais, efetuados por exigências organizativas, produtivas ou de segurança do trabalho que possibilitam o controle à distância, desde que preenchidos os requisitos do art. 4º do *Statuto dei Lavoratori,* ou seja, deve ser feito mediante acordo com a representação sindicial.

Sobre o assunto, Nicola Lugaresi rememora que o empregado a quem é atribuído um posto de trabalho com internet e e-mail institucional não tem direito de utilizá-los para fins pessoais. Todavia, anota o autor, se não houver uma regulamentação precisa sobre o uso, não poderá haver sanção dele decorrente. Lugaresi entende, outrossim, que o empregador pode controlar o uso nos limites das condições estabelecidas em regulamento interno e que a expectativa de direito de privacidade com relação ao uso de internet e do e-

---

[185] ICHINO, Pietro. Diritto alla riservatezza… p. 123.
[186] *Idem*. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*... p. 244-245.
[187] PAISSAN, Mauro. *E-mail e navigazione in internet: le linee del Garante. In:* Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia. Vol. 58., *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro.* Padova: CEDAM, 2010, p. 12.
[188] *Provvedimento 1º marzo 2007, Linee guida del Garante per posta eletrronica e Internet. Doc-web 1387522, Gazzetta Ufficiale n. 58 del 10 marzo 2007.* Acesso em 09 jan 2014. Disponível em: http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1387522.

mail profissional depende da política de privacidade da empresa, que pode ou não consentir com o uso pessoal dessas ferramentas eletrônicas.[189]

Verifica-se, de tal forma, que, na Itália, a vigilância do ambiente de trabalho é, em regra, vedada. Excepcionalmente, se admite a revista para fins de proteção do patrimônio da empresa. Já o controle à distância sobre a navegação na internet e o uso de e-mail, somente se afigura possível por razões de segurança, de produtividade ou de organização do trabalho, desde que a instalação seja precedida de acordo com a representação sindical e, na falta de acordo, mediante autorização do serviço de Inspeção (*Direzione providenciale del lavoro*), impugnável com recurso para o Ministério do Trabalho.

Na Espanha, o art. 18 do *Estatuto de los Trabajadores* prevê que só poderão ser realizadas revistas quando necessárias para proteção do patrimônio empresarial e dos demais empregados, no local de trabalho e durante a jornada. Além disso, a fim de proteger a dignidade e a intimidade do empregado, a sua realização deve ocorrer na presença de um representante legal dos empregados ou de outro empregado, se possível.

Goñi Sein entende que mencionado o art. 18 seria inconstitucional: "*es innegable que el ET autorizando a un particular (el empresário) a invadir sobre la vida de otro (el trabajador) mediante el registro, no hace sino quebrantar el art. 18 CE y el art. 8º.2 de la Convención Europea*".[190] Apesar disso, analisa os limites à realização das revistas, que seriam, a seu ver: necessidade de proteção do patrimônio; subordinação ao princípio constitucional de respeito aos direitos invioláveis; presença de representante legal para apreciação objetiva e efetiva dos pressupostos anteriores.[191]

Quanto à necessidade de proteção do patrimônio, Goñi Sein ressalta que esta deve recair, inclusive, sobre o patrimônio imaterial, incluindo os documentos secretos que se referem a aspectos caros à empresa, a saber: a atividade organizativa, a situação financeira, a relação com os clientes. Sob esse ponto de vista, também seriam relevantes as repercussões negativas, o dano presumivelmente grave que pode causar à empresa.[192]

O art. 18.3 da Constituição espanhola garante o segredo das comunicações e, em especial, da telefônica. Por essa razão, Goñi Sein enuncia que, inexistindo circunstância

---

[189] LUGARESI, Nicola. *Uso di internet sul luogo di lavoro, controlli del datore di lavoro e riservatezza del lavoratore. In:* Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia. Vol. 58., *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro.* Padova: CEDAM, 2010, p. 119-120.
[190] GOÑI SEIN, Jose Luis. Op. cit., p. 179.
[191] *Idem, Ibidem,* p. 185.
[192] *Idem, Ibidem,* p. 187.

especial na relação de trabalho, são ilícitos todos os controles telefônicos feitos de modo clandestino pelo empregador ou por qualquer presposto.[193]

Com relação ao controle do uso de e-mail, não há norma expressa no *Estatuto de los Trabajadores* sobre o assunto. Em caso concreto submetido à sua alçada, o Tribunal Supremo concluiu, através da Sentença da *Sala de lo Social*, *Sección 1*, de 26 de setembro de 2007, que o uso pelos empregados de meios informáticos disponibilizados pelo empregador suscita conflitos envolvendo sua intimidade, assentando, no entanto, que o fato de afetar a esfera privada dos empregados não exclui do empregador o direito de controlar o e-mail, embora se tolere, por vezes, seu uso para fins pessoais. Assim, aplicar-se-ia o art. 20.3 do *Estatuto de los Trabajadores* aos casos de controle do e-mail, e não o art. 18 da Constituição, que cuida do sigilo das comunicações. O Tribunal ressaltou, ainda, que os empregados devem ser previamente cientificados sobre a fiscalização.

> *Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio. Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios? Con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales? E informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones.*[194]

A jurisprudência espanhola tem entendido que o uso do correio eletrônico da empresa para fins alheios aos laborais, tal como o envio de mensagens com conteúdo humorístico e obsceno, consiste em infração ao dever de lealdade.

> *La naturaleza y características del ilícito proceder descrito suponen una clara infracción del deber de lealtad laboral que justifica la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo con base en el citado art. 54.2.d), al haber utilizado el trabajador los medios informáticos con que cuenta la empresa, en gran número de ocasiones, para fines ajenos a los laborales (contraviniendo, así -con independencia de su concreto coste económico-temporal- un deber básico que, además de inherente "a las*

[193] GOÑI SEIN, Jose Luis. Op. cit., p. 156.

[194] RJ 2007/7514. *Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Social, Sección 1, de 26 septiembre 2007. Jurisdicción Social. Ponente Exmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.* Acesso em 11 jan 2014. Disponível em: http://www.derechotrabajo-ucm.info/doc/RJ_2007_7514_%2026%20de%20septiembre.pdf.

> *reglas de buena fe y diligencia" que han de presidir las relaciones de trabajo -ex art. 5aET-, parece explicitado en el hecho 11) y comprometiendo la actividad laboral de otros productores. Como señala la STSJ de Murcia de 15 de junio de 1999 "(...) por razones elementales de orden lógico y de buena fe, un trabajador no puede introducir datos ajenos a la empresa en un ordenador de la misma sin expresa autorización de esta, pues todos los instrumentos están puestos a su exclusivo servicio...". Imponiéndose, por ello, la consecuente estimación del duodécimo motivo de recurso, al haberse producido la "aplicación indebida" que en el mismo se denuncia del artículo 54.2d del Estatuto de los Trabajadores.* (Roj: STSJ CAT 14437/2000 - Tribunal Superior de Justiça – Sala de lo Social – Barcelona – Recurso nº 4854/2000 – Fecha 14.11.2000).

Depreende-se, portanto, que o ordenamento espanhol, assim como o italiano, regula expressamente o expediente da revista dos empregados, disciplinando suas hipóteses de cabimento e a forma de sua realização. No que diz respeito às escutas telefônicas, elas são consideradas ilegítimas se feitas de modo clandestino. Contudo, quanto à fiscalização dos e-mails, prevalece na jurisprudência daquele país o entendimento de que o uso do correio eletrônico para finalidades diversas das laborais constitui ofensa ao dever de lealdade, propiciando ao empregador a faculdade de interferir, exercendo seu controle, desde que avise os empregados a respeito da fiscalização.

Em Portugal, o Código do Trabalho é omisso com relação à possibilidade de revista dos empregados, a qual, porém, ocorre frequentemente nas empresas.[195]

Segundo Teresa Alexandra Coelho Moreira, parece "razoável a disciplina jurídica consagrada no art. 6º do *S. L.*, seguido pelo art. 18º do *E. T.*, embora este último com algumas incorrecções", entendendo que "é possível uma transposição dos critérios previstos nestes artigos" para o ordenamento jurídico português. [196]

A referida autora sugere, então, que sejam adotados os seguintes requisitos para que as revistas se deem legitimamente: necessidade de proteção do patrimônio; respeito à dignidade e privacidade do empregado; presença de um representante dos empregados para assegurar a proteção de seus direitos e que os demais requisitos sejam preenchidos.[197]

No que tange aos meios de controle à distância, notadamente o que se dá pelo emprego de escutas telefônicas, o Código do Trabalho português prevê que "o empregador não pode utilizar meios de vigilância à distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico" (art. 20.1), assinalando, porém, ser lícita a utilização de

---

[195] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada… p. 353.
[196] *Idem, Ibidem,* p. 354.
[197] *Idem, Ibidem,* p. 354.

equipamento tecnológico quando tiver como objetivo a proteção do patrimônio ou das pessoas (art. 20.2). Como se não bastasse, o ato de se valer de escuta telefônica é também considerado crime, nos termos do art. 276 do Código Penal português.

Teresa Alexandra Coelho defende que, mesmo que o empregado tenha conhecimento da gravação da ligação e embora se saiba que esse controle é necessário para fiscalizar a atividade de alguns empregados em alguns tipos de trabalhos, deve ser dada preferência outros tipos de controle, pois até em comunicações profissionais podem ser reveladas questões referentes à intimidade dos empregados.[198]

Amadeu Guerra define o ato de cientificação como um divisor de águas. Para ele, é proibida a interceptação de qualquer comunicação sem que o empregado tenha sido informado previamente, inclusive para o controle de ordens dadas.[199] Por outro lado, entende ser possível quando houver prévia notificação a respeito. Confira-se:

> Pensamos que a entidade patronal, *depois de informar o trabalhador sobre todas as finalidades e possíveis utilizações das gravações*, não está dispensada de obter – em especial em tarefas ocasionais – um consentimento expresso para a gravação, nomeadamente através da inclusão de cláusula contratual ou da assinatura de documento escrito que permita evidenciar o direito de informação e documentar a aceitação do trabalhador em relação à gravação.[200]

Quanto à possibilidade de fiscalização do e-mail por parte do empregador, o Código do Trabalho português é bastante específico. Em seu art. 22, o citado diploma garante a confidencialidade das mensagens do empregado e regula o acesso à informação. No art. 22.1, dispõe que o empregado "goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico". No art. 22.2, por sua vez, está previsto que a disposição do parágrafo antecedente "não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico".

A doutrina, todavia, não é unânime quanto à possibilidade de utilização do e-mail corporativo para fins pessoais e sobre os limites de seu controle pelo empregador.

Júlio Manuel Vieira Gomes propugna que "o empregador tem o poder de regulamentar o uso do correio electrónico, que ele próprio disponibiliza, e não tem a

---

[198] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Da esfera privada… p. 392.
[199] GUERRA, Amadeu. A privacidade no local de trabalho: as novas tecnologias e o control dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2004, p. 341-343.
[200] *Idem. Ibidem,* p. 345.

obrigação de permitir a utilização para fins pessoais desse mesmo correio electrónico".[201] Não obstante, reconhece que "uma utilização pontual do correio electrónico, para fins meramente pessoais, pode ser socialmente adequada, impondo-se aqui uma certa margem de tolerância", pois "a proibição total de uso do correio electrónico, para fins privados, é irrealista".[202] Feita essa observação, complementa o autor, se o empregador não autorizar o uso para fins pessoais, ressalvadas as hipóteses de uso pessoal de maneira pontual, a utilização do e-mail para essa finalidade será considerada ilícita.[203]

Teresa Alexandra Coelho Moreira crê que o direito constitucional de segredo das correspondências, previsto no art. 34º da Constituição portuguesa e o previsto no art. 22º do Código do Trabalho não podem ser limitados pelo poder de organização, direção e controle de que goza o empregador. [204] Havendo política clara de utilização do correio eletrônico, considera-se lícito o acesso do empregador ao e-mail profissional do empregado, sem autorização judicial, desde que seja respeitado o princípio da proporcionalidade, ou seja, a "abertura destes e-mails deve ser excepcional, devendo ocorrer na presença do trabalhador, a não ser que este se encontre ausente por algum motivo e seja exactamente este a causa da sua visualização".[205] Assim, tratando-se de mensagens marcadas como pessoais ou com dados externos que façam presumir que se trata de mensagem particular, não poderá o empregador controlar seu conteúdo nem mesmo excepcionalmente.[206]

Esse, também, o entendimento perfilhado por Amadeu Guerra, para quem o fato de o empregador atribuir ao empregado e-mail corporativo não o autoriza a quebrar o sigilo da correspondência sem consentimento ou anuência do empregado.[207]

Ante o exposto, nota-se que, em Portugal, a legislação nada dispõe acerca da revista dos empregados. Porém, a doutrina entende ser possível a revista desde que preenchidos os requisitos dos arts. 6º do *Statuto dei Lavoratori* e 18 do *Estatuto de los Trabajadores*, por analogia. Com relação às escutas telefônicas, consideram-se lícitas quando tiverem como objetivo a proteção do patrimônio ou das pessoas, desde que os empregados sejam previamente informados sobre o controle e não tenha sido possível obter tais informações por outras formas de vigilância. Quanto à fiscalização do e-mail,

---

[201] GOMES, Júlio Manuel Vieira. Direito do Trabalho… p. 369.
[202] *Idem, ibidem,* p. 370.
[203] *Idem, ibidem,* p. 371.
[204] MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Estudos de Direito do Trabalho… p. 48.
[205] *Idem, ibidem,* p. 50.
[206] *Idem, ibidem,* p. 51.
[207] GUERRA, Amadeu. Op. cit., p. 375.

verifica-se ser possível, desde que realizado de maneira proporcional, sem ferir a dignidade do empregado, que deve consentir previamente com a medida.

No Brasil, o tema da vigilância sobre a atividade laboral desempenhada pelo empregado se encontra sofrivelmente regulamentado.

O art. 373-A da CLT proíbe a revista íntima das mulheres, regra que se estende, por analogia, aos empregados do sexo masculino. Silencia, entretanto, quanto à revista pessoal, referente aos objetos do empregado, lacuna que é preenchida pela atuação da doutrina e da jurisprudência, que têm admitido - a última de forma majoritária -, a revista sobre os pertences dos empregados, tais como em bolsas, carteiras, armários, veículo etc., uma vez observados critérios objetivos, tais como aqueles consolidados pelo art. 6º do *Statuto dei Lavoratori*.

A propósito, ensina Alice Monteiro de Barros:

> Em face das peculiaridades que envolvem o assunto e para limitar esse poder de fiscalização do empregador, recomenda-se que tais revistas ocorram, preferencialmente, na saída do trabalho, por meio de critério objetivo (sorteio, numeração, etc.), não seletivo, mediante certas garantias, como a presença de um representante dos empregados, ou, na ausência deste, de um colega de trabalho, para impedir abusos. Em determinadas circunstâncias, sugere-se, até mesmo, que a revista se faça na presença de colegas do mesmo sexo, para se evitarem situações constrangedoras.[208]

Estêvão Mallet se afina à essa intelecção, asseverando que se a revista que não possui caráter íntimo, ela não viola o dever de boa-fé contratual, desde que observados alguns limites, assim enumerados: necessidade para tutela do patrimônio da empresa; equilíbrio entre a forma da revista e a finalidade; prévio aviso sobre a possibilidade da revista; respeito à dignidade dos empregados; realização em local reservado, por pessoa do mesmo sexo, sem contato físico e sem danificar os pertences do empregado; e não poderá ter caráter discriminatório ou persecutório.[209]

Há entendimento jurisprudencial minoritário no sentido de que a revista sobre os pertences do empregado afronta o seu direito de privacidade:

> REVISTA DE BOLSA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO.- A revista de bolsa da empregada, a despeito de não consistir em um ataque mais direto à intimidade, porquanto não se trata de revista íntima (no corpo da empregada), pode causar lesão aos direitos da intimidade e da vida privada da autora. No caso concreto, as revistas eram diárias, independentemente de qualquer suspeita de conduta inadequada dos empregados, sendo a reclamante obrigada a abrir sua bolsa ou sacola,

[208] BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 468.
[209] MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade… p. 207-209.

> inclusive quando portava roupas ou objetos íntimos. [...] Os cuidados do empregador pela preservação de seu patrimônio encontram limite intransponível nos direitos personalíssimos, razão pela qual se tem que a revista do empregado não pode resultar em injustificada invasão de privacidade, pois são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, direitos estes assegurados por norma constitucional. "In casu", a conduta do empregador ultrapassou os limites da dignidade da pessoa, configurando procedimento vexatório e humilhante que impõe a indenização por danos morais ao trabalhador. Tal entendimento também foi respaldado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida pela ANAMATRA, TST e CONEMATRA, e resultou na edição do Enunciado nº 15: "REVISTA DE EMPREGADO. I - REVISTA - ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador. [...] (TRT-19 - RECORD: 1409200800819006 AL 01409.2008.008.19.00-6, Relator: João Batista, Data de Publicação: 30/07/2009 – grifo nosso).

No entanto, a jurisprudência majoritária, com a qual concordamos, preconiza que a revista dos pertences não gera dano moral se feita dentro de limites objetivos:

> REVISTA REALIZADA EM BOLSAS DOS EMPREGADOS. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. Esta Corte tem entendido que o poder diretivo e fiscalizador do empregador permite a realização de revista em bolsas e pertences dos empregados, desde que procedida de forma impessoal, geral e sem contato físico ou exposição do funcionário à situação humilhante e vexatória. Desse modo, a revista feita exclusivamente nos pertences dos empregados não configura, por si só, ato ilícito, sendo indevida a reparação por dano moral. No caso dos autos, não há notícias, no acórdão regional, de que o empregado tenha sofrido efetiva lesão à sua dignidade ou honra, já que a revista era feita tão somente nos pertences dos empregados. A conclusão regional se deu com base nos fatos narrados, por entender que a prática realizada pela empresa, a princípio e por si só, expunha o empregado à situação vexatória e constrangedora, passível de reparação. Estando essa conduta amparada pelo poder diretivo do empregador, à vista do quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias, e se constatando não ter havido abuso de direito, deve ser reformada a decisão em que se reconheceu a existência de dano moral bem como se condenou a reclamada ao pagamento a ele correspondente. (Tribunal Superior do Trabalho – Recurso de Revista nº 486-19.2011.5.05.0039 – 2ª Turma – Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta – DEJT. 19.12.2013).

Tal posicionamento parece ser o mais adequado. A despeito de determinar certa mitigação do direito à intimidade do empregado, permite ao empregador proteger seu patrimônio, tanto material quanto imaterial, sempre que obedecidos limites objetivos e específicos para sua realização, como os do *Statuto dei Lavoratori*. Há, por exemplo, situações em que a revista avulta como a única forma de evitar furto de matérias-primas, produtos de elevado valor ou até de documentos considerados confidenciais. Deve-se

observar, contudo, que o empregador deverá manter sigilo sobre segredos do empregado de que venha a tomar conhecimento em razão de revista em seus pertences.

Alice Monteiro de Barros, ao indagar sobre a licitude das escutas telefônicas pelo empregador, afirma que o art. 5º, XII, da Constituição Federal brasileira, consagra a inviolabilidade do "sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".[210] Esclarece, ainda, que a Lei nº 9.296/96 regulamenta o referido inciso do art. 5º da Constituição, considerando crime a "interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de justiça sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei", conforme seu art. 10.[211]

A mencionada autora sugere, então, a adoção do critério de razoabilidade, fixado pela doutrina espanhola como norte, para "auxiliar o intérprete brasileiro na conciliação dos direitos fundamentais da livre-iniciativa e da propriedade [...] com o direito de sigilo de correspondência e à privacidade [...]".[212] Tal critério veicula a idéia de que, "se o telefone é utilizado como meio de execução de tarefas, o empregador poderá intervir e controlar as chamadas, pois não é considerado terceiro relativamente à conversa".[213]

Estêvão Mallet entende ser legítima a gravação de ligações feitas através de telefone da empresa sempre que haja divulgação prévia da fiscalização:

> assim, não se afigura ilegal a gravação de conversa telefônica que o empregado entabula no aparelho cedido pela empresa, para uso durante o serviço e em atividade ligada ao objeto do contrato de trabalho, sempre que previamente divulgado o procedimento de fiscalização. A prática tem especial importância – e não tem como ser questionada – quando há necessidade de comprovação da conversa, tal como se dá em casos de operações bancárias ou de compras realizadas por meio de telefone.[214]

Igualmente, Vólia Bomfim Cassar também considera possível o controle telefônico no ambiente de trabalho desde que o empregado seja previamente avisado.[215]

Entendemos, conforme Mallet e Cassar, que, se houver prévio aviso de que serão gravadas todas as ligações efetuadas pelo telefone da empresa, não haverá ilicitude.

---

[210] BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 475.
[211] *Idem, ibidem,* p. 476.
[212] *Idem, ibidem,* p. 477.
[213] *Idem, ibidem,* p. 477.
[214] MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade… p. 205.
[215] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 966.

Com relação ao controle de e-mail corporativo pelo empregador, a CLT também é omissa, cabendo ao Poder Judiciário decidir sobre a questão.

Segundo Alexandre Agra Belmonte, conquanto o e-mail não circule através do correio, não deixa de ser um objeto de correspondência e, por isso, seu conteúdo se encontra sob a égide da inviolabilidade do sigilo das comunicações, previsto no art. 5º, XII, e indiretamente pelo direito à intimidade, garantido no art. 5º, X, da Constituição.[216]

O e-mail particular do empregado não pode ser interceptado pelo empregador, ainda que tenha sido acessado através de computador no local de trabalho, salvo com autorização judicial para tanto.[217]

Caso emblemático na jurisprudência brasileira envolve a abertura de armário do empregado, no local de trabalho, mediante a contratação de chaveiro, enquanto o empregado estava em viagem a trabalho, para retirada de *notebook* da empresa que estava com o empregado a título de comodato. O Tribunal Superior do Trabalho decidiu, corretamente, que o empregador exerceu seu poder diretivo de maneira excessiva ao abrir o armário do empregado, sem seu consentimento, e retirar o computador, tendo acesso a e-mails, documentos e dados pessoais do empregado.[218]

Por outro lado, o e-mail corporativo, colocado à disposição do empregado pelo empregador, possui contornos mais complexos. Trata-se de uma ferramenta de trabalho, estando, a princípio, a ele vinculada, podendo ser controlado pelo empregador.[219]

Segundo Belmonte, o empregador poderá controlar o e-mail corporativo de maneira não abusiva e deve proceder de modo generalizado e impessoal,[220] não necessitando de comunicação prévia dos empregados ou presença do representante sindical se a verificação

---

[216] BELMONTE, Alexandre Agra. O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p.

[217] *Idem, ibidem*, p. 79.

[218] Eis o teor do acórdão: "Desse modo, ficou demonstrado nos autos pelo reclamante que a empresa excedeu seu poder diretivo a ponto de gerar dano moral, pois a empregadora permitiu ou perpetrou o arrombamento do armário do autor, "sem conhecimento ou consentimento, em sua ausência, pois estava inclusive a serviço da empresa, tendo o empregador acesso aos seus dados pessoais, podendo inclusive copiá-los, além de ter acesso indevido a objetos particulares". Ora, conforme bem asseverou o Colegiado não "foi razoável ao proceder ao arrombamento do armário do autor na sua ausência, sem seu consentimento e/ou conhecimento. Neste ponto, a falta da razoabilidade a que o poder diretivo se submete, confronta-se com os direitos da personalidade do empregado, na medida em que este teve a sua intimidade violada. É certo portanto que o poder diretivo do empregador sofre limitações em razão dos direitos da personalidade do empregado, que em não sendo respeitados, enseja a indenização por danos morais". Além disso, "Não observou o contrato de comodato existente". Assim, o reclamante tem direito à indenização pleiteada, tendo em vista que a reclamada excedeu manifestamente os limites de seu direito, cometendo, assim, ato ilícito, em razão do abuso de direito (artigo 187 do Código Civil)". (TST – RR nº 183240-61.2003.5.05.0021 – 2ª Turma -Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DEJT. 14.09.2012).

[219] BELMONTE, Alexandre Agra. Op. cit., p. 85.

[220] *Idem, ibidem,* p. 86.

de uso do sistema é formal. Em casos nos quais a divulgação desse controle possa frustrar a utilidade prática da medida - risco de dano irreparável ou de difícil reparação, observa o autor -, é até preferível que essa prévia comunicação seja evitada.[221]

Nessa esteira, Amauri Mascaro Nascimento entende que, ao passo que os e-mails particulares dos empregados gozam de inviolabilidade plena, salvo autorização judicial, os e-mails corporativos, a seu turno, "desde que se restrinjam a efetivas ferramentas de trabalho fornecidas pela empresa a seus empregados para que ali realizem atos de interação com estritos fins contratuais [...] possuem regência diversa".[222] Em outras palavras, podem ser controlados pelo empregador, e, segundo o autor, é razoável que o empregador,

> ao fornecer o email corporativo, esclareça sobre a vedação de seu uso para fins particulares ou irregulares, lembrando que os atos de privacidade, intimidade e congêneres a serem naturalmente realizados pelos trabalhadores devem ser veiculados no respectivo email pessoal, porém não no corporativo.[223]

Na jurisprudência, predomina o raciocínio de que a vigilância sobre e-mail corporativo pelo empregador não configura violação ao sigilo de correspondência. Tem-se sustentado que se o empregado desejar garantir o sigilo de suas correspondências particulares, deve se valer de endereço eletrônico pessoal.[224]

Esse pensamento, porém, não é unânime. Há voz na jurisprudência pátria a soar que as mensagens recebidas através de e-mail corporativo são correspondências pessoais, não podendo o empregador ter acesso ao seu conteúdo nem recusar acesso por parte de ex-empregada. Além disso, considerou-se que a transmissão dos e-mails recebidos pela antiga empregada para outra que assumiu seu posto configura invasão de privacidade.[225]

---

[221] BELMONTE, Alexandre Agra. Op. cit., p. 87.
[222] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 646.
[223] *Idem, ibidem,* p. 646.
[224] Segue o teor do acórdão: "I) DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ACESSO DO EMPREGADOR A CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO - LIMITE DA GARANTIA DO ART. 5º, XII, DA CF […] 3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional - da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. 4. Assim, se o "e-mail" é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em "e-mail" corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema "gmail" do Google, de acesso universal. 5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos. (TST – RR nº 996100-34.2004.5.09.0015 – 7ª Turma – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DEJT. 20.02.2009).
[225] Eis o teor do acórdão: "[...] 9 - A trabalhadora requereu que o réu fosse compelido a repassar-lhe todas as correspondências recebidas pelo e-mail corporativo sendo a pretensão rejeitada pelo juiz de primeiro grau ao

Observa-se, assim, que o ordenamento jurídico é silente sobre aspectos importantes do direito de personalidade dos empregados e sobre os limites do poder diretivo do empregador, inclusive no que diz respeito à vigilância da atividade laboral. O silêncio do legislador é responsável por decisões diametramelmente opostas, gerando insegurança jurídica nas relações de emprego.

Nessa medida, torna-se relevante o estudo do direito comparado para examinar como outros ordenamentos jurídicos cuidam do tema.

Assim, quanto à revista dos pertences do empregado, o tratamento dado pelo ordenamento jurídico italiano parece ser o mais adequado ao possibilitar a revista para tutela do patrimônio da empresa, seja material ou imaterial. Os requisitos cristalizados no art. 6º do *Statuto dei Lavoratori* se mostram razoáveis como forma de equilibrar o direito de privacidade dos empregados e o direito do empregador de tutelar seu patrimônio, quais sejam: realização na saída do local de trabalho; respeito à dignidade do empregado; sistema automático de seleção dos empregados que irão se submeter à revista; diálogo entre empregado e empregador. Esses parâmetros, aliás, foram importados e têm sido utilizados pela jurisprudência brasileira.

No que atine com o controle das ligações telefônicas feitas a partir de telefone da sociedade empresária, afigura-se razoável que o legislador previsse expressamente a possibilidade de vigilância diante da necessidade de proteção e segurança de pessoas e bens, desde que fossem os empregados avisados de forma prévia, como consta do art. 20º do Código de Portugal e como têm defendido os doutrinadores brasileiros.

Quanto ao controle do e-mail corporativo, inclinamo-nos ao posicionamento jurisprudencial no sentido de que é legítimo o controle do e-mail cedido pela sociedade empresária com o intuito de verificar se o uso tem sido feito de maneira adequada. O e-mail particular, por outro lado, ainda que acessado através de computador da empresa, é inviolável, salvo por determinação judicial.

---

fundamento de que o endereço eletrônico, bem como seu conteúdo pertenceriam ao empregador. 10 – Ouso discordar da sentença sob esse aspecto. Não obstante o endereço eletrônico ter sido criado pelo empregador para a autora, equivale a "escaninho virtual", como qualquer outra fonte de correspondência pessoal, sendo abusiva a invasão do conteúdo, bem como a recusa em permitir o acesso da ex-empregada às mensagens eletrônicas recebidas naquele sítio. Dou provimento ao apelo para determinar que o empregador restitua à autora os e-mails corporativo (*sic*), sob pena de multa diária no importe pretendido na inicial em caso de descumprimento. [...] 18 – No caso, a divulgação de mensagens endereçadas à autora a outrem configura invasão de privacidade. Assim, ainda que os endereços eletrônicos corporativos sejam considerados instrumentos de trabalho, de propriedade do empregador, devendo ser usados, exclusivamente, para fins correlatos ao contrato de trabalho, atraem a mesma proteção que o legislador constituinte guarneceu à correspondência postal. [...] (TRT 1ª Região – RO nº 0043200-95-2008.5.01.0075 – 7ª Turma – Rel. Des. José Geraldo da Fonseca – j. 15.12.2010).

É possível que, durante a vigilância através de revista, de controle das ligações telefônicas ou do e-mail, o empregador venha a ter acesso a informações sigilosas do empregado que não guardam relação com a prestação dos serviços. Nesse caso, a ele se impõe o dever de manter segredo sobre tais dados.

O profícuo exemplo das experidências portuguesa e italiana, quanto à tutela dos direito da personalidade dos empregados, poderiam inspirar o legislador pátrio.

Amauri Mascaro Nascimento leciona, a propósito, que:

> O Código de Portugal (2003), inovador nessa matéria, é um avanço a ser seguido pela nossa CLT, dando aos direitos de personalidade, em sentido específico, voltados para as relações de trabalho, um destaque coincidente com sua importância no período contemporâneo, sua ampliação do direito civil para o trabalhista, e a sensibilidade para ver que, mais que no direito civil, esses direitos justificam-se inteiramente no direito do trabalho, que, desse modo, sobre eles não pode silenciar.[226]

Resta verificar, então, quais seriam as consequências imponíveis ao empregador em caso de divulgação de informações secretas dos empregados.

2.3. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DE SEGREDO DO EMPREGADO POR PARTE DO EMPREGADOR

Os empregados têm direito de manter segredo sobre alguns aspectos de sua intimidade, os quais remanescem inacessíveis ao empregador, ainda que durante o contrato de trabalho. É possível, no entanto, que, no momento do exercício de seu poder de controle, realizado dentro dos limites legais e em respeito à dignidade do empregado, venha o empregador a obter o conhecimento de algumas dessas informações, situação em que passa a recair sobre ele a obrigação de segredo.

Na Itália, o art. 21 da Lei nº 675/1996 estabelecia ao titular do banco de dados a proibição de divulgação e difusão para finalidade diversa da que havia sido notificada à Comissão Garantidora dos direitos de privacidade.

Segundo Pietro Ichino, essa norma, ao ser aplicada ao empregador, gera uma ampliação da obrigação de segredo prevista no art. 622 do Código Penal italiano, proibindo a revelação a terceiros de quaisquer dados pessoais de seu empregado sem o seu consentimento, salvo se a comunicação decorra de cumprimento de determinação legal ou

[226] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 717-718.

contratual. O descumprimento da obrigação de segredo ensejaria punição de reclusão, de três meses a dois anos, conforme art. 35 da Lei nº 675/96.[227]

Com a ab-rogação da Lei nº 675/96 pelo *Codice privacy*, a questão passou a ser por ele regulada. Seu art. 25 estatui que a divulgação e a difusão de dados pessoais é punível pena de reclusão, de um a três anos, se da comunicação ou difusão resultar dano, nos termos do art. 167.2 do mesmo *Codice*.

Além disso, o art. 15.2 do *Codice* prevê a reparação dos danos morais resultantes da violação da forma de tratamento prevista no art. 11.

Em Portugal, o art. 16.1 do Código do Trabalho também impôs ao empregador o dever de manter sigilo sobre as informações reservadas de seus empregados, a saber: "O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada".

Prestigiando o dever de sigilo, o art. 21.3 do supramencionado diploma dispôs que as informações da vida privada dos empregados deverão ser destruídas quando de sua transferência para outro local ou quando da cessão do contrato de trabalho:

> Os dados pessoais recolhidos através dos meios de vigilância a distância são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades da utilização a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho.

Caso não se proceda à destruição de tais dados, configurar-se-á, nos termos do art. 21.3, violação reputada como *contra-ordenação grave*.

Já o art. 34 da Lei nº 67/98 prevê que qualquer pessoa que tenha sofrido prejuízo em razão de tratamento ilícito de dados pessoais poderá requerer reparação. disciplinando o art. 38 da citada lei, a aplicação da sanção de multa para a hipótese de descumprimento de obrigações de tratamento adequado de dados pessoais.

No Brasil, a Constituição da República, em seu art. 5º, X, consolidou como invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas."

À luz dessa diretriz, alguns comportamentos foram, inclusive, criminalizados. Assim, por exemplo, estabeleceu o Código Penal que será punível a violação da correspondência e da comunicação telefônica, em seu art. 151, *caput*, com pena de detenção de um a seis meses, ou multa, e a comunicação telefônica no art. 151, II e IV, com pena de detenção de um a três anos. No art. 153, repudia a divulgação do segredo com

[227] ICHINO, Pietro. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*... p. 272-273.

reprimenda de detenção de um a seis meses, ou multa, e, no art. 154, condena a divulgação de segredo profissional com pena de detenção de três meses a um ano, ou multa.

Assegurou o constituinte, igualmente, "o direito a indenização pelo dano material ou moral" decorrente da violação de tais objetividades jurídicas (CF, art. 5º, X), cabendo à Justiça do Trabalho apreciar as ações desse jaez no âmbito da sua competência, por força do art. 114, VI, da Constituição Federal.

A partir disso, consagra a CLT a possibilidade de cessação do contrato de trabalho uma vez caracterizada a prática de atos faltosos pelo empregador e uma das hipóteses é a rescisão pelo descumprimento de obrigações contratuais pelo empregador, nos termos do art. 483, alínea "d", do referido diploma.

Consideramos que a violação do direito de intimidade do empregado configura descumprimento grave de obrigação legal e deve ensejar rescisão ou despedida indireta do contrato de trabalho. Poderá o empregado pleitear, nessa hipótese, as mesmas verbas a que teria direito em caso de dispensa sem justa causa.

Nessa linha é a posição de Arion Sayao Romita:

> Quando praticada pelo empregador contra o empregado, a violação de sigilo da correspondência e das comunicações, como visto anteriormente, além de constituir crime, pode ensejar ao empregado a iniciativa de considerar rescindido o contrato de trabalho e pleitear a devida indenização, pois o empregador, ao proceder desta forma, descumpre as obrigações do contrato (CLT, art. 483, alínea d). Sem dúvida, entre as obrigações assumidas pelo empregador em face do empregado, inclui-se a de respeitar o sigilo de sua correspondência e das suas comunicações.[228]

Assim, conclui-se que a CLT deve ser objeto de aperfeiçoamento a fim de garantir de forma plena e funcional a proteção dos direitos de personalidade dos empregados, impondo expressamente ao empregador a obrigação de manter segredo sobre os dados confidenciais de que passa a ter conhecimento em razão do exercício de seu poder de controle, dentro de limites razoáveis e em respeito à dignidade do empregado. Sugere-se, também, que a CLT preveja, literalmente, a responsabilização do empregador por eventuais danos morais e materiais do descumprimento dessa obrigação, seja em decorrência da realização de devassa indevida, seja em virtude da propalação das informações dela advindas.

---

[228] ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 308-309.

3. SEGREDO DE EMPRESA

No presente capítulo, será analisado o segredo em face do empregador, analisando-se a noção de segredo de empresa, de indústria e de negócio, sua relação com o *know-how* e a forma de proteção desses segredos.

3.1. SEGREDO DE EMPRESA, SEGREDO INDUSTRIAL E SEGREDO DE NEGÓCIO

O conceito de segredo, já examinado no Capítulo 1, se aplica à seara empresarial conforme as especificações que são a ela peculiares.

De início, verifica-se que inexiste uniformidade terminológica quanto às expressões utilizadas para designar o segredo concebido no âmbito de uma empresa.

Dorval de Lacerda o define como "todo fato, ato ou coisa, que, de uso ou conhecimento exclusivo da empresa, não possa ou não deva ser tornado público, sob pena de causar um prejuízo, remoto, imediato ou provável, àquela".[229]

Por seu turno, Wagner D. Giglio ensina que "segredo de empresa é tudo que, sendo referente a produção ou negócio e do conhecimento de poucos, não deve, pela vontade dos seus detentores, ser violado".[230]

No direito anglo-americano, é comum o uso da expressão *trade secrets* para se referir aos segredos de empresa em geral, designação que engloba tanto aos segredos industriais quanto os segredos de negócio. Robert P. Merges lembra, nesse ínterim, que *trade secret* corresponde às "informações técnicas ou de negócio de qualquer tipo"[231]. No entanto, Gomez Segade alerta para o fato de que, por se cuidar de expressão equívoca, ela pode induzir em o intérprete em erro, já que comporta não só essa intelecção mais ampliativa, como também outra mais restritiva, no sentido de que seu alcance se limita aos segredos relativos ao setor comercial da empresa, excluindo os de índole técnica.[232]

---

[229] LACERDA, Dorval de. A falta grave no Direito do Trabalho. 4ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1976, p. 226.
[230] GIGLIO, Wagner D. Justa causa. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 184.
[231] MERGES, Robert. P., Op. cit, p. 25.
[232] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 48-49.

A despeito da diversidade de termos empregados, Gomez Segade entende que seria possível falar em uma categoria genérica de segredos de empresa, pois, mesmo existindo variação entre as espécies de segredo existentes (industrial, de negócio etc.), ostentam a característica comum de se inserirem no âmbito de uma empresa. Esse fato justifica a existência de um gênero denominado "segredos empresariais" a englobar todos aqueles que compõem a esfera privada de uma empresa, sem prejuízo de se estabelecer, dentro desse gênero, as distinções necessárias entre cada espécie de segredo empresarial.[233]

De se rememorar, a propósito, a lição de Antonio Lamarca, para quem segredo de empresa é

> processo de fabricação ou método de negócio exclusivo da empresa. No processo de fabricação (segredo de fábrica) a empresa, graças ao seu segredo, permanece sozinha no mercado ou enfrenta com galhardia a concorrência (menor custo do produto, maior durabilidade, melhor qualidade etc.); no método do negócio, pode a empresa empregar um *tour de main*, que a faça sair vitoriosa da concorrência.[234]

Nesse jaez, Newton Silveira ensina que "os segredos empresariais podem ser divididos em dois tipos, que são aqueles a que a lei brasileira se refere: os "de negócios" e os "industriais ou de fábrica", nos termos do Código de Propriedade Industrial, que usa a expressão "segredo de fábrica".[235]

Essa, também, a nomenclatura utilizada pela Consolidação das Leis do Trabalho, que, em seu art. 482, "g", faz alusão ao "segredo de empresa".

Como se viu, a doutrina cunhou a expressão "segredo de empresa" como gênero do qual são espécies os segredos industriais e os segredos de negócio.

O primeiro, de acordo com o escólio de Gomez Segade, corresponde a "*todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimentos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos*".[236]

Celso Delmanto acrescenta que o fato de o seu objeto ser ou não patenteável, é indiferente ao segredo industrial, definindo-o, assim, como "um método ou meio especial de fabricação, patenteável ou não, que é mantido em sigilo".[237]

---

[233] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 47.
[234] LAMARCA, Antonio. Manual das justas causas. 2ª ed. São Paulo: RT, 1983, p. 459.
[235] SILVEIRA, Newton. Contrato de transferência de tecnologia. *In:* Cadernos FUNDAP. Ano 5, nº 11, São Paulo, jul/1985, p. 77.
[236] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 66.
[237] DELMANTO, Celso. Crimes de concorrência desleal. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 211.

Segredo de negócio, por sua vez, é "aquele que se relaciona com o setor puramente comercial da empresa (venda, publicidade, relações com os consumidores e fornecedores etc.)".[238] Gomez Segade cita, como exemplos, as diferenciadas condições de pagamento, os preços especiais, os documentos de cálculo, as lista de fornecedores e, como o segredo de negócio por excelência, a lista de clientes.[239]

Consideram-se, portanto, como segredos de empresa os conhecimentos reservados da sociedade empresária que devem ser mantidos sob sigilo porque lhe conferem, em comparação com seus concorrentes, uma vantagem competitiva, distinguindo-se em segredos industriais (de fábrica) e de negócio (comerciais).

Cumpre analisar, nos tópicos subsequentes, quais os requisitos necessários para que uma informação possa ser considerada secreta.

3.2. REQUISITOS PARA EXISTÊNCIA DE SEGREDO DE EMPRESA

Robert P. Merges identifica como requisitos para que alguém possa se beneficiar da proteção conferida ao segredo de empresa os seguintes:

> para se beneficiar da proteção do segredo de empresa, a informação deve ser um segredo. Contudo, apenas se requer que o segredo seja relativo e não absoluto. Além disso, o detentor de um segredo de empresa deve adotar medidas razoáveis para manter o sigilo. Segredos de empresa não possuem um prazo de proteção, mas devem ser protegidos apenas enquanto forem segredos. Quando um segredo de empresa for divulgado, a proteção será perdida.[240] (tradução nossa).

O autor americano observa, ainda, que informação que esteja em domínio público não é suscetível de segredo simplesmente por ser tratada como tal.[241]

Elisabeth Kazsnar Fekete, ao estudar os chamados elementos do segredo de empresa[242], apurou suas características - caráter secreto ou reservado, novidade, originalidade, ausência de patente, valor econômico, uso efetivo, utilidade, concretude, alienabilidade, licitude e tecnicidade - e, a partir disso, os classificou em: a) objetivos, isto é, relativos ao seu conteúdo; b) subjetivos, pertinentes aos sujeitos ativos e passivos dos

---

[238] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 57.
[239] *Idem, ibidem,* p. 58-59.
[240] MERGES, Robert. P. Intellectual Property in the new technological age. 6th ed. Aspen Casebook Series. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 25.
[241] *Idem, ibidem*., p. 53.
[242] Ressalte-se que Elisabeth Kazsnar Fekete utiliza a expressão "segredo de negócio" como gênero, abrangendo o segredo industrial e o segredo de comércio. (FEKETE, Elisabeth Kazsnar. Op. cit., p. 18).

direitos e deveres envolvidos; e, por fim, c) temporais, que seriam aqueles que dizem respeito à sua duração.[243]

Assim, segundo ela, para que uma informação seja considerada secreta, deve ela preencher os seguintes pressupostos: estar disponível apenas para pessoas que fazem parte do círculo de confiança do empregador[244]; ser sigilosa, podendo ser parcialmente nova; ter caráter inventivo para se configurar como segredo industrial[245]; não estar patenteada, embora possa ser patenteável[246]; ter valor econômico, envolvendo tanto os gastos realizados para obter ou manter o segredo quanto "valor da raridade", ou seja, o valor do trabalho para conseguir conhecimento significativo[247]; ser passível de exploração futura, não sendo necessário o uso efetivo[248] para que goze de proteção[249]; ser significante para a empresa[250]; ser capaz de ser concretizada[251]; ser alienável[252]; ser lícita[253] e não precisa, necessariamente, ter caráter técnico, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, que protege, também, os segredos de negócio.[254]

Todavia, os requisitos supramencionados podem, em essência, ser sumarizados em três, assim como prevê o Acordo Trips (Acordo sobre aspectos dos direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao comércio), do qual o Brasil é signatário desde 1994. Consta do artigo 39, item 2, do aludido diploma que:

> 2. Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas, desde que tal informação: (a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes; (b) tenha valor comercial por ser secreta; e (c) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta[255].

---

[243] FEKETE, Elisabeth Kazsnar. Op. cit., p. 62.
[244] *Idem, ibidem,* p. 72.
[245] *Ibidem, ibidem,* p. 75.
[246] *Idem, ibidem,* p. 76.
[247] *Idem, ibidem,* p. 78-79.
[248] Nesse ponto, o entendimento de Fekete diverge da posição adotada neste trabalho de que, se o segredo misto não for explorado pelo empregador no prazo de 1 ano da comunicação da informação sigilosa, esta poderá ser utilizada pelo empregado criador.
[249] *Idem, ibidem,* p. 79-80.
[250] *Idem, ibidem,* p. 80.
[251] *Idem, ibidem,* p. 80.
[252] *Idem, ibidem*, p. 81.
[253] *Idem, ibidem,* p. 81.
[254] *Idem, ibidem,* p. 82.
[255] Acordo sobre aspectos dos direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao comércio (Acordo TRIPS

Dessa forma, não basta que a informação seja de conhecimento restrito ou tenha sido objeto de precauções com o fito de resguardar sem sigilo. Faz-se necessário, sobretudo, que tenha valor comercial pelo fato de ser secreta. Em outras palavras, o acordo pretendeu prestigiar não todo e qualquer segredo, mas apenas aqueles dotados de valor competitivo e comercial, como instrumento de proteção e estímulo às criações industriais das empresas e, em última análise, do desenvolvimento tecnológico dos Estados-parte.

3.3. TRATAMENTO DO *KNOW-HOW*

O tratamento do *know-how* é bastante controvertido. Alguns o conceituam de forma bastante ampla, a abranger tanto a noção popular das habilidades profissionais de um indivíduo, quanto sua acepção jurídica, limitada ao conjunto de informações consideradas úteis de determinado segmento do mercado.[256]

Aldo Frignani explica que três foram as correntes a surgir na doutrina sobre o assunto: a) o *know-how* tem conteúdo mais amplo do que o segredo de empresa; b) o *know-how* tem conteúdo mais limitado; e c) o *know-how* se identifica com o segredo, posição por ele adotada, ao ponderar que ao *know-how* se aplicam as normas construídas para o segredo.[257]

Sob outro prisma, Newton Silveira comenta que o *know-how* pode ser classificado em: a) complementar e b) autônomo. O primeiro corresponderia à categoria de "conhecimentos particulares para a aplicação da invenção patenteada", sugerindo o autor que "quando um inventor pede uma patente, deveria, no relatório de sua patente, revelar o segredo industrial a maneira de explorar a invenção".[258] Já o último consistiria no próprio segredo industrial, com todas as implicações que lhe são consentâneas.

Gomez Segade segue a linha do *know-how* autônomo, pois, para ele, trata-se de um "saber-fazer, um conhecimento de algo; constitui, portanto, assim como o segredo

---

ou Acordo ADPIC, 1994. Disponível em http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf. Acesso em 01 dez 2013.

[256] FEKETE, Elisabeth Kazsnar. Op. cit, p. 48.

[257] FRIGNANI, Aldo. Op. cit., p. 338.

[258] SILVEIRA, Newton. Contrato de transferência de tecnologia… p. 79.

industrial, um bem de natureza intangível".[259] Na sua visão, portanto, segredo industrial e *know-how* nada mais são do que expressões sinônimas.[260]

O autor espanhol entende que o *know-how* só pode ter como objeto conhecimentos de índole técnico-industrial.[261] Ademais, preceitua que seu caráter secreto deve ser encarado de forma relativa,[262] porquanto não se perde pelo fato de outras empresas o utilizarem de maneira simultânea, mas sem que nenhuma delas o divulgue.[263]

Para fins do presente trabalho, encampa-se o entendimento de que *know-how* e segredo industrial são sinônimos, a eles se impondo idêntico regime jurídico.

3.4. PROTEÇÃO DO SEGREDO DE EMPRESA

Não há dúvida de que a teoria dos círculos concêntricos da vida privada se aplica também às sociedades empresárias, dotadas que são de personalidade jurídica (CC, art. 52[264]).

Nada obstante, o fundamento da proteção dos segredos de empresa decorre não de sua personalidade, mas sim a pretexto de proteger seus interesses patrimoniais.

Paulo José da Costa Júnior observa, a propósito, que, embora seja difícil separar a vida privada da pessoa jurídica do somatório das vidas privadas de seus vários componentes, inexiste óbice a que aquela seja autonomamente protegida, em especial quanto aos segredos, os quais podem ter importante valor patrimonial.[265]

No Brasil, a proteção aos segredos de empresa decorre das normas de repressão à concorrência desleal, a qual, em breves palavras, reduz-se ao conjunto de práticas contrárias aos usos honestos em matéria industrial e comercial, conforme item 2 do art. 10, *bis,* da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Newton Silveira lembra que "poderá o empresário se amparar nas normas de repressão à concorrência desleal quando não possuir outro título que lhe garanta exclusividade".[266]

---

[259] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 137.
[260] *Idem, ibidem,* p. 159.
[261] *Idem, ibidem,* p. 146
[262] *Idem, ibidem,* p. 152.
[263] *Idem, ibidem,* p. 152.
[264] Art. 52, do Código Civil brasileiro: "Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade".
[265] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Op. cit., p. 69-70.
[266] SILVEIRA, Newton. Propriedade Intelectual: propriedade industrial, direito de autor, *software*, cultivares, nome empresarial. 4ª ed. São Paulo: Manole, 2011, p. 10.

Nesse ínterim, a proteção ao segredo de empresa pode decorrer da lei ou do contrato: o art. 195, incisos XI e XII, da Lei nº 9.279/96, por exemplo, considera crime a divulgação, exploração e utilização dos segredos de empresa no ordenamento jurídico brasileiro como forma de evitar abusos no mercado e de incentivar a competição. Na esfera contratual, além da proteção oriunda do Direito Civil - tais como a proveniente da licença de uso de tecnologia -, também o contrato de trabalho, fundado em obrigações de lealdade e de atuação de acordo com a boa-fé, veda a violação dos segredos de empresa que, aliás, pode ser invocada como justa causa para dispensa do empregado, consoante o art. 482, "g", da CLT.

As proteções legais e contratuais, contudo, nem sempre são suficientes para evitar que o segredo venha a ser divulgado a terceiros ou utilizado por quem teve acesso a ele. Cabe ao empregador, assim, tomar outras medidas através de meios privados de proteção, para que suas informações confidenciais não caiam em domínio público.

Porém, Robert P. Merges assinala que os meios privados de proteção têm um preço e acarretam diversos problemas: os empregadores acabam não informando os empregados sobre todas as questões que eles precisariam saber para exercer suas funções; podem tomar precauções de segurança insuficientes; podem contratar empregados mais em razão de sua lealdade do que de sua produtividade ou podem optar por se tornar predadores de outras empresas em vez de investir em inovação.[267]

Segundo Denis Borges Barbosa, a proteção da tecnologia através do segredo "é sempre socialmente desaconselhável, eis que dificulta o desenvolvimento tecnológico da sociedade. Além disto, conforme o caso, conservar o sigilo é arriscado do ponto de vista da empresa, senão de todo impossível".[268]

Alguns segredos de empresa são privilegiáveis, aptos a gozar de proteção tanto pela lei industrial quanto pelo direito de autor. No entanto, se o detentor do segredo preferir não patenteá-lo ou mantê-lo inédito, o segredo da empresa será protegido pelas normas de repressão à concorrência desleal.

Não raro, os conhecimentos e tecnologias não preenchem os requisitos necessários para que se tornem patenteáveis ou objeto de proteção pelo direito autoral, restando o expediente da manutenção em segredo como a única forma de conservar a vantagem competitiva e impedir o acesso por parte dos concorrentes.

---

[267] MERGES, Robert P. Op. cit., p. 34.
[268] BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual… p. 1.100.

Delmanto explica que a mera entrega dos segredos de fábrica para depósito pode implicar o conhecimento deles por seus concorrentes, além de limitar o prazo do privilégio:

> *Alguns* desses meios ou métodos não são sequer patenteáveis, por falta de requisitos que a lei industrial exige. *Outros*, embora registráveis, não o são por seus descobridores, pois, como visto em hipótese anterior, a simples entrega deles para depósito já permitiria aos rivais seu conhecimento e emprego – difícil de ser constatado ou proibido – além de limitar ao prazo legal de duração dos privilégios oficiais a sua efetiva exclusividade por quem os mantém em reserva. Encontrados através de pesquisa, ou obra do acaso e sorte (como várias vezes também acontece), seus titulares procuram conservá-los ocultos pelo maior tempo possível; ou seja, até quando outro concorrente, por sua vez, os descubra, com o que cessarão seus benefícios exclusivos e estará extinto o próprio sigilo. (grifos do autor)

As receitas culinárias, por exemplo, não são objeto de proteção pelo direito de autor, nos termos do art. 8º, da Lei nº 9.610/98, e dificilmente são patenteáveis, de modo que a única forma de protegê-las é através da manutenção do segredo.[269] Essa forma de proteção, conquanto suscetível a riscos, é a melhor forma de proteger as receitas, evitando-se que a informação seja disseminada após o término da vigência da patente ou do lapso temporal de proteção das obras no campo dos direitos autorais.[270]

Hershey's e Mars[271], fabricantes de chocolate com sede nos Estados Unidos, se preocupam em conferir máxima proteção a suas receitas, com o fim de mantê-las inacessíveis a seus concorrentes. Segundo Jeanne C. Fromer, suas receitas são guardadas

---

[269] É importante salientar que, na França, assim como no Brasil, não há proteção autoral para as receitas de cozinha. De acordo com o Tribunal de Grande Instância de Paris, em decisão de 30 de setembro de 1997 citada por José Carlos Costa Netto, "se as receitas de cozinha podem ser objeto de proteção nas suas expressões literárias, elas não são, por si mesmas, obra do espírito: são analisadas, com efeito, em uma sucessão de instruções, um método; elas operam no campo de uma habilidade, arte, destreza, que não é protegida" (COSTA NETTO, José Carlos. Direito Autoral no Brasil. 2ª ed. São Paulo: FTD, 2008, p. 85).

[270] Nada impede, contudo, que os livros de receita recebam a proteção dos direitos autorais e que os nomes das receitas sejam protegidos pelas leis industriais.

[271] Nesse sentido, é interessante o caso do Bolo Souza Leão criado em Pernambuco. A receita foi desenvolvida pela tradicional família Souza Leão, que hospedou D. Pedro II e sua esposa e serviu a eles o bolo feito com ingredientes nativos, criado especialmente para a ocasião. A partir de então, a receita permaneceu como um segredo da família por anos, passando de mãe para filha. Gilberto Freyre, na década de 1960, solicitou uma reunião com a família e disse o seguinte: "vocês têm aí uma preciosidade que é o Bolo Souza Leão, que se mantém como segredo de família e nós não podemos admitir que uma linhagem que dominou a área açucareira de Pernambuco, dona de tantos engenhos e que tenha preparado esta iguaria para uma homenagem tão divulgada, mantenha esse segredo até os dias atuais. Isto precisa se tornar público, permitir que a população do Recife, de Pernambuco e do Brasil, venha conhecer a receita, dominar e divulgá-la para o exterior. Peço que a Família Souza Leão se comprometa em abrir mão desse mistério e oferecer a receita autêntica do bolo". A família, então, se reuniu e decidiu divulgar a receita que, hoje, está fixada na entrada do Museu do Açúcar, em Pernambuco. (SHINOHARA, Neide Kazue Sakugawa *et al*. O bolo Souza Leão: Pernambuco dos sabores culturais. Revista Contextos da alimentação: comportamento, cultura e sociedade. Vol. 2, nº 1, 2013. Acesso em 15 jan 2014. Disponível em: <http://www.revistas.sp.senac.br/index.php/revistacontextos/article/viewFile/405/ 345>).

em cofres com alarme e compartilhadas com os empregados apenas quando estritamente necessário; sequer é informada a quantidade de grãos de cacau que cada uma adquire.[272] Com o intuito de prevenir que outros conheçam seu método de produção de doces, a Mars concebe, constrói e opera suas próprias máquinas. Na Hershey's, nenhum empregado conhece as exatas proporções de mistura dos ingredientes para criar as barras de chocolate e a informação fica trancada em computador. Até mesmo as informações sobre vendas e lucro dificilmente são repassadas aos empregados, dificultando o trabalho departamento interno de marketing.[273]

Indaga-se se o empregador tem a obrigação de comunicar ou advertir o empregado de que determinada informação é secreta.

Wagner D. Giglio entende que, como regra, não, pois "a maioria dos subordinados tem discernimento suficiente para perceber aquilo que não deve ser revelado".[274] Em certos casos, todavia, impõe-se ao empregador o dever de comunicar especificamente quais os atos, fatos ou coisas que devam permanecer sob sigilo:

> Àqueles trabalhadores cuja evolução mental não lhes propicie discernir o que é segredo de empresa, entretanto, deverá o empregador comunicar os atos, fatos ou coisas que deverão ser mantidos secretos. Se não o fizer, a revelação de tais fatos, atos ou coisas, por esses empregados, não configurará violação de segredo, por falta de intenção do revelador. Ao divulgá-los, tais empregados ignoravam sua natureza secreta.[275]

O autor conclui, então, afirmando que a cautela aconselha que o empregador informe todos os empregados sobre a necessidade de manter sigilo sobre os segredos da empresa para evitar alegações de ignorância sobre o caráter secreto da informação.[276]

Para Antonio Lamarca, não é necessária a mencionada comunicação aos empregados que, para o regular exercício de suas funções, têm acesso aos segredos da empresa, já que, para eles, essa obrigação seria implícita. No entanto, caso a empresa repasse, acidentalmente, o segredo para algum empregado que dele não precise para realizar suas atividades, terá de notificá-lo sobre a natureza secreta da informação para garantir a proteção legal.[277]

---

[272] FROMER, Jeanne C. *Trade Secrecy in Willy Wonka's Chocolate Factory. The Law and Theory of Trade Secrecy: a handbook of contemporary research.* Rochelle C. Dreyfuss, Katherine J. Strandburg, eds. Edward Elgar Publishing, 2011; Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1430463, p. 6-7. Acesso em 13 jan 2014. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1430463.
[273] FROMER, Jeanne C. Op. cit., p. 7.
[274] GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p. 195.
[275] *Idem, ibidem,* p. 195.
[276] *Idem, ibidem,* p. 195.
[277] LAMARCA, Antonio. Op. cit., p. 462.

Dorval Lacerda, na mesma linha, defende que, "se a condição hierárquica, técnica e intelectual do empregado credencia-o à suposição de que pode discernir, por certo não é necessária a declaração de que há segredo; em caso contrário, é de mister a declaração".[278]

Muito embora a obrigação de sigilo e de lealdade sejam implícitas ao contrato de trabalho, considera-se que o empregador tem a obrigação de informar os empregados sobre o caráter secreto de determinadas informações que lhes são comunicadas. Primeiro, para demonstrar que tomou todas as precauções necessárias a fim de prevenir a evasão das informações confidenciais e, segundo, para evitar eventuais alegações de desconhecimento.

Elisabeth Kasnar Fekete sugere que seja incluída, no contrato de trabalho, cláusula expressa para proteção dos segredos de empresa. Segundo ela, a despeito de não ser indispensável por estar implícita em todo contrato de trabalho, essa cláusula seria

> plenamente válida, visando proteger não somente as informações industriais antes do requerimento da respectiva patente, mas também aquelas que a empresa desejar manter em segredo em vez de patenteá-las, e até mesmo os dados de funcionamento, de negócios e de fabricação não privilegiáveis [...]. Com essa finalidade acauteladora, é muito útil pactuar com o empregado no sentido de esclarecer-lhe o caráter sigiloso das informações recebidas na empresa [...], não devendo, portanto, ser comunicadas a terceiros, divulgadas para publicação, nem usadas em proveito próprio, sem a autorização expressa do empregador.[279]

A citada autora reputa ser prudente elencar, a título de exemplo, quais informações devem ser mantidas em segredo, tais como "conhecimentos concernentes a produtos, processos, descobertas, invenções, aperfeiçoamentos técnicos bem como os projetos e métodos financeiros e comerciais, incluindo planos de expansão, listas de clientes e fornecedores [...]", excetuando-se as informações que são resultado das habilidades, do conhecimento e da capacitação do próprio empregador.[280]

Ana Cristina Müller cita outras medidas defensivas que as sociedades empresárias podem adotar com o escopo de resguardar seus segredos: educar os empregados sobre a forma de uso das informações confidenciais mediante treinamento constante; verificar, no momento da entrevista de admissão, se o empregado já trabalhou em algum concorrente e alertar sobre a necessidade de se manter segredo sobre os dados da empresa tanto no momento da admissão quanto no do desligamento; limitação de acesso à informação através de *need to know basis*; inserção de cláusulas de não concorrência e de

[278] LACERDA, Dorval de. Op. cit., p. 227.
[279] FEKETE, Elisabeth Kasnar. Op. cit., p. 139.
[280] *Idem, ibidem,* p. 139-140.

confidencialidade nos contratos de trabalho; marcação das informações como confidenciais; armazenamento adequado dos dados; e compartimentação das áreas e processos de produção.[281]

Em conclusão, poderão as sociedades empresárias gerenciar suas inovações através, entre outros, de: a) classificação das informações como segredos de empresa de maneira clara; b) realização de esforços consideráveis com o fito de manter as informações sob sigilo, não bastando para tanto a mera intenção; c) criação de manuais e políticas de segurança das informações para os empregados; d) investimento em capital humano através de treinamentos e de desenvolvimento de habilidades para evitar constante mobilidade; e) vigilância do trabalho, tais como controle de acesso a arquivos eletrônicos com dados confidenciais, observando-se os limites do poder de controle do empregador e o respeito à dignidade dos empregados; f) inserção, nos contratos de trabalho, de cláusulas de não concorrência[282].

[281] Informação fornecida por Ana Cristina Müller no Painel de Discussão organizado pelo escritório Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados sobre o tema "Condições Especiais na Relação de Trabalho: Não concorrência, confidencialidade e invenções de empregado, em 03 jul 2013, na sede do escritório Barbosa Müssnich e Aragão, em São Paulo.
[282] V. itens 4.3.1. e 4.3.2., *infra.*

4. OBRIGAÇÕES DO EMPREGADO

Nesse capítulo, serão examinadas obrigações decorrentes do contrato de trabalho com ênfase em obrigações acessórias de lealdade, fidelidade, boa-fé e, mais especificamente, de sigilo, que seria uma consequência da obrigação de fidelidade ou lealdade. Por fim, será verificada a relação entre o segredo e os pactos de não concorrência e de confidencialidade como forma de proteção das informações sigilosas.

4.1. OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS E OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Com a estipulação do contrato de trabalho, surgem obrigações para os empregados e para os empregadores, assim como existem direitos de ambas as partes que devem ser respeitados. A principal obrigação do empregado é a prestação dos serviços e a do empregador é o pagamento do salário.

Ao lado da obrigação principal do empregado de prestar serviços existem algumas obrigações genéricas: prestação dos serviços de maneira pessoal, de acordo com sua qualificação profissional, nas condições ajustadas de lugar e tempo e com eficiência normal.[283] O empregado, em razão do contrato de trabalho, "se obriga a empregar sua própria energia de trabalho e o empregador pode tê-lo preferido, por múltiplas razões, a qualquer outra pessoa. Estas razões, em geral, estão relacionadas com a capacidade e a confiança".[284]

Segundo Alfredo Montoya Melgar, como o contrato de trabalho possui caráter sinalagmático, "as posições de crédito e débito das partes são bilateralmente correspondentes: o crédito do trabalhador coincide com o débito do empresário".[285]

Contudo, além dessas obrigações primordiais, surgem obrigações relativas às modalidades de comportamento durante a prestação dos serviços (obediência e diligência) e, também, obrigações laterais que complementam a obrigação principal, tais como lealdade, assiduidade e custódia.[286]

Alfredo Montoya Melgar ainda indaga se essas obrigações acessórias seriam substantivas por si só diante do genérico dever de trabalhar e responde:

---

[283] RODRIGUEZ, Américo Plá. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1982, p. 130-135.
[284] *Idem, ibidem,* p. 130.
[285] MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos, 1998, p. 313.
[286] FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 231.

> não parece que a resposta à questão possa ser a mesma para cada um desses deveres. Com efeito, a sua essência pode consistir tanto em uma simples modalização da situação de dívida (e.g.: a diligência é uma condição inseparável da prestação de serviços), quanto em uma obrigação distinta da principal e acessória relativa a ela (e.g.: o dever de segredo tem autonomia frente ao dever de trabalhar).[287]

As obrigações acessórias ou laterais de lealdade, fidelidade e boa-fé possuem grande relevo para o exame da obrigação de sigilo na relação de emprego e serão analisadas com mais detalhe a seguir.

4.1.1. Obrigação de fidelidade, lealdade e boa-fé

O contrato de trabalho, além de ter como objetivo a prestação de serviços, pressupõe que o relacionamento entre as partes – empregado e empregador – seja pautado na fidúcia, no bom procedimento entre as partes e em atitudes leais. E não poderia ser diferente, já que, na vigência do contrato de trabalho, tanto o empregador quanto o empregado passam a ter conhecimento de informações sensíveis um do outro.

Dessa forma, colocam-se as obrigações de fidelidade, lealdade e boa-fé como acessórias ao contrato de trabalho em razão de seu conteúdo ético, como forma de orientar o procedimento do empregado em face dos interesses do empregador.

A doutrina não faz distinção entre os termos "fidelidade" e "lealdade" para se referir à obrigação de comportamento ético. Wagner D. Giglio adota tais as expressões como sinônimas. Veja-se: "o empregado que viola segredo infringe não só o seu dever de colaboração para o bom êxito da atividade explorada, como também a sua obrigação de lealdade ou fidelidade na execução do trabalho contratado".[288]

O autor português António Monteiro Fernandes também utiliza as expressões "fidelidade" e "lealdade" como sinônimas e afirma que elas têm o significado de

> garantir que a actividade pela qual o trabalhador cumpre sua obrigação representa de facto a utilidade visada, vedando-lhe comportamentos que apontem para a neutralização dessa utilidade ou que, autonomamente, determinem situações de perigo para o interesse do empregador ou para a organização técnico-laboral da empresa.

Entende-se, assim, que lealdade e fidelidade, no âmbito das obrigações acessórias ao contrato de trabalho, têm significados coincidentes.

---

[287] MONTOYA MELGAR, Alfredo. Op. cit., p. 319.
[288] GIGLIO, Wagner D. Justa causa. São Paulo: Saraiva, p. 2000, p. 185.

Há quem defenda, contudo, que o contrato de trabalho, apesar de dever ser pautado na boa-fé[289], nem sempre é firmado sob uma base fiduciária, negando-se a obrigação de fidelidade para todos os empregados. Nesse sentido é o posicionamento de Antonio Lamarca:

> Não negamos que certos contratos se encontrem face a uma acentuada dependência fiduciária; domésticos, aprendizes (em firmas de pequenas dimensões), altos empregados, que substituem ou falam em nome do empregador. Mas não é a regra. No direito brasileiro, o denominado *dever de fidelidade* e de *colaboração* não vem expresso como no direito italiano.[...] Então a afirmação, tantas vezes repetida, de que o contrato individual de trabalho apresenta uma base fiduciária, como característica, como requisito de sua natureza, não nos parece válida.[290]

Concordamos, entretanto, com Nelson Mannrich, para quem "o contrato de trabalho repousa sobre uma base fiduciária: a confiança mútua permeia as relações entre empregado e empregador. O desaparecimento da confiança implica ruptura do contrato de trabalho, de iniciativa unilateral para quaisquer das partes".[291]

Assim, apesar de os empregados que exercem cargos de confiança possuírem obrigação de lealdade mais acentuada, não sendo meramente acessória[292], todos os empregados estão sujeitos a obrigações de lealdade ou fidelidade[293] por serem uma manifestação do princípio da boa-fé no contrato de trabalho.

Mário Ghidini afirma que a obrigação de fidelidade constitui uma aplicação do princípio da boa-fé, manifestando-se como uma obrigação de não fazer envolvendo três comportamentos: (a) proibição de concorrência; (b) proibição de divulgação de informações sigilosas; e (c) proibição de usar essas informações de maneira indevida.[294]

No entanto, é importante notar que, ao se considerar que a obrigação de fidelidade constitui uma aplicação do princípio da boa-fé, é preciso também reconhecer que tais

---

[289] LAMARCA, Antonio. Manual das justas causas. 2ª ed. São Paulo: RT, 1983, p. 140.
[290] *Idem, ibidem*, p. 64.
[291] MANNRICH, Nelson. Dispensa coletiva: da liberdade contractual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000, p. 275.
[292] FERNANDES, António monteiro. Op. cit., p. 235-236.
[293] Há entendimento jurisprudencial no sentido de que a obrigação de não concorrência é inerente ao contrato de trabalho: "Tanto assim é, que o próprio fato alegado para o término da relação mais corrobora a vinculação empregatícia entre os litigantes. Em defesa a reclamada alegou que a reclamante teria desviado cliente para atendimento sem a sua intermediação. No entanto, fosse a reclamante efetivamente autônoma, seria óbvio que isto ocorreria, pois em verdade, seria então a reclamante uma concorrente da reclamada. Mas, no plano do real, empresa alguma contrata concorrentes para atender clientes seus. Põe empregados a fazê-lo, porque a cláusula de não-concorrência é ínsita ao contrato de trabalho". (TRT 2ª R., RO 01359200506502001, 4ª T., Rel. Juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros, pub. 19.06.2007 – grifo nosso).
[294] GHIDINI, Mario. Diritto del Lavoro. 9ª ed. Padova: CEDAM, 1985, p. 356.

proibições devem ser graduadas de acordo com os diversos níveis e de função exercida pelos empregados.

A base fiduciária sobre a qual repousa o contrato de trabalho de um gerente de vendas é bem diferente daquela sobre a qual repousa o contrato de um engraxate que trabalha em vários andares de um mesmo edifício. Este último geralmente não tem acesso a informações confidenciais e não constituiria quebra do dever de fidelidade o fato de o engraxate trabalhar, em turnos diferentes, em empresas diferentes, ainda que concorrentes. Tal fato não seria propriamente um ato de concorrência ao empregador.

Por outro lado, as conclusões seriam bastante diversas no caso de um gerente de vendas que trabalhasse para um concorrente em outro turno – nesse caso, certamente seria configurada a quebra do dever de fidelidade, e uma das razões mais importantes para se chegar a tal conclusão é a proteção das informações confidencias às quais um gerente de vendas geralmente tem acesso.

São facetas da obrigação de boa-fé do empregado a proibição de concorrência e a proibição de uso ou divulgação de segredos da empresa cujos descumprimentos podem ensejar dispensa por justa causa, com fundamento no art. 482, alíneas "c" e "g", da CLT, responsabilidade civil e penal.

Ambas constituem obrigações de não fazer ou negativas. Conforme Caio Mário da Silva Pereira, a prestação do devedor é um *non facere* e se traduz por meio de uma omissão. Assim, se o devedor faz o que não deveria fazer, está inadimplente.[295]

A obrigação de não concorrência consiste em não realizar atividade econômica no mesmo mercado relevante no qual o empregador desenvolve suas atividades.

A obrigação de sigilo, por sua vez, representa a necessidade de não utilizar, explorar ou divulgar segredos industriais, segredos de negócio ou informações às quais o empregado se obrigou a manter sob reserva em razão de acordo ou cláusula de confidencialidade.

António Monteiro Fernandes assinala que essas condutas de não concorrência e de sigilo sobre os segredos da empresa são obrigatórias não só pelo prejuízo que podem causar ao empregador, mas também pelo fato de elas se potencializarem pela posição ocupada pelo empregado na empresa.[296]

---

[295] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações, vol. II. 20ª ed. São Paulo: Forense, 2004.
[296] FERNANDES, António Monteiro. Op. cit., p. 238.

Conforme Júlio Gomes, o ex-empregado tem capacidade de realizar uma "concorrência diferencial" contra seu antigo empregador pelo fato de conhecer a empresa "por dentro".[297]

Vale lembrar que, mesmo durante a suspensão da prestação dos serviços, as obrigações de lealdade permanecem, conforme João Moreira da Silva:

> Note-se que estamos, neste caso, perante um dever que subsiste para além do tempo e do local de trabalho. [...] trata-se de um dever cujo cumprimento não está dependente da efectiva prestação do trabalho. Assim é que, mesmo no caso de o contrato se encontrar suspenso, o trabalhador continua obrigado a guardar lealdade à entidade patronal.[298]

A obrigação de lealdade perde sua eficácia após o término do contrato de trabalho[299], de modo que a obrigação de não concorrência só pode ser exigida mediante contrato de não concorrência firmado entre as partes nesse sentido.[300]

4.2. OBRIGAÇÃO DE SIGILO APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO

A cessação do contrato de trabalho extingue tanto as obrigações principais quanto as acessórias do contrato de trabalho e, entre elas, está a obrigação de lealdade. Não obstante, a obrigação de sigilo, expressão da obrigação de lealdade, com o término do contrato, "permanece, na maioria das vezes, íntegra, embora sancionável tão-somente, como é óbvio, dado o pressuposto da inexistência do vínculo empregatício, pela lei penal".[301]

Na mesma linha, Nelson Mannrich afirma que,

> extinto o contrato de trabalho, desaparece o dever de fidelidade, não constituindo justa causa a utilização, em proveito pessoal, da experiência adquirida na empresa anterior, exceto se constituir concorrência desleal. Nesse caso, não haverá justa causa, mas o crime capitulado em legislação especial.[302]

---

[297] GOMES, Júlio Manuel Vieira. As cláusulas de não concorrência… p. 13.
[298] SILVA, João Moreira da. Direitos e deveres dos sujeitos da relação individual do trabalho. Coimbra: Almedina, 1983, p. 62.
[299] Nesse sentido: "Contrato de trabalho. Extinção. Concorrência desleal do ex-empregado. Ausência. Extinto o contrato de trabalho, encerram-se os respectivos direitos e obrigações, inclusive o dever de fidelidade e lealdade do empregado ao seu empregador, que açambarca a abstenção de atos de concorrência ilícita, salvo a hipótese de contratação válida e prévia neste aspecto, o que não se verifica na hipótese vertente. Recurso Ordinário não provido". (TRT-2. RO nº 0202600-88.2009.5.02.0074. 14ª Turma. Rel. Des. Davi Furtado Meirelles. DEJT. 13.07.2011)
[300] LACERDA, Dorval de. A falta grave no direito do trabalho. 4ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1976, p. 184.
[301] *Idem, ibidem,* p. 184-185.
[302] MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 283.

O que justifica a continuidade da obrigação de sigilo após a cessação do contrato deixa de ser a obrigação de lealdade para ser determinada pelas normas de repressão à concorrência desleal. Saliente-se que, além da responsabilização penal, é possível, também, indenização por perdas e danos em caso de descumprimento de eventual acordo de confidencialidade.

Contudo, o empregador pode se valer de cláusulas ou acordos de não concorrência e de confidencialidade para garantir maior proteção a seus segredos de empresa.

4.2.1. Pacto de não concorrência

O pacto de não concorrência tem finalidade específica: limitar temporariamente a liberdade de trabalho[303] de ex-empregados que venham a exercer atividades no mesmo segmento que seu ex-empregador ou a prestar serviços para concorrentes, evitando, assim, a utilização de habilidades profissionais adquiridas, bem como a exploração ou divulgação de segredos de empresa de seu antigo empregador.

Segundo Catherine L. Fisk, a criação da doutrina do segredo de empresa somada à expansão do uso pelos tribunais de pactos de não concorrência após a cessação do contrato de trabalho para prevenir a divulgação de conhecimento geraram uma nova obrigação: dever de confiança e de confidencialidade para não se usar o conhecimento adquirido em nenhum outro trabalho.[304]

Conceito bastante completo de pacto de não concorrência é dado por Oris de Oliveira:

> Contrato, em virtude do qual o empregado (promitente) se compromete, mediante contraprestação prevalentemente pecuniária, a não praticar, por conta própria ou alheia, após a vigência do contrato de trabalho, dentro dos limites de possibilidade de exercício de sua profissão, de objeto, de tempo e de espaço, ação ou entabular negócios que potencialmente possam desviar, em proveito próprio ou de terceiros, clientela de seu ex-empregador (estipulante), sob pena de estipulante ou promitente, e em hipótese de descumprimento, responder por perdas e danos.[305]

---

[303] MALLET, Estêvão. Cláusula de não concorrência em contrato de trabalho. *In:* LIMA, Luís Felipe Balieiro (coord.). A propriedade intellectual no Direito Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 90.

[304] FISK, Catherine L. *Working Knowledge: Trade Secrets, Restrictive Covenants in Employment, and the Rise of Corporate Intellectual Property, 1800- 1920*. *In*: UC Hastings College of Law, 52 Hastings Law Journal, nº 2, 2001, p. 442. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262010>. Acesso em 3 de outubro de 2010.

[305] OLIVEIRA, Oris de. A exclusão de concorrência no contrato de emprego. São Paulo: LTr, 2005, p. 168.

Apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro para amparar a estipulação do pacto após a cessação do contrato de trabalho, sua validade tem sido amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, dentro de um regime de liberdade vigiada, como diz Júlio Gomes.[306]

Ari Possidônio Beltran entende não haver argumento que impeça a adoção do pacto pelo sistema de relações de trabalho brasileiro desde que observadas algumas condições guiadas pela razoabilidade.[307] Ressalta que o pacto de não concorrência não viola o princípio da liberdade de trabalho, ofício ou profissão, devendo ser harmonizado com os demais preceitos constitucionais. O autor estabelece, então, as seguintes condições para sua validade: (a) abstenção temporária do empregado; (b) estabelecida por consenso; (c) mediante justa contraprestação; (d) a remuneração deve ser acertada entre as partes; (e) fixação da abrangência da atividade restrita; (f) capacidade de colocar o ex-empregador em desvantagem com relação a concorrentes; (g) liberdade de trabalho nas demais atividades não abrangidas pela limitação.[308]

Américo Plá Rodriguez menciona que a proibição deve ser pactuada de maneira expressa, já que não decorre automaticamente do contrato de trabalho, como é o caso da proibição de violar segredos.[309]

Das condições de validade elencadas, pode-se extrair que todo pacto de não concorrência possui três dimensões: (i) a dimensão material, que diz respeito à atividade que é objeto da restrição ao ex-empregado; (ii) a dimensão geográfica, que diz respeito ao local em que se aplica a restrição; e (iii) a dimensão temporal, que diz respeito ao tempo de duração da restrição.

Quanto à dimensão material, a doutrina aponta a exigência de se demonstrar a necessidade da restrição da liberdade de trabalho do ex-empregado. Nessa linha, Júlio Gomes afirma que a limitação válida deve estar relacionada a "uma actividade do trabalhador cujo exercício possa efectivamente causar prejuízo à entidade patronal"[310]. O autor português salienta que esse prejuízo não pode ser o de simplesmente existir mais um concorrente cuja atuação não é diferente da dos demais competidores.[311] Adicionalmente, entendemos que a dimensão material só pode estar restrita ao mercado relevante material

---

[306] GOMES, Júlio Manuel Vieira. As cláusulas de não concorrência… p. 40.
[307] BELTRAN, Ari Possidônio. Op. cit., p. 143.
[308] *Idem, ibidem,* p. 144.
[309] RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 138.
[310] GOMES, Júlio Manuel Vieira. As cláusulas de não concorrência… p. 15.
[311] *Idem, ibidem,* p. 15.

(produto ou serviço) de atuação do empregador, pois o pacto de não concorrência pressupõe a possibilidade de concorrência efetiva entre as partes.

Quanto à dimensão geográfica, para que a proibição não seja universal, Homero Batista sugere que, no pequeno negócio ou em indústria regional, o raio seja de 200 quilômetros ou 500 quilômetros. No meio televisivo, entende o autor que a restrição pode se dar em âmbito nacional.[312] Além disso, tal como no mercado relevante material, entendemos que o pacto de não concorrência não poderia atingir mercados relevantes geográficos em que o empregador não atue.

Com relação à dimensão temporal, Homero Batista afirma que um prazo máximo razoável seria de dois a cinco anos. O prazo de cinco anos sugerido pode ser considerado razoável, tendo em vista que é o adotado pelo art. 1.147, do Código Civil ao tratar do período pelo qual o alienante de estabelecimento não pode concorrer com o adquirente. No entanto, no âmbito do Direito do Trabalho, o mais adequado seria que o prazo fosse analisado casuisticamente, de acordo com a atividade realizada pelo ex-empregado. Isso porque, em determinados segmentos, como o da tecnologia por exemplo, alguns segredos de empresa se tornam obsoletos ou desatualizados com maior rapidez[313]. No mesmo sentido é o entendimento de Mallet. Conforme o autor, "a validade dos limites temporais pactuados fica sujeita à revisão judicial segundo parâmetros mais fluídos, não estabelecidos previamente pelo legislador".[314]

O Código do Trabalho de Portugal prevê, em seu art. 136.5, limitação da atividade do empregado pelo prazo máximo de três anos se tiver exercido especial relação de

---

[312] SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de Direito do Trabalho Aplicado: contrato de trabalho. V. 6. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 266.

[313] Ver,, no mesmo sentido, a seguinte decisão judicial: "Cláusula de não concorrência. O recorrente pretende o deferimento do pedido de indenização, aduzindo que foi prejudicado em razão da cláusula de não concorrência ("quarentena"), que representou óbice para o prosseguimento de seu vida profissional, após o encerramento do contrato de trabalho com a recorrida. […] Referidas cláusulas procuram resguardar os segredos comerciais e industriais, proibindo que ex-empregados beneficiem-se de informações sigilosas, evitando-se a concorrência desleal e outras práticas análogas. No entanto, a referida pactuação não pode ser prejudicial a ponto de alijar o trabalhador do seu direito ao livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, devendo conter certas limitações e prever a respectiva compensação decorrente da proibição, gerando o necessário equilíbrio na relação jurídica. […] Como se vê, para que a pactuação seja lícita e regular, deve estabelecer a correspondente indenização, a fim de compensar o empregado pela ausência de liberdade no exercício profissional, estabelecendo ainda prazo razoável para a proibição. No presente feito, além de essa cláusula compensatória não ter sido inserida no ajuste, que acabou beneficiando apenas o empregador, foi pactuado o prazo de 24 meses (fl. 24), com evidente abusividade, já que o ramo de atuação do recorrente (telecomunicações), é marcado pelo constante avanço tecnológico, e o longo prazo de dois anos sem a efetiva atuação profissional acaba por aniquilar a possibilidade de nova colocação no mercado de trabalho. Devida, portanto, a indenização compensatória em razão da referida cláusula de não concorrência, arbitrada no importe equivalente a seis vezes a última remuneração do recorrente, devidamente atualizada a partir da resilição contratual. REFORMO, PARCIALMENTE". (TRT-2. RO nº 2879-2003.00.8.02.005. Rel. Des. Sergio Winnik. 4ª Turma. Data de Publicação: 28/05/2010).

[314] MALLET, Estêvão. Cláusula de não concorrência em contrato individual… p. 102.

confiança ou se tiver tido acesso à informação particularmente sensível no plano concorrencial.

O *Codice civile* italiano, no art. 2.125, dispõe que a duração do pacto de não concorrência não deve ser superior a cinco anos para executivos com funções estratégicas nem superior a três anos para os demais empregados.

O *Estatuto de los Trabajadores* espanhol, por sua vez, no art. 21.2, estabelece prazo máximo de dois anos para empregados técnicos e de seis meses para os demais empregados.

Com relação à necessidade de contraprestação, há jurisprudência consolidada no sentido de que é necessária uma justa compensação pela obrigação de não concorrência. Recente decisão considerou inconstitucional e inválido pacto de não concorrência e de confidencialidade que, embora previsse limitação ao exercício de atividade no mesmo segmento por três anos, não oferecia qualquer contraprestação à ex-empregada. No caso, a autora afirmou que a ex-empregada trabalhou na empresa por dezessete anos, pediu demissão e montou seu próprio negócio utilizando-se de materiais de propriedade intelectual da ex-empregadora. O Tribunal entendeu que a fixação de limite temporal sem efetuar nenhuma contraprestação violou o equilíbrio contratual, a correlação das avenças e o princípio da comutatividade.[315]

Consideramos que o Tribunal agiu corretamente, pois o material que a empresa alegou ter sido utilizado era propriedade intelectual, e não propriamente segredo. Além disso, o pacto que prevê limitação à liberdade de trabalho do ex-empregado sem efetuar justa contraprestação deve ser mesmo considerado inválido.

Não é unânime, entretanto, o entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre qual valor corresponderia a uma remuneração justa.

Há decisão jurisprudencial no sentido de que a justa remuneração deve corresponder ao último salário percebido pelo empregado. Eis o teor do acórdão:

> CLÁUSULA DE NAO-CONCORRÊNCIA. NULIDADE. Nula cláusula de não-concorrência que impede exercício de profissão, tendo em vista a vastidão das atividades do ex-empregador, sem a devida indenização expressiva pelo período de vigência da referida cláusula.(TRT-2. RO nª 02570200304502005. 5ª Turma. Rel. Des. Fernando Antonio Sampaio da Silva, j. 27/02/2007).

Concordamos, porém, com Júlio Gomes o qual entende que, diante da análise da contraprestação pactuada, o tribunal pode aceitar que esta seja inferior à remuneração

[315] TRT 3ª Região. RO nº 001184-2012.097.03.00.0. 4ª Turma. Rel. Des. Maria Cecília Alves Pinto. DEJT. 02.09.2013.

recebida pelo empregado na vigência do contrato de trabalho, tendo em vista que o pacto não impede a realização de outras atividades que não concorram com o empregador. No entanto, o citado autor ressalta que a contrapartida não poderá ser irrisória.[316]

Estevão Mallet apresenta importante parâmetro para a fixação da contrapartida:

> a compensação há de ser proporcional à restrição imposta. Quanto mais ampla a limitação – quer do ponto de vista do objeto, quer do ponto de vista temporal, quer, ainda, do ponto de vista espacial – maior deve ser a compensação e vice-versa. O valor da compensação não está vinculado, portanto, ao montante da remuneração recebida pelo empregado durante a vigência do contrato, ao contrário do que já se pretendeu. Se a restrição ao trabalho é pouco abrangente, não se justifica a imposição de pagamento correspondente ao salario antes recebido. O importante é que não exista desequilíbrio entre as obrigações das partes.[317]

Mallet afirma, ainda, que a liquidação valor pode ser realizada de uma só vez ou em parcelas (não necessariamente mensais), sendo vedado o pagamento da compensação apenas ao final do prazo de não concorrência, visto que isso tornaria a contrapartida excessivamente onerosa ao ex-empregado.[318]

O autor também rejeita a possibilidade de pagamento da compensação durante a vigência do contrato, juntamente com o salário, pois isso (i) tornaria o valor da indenização aleatório em função da vigência do contrato; e (ii) abriria espaço para fraudes. [319]

Além disso, Mallet sustenta que não há restrição quanto a fazer-se o pagamento não em dinheiro, mas sim em utilidades, desde que se atribua ao empregado bem com significativo valor e compatível com a extensão da restrição.[320] É importante notar, no entanto, que o pagamento em utilidades deve ser acordado consensualmente entre as partes e os bens atribuídos ao empregado devem ter liquidez suficiente para permitir a subsistência do ex-empregado durante o período de vigência da obrigação de não concorrência.

Outro ponto relevante quanto ao pacto de não concorrência é a sua validade com relação a ex-empregados que não obtiveram acesso a informações confidenciais relevantes durante a vigência do contrato de trabalho. Júlio Gomes afirma que "a existência de um interesse sério e objectivo do empregador devido ao perigo de concorrência diferencial é a pedra de toque da validade destas cláusulas".[321] Assim, com relação ao interesse de se

---

[316] GOMES, Júlio Manuel Vieira Gomes. As cláusulas de não concorrência… p. 19.
[317] MALLET, Estêvão. A cláusula de não concorrência em contrato individual... p. 103.
[318] *Idem, ibidem,* p. 103.
[319] *Idem, ibidem,* 103.
[320] *Idem, ibidem,* p. 104.
[321] GOMES, Júlio Manuel Vieira. As cláusulas de não concorrência… p. 23.

proteger as informações confidenciais, relata que "não falta quem considere que os pactos de não concorrência só deveriam ser utilizados para proteger aquelas informações confidenciais que podem ser tuteladas através do regime da propriedade intelectual (por exemplo, através de modelos de utilidade, patentes etc.)".[322]

Contudo, entendemos que existem outras informações que podem ser consideradas segredo de empresa muito embora não sejam privilegiáveis, ou seja, não podem ser objeto de tutela pelas leis de propriedade intelectual. Assim, limitar a validade da cláusula apenas aos casos em que os segredos possam ser objeto de privilégio nos parece ser temerário.

Dessa forma, não tendo o ex-empregado acesso à clientela, à segredos de empresa ou outras informações privilegiadas da empresa, não se considera razoável o estabelecimento de pacto de não concorrência.[323]

Por fim, é importante destacar que, na ausência de pacto de não concorrência, não poderá a empresa impedir que o empregado venha a trabalhar no concorrente. Nessa linha, posiciona-se Oris de Oliveira: "extinto o contrato, se não houver pacto de não concorrência, o ex-empregado pode, sem revelar segredos, concorrer desde que não o faça deslealmente".[324]

4.2.2. Acordo de confidencialidade

O acordo de confidencialidade tem como objeto a "obrigação de não revelar dados confidenciais durante ou após a rescisão do contrato de trabalho"[325] e o objeto do sigilo será determinado por quem redigir a cláusula ou o acordo, que poderá individualizar os dados sobre os quais se deve manter segredo ou fazer menção genérica a todas as informações comunicadas na vigência da relação de emprego.[326]

A obrigação de sigilo é inerente ao contrato de trabalho, podendo ser dele extraída de maneira implícita. Nada impede, contudo, que, haja cláusula específica no contrato de trabalho prevendo a obrigação de se manter determinadas informações da empresa sob sigilo.

---

[322] GOMES, Júlio Manuel Vieira. As cláusulas de não concorrência… p. 28.
[323] GOMES, Júlio Manuel Vieira. Algumas novas questões sobre as cláusulas de não concorrência em Direito do Trabalho. *In:* Revista do Ministério Público. Ano 32, nº 127, jul/set. Lisboa, 2011.
[324] OLIVEIRA, Oris de. Op. cit., p. 165.
[325] JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho. São Paulo: Saraiva, p. 50.
[326] FEKETE, Elisabeth Kazsnar. Op. cit., p. 246.

Após o término do contrato de trabalho, é possível ratificar a cláusula de confidencialidade ou firmar acordo próprio para assegurar que alguns segredos da empresa ou informações da empresa não sejam divulgadas.

No dizer de Fekete, a estipulação de acordo de confidencialidade no momento da extinção do contrato de trabalho é plenamente válida, pois "a manutenção do segredo pode continuar sendo exigida por tempo indeterminado, após o término do vínculo contratual".[327]

Conforme Regiane Teresinha de Mello João, os principais requisitos do acordo de confidencialidade são:

> 1) descrição do que são considerados informações ou dados confidenciais do empregador; 2) período no qual o empregado se obriga a não revelar segredos; 3) declaração de que os dados e informações confidenciais serão utilizados única e exclusivamente a serviço do empregador.[328]

Ressalte-se que os segredos de empresa já são protegidos contra uso, exploração ou divulgação pelo empregado, nos termos do art. 195, XI, da Lei de Propriedade Industrial, que considera crime de concorrência desleal a violação do segredo de empresa por aqueles que tiveram acesso à informação sigilosa em razão do contrato de trabalho, mesmo após o término dele.

Por essa razão, o acordo de confidencialidade pode reforçar, de maneira preventiva, as obrigações legais já previstas[329], e pode, também, prever obrigação de sigilo a respeito de informações que não são, necessariamente, tuteladas como segredo de empresa.

Nesse sentido, explica Alan Garfield que

> as pessoas também buscam promessas de silêncio quando compartilham informações confidenciais que pretendem vender. Ideias, por exemplo, não são geralmente protegidas como propriedade; assim quem divulga uma ideia de valor tem o risco de tê-la roubada. Alguém que pretende vender uma ideia, logicamente, insiste para que eventual comprador se comprometa a não divulgar a ideia se decidir por não comprá-la.[330]

Assim, além de reforçar a obrigação de sigilo quanto aos segredos da empresa, o acordo em comento pode prever o dever de confidencialidade com relação a dados e informações que serão utilizados exclusivamente na prestação de serviços. Estes, segundo os quais seriam, segundo Regiane Teresinha de Mello João, "aqueles conhecimentos

---

[327] FEKETE, Elisabeth Kaznar. Op. cit., p. 243.
[328] JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Op. cit., p. 50.
[329] FEKETE, Elisabeth Kazsnar. Op. cit., p. 252.
[330] GARFIELD, Alan E. Promises of silence: contract law and freedom of speech. *In:* Cornell Law Review, vol. 83:261, p. 270.

necessários à atividade laboral, sem os quais o empregado não pode concretizar os serviços que lhe são contratualmente impostos".[331]

Nesse sentido, a jurisprudência norte-americana tem considerado válidos acordos envolvendo a obrigação de sigilo a respeito de outras informações, ainda que não protegidas como segredo de empresa, desde que as restrições impostas sejam razoáveis.[332]

Por fim, lembra Fekete que a aplicação das sanções contratuais previstas na cláusula ou no acordo depende da licitude destes. Segundo a autora, a cláusula será ilícita quando prever restrições à concorrência.[333]

Diante da manutenção da obrigação de sigilo do empregado sobre os segredos da empresa após a cessação do contrato de trabalho, com fundamento nas normas de repressão à concorrência desleal, cumpre verificar quais seriam os limites à proteção desses segredos. É o que será feito no capítulo seguinte.

---

[331] JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Op. cit., p. 51.
[332] *Bernier v. Merril Air Engineers, 770 A.2d 97 (Me.2001)* citado por Robert P. Merges (MERGES, Robert P. Op. cit., p. 87).
[333] FEKETE, Elisabeth Kazsnar. Op. cit., p. 252.

5. LIMITES À PROTEÇÃO DO SEGREDO DE EMPRESA NO CONTEXTO DAS CRIAÇÕES INTELECTUAIS DE EMPREGADOS

Após a análise do conceito de segredo de empresa e das obrigações do empregado decorrentes do contrato de trabalho, propõe-se examinar os limites à proteção dos segredos de empresa decorrentes de criações intelectuais realizadas por empregados na vigência da relação de emprego. Pretende-se averiguar sob quais circunstâncias (i) os empregados têm direito de utilizar e/ou divulgar suas criações após o término do contrato de trabalho, limitando-se, portanto, a proteção do segredo de empresa, ou (ii) o segredo quanto a essas criações dos empregados deve permanecer em sigilo em benefício da empresa, limitando-se, assim, a liberdade de trabalho dos empregados criadores.

Esse exame terá como ponto de partida a hipótese de que as normas que regulam a titularidade de criação intelectuais de empregados são regidas por princípios comuns. Para testar essa hipótese, serão apresentadas as normas que regulam as criações de empregos nos âmbitos das leis de propriedade industrial, direito autoral, *software* e cultivares. Uma vez identificados tais princípios comuns, verificar-se-á se tais princípios também podem fundamentar a regulação do uso e divulgação de segredos de empresa decorrentes de criações intelectuais realizadas por empregados.

5.1. CRIAÇÕES INTELECTUAIS NO ÂMBITO DO CONTRATO DE TRABALHO E SUA RELAÇÃO COM O SEGREDO

As criações intelectuais são espécie de bens imateriais que pertencem originariamente aos seus criadores. De acordo com Newton Silveira, as criações intelectuais podem ocorrer tanto no campo da técnica quanto no campo da estética: "ao passo que a técnica se objetiva na natureza, a arte, ao contrário, atua no mundo do homem, que inventa novas formas destinadas unicamente a estimular o sentido estético". [334] Conforme a Lei de Inovação nº 10.973/2004, por sua vez, criação é "qualquer

[334] SILVEIRA, Newton. Propriedade Intelectual: propriedade industrial, direito de autor, *software*, cultivares, nome empresarial. 4ª edição. Barueri: Manole, 2011, p. 3.

desenvolvimento tecnológico que acarrete ou possa acarretar o surgimento de um novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental".

O exame da titularidade dos direitos sobre as criações feitas por empregados é de grande relevância tanto para o Direito do Trabalho quanto para o Direito de Propriedade Intelectual.

A importância desse exame reside no fato de que a existência de relação de emprego pode alterar a lógica da proteção intelectual. Gama Cerqueira ensina que, à primeira vista, é o autor da invenção quem tem todos os direitos sobre ela com fundamento na lei natural[335]. A ressalva é feita porque é possível a cessão de invenções futuras sem que haja conflito com a ideia de propriedade do inventor, tendo em vista que, no caso de cessão de invenção futura, a propriedade é adquirida a título derivado. [336]

Assim, a lógica da proteção intelectual é atribuir os direitos da obra ao seu autor e, com o contrato de trabalho, essa regra torna-se passível de alteração, vez que a relação de emprego pode retirar a espontaneidade da criação intelectual realizada por força ou em decorrência do contrato de trabalho, transferindo para o empregador os direitos sobre a obra.

Assim, faz-se necessário examinar o que seriam criações intelectuais feitas por empregados; as modalidades de criações – de serviço, mistas e livres -; e a titularidade dos direitos sobre essas criações, com base na Lei de Propriedade Industrial, na Lei de Direito de Autor, na Lei do Software e na Lei de Cultivares, separadamente.

Posteriormente, será estudada a relação do segredo com as criações intelectuais dos empregados e a questão da liberdade de trabalho diante da proteção do segredo de empresa.

5.1.1. Criações intelectuais feitas por empregados

As criações feitas por empregados são aquelas realizadas por uma pessoa física, que presta serviços a outra pessoa física ou jurídica, com habitualidade, pessoalidade, subordinação e mediante pagamento de salário.

---

[335] CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Volume II, Tomo I: dos privilégios de invenção, dos modelos de utilidade e dos desenhos e modelos industriais. Atualizado por: Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.
[336] *Idem, ibidem,* p. 12.

Para fins do presente trabalho, relação de emprego será considerada como sinônimo de contrato de trabalho. Como, no Direito do Trabalho, vigora o princípio da primazia da realidade, é tido como existente o contrato de trabalho com a mera verificação da presença dos requisitos necessários para sua configuração, a saber: pessoalidade, habitualidade, onerosidade e, principalmente, subordinação.

Atualmente, são quatro as criações intelectuais protegidas pelo direito brasileiro: propriedade industrial (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996); direito autoral (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998); *software* (Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998); e cultivares (Lei nº 9.456, de 25 de abril de 1997). As Leis de Propriedade Industrial, de Software e de Proteção às Cultivares preveem regras específicas sobre a distribuição dos direitos sobre as obras criadas na vigência do contrato de trabalho, apesar de serem omissas em alguns aspectos. A Lei de Direitos Autorais, por sua vez, é totalmente omissa quanto ao direito dos empregados e dos empregadores sobre as obras criadas no curso do vínculo empregatício.

No contexto da relação de emprego, a doutrina construiu algumas modalidades de criações intelectuais feitas pelos empregados, que serão examinadas a seguir. Conforme será visto adiante, a distinção entre as modalidades de criação intelectual será relevante para a definição das normas sobre a titularidade das criações intelectuais dos empregados

5.1.2. Modalidades de criações intelectuais dos empregados

As criações feitas por empregados podem ser realizadas sob diversas modalidades, de acordo com a doutrina e legislação vigentes, a saber: a) criações de serviço; b) criações mistas ou ocasionais; e c) criações livres.[337]

Apesar de a Lei de Propriedade Industrial ser a mais completa ao estabelecer regimes de titularidade diferentes para cada tipo de criação, não chegou a fazer referência à classificação das modalidades de criação, que tem sua origem na doutrina.[338]

---

[337] A classificação das modalidades de criação foi utilizada pela primeira vez no Congresso de Augsburgo, em 1914, para a proteção da propriedade industrial. (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 222).

[338] Orlando Gomes e Elson Gottschalk lembram que o Projeto de Código do Trabalho do Professor Evaristo Moraes Filho previa os três tipos de invenções (Op. cit., p. 222, nota nº 60).

5.1.2.1. Criações de serviço

As criações de serviço são aquelas desenvolvidas pelo empregado contratado para essa finalidade. Francisco Luciano Minharro, ao tratar da invenção de serviço, define-a como aquela que "é realizada em cumprimento a dever contratual". [339] Trata-se de uma relação de emprego voltada à criação, ou seja, de uma criação contratada, já que esse foi o objetivo do contrato de trabalho.[340]

5.1.2.2. Criações livres ou independentes

As criações livres ou independentes são as realizadas por empregado não contratado para criar e sem a utilização de recursos do empregador. Para alguns, não pode haver relação com o contrato de trabalho; para outros, pode decorrer dos serviços prestados.[341] A Lei de Propriedade Industrial, contudo, resolve a questão ao prever que pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos do empregador, conforme seu art. 90.

No caso de criações livres, o empregador não tem direito sobre a obra, que é de titularidade exclusiva do empregado e de sua livre exploração. Orlando Gomes e Elson Gottschalk alertam que, para alguns doutrinadores, o dever de fidelidade, intrínseco ao contrato de trabalho, pode obrigar o empregado a comunicar a criação da invenção ao empregador, bem como a oferecer a este o direito não exclusivo de utilizá-la, exceto se não for útil para a atividade exercida pelo empregador.[342]

5.1.2.3. Criações mistas ou ocasionais

Criações mistas ou ocasionais são aquelas elaboradas por empregados utilizando recursos do empregador sem que tenham sido contratados para tanto. Minharro entende

[339] MINHARRO, Francisco Luciano. A Propriedade Intelectual no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 98.
[340] BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual: patentes. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1.309.
[341] GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Op. cit., p, 223.
[342] GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Op. cit., p. 223.

que é a criação "elaborada por empregado não contratado especificamente para pesquisar e inventar". [343]

Para Durand, as criações chamadas ocasionais são aquelas que compreendem as invenções aplicáveis aos produtos e meios de produção relativos à empresa onde o empregado presta serviços, mas são decorrentes da iniciativa do empregado cujo contrato de trabalho não prevê atividade inventiva nem há contrato subsequente nesse sentido[344].

Uma vez descritas as modalidades de criações intelectuais de empregados, cumpre agora examinar as normas que regulam tais criações nos casos de criações industriais, obras artísticas, *software* e cultivares.

5.1.3. Criações industriais dos empregados: invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais

As criações industriais dos empregados são relativas às ideias aplicadas no campo da técnica[345]. São objeto de proteção pela Lei de Propriedade Industrial as invenções industriais que apresentem novo produto ou processo industrial através de patentes (invenções e modelos de utilidade) e de desenhos industriais[346].

De acordo com Denis Borges Barbosa patente é

> um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia. Como contrapartida pelo acesso do público ao conhecimento dos pontos essenciais do invento, a lei dá ao titular da patente um direito limitado no tempo, no pressuposto de que é socialmente mais produtiva em tais condições a troca da exclusividade de fato (a do segredo da tecnologia) pela exclusividade temporária de direito.[347]

Através da patente, são protegidas as invenções, que correspondem à "concepção original no que toca à obtenção de um novo efeito técnico"[348], e os modelos de utilidade os quais se traduzem em "forma nova de produto conhecido que resulta em melhor utilização"[349].

Segundo Newton Silveira, os desenhos industriais, por sua vez, são

---

[343] MINHARRO, Francisco Luciano. Op. cit., p. 99.
[344] DURAND, Paul. Op. cit., p. 745.
[345] SILVEIRA, Newton. Op. cit., p. 5.
[346] *Idem, ibidem,* p. 6.
[347] BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual… p. 1.099.
[348] SILVEIRA, Newton. Op. cit., p. 7.
[349] *Idem, ibidem*, p. 7.

> objetos de caráter meramente ornamental, "objetos de gosto", como se dizia no passado. A proteção, no caso, restringe-se à nova forma conferida ao produto, sem considerações de utilidade, podendo achar-se aplicada a um objeto útil ou não. Tal forma, entretanto, deve achar-se desvinculada da função técnica, isto é, não pode consistir em uma forma necessária para que o produto preencha a sua finalidade, hipótese em que configuraria modelo de utilidade. [...] Os desenhos industriais constituem invenções de forma (invenções em sentido lato), destinadas a produzir efeito meramente visual, não sendo requisito essencial dessas criações o cunho artístico, mas apenas a sua novidade.[350]

A distribuição dos direitos de propriedade industrial foi regulada pela primeira vez, no Brasil, pela Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 454[351]. O referido artigo tratava apenas da propriedade sobre as invenções dos empregados feitas na vigência do contrato de trabalho, a qual seria comum, entre empregador e empregado, caso fosse utilizada a estrutura disponibilizada pelo empregador para a criação.

Esse artigo foi tacitamente revogado pelo Decreto-Lei nº 7.903/45, que foi o primeiro Código de Propriedade Industrial. O referido Decreto incorporou a regra do art. 454 da CLT, em seu art. 65[352], mas foi além: acrescentou a possibilidade de requerimento judicial pelo empregador para adjudicação a ele da plena propriedade da patente em caso de desacordo entre as partes (art. 66), previu a necessidade de nomear o inventor sempre que a patente fosse requerida pela empresa (art. 68), entre outras disposições. A partir de então, a matéria de propriedade sobre criações dos empregados passou a ser regulada por leis específicas da propriedade intelectual.

Vale salientar que o Decreto-Lei nº 7.903/45 se limitou a regular a propriedade das invenções decorrentes do contrato de trabalho, omitindo-se quanto à propriedade dos modelos de utilidade e dos desenhos industriais. Por essa razão, Gama Cerqueira entendeu que as regras previstas nos arts. 65 a 69 do referido Decreto-Lei aplicavam-se, apenas, às invenções, devendo a propriedade dos modelos de utilidade e dos desenhos industriais ser decidida de acordo com as circunstâncias do caso concreto e com os princípios gerais de

---

[350] SILVEIRA, Newton. Op. cit., p. 7.

[351] Art. 454 da Consolidação das Leis do Trabalho: "Na vigência do contrato de trabalho, as invenções do empregado, quando decorrentes de sua contribuição pessoal e da instalação ou equipamento fornecidos pelo empregador, serão de propriedade comum, em partes iguais, salvo se o contrato de trabalho tiver por objeto, implícita ou explicitamente, pesquisa científica." Parágrafo único. "Ao empregador caberá a exploração do invento, ficando obrigado a promovê-la no prazo de um ano da data da concessão da patente, sob pena de reverter em favor do empregado da plena propriedade desse invento".

[352] Art. 65 do Decreto-Lei nº 7.903/45: "Na vigência do contrato de trabalho, as invenções do empregado, quando decorrentes de sua contribuição pessoal e da instalação ou equipamento fornecidos pelo empregador, serão dc propriedade comum, em partes iguais, salvo se aquêle contrato tiver por objeto, implícita ou explicitamente, a pesquisa cientifica". Parágrafo único. "Caberá a exploração do invento ao empregador que fica obrigado a promovê-la. no prazo de um ano, contado da data da concessão da patente, sob pena de reverter em favor do empregado a plena propriedade".

direito. No entanto, o referido autor, ao tratar desse Decreto, afirmou que, a princípio, a propriedade dos modelos de utilidade e dos desenhos industriais deveria ser do empregador quando o empregado tivesse sido contratado com a finalidade de criar, principalmente se a atividade da empresa fosse a exploração de criações desses gêneros. Conforme Gama Cerqueira, normalmente a ideia do desenho ou do modelo seria do empregador, cabendo a execução aos empregados. [353]

Atualmente, a proteção das criações industriais é regida pela Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial – LPI). [354] A LPI tem como objeto de proteção as invenções, os modelos de utilidade e os desenhos industriais e dispõe expressamente sobre as modalidades de criações industriais por empregados nos artigos 88 a 93 e 121.

Cumpre, pois, examinar como se dá a repartição dos direitos sobre as criações industriais feitas na vigência do contrato de trabalho, analisando as criações industriais de serviço, mistas e livres.

As criações industriais de serviço são as invenções, modelos de utilidade ou desenhos industriais feitas na vigência do contrato de trabalho pelos empregados, em razão de terem sido contratados para esta finalidade. Minharro ensina que estão inseridas nessa hipótese as atividades voltadas para a pesquisa científica e para a busca por novidades.[355]

A LPI trata das criações industriais de serviço em seu artigo 88:

> a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

Desse modo, verifica-se que, para que sejam consideradas criações industriais de serviço, as invenções, modelos de utilidade ou desenhos industriais devem: a) ter sido criados em decorrência do contrato de trabalho, isto é, em razão deste; b) feitas no Brasil; e c) o contrato de trabalho deve ter como objeto, necessariamente, a pesquisa ou a atividade inventiva. É possível também que essa modalidade seja considerada aplicável aos casos em que a criação tenha sido um resultado necessário da natureza dos serviços que ocasionaram a contratação do empregado. Nessa hipótese, as criações pertencerão exclusivamente ao

[353] GAMA CERQUEIRA, João da. Tratado da Propriedade Industrial: dos privilégios de invenção, dos modelos de utilidade e dos desenhos e modelos industriais. Volume II. Tomo I. Atualização Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 325; 357-358.
[354] MINHARRO, Francisco Luciano. Op. Cit., p. 93.
[355] *Idem, ibidem,* p. 98.

empregador, resguardando-se ao empregado o direito moral de ser nomeado e qualificado, podendo requerer a não divulgação de sua nomeação, consoante artigo 6º, §4º da LPI[356].

O art. 88, §2º da Lei de Propriedade Industrial prevê que, se o ex-empregado requerer, até um ano após o término da relação de emprego, patente de invenção ou modelo de utilidade relacionada às atividades que lhe cabiam por força do contrato de trabalho, haverá presunção relativa de que a criação foi desenvolvida na vigência do contrato de trabalho, cabendo os direitos patrimoniais ao empregador. Trata-se de uma garantia legal ao empregador para evitar que o empregado se demita e, em seguida, requeira a patente em seu nome para concorrer diretamente com seu ex-empregador.[357]

Como consequência da criação de serviço, o empregado fará jus apenas ao salário ajustado, nos termos do artigo 88, §1º, LPI.

Não obstante, há aquelas criações de serviço consideradas qualificadas em razão de gerar lucro para o empregador superior ao esperado ou contratado. Sobre esse tipo de criação tratou Américo Plá Rodriguez:

> As invenções qualificadas são aquelas cuja utilidade econômica excede muito o que se esperava. Ou seja: existe grande desproporção entre a contribuição dada pela empresa e os lucros que se obtêm com o invento. Em geral, considera-se justo conceder certa participação nos benefícios da invenção ao trabalhador que a conseguiu, se for possível individualizá-lo, desde que muitas vezes se trabalha em equipe e o avanço da pesquisa vai se realizando conjunta e simultaneamente por vários pesquisadores, o que não permite a individualização de um só inventor. Não há porém nenhuma estrita obrigação a este respeito.[358]

Nessa hipótese, é mesmo justo que o empregado receba participação nos lucros decorrentes da exploração da criação industrial, conforme artigo 89, da LPI, mas essa participação não se incorporará ao salário, de acordo com o parágrafo único deste artigo.

Quanto às criações industriais mistas, o artigo 91, *caput*, da LPI prevê a possibilidade de repartição, por igual, dos direitos sobre a criação industrial entre empregado e empregador quando esta tiver sido realizada com contribuição pessoal do empregado, sem relação com a finalidade para a qual foi contratado, mas utilizando recursos do empregador. No entanto, o legislador prevê a possibilidade de disposição

---

[356] Segundo Gama Cerqueira, os efeitos do contrato de trabalho se restringem aos direitos patrimoniais referentes à invenção, mantendo-se com o autor da invenção o direito de ser reconhecido como tal. (GAMA CERQUEIRA, João da. Op. cit., p. 17).

[357] Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. Comentários à Lei de Propriedade Industrial. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 166.

[358] RODRIGUEZ, Américo Plá. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1982, p. 141.

contratual em contrário, ou seja, para que a titularidade seja exclusivamente da sociedade empresária ou do empregado.

A regra, no entanto, é da propriedade comum como meio de equilibrar interesses. Caso contrário, se houvesse apropriação integral dos frutos pelo empregador, haveria um desestímulo à atividade inventiva ou, se se reconhecesse como de titularidade do empregado a totalidade da criação, deixar-se-ia de considerar o benefício agregado pelo empregador que permitiu a utilização dos seus meios de produção sem custo para o empregado.[359]

Saliente-se que é permitido ao empregado renunciar ao seu quinhão no condomínio tanto antes do invento quanto depois. Contudo, é irrenunciável o seu direito à remuneração, de natureza não trabalhista, pelas invenções realizadas.[360]

O artigo 91, §2º garante ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração no caso de criação mista, assegurando ao empregado justa remuneração, sem natureza trabalhista nem salarial. Trata-se, na verdade, de contrato paralelo ao contrato de trabalho.[361]. O entendimento da doutrina não é uniforme no que diz respeito à quantificação dessa "justa remuneração". Há posição jurisprudencial no sentido de que a divisão deve ser por igual, na base de 50% para cada[362]. Há doutrinadores, por sua vez, que defendem não ser necessário pagar ao empregado a metade do lucro recebido. Nesse sentido é a posição de Vantuil Abdala:

> Cremos, pois, que o Projeto de Lei nº 824/91[363], ao dispor que é assegurada ao empregado "justa remuneração", tem o mérito de esclarecer não ser necessariamente devido ao empregado metade do lucro auferido com a exploração do invento. Se não acertado pelas partes, de comum acordo, o que será devido ao empregado pela

---

[359] BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., 1.309.

[360] FEKETE, Elisabeth Kasznar. O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 307.

[361] DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., 622.

[362] Nesse sentido, confira-se: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 160240-67.2004.5.03.0016. 6ª Turma. Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga. DJe 24.06.2009.

[363] O Projeto de Lei nº 824/91 tramitou longamente e foi aprovado na forma da Lei de Propriedade Industrial nº 9.279/96. Sobre a tramitação do referido projeto, Luiz Antonio Elias, da Área de Contratos e Tecnologia do INPI, esclareceu: "Embora repetindo toda a forma dos Códigos anteriores, o Projeto apresentado tramitou como Lei, desconsiderando o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, argüindo a necessidade de rápida aprovação, o que demonstra a maneira açodada de seu encaminhamento. Passando pela Comissão de Constituição e Justiça, Ciência e Tecnologia, Meio Ambiente, Economia e Finanças e, finalmente, pela Comissão Especial, o Projeto recebeu mais de mil emendas e pelo menos três substitutivos plenos, tendo sido aprovado em junho de 93 no Senado Federal sendo, por fim, convertido na Lei no 9279/96. Dada a complexidade e o pouco conhecimento da matéria por parte da sociedade, bem como pelos parlamentares, esta forma de tramitação ocasionou uma série de deficiências substantivas, técnicas e formais". ELIAS, Luiz Antonio. Sistema Nacional de Innovación y Vinculación Sector Público-Privado: Caso Brasil. Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/pt/ompi_cepal_inn_san_03/ompi_cepal_inn_san_03_t1_1.pdf. Acesso em 12 dez 2013.

> exploração do invento, e sobrevindo o litígio, o juiz determinará, segundo as circunstâncias do caso em concreto, qual será a "justa remuneração" devida ao empregado.[364]

Gama Cerqueira também questiona a forma de repartição dos lucros entre empregador e empregado, vez que as despesas decorrentes da exploração seriam arcadas pelo empregador:

> Como estabelecer a proporção dos lucros? Em partes iguais? Não seria justa essa solução para o empregador, pois a exploração do invento exige capitais e acarreta trabalho, despesas e outros ônus, que só ele teria de suportar, podendo, ainda, dar prejuízos de que não participaria o empregado.[365]

Assim, em caso de criação industrial mista, o mais adequado é que as partes estabeleçam um acordo com relação à remuneração do empregado, levando em conta, para a repartição, o caso concreto. A repartição dos lucros não resolveria a questão, pois não consideraria os gastos do empregador para a exploração do invento. Tampouco resolveria a repartição do resultado econômico decorrente da exploração, tendo em vista que empregador e empregado inventor não formam uma sociedade empresária sujeita à divisão, inclusive, dos eventuais prejuízos. Nesse caso, o risco do negócio deve ser assumido pelo empregador, responsável pela iniciativa de explorar invenção casual do empregado.

Nesse contexto, considera-se mais razoável que, na falta de previsão contratual sobre a remuneração devida ao empregado no caso de criação industrial mista, deve ser apurada a justa remuneração em cada caso concreto, considerando-se o investimento realizado para aplicação prática da criação, o custo de exploração, dedução dos impostos, retorno obtido, lucro líquido e demais variáveis que possam influenciar essa remuneração.

As criações industriais livres ou independentes, por sua vez, são as invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais realizados pelo empregado sem relação com o contrato de trabalho e sem utilizar recursos do empregador, consoante artigo 90 da LPI.

Vantuil Abdala define as criações livres da seguinte forma:

> As invenções livres, ou seja, aquelas que decorrem basicamente do engenho, do espírito criativo do empregado, e sem utilização de meios e

---

[364] ABDALA, Vantuil. Invenção durante o contrato de trabalho. Direitos do empregado e do empregador. Competência judicial. *In* Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 60/91, ano 1991, p. 136.

[365] CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial: dos privilégios de invenção, dos modelos de utilidade e dos desenhos e modelos industriais. V.2, Tomo I. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29.

> materiais do empregador, sem, pois, relação com o contrato de trabalho, exclusivamente ao trabalhador pertencem.[366]

Para Abdala, com quem concordamos, mesmo que a criação tenha sido feita com conhecimentos obtidos no emprego, o invento será de propriedade exclusiva do empregado se não tiver sido contratado para tal fim e se não tiver se utilizado de recursos do empregador para criar.

Verifica-se, portanto, que, no âmbito das criações industriais, a parte mais problemática reside na atribuição de justa remuneração ao empregado pela criação que extrapolou o objeto de seu contrato de trabalho e gerou benefícios ao empregador. Considera-se que, inexistindo disposição contratual a respeito da justa remuneração ou sendo essa disposição desproporcional em relação ao benefício obtido pelo empregador, será necessário examinar o caso concreto, avaliando o retorno recebido, o lucro líquido, investimento realizado para o desenvolvimento da ideia, os custos da exploração, deduzindo-se os impostos, e demais variáveis que possam influenciar a justa remuneração no caso concreto.

5.1.4. Criações do empregado-autor

O Direito do autor protege as obras intelectuais exteriorizadas por qualquer meio. As obras literárias, artísticas e científicas eram protegidas pela Lei nº 5.988/73 e, atualmente, o são pela Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais - LDA). Segundo Newton Silveira, a lei atual "parece ter sido montada, como uma transparência, sobre a lei revogada".[367]

Carlos Alberto Bittar define a criação feita pelo empregado autor como:

aquela produzida por autor remunerado justamente para a elaboração de trabalhos intelectuais, em que o encomendante (o empregador: pessoa natural ou jurídica, de direito privado ou de direito público) assume os riscos da reprodução e de divulgação e fornece os meios materiais para a sua consecução. Define, de regra, o plano e orienta a execução da obra.[368]

---

[366] ABDALA, Vantuil. Op. Cit., p. 132.
[367] SILVEIRA, Newton. Op. cit., p. 55.
[368] BITTAR, Carlos Alberto. Op. Cit., p. 143.

Diferentemente da Lei nº 5.988/73 - que previa em seu art. 36 que, se a obra intelectual fosse produzida em cumprimento a dever funcional, contrato de trabalho ou prestação de serviços, os direitos de autor pertenceriam a ambas as partes, salvo convenção em contrário -, a atual Lei de Direitos Autorais nada dispõe sobre a participação do empregado com relação à autoria da obra.[369]

Cumpre, dessa forma, analisar como se dá a proteção atual das obras intelectuais criadas em decorrência do contrato de trabalho.

A Lei nº 9.610/98 não trata expressamente do regime das obras criadas por empregados, mas garante a proteção aos autores, empregados ou não, como pessoa física, nos termos do art. 11.

Diante da ausência de previsão legal para os casos em que a obra intelectual é produzida por empregado ou por encomenda, a questão passou a ser regulada por contrato e o preenchimento da lacuna coube à doutrina e à jurisprudência[370].

José Carlos Costa Netto entende que, com a falta de previsão legal específica, prevalece "a regra geral de que cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar sua obra".[371] Denis Borges Barbosa defende que, com relação à obra individual, aplica-se integralmente o art. 11 da Lei n' 9.610/98, sem divisão de direitos entre as partes. Contudo, com relação à obra coletiva, afirma que os efeitos econômicos devem pertencer ao empregador, independentemente de contrato. Quanto às obras criadas em relação de subordinação, argumenta que, se a criação foi relativa ao fim específico do cargo para o qual foi contratado o empregado, atrai-se ao empregador a proteção concedida ao autor.[372]

Quanto à autoria das obras, de acordo com Newton Silveira, o artigo 11 declara que o autor é a pessoa física que criou a obra, porém o parágrafo primeiro do referido artigo prevê a possibilidade de o conceito ser aplicado às pessoas jurídicas nos casos previstos em lei, como, por exemplo, à figura do organizador de obra coletiva, o qual passa a ser considerado como autor da obra[373].

No que diz respeito às obras individuais, a jurisprudência tem entendido que, no caso de ter sido criada individualmente pelo empregado, seja em decorrência do contrato de trabalho ou não, ele continua sendo considerado como autor, fazendo jus aos seus

---

[369] SILVEIRA, Newton. Op. cit., p. 56.
[370] MORATO, Antonio Carlos. Direito de autor em obra coletiva. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 137.
[371] COSTA NETTO, José Carlos. Op. cit., p. 95.
[372] BARBOSA, Denis Borges. Titularidade das obras autorais produzidas em relação de subordinação., p. 2-3. Disponível em: < http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/134.doc>. Acesso em 08 set 2013.
[373] SILVEIRA, Newton. Op. cit., p. 59.

direitos morais previstos no artigo 24 da LDA, dentre eles o de conservar a obra inédita. O direito moral é considerado como direito personalíssimo e, portanto, irrenunciável.[374]

Alguns doutrinadores entendem que apenas a pessoa física pode ser titular dos direitos originários sobre a obra, podendo ser o organizador o titular no caso de obra coletiva. De acordo com Minharro: "a titularidade dos direitos referentes à criação é, originalmente, atribuída ao autor da obra. Assim, titular originário de direitos autorais só pode ser a pessoa física, ou na hipótese de obra coletiva, o organizador"[375]

No mesmo sentido é a opinião de Eliane Y. Abrão, para quem "titular originário é apenas a pessoa física, ou, na hipótese singular da obra coletiva, o organizador, seja ele pessoa física ou jurídica".[376]

Para José Carlos Costa Netto, por sua vez, apenas na obra coletiva em que se segue a orientação do empregador ou do comitente, com a participação de várias pessoas na criação e sem a possibilidade de se apurar a contribuição de cada uma, poderia o empregador utilizar a obra em seu nome. Ainda assim, para ele, "somente poderia ser admitida uma discussão no atinente ao exercício do direito de autor em seus aspectos patrimoniais ou econômicos, nunca em relação aos morais, em qualquer caso e especialmente, no que concerne à esdrúxula atribuição de paternidade [...] à pessoa jurídica".[377]

Mais adiante em sua obra, ao tratar das criações de obras intelectuais com vínculo empregatício, José Carlos Costa Netto admite a possibilidade de o empregador ser, excepcionalmente, considerado como coautor.

O empregador não é o autor ou intérprete e, assim, não pode ser detentor originário de direitos de autor ou conexos, a não ser que, o que somente pode ocorrer em casos excepcionais – e, mesmo assim, devidamente comprovados -, atue direta e efetivamente nessa criação ou interpretação, dirigindo-a e colaborando efetivamente – sob o aspecto da criação intelectual – na sua elaboração para atingimento dos objetivos desejados à obra

---

[374] Nesse sentido já decidiu o TRT da 9ª Região (Paraná): "Direitos Autorais. Professora. Elaboração de apostilas. Cláusula contratual que transfere todos os direitos autorais. Afigura-se inválida qualquer pactuação que restrinja os direitos de "autor", uma vez que esses são irrenunciáveis por estarem incluídos dentre os direitos personalíssimos (artigo 5º, XXVII, da Carta Maior e artigo 11, do Novo Código Civil Brasileiro). Incumbe ao Judiciário tornar efetiva a proteção prevista em lei aos "autores", a fim de preservar a autoria e o conteúdo de suas obras, até como forma de incentivá-los a compartilhar suas idéias, seus estudos, suas constatações e seus ensinamentos com o restante da coletividade, proporcionando crescimento e desenvolvimento intelectual". (TRT-PR-23077-2001-006-09- 00-6-ACO-12890-2006-publ-09-05-2006 - Rel. Rosemarie Pimpão - 3ª Turma).

[375] MINHARRO, Francisco Luciano. Op. cit., p. 118.

[376] ABRÃO, Eliane Y. Op. cit., p. 71.

[377] COSTA NETTO, José Carlos. Direito Autoral no Brasil. 2ª edição. São Paulo: FTD, 2008, p. 96.

intelectual em questão. Mesmo assim, entendemos que o resultado seria a coautoria de obra em regime de colaboração.[378]

Contudo, há uma parte minoritária da doutrina que defende a possibilidade de a pessoa jurídica ser considerada como titular de direito de autor. Nessa linha é o entendimento de Carlos Alberto Bittar para quem o direito de autor pode ser reconhecido às pessoas jurídicas originariamente por sua própria essência e de acordo com os mesmos princípios que autorizam o reconhecimento desse direito às pessoas físicas, sem necessidade de se recorrer a uma ficção para justificar esse direito.[379]

No mesmo sentido é o pensamento de Antônio Carlos Morato, quando se trata de obra coletiva, pois, segundo ele, em muitos casos, o autor só consegue realizar a criação devido às ferramentas e à conjuntura proporcionada pelo empregador [380].

Para Morato, é possível que a criação seja feita por pessoa jurídica, pois esta, atualmente, se apresenta como titular de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais. No entanto, alega que, apesar de alguns direitos extrapatrimoniais se aplicarem às pessoas jurídicas, tais como direito ao nome, à honra, à intimidade, de paternidade, de nominação, outros não podem ser conferidos a elas. É o caso do direito de inédito, pois a divulgação da obra, a indivisibilidade e a organização são elementos fundamentais da obra coletiva.[381]

Tal posição, apesar de minoritária, parece correta, tendo em vista que, sem as ferramentas disponibilizadas pelo empregador, sem a equipe por ele unida, sem a organização e orientação por ele proporcionada, muitas vezes não se chegaria ao resultado final da obra coletiva.

Sobre os direitos patrimoniais relacionados à obra intelectual, o art. 28 da LDA dispõe que cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra intelectual. Nesse caso, sendo a obra individual ou coletiva, poderá o autor ceder os direitos patrimoniais para exploração por terceiros.

De acordo com a legislação vigente, a existência de contrato de trabalho não gera, automaticamente, titularidade originária de direito de autor ao empregador[382] no caso da obra individual criada pelo empregado. Se houver contrato de trabalho relacionado à atividade criativa, como é o caso do fotógrafo de jornal de grande circulação, a jurisprudência já entendeu que deve haver autorização expressa do criador da obra para

---

[378] COSTA NETTO, José Carlos. Op. cit., p. 104-105.
[379] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 79.
[380] MORATO, Antônio Carlos. Chinellato. Direito de autor em obra coletiva. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 137.
[381] *Idem, ibidem*., p. 176.
[382] COSTA NETTO, José Carlos. Op. cit., p. 103-104.

utilização pelo empregador, inclusive para fins de reutilização.[383] Além disso, a utilização deve ser restrita ao tempo e às condições autorizadas pelo titular originário. Isso porque a própria Lei de Direito de Autor prevê, em seu art. 29, que a utilização da obra depende de autorização prévia e expressa do autor e não menciona exceção alguma em caso de criação relacionada ao contrato de trabalho.

No entanto, há entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a transferência para o empregador dos direitos autorais de natureza patrimonial é automática se houver contrato de trabalho envolvendo a realização de obras intelectuais. Nessa hipótese, torna-se necessário apenas fixar os limites da transferência. Veja-se:

> Com efeito, a transferência ao empregador dos direitos patrimoniais sobre essas obras – oriundas exclusivamente da relação de emprego – exsurge como consequência lógica da remuneração recebida pelo empregado, sendo razoável supor a existência de acordo tácito nesse sentido, como forma de justificar o pagamento do salário. Por outro lado, esse mesmo salário não tem o condão de desfazer o liame subjetivo do autor com sua obra, persistindo o vínculo de caráter moral, que pertence à própria essência do direito de autor. Outrossim, tendo em vista que, havendo vínculo laboral entre autor e encomendante, a transmissão dos direitos autorais de natureza patrimonial ocorre de maneira tácita, torna-se imperioso determinar os limites dessa transferência (STJ, REsp 1.034.103-RJ, Rel. Nancy Andrighi (voto vencido) - j. 21.09.2010).

No julgamento do Recurso Especial acima mencionado (REsp 1.034.103-RJ) houve divergência acerca dos limites da transferência, mais precisamente sobre a necessidade de o empregador remunerar o empregado a cada utilização da obra, que se trata de *leading case* sobre o assunto. A Ministra Nancy Andrighi, relatora do recurso, teve seu voto vencido ao defender a divisibilidade dos direitos de autor, com fundamento no artigo 31 da LDA, e a limitação restritiva quanto à modalidade de utilização, nos termos do artigo 49, VI, da LDA. Ela argumentou que a fixação dos limites é tarefa árdua, sendo necessária a fixação de acordo com a peculiaridade de cada caso.

A Ministra Nancy Andrighi sustentou o seguinte:

---

[383] Assim entendeu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em acórdão citado por José Carlos Costa Netto: "Direito Civil. Direito Autoral. Fotografia. Publicação sem autorização. Impossibilidade. Obra criada na constância do contrato de trabalho. Direito de cessão exclusiva do autor. Inteligência dos arts. 30 da Lei 5.988/73 e 28, da Lei 9.610/98. Dano moral. Violação do direito. Parcela devida. Direitos autorais. Indenização. […] II- A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o artigo 30 da Lei 5.988/73, com a redação dada ao art. 28 da Lei 9.610/98, impede a cessão não expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 617.130/DF. Terceira Turma. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. DJe 17.03.2005). COSTA NETTO, José Carlos. Op. cit., p. 101.

> Na hipótese específica do fotógrafo contratado por empresa jornalística, salvo estipulação contratual expressa em contrário, penso que a transferência do direito patrimonial sobre as obras intelectuais se opera de forma definitiva, mas se vincula às reportagens para as quais foi produzida e exclusivamente para utilização direta pela empregadora. Vale dizer que as fotos tiradas por empregado podem ser usadas, pela própria empresa, quantas vezes esta quiser, desde que como parte integrante da reportagem que deu origem a esse trabalho. […] Viabiliza-se, com isso, a republicação de reportagens, mas não sua comercialização com terceiros, tampouco o aproveitamento das fotos em outras matérias, para as quais não fora originalmente idealizada, situações que certamente representam ofensa ao direito autoral do fotógrafo, já que extrapolam a finalidade presumida do trabalho para o qual foi contratado (STJ, REsp 1.034.103-RJ, Rel. Nancy Andrighi (voto vencido) - j. 21.09.2010).

No julgamento, prevaleceu o entendimento do Ministro Sidnei Beneti, segundo o qual é desnecessária a cessão para publicação das fotos pelo empregador em outras reportagens da mesma sociedade empresária. Confira-se:

> Direito Autoral. Fotógrafo contratado. Relação de trabalho. Propriedade imaterial inalienável das fotografias. Necessidade de autorização do autor da obra para a publicação por terceiros. Desnecessária a cessão, contudo, para a publicação pelo próprio empregador. [...] II - O empregador cessionário do direito patrimonial sobre a obra não pode transferí-lo a terceiro, mormente se o faz onerosamente, sem anuência do autor. III - Pode, no entanto, utilizar a obra que integrou determinada matéria jornalística, para cuja ilustração incumbido o profissional fotógrafo, em outros produtos congêneres da mesma empresa. IV - Recurso Especial provido. (STJ, REsp 1.034.103-RJ, Rel. Nancy Andrighi, RP/acórdão Min. Sidnei Beneti, j. 21.09.2010).

Em que pese o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, cuja interpretação é mais benéfica para o empregado e para o autor, parece mais adequado o voto vencedor do Ministro Sidnei Beneti. Isso porque, como ele mesmo afirmou por ocasião do julgamento, o empregado fotógrafo não é contratado como tarefeiro e as fotos são parte da essência do seu contrato de trabalho. Deve ser mantido, contudo, o direito do empregado de ser nomeado e de receber contraprestação caso as fotos sejam cedidas a terceiros.

Assim entendeu o Ministro Sidnei Beneti:

> O profissional fotógrafo empregado não é contratado como tarefeiro, para cada foto que venha a produzir, mas, sim, e ao contrário, para a prestação continuada de trabalho fotográfico, de modo que não se pode amparar a pretensão a recebimento de pagamento suplementar ao do contrato de trabalho, a cada foto que venha a produzir, porque a produção continuada delas é da essência de seu trabalho remunerado e de modo que, uma vez produzida a foto, pode o empregador, que já remunerou toda a atividade do fotógrafo, utilizar do produto na empresa para a qual trabalha o profissional fotógrafo. […]O empregador tem obrigação de preservar o direito autoral moral do fotógrafo. Tem, igualmente, a obrigação de não

> ultrapassar os limites dentro dos quais produzida a obra – ou seja, para uso em sua atividade – de forma que não a pode ceder a terceiro sem autorização do fotógrafo. Mas não há como exigir ao empregador a exaustão do direito ao uso da obra do profissional empregado a cada uso, de modo a ter de com ele negociar, mediante cessão, uso futuro, em outros produtos da empresa jornalística (STJ, REsp 1.034.103-RJ, Rel. Nancy Andrighi, RP/acórdão Min. Sidnei Beneti, j. 21.09.2010).

Embora a jurisprudência não seja unânime com relação à transferência automática dos direitos patrimoniais de autor ao empregador quando o empregado tiver sido contratado com a finalidade específica de criar, a doutrina é praticamente unânime no sentido de que os direitos patrimoniais, nesse caso específico, pertencem ao empregador.

Nessa linha é a posição de Carlos Alberto Bittar:

> Observa-se, portanto, a tendência geral de considerar-se a obra de assalariado como caso especial dentre os princípios gerais do direito de autor. Em algumas legislações, atribui-se o direito exclusivo, originariamente, ao criador, mas, por força do contrato de trabalho e da atividade do comitente, confere-se a este a sua utilização econômica. Opera-se, assim, a aquisição derivada dos direitos de exploração sobre a obra. Em outras, o direito é conferido desde a origem ao empregador, em função da peculiaridade dos sistemas. Concorda-se, porém, com o caráter restrito da utilização da obra, que se cingirá à forma específica da atividade do comitente. Os demais direitos permanecem na esfera do autor.[384]

Para Alice Monteiro de Barros, como a LDA é omissa sobre a repartição dos direitos sobre a obra entre o empregado e o empregador, aplica-se por analogia o disposto na Lei do Software, Lei nº 9.609/98. Veja-se:

> A atual lei de direitos autorais é omissa a respeito do controvertido direito comum entre o autor empregado e o empregador. Em sendo assim, entendemos aplicável, por analogia, as disposições pertinentes contidas na Lei n. 9.609, de fevereiro de 1998. A Lei n. 9.609, de 1998, preceitua, no art. 4º, que os direitos relativos aos programas de computador desenvolvidos e elaborados durante a vigência de pacto laboral ou de vínculo estatutário expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento ou em atividade do empregado, contratado ou servidor, ou ainda que decorram da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos, salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador que contratou os serviços ou ao órgão público a que está vinculado o servidor. Logo, só será de propriedade exclusiva do empregado a criação que não for desenvolvida ou elaborada durante a relação empregatícia, tampouco decorra da natureza dos encargos alusivos ao vínculo empregatício.[385]

---

[384] BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 144-150.
[385] BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 500.

No mesmo sentido é a posição de Denis Borges Barbosa: "Assim, cabe afirmar minha posição doutrinária, ainda sem base em jurisprudência ou doutrina alheia, de que a titularidade da obra, tanto coletiva, quanto da individual realizada por trabalhador em estrito cumprimento de dever funcional, remanesce com o empregador".[386]

No entanto, a questão se torna mais problemática no que diz respeito às obras mistas, ou seja, criadas de maneira casual durante o contrato de trabalho sem que o empregado tenha sido contratado para tanto.

Minharro propõe solução bastante criativa: não havendo lei específica sobre a quem pertencerão os direitos patrimoniais das obras criadas por empregados, seria aplicável a regra básica de que os direitos patrimoniais pertencem ao empregador.[387] O citado autor parte da premissa de que o art. 1.269 do Código Civil[388] não se aplica ao Direito do Trabalho, pois o empregado que fabrica produtos para o empregador, utilizando matérias-primas deste, não tem direito de ficar com esses produtos embora sejam frutos do seu próprio trabalho. Confira-se:

> Dentre os modos de aquisição da propriedade móvel está a especificação, "por meio da qual pode o interessado, que cria forma nova, a partir de matéria-prima alheia, obter a respectiva propriedade, indenizando o titular anterior". Esta regra está prevista no art. 1.269 do atual Código Civil. Um empregado, entretanto, que fabrica determinado produto usando matéria-prima pertencente a seu empregador não tem direito a este produto, fruto de seu trabalho, apesar do dispositivo no Código Civil. O que afasta a regra geral de Direito Civil apontada é exatamente a existência de contrato de trabalho entre as partes, que transfere os frutos do trabalho do empregado ao empregador. Em relação às obras intelectuais a regra deve ser a mesma. Não há motivo para não seguir o mesmo critério para as duas situações. Tanto o art. 5º da Lei n. 9.279/96 quanto o art. 3º da Lei n. 9.610/98 consideram os respectivos direitos intelectuais como bens móveis. Os bens imateriais pertenceriam a seus autores. [...] Entretanto, por haver um contrato de trabalho entre as partes, os frutos do trabalho do empregado, quer sejam eles corpóreos quer imateriais, pertencerão ao empregador por força do contrato de trabalho.[389]

A premissa adotada por Minharro se adequa perfeitamente à hipótese de criação de serviço, isto é, quando o empregado foi contratado para criar. Isso porque, nesses casos, a criação é o objeto do contrato de trabalho e a contraprestação pela obra é

---

[386] BARBOSA, Denis Borges. Titularidade das obras autorais… p. 2-3. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/134.doc>. Acesso em 08 set 2013.
[387] MINHARRO, Francisco Luciano. Op. cit., p. 152.
[388] O art. 1.269 do Código Civil Brasileiro dispõe, ao tartar das especificações, que: "aquele que, trabalhando em matéria-prima em parte alheia, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior".
[389] MINHARRO, Francisco Luciano. Op. cit., p. 150.

estritamente o salário. O contrato de trabalho gera para o empregado obrigação de fazer, que se traduz "na realização de um ato ou confecção de uma coisa, para depois entregá-la ao credor"[390], e tem caráter sinalagmático, "a cada obrigação de fazer, de prestar o serviço, corresponde uma obrigação de dar (pagar o salário) equivalente. O caráter sinalagmático tem em vista o contrato no todo e não prestação por prestação"[391].

Contudo, Minharro considera que, sendo omissa a legislação sobre a repartição dos direitos patrimoniais sobre as obras criadas por empregados, a regra básica de que os frutos econômicos do trabalho do empregado pertencerão ao empregador se aplica também às hipóteses de criações mistas ou casuais. Veja-se:

> Assim, na Lei de Direitos Autorais, em que não há determinação expressa acerca da determinação da obra do empregado, deve ser aplicado este princípio básico, ou seja, os frutos do trabalho intelectual do empregado pertencerão ao empregador. Este princípio não se aplica somente aos casos em que o empregado seja contratado para criar obras contratuais. Caso o empregado produza uma obra intelectual sem ter sido contratado para isto e o faça com a colaboração do empregador, os frutos desta obra também pertencerão ao empregador, desde que não haja regra expressa determinando o contrário.[392]

Parece-nos, contudo, que a premissa que justifica a concessão dos direitos patrimoniais ao empregador no caso de criação de serviço não é a mesma para os casos de criações mistas ou ocasionais. Tal se afirma porque, no caso da obra mista, o contrato de trabalho não tem como finalidade a criação, o empregado não foi contratado com esse objetivo e não recebeu salário para isso. Nesse contexto, não haveria razão para afastar a regra constante no art. 1.269 do Código Civil de que aquele que obtiver espécie nova será o proprietário desta, mesmo que utilize matéria-prima alheia apenas em razão da existência de vínculo empregatício, tendo em vista que a criação não foi o motivo pelo qual o empregado foi contratado, antes foi fruto da iniciativa deste.

Com relação ao assunto, é relevante a posição de Paul Durand, para quem as cláusulas constantes em contratos de trabalho cedendo os direitos patrimoniais das invenções casuais não podem ser consideradas válidas.

> Às vezes, os contratos de trabalho contêm uma cláusula de cessão de propriedade ao empregador de todas as invenções possíveis do empregado relacionadas com a empresa , mesmo que elas não sejam relacionadas com as funções desempenhadas pelo empregado no negócio. A validade destas disposições foi contestada pela doutrina francesa.

---

[390] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 2º volume. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 104.
[391] BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., p. 186-187.
[392] MINHARRO, Francisco Luciano. Op. Cit., p. 151-152.

> Enquanto alguns autores parecem admitir a validade, invocando o princípio geral da liberdade de contrato, outros são hostis por considerá-las injustas para com o inventor. Esta segunda solução parece preferível.[393] (tradução nossa)

Durand afirma, ainda, que a renúncia aos direitos sobre as obras casuais pelos empregados não pode ser presumida[394] e que, caso o empregador tenha contribuído para a criação, fornecendo elementos, este terá direitos secundários sobre a obra[395].

Assim, considera-se que, em caso de omissão legislativa sobre a repartição dos direitos sobre as criações mistas, o mais adequado seria que pertencessem ao empregado, exclusivamente.

Nessa linha, há entendimento jurisprudencial de que a obra criada pelo empregado, desvinculada do contrato de trabalho, pertence a ele exclusivamente, que confirmado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região[396]. Confira-se:

> Segundo a Lei no 9.610 de 19-02-1998, que regula os direitos autorais, trata-se a hipótese vertente de obra literária coletiva que, na acepção do art. art. 5o, VIII, "h", da Lei 9.610/98, consiste naquela "criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma". Isso porque, embora incontroverso que a letra da música "CANÇÃO À INFRAERO" seja de autoria do reclamante, certo é que, conforme ele mesmo informa na peça inicial, a música foi de autoria de André SantÁnna Carvalho, sendo certo que o arranjo coube a Júlio César Faria. Lado outro, o art. 17, da referida norma estabelece que "Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva". Nessa linha de raciocínio, infere-se que, ao contrário do que alega a reclamada, os direitos patrimoniais da obra, que foi confeccionada fora da dinâmica contratual da relação de emprego, não pertencem a ela, mas sim, ao reclamante, que foi o mentor, o autor da intelecção da obra, muito embora tenha sido favorecido com o concurso de instalações disponibilizadas pela empregadora para gravação do CD. Assim, chega-se à ilação de que, tratando-se de obra coletiva, em relação a qual detém o reclamante os direitos de co-autor, nos termos do art. 32 da Lei 9.610/98, fica a empregadora condenada a realizar todos os procedimentos necessários para efetivação do registro da música do reclamante nos órgãos competentes, conforme lhe faculta o art. 19 da mencionada lei, entregando-lhe, até mesmo, autorização, com firma reconhecida, dos proprietários dos direitos patrimoniais da marca "INFRAERO", já que, conforme noticiado no documento de fl.09 da

---

[393] DURAND. Paul. Op. cit., p. 748.
[394] *Idem, ibidem,* p. 749.
[395] *Idem, ibidem,* p. 750-751.
[396] Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 0001008-72-2010-5-03-0092. Nona Turma. Rel. Maria Lúcia Cardoso Magalhães. DEJT. 12.01.2011.

> Biblioteca Nacional (Ministério da Cultura), é ela imprescindível para o registro pleiteado pelo reclamante.[397]

Outra possibilidade seria a de que a criação mista, em caso de omissão legislativa, deve pertencer a ambas as partes dependendo de que materiais do empregador o empregado se utilizou para realizar a criação, como um segredo da empresa, por exemplo. Se relevantes as informações da empresa utilizadas para criação no âmbito do direito de autor, poderia se utilizar, por analogia, o previsto no art. 39 da Lei de Proteção de Cultivares ou, também, o disposto no art. 91 da LPI.

Em suma, de acordo com a legislação vigente, o direito moral decorrente da criação intelectual permanece com o autor em qualquer caso, seja ele pessoa física ou pessoa jurídica no caso de obras coletivas. Tratando-se de obra individual oriunda de contrato de trabalho, o autor-empregado permanece com o direito moral e pode ceder os direitos patrimoniais ao empregador se desejar.

Contudo, entende-se que, se o empregado foi contratado com a finalidade de criar, o contrato de trabalho deve prever expressamente a cessão dos direitos patrimoniais relativos às criações, especificando a forma de exploração destas. Caso o uso extrapole a finalidade para a qual foi contratado o empregado, considera-se razoável a solicitação de autorização expressa do empregado, sob pena de indenização por danos morais em que pese a existência de entendimento jurisprudencial diverso.

No caso de a criação ser mista, entende-se que o direito moral permanece com o empregado e o direito patrimonial pode continuar com o empregado ou, no caso de utilização de ferramentas de trabalho ou de informações relevantes do empregador, os direitos patrimoniais passam a ser de ambas a partes. Além disso, parece justo que seja fixada contraprestação para o empregado-autor, desvinculada do salário, no caso de cessão do direito de exploração exclusiva para o empregador, impedindo o enriquecimento ilícito por parte deste.

Tratando-se de criação livre do empregado-autor, o empregador não terá direito algum sobre ela.

Na hipótese de obra coletiva, por outro lado, tendo o empregado sido contratado para criar sob a orientação do empregador, que deu as diretrizes do trabalho e contratou outros empregados para a mesma tarefa, considera-se que o empregador é o autor, sendo

---

[397] Reclamação Trabalhista nº 0001008-72-2010-5-03-0092. Vara do Trabalho de Pedro Leopoldo, Minas Gerais. Juiz: Paulo Chaves Correa Filho. DEJT. 15.10.2010. Disponível em https://as1.trt3.jus.br/juris/sentenca.htm?conversationId=8667&index=0. Acesso 11 out 2013.

titular dos direitos morais e patrimoniais, já que não é possível especificar a tarefa de cada um dos empregados.

Como forma de conferir mais segurança jurídica e preencher a lacuna existente na Lei de Direitos Autorais[398], foi submetido à consulta projeto de lei do Ministério da Cultura que pretende alterar a lei de direitos autorais no que diz respeito às obras realizadas por encomenda ou decorrente de vínculo empregatício.

A alteração prevista no Capítulo VI, artigo 52-A, dispõe que:

> Art. 52-A: Salvo disposição em contrário, caberá ao empregador, ente público, ou comitente, exclusivamente para as finalidades que constituam o objeto do contrato ou das suas atividades, o exercício da titularidade dos direitos patrimoniais das obras:
> I – criadas em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho;
> II – criadas em cumprimento de contrato de encomenda, inclusive para os efeitos dos art. 54 e 55 desta Lei.
> §1º - O autor conservará seus direitos patrimoniais com relação às demais modalidades de utilização da obra, podendo assim explorá-la livremente.
> §2º - A liberdade conferida ao autor de explorar sua obra, na forma deste artigo, não poderá importar em prejuízo injustificado para o empregador, ente público ou comitente na exploração da obra.
> §3º - A retribuição pelo trabalho ou encomenda esgota-se com a remuneração ou com o salário convencionado, salvo disposição em contrário.[399]

Verifica-se que se pretende destinar a titularidade dos direitos patrimoniais ao empregador em caso de criação em cumprimento a contrato de trabalho, salvo se houver disposição contratual regulando a questão. Os parágrafos primeiro e segundo do referido artigo preveem que serão conservados ao autor seus direitos patrimoniais com relação às demais modalidades de utilização da obra, podendo assim explorá-la livremente, desde que não cause prejuízo injustificado ao empregador na exploração da obra.

O §1º do art. 52-A confere ao empregado liberdade de exploração dos direitos patrimoniais nas demais modalidades de utilização da obra diversas do objeto do contrato de trabalho ou de suas atividades. No entanto, o §2º do mencionado artigo limita essa liberdade, já que ela não poderá causar prejuízo injustificado ao empregador. Há quem considere que a expressão "prejuízo injustificado" dá margem para interpretação e, por

---

[398] Cf. Exposição de Motivos do Projeto de Lei para modificação da atual Lei de Direitos Autorais. Acesso em 01 out 2013. Disponível em: <http://gpcult.org/pdf/Exposição%20de%20Motivos%20do%20APL%20da%20Ministra%20Ana%20de%20Hollanda.pdf>

[399] Projeto de Lei 7.863 submetido à consulta para alteração da Lei 9.610/98. Disponível em http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/consulta/. Acessado em 27 de outubro de 2011.

consequência, caberá ao judiciário apreciar a questão. Dessa forma, o ideal seria que a expressão fosse revista antes que as alterações entrassem em vigor.[400]

Além disso, o parágrafo nono do artigo 52-A dispõe que "serão nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que limitem o exercício dos direitos morais pelo autor da obra encomendada, observado o disposto no art. 24 § 3º".

Observa-se que o projeto de lei nada diz a respeito das criações intelectuais mistas nem das obras coletivas em que não é possível individualizar a contribuição de cada empregado, permanecendo a necessidade de resolução da questão por meio de contrato ou através da submissão do litígio ao Poder Judiciário. No entanto, seria prudente que a lei previsse a maneira de repartição das criações como forma de garantir segurança jurídica tanto para os empregados-autores quanto para os empregadores.

É também o posicionamento de Manoel J. Pereira dos Santos:

> Afinal, na obra sob encomenda ou assalariada, que direitos tem o encomendante ou empregador? Argumenta-se na doutrina que há uma autorização temporária para a primeira utilização. Mas há muitas situações onde a utilização não está vinculada ao conceito de primeira utilização, pois se trata de uso contínuo e permanente. Com efeito, a remuneração paga, seja no caso de contrato de trabalho, seja no caso de contrato de prestação de serviços não sujeitos a relação empregatícia, representa a contraprestação devida pelo encomendante ou empregador pela criação e entrega da obra contratada. Não faz sentido, dentro da economia do contrato, sustentar que o contratante remunera o prestador do serviço para produzir determinado bem que não poderá ser utilizado, após determinado tempo, se não mediante novo pagamento. Portanto, a única solução para essa questão é considerar que a autorização deve cobrir a utilização contemplada na encomenda, de modo temporário ou permanente, conforme for o caso, ficando excluídos aqueles usos que não se enquadram no objetivo do contrato ou no campo das atividades do comitente. […] Atualmente, a resolução desses problemas é deixada para a esfera contratual. Contudo, existem muitas situações onde não há contrato ou onde o contrato não regula adequadamente essa questão. Assim sendo, a Lei deveria estabelecer uma definição dos direitos de cada parte, protegendo o criador, mas também assegurando certos direitos ao empresário ou encomendante.[401]

---

[400] SILVEIRA, Lilian de Melo. Obra sob encomenda – licenças não voluntárias. In "Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais". Marcos Wachowicz, Manoel Joaquim Pereira dos Santos (organizadores) – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p . 184-185. Disponível em: http://www.brasiliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/06002200/060022_COMPLETO.pdf. Acesso em 28 outubro 2013.

[401] SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Principais tópicos para uma revisão da lei de direitos autorais brasileira. In: In "Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais". Marcos Wachowicz, Manoel Joaquim Pereira dos Santos (organizadores) – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 59-60. Disponível em: http://www.brasiliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/06002200/060022_COMPLETO.pdf. Acesso em 28 outubro 2013.

Em linhas gerais, conclui-se que os direitos patrimoniais sobre as criações feitas por empregados irá depender da forma como se deu a criação, ou seja, se houve mero cumprimento de dever contratual de trabalho; se a contribuição foi individual do empregado, mas com a utilização de recursos do empregador; se houve participação do empregador na criação; ou se foi feita livremente pelo empregado, de forma autônoma, sem a utilização de quaisquer tipos de recursos do empregador.

5.1.5. *Software* desenvolvido por empregado

A Lei nº 9.609/98 tem como objeto a proteção da propriedade intelectual dos programas de computador e o regime de proteção dos *software* é o mesmo das obras literárias, sendo aplicada a Lei de Direitos Autorais, no que couber.

O art. 1º da Lei 9.609/98 define programa de computador como

> a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

O regime de proteção dos *software* criados por empregados está previsto no artigo 4º da Lei nº 9.609/98 e em seus parágrafos.

Quanto ao *software* de serviço, de acordo com o artigo 4º da Lei dos programas de computador, pertencem ao empregador, salvo estipulação em contrário, os direitos sobre os *software* criados durante o vínculo de emprego, expressamente destinados à pesquisa e ao desenvolvimento ou quando a criação for resultado das atividades normais do empregado. Em regra, a remuneração do empregado, autor do programa de computador desenvolvido durante o contrato de trabalho, será limitada ao salário ou à remuneração pactuada, nos termos do artigo 4º. §1º, da Lei nº 9.609/98, porém a remuneração também pode ser objeto de ajuste em contrário.

No que tange ao software criado exclusivamente pelo empregado, de acordo com o artigo 4º, §2º, da mesma lei, serão de exclusividade do empregado os programas de computador criados sem relação com o contrato de trabalho e sem utilização de recursos do empregador, isto é, se o empregado não tiver sido contratado com a finalidade de criar e se não tiver usado materiais, equipamentos e dados do empregador para a criação.

Assim, além de não poder usar meios e equipamentos para criar, o empregado também não poderá utilizar informações tecnológicas ou segredos industriais e de negócios do empregador, sob pena de praticar o ilícito penal previsto no artigo 195, XI, da Lei nº 9.279/96.[402]

Confira-se o entendimento de Eliane Y. Abrão a respeito:

> Pertencerão ao empregado os direitos do programa gerado sem relação com a prestação de serviços e sem a utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais e de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, da empresa ou de terceiros com quem o empregador mantenha vínculos. Ou seja, o programa criado fora do ambiente de trabalho poderá ser de titularidade apenas do empregado, desde que prove que o tenha feito sem qualquer influência dos ingredientes acima citados.[403]

Não há previsão legal quanto à possibilidade de repartição dos direitos sobre programa de computador quando este for criado com a colaboração tanto do empregado quanto do empregador. O ordenamento jurídico brasileiro também não prevê regras para repartição de direitos sobre *software* desenvolvido por dois ou mais empregados. Faz-se necessária, dessa forma, a regulamentação adequada desse instituto por trazer problemas práticos, sugerindo-se, aqui, a aplicação da mesma regra sugerida para o caso de criações mistas do empregado-autor, conforme item 5.1.4.

Quanto aos direitos morais decorrentes da criação do *software*, o artigo 2º, §1º da Lei 9.609/98 dispõe que não se aplicam ao programa de computador, ressalvada a possibilidade de reivindicar a paternidade do programa, a qualquer tempo e de o autor se opor a alterações não autorizadas, caso estas ensejem deformação, mutilação do *software* ou qualquer outra mudança que prejudique a honra ou a reputação do autor.

5.1.6. Cultivares criadas por empregados

Conforme ensina Newton Silveira, o objeto do direito protegido pela Lei de Cultivares nº 9.456/97 "é uma cultivar, considerada bem móvel para todos os efeitos legais (art. 2º). A cultivar objeto da proteção legal deverá ser uma nova cultivar ou uma cultivar essencialmente derivada".[404]

Segundo Minharro, a proteção conferida à cultivar não se refere à

---

[402] MINHARRO, Francisco Luciano. Op. Cit., p. 134-135.
[403] ABRÃO, Eliane Y. Op. cit., p. 120.
[404] SILVEIRA, Newton. Op. Cit., p. 78.

> propriedade sobre o vegetal em seu sentido físico, mas sim de uma forma de reprodução ou de multiplicação vegetativa da planta considerada em seu todo. Trata-se, outrossim, de uma garantia de direito de exclusividade de produção com fins comerciais, de oferecimento à venda ou comercialização do material de propagação da cultivar.[405]

O autor da cultivar, que é aquele que obtiver a cultivar ou que estabelecer descritores que a diferenciam das demais, é chamado de melhorista, de acordo com o artigo 3º da Lei de Cultivares, e só poderá ser pessoa física. Já o obtentor, nos termos do artigo 5º da lei, é o titular do direito, aquele que obtiver a nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada no país, e poderá ser pessoa física ou jurídica.[406] Segundo Minharro, em uma relação de emprego, o empregado poderá ser melhorista ou obtentor. O empregador, por sua vez, poderá ser apenas obtentor.[407]

Os artigos 38 e 39 da lei tratam da obtenção da cultivar na vigência do contrato de trabalho ou durante a prestação de serviços. Newton Silveira, ao comentar sobre os referidos dispositivos legais, resume a criação de cultivares de serviço e a criação mista:

> Basicamente, a obtenção pertence ao contratante, tendo sido o melhorista contratado para essa finalidade. Se o melhorista não foi contratado, mas utilizou "recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos" do contratante, a cultivar pertence a *ambas as partes*, cabendo o direito exclusivo de exploração ao contratante, garantida ao melhorista "a remuneração que for acordada entre as partes" (art. 39).

Assim, em caso de cultivar de serviço, a obtenção pertencerá ao empregador e a contraprestação do empregado será o salário ajustado, salvo previsão contratual expressa em contrário, nos termos do art. 38, §1º, da Lei nº 9.456/97.

No caso da cultivar mista, quanto ao fato de a lei garantir ao melhorista "a remuneração que for acordada entre as partes, sem prejuízo do pagamento do salário ou da remuneração ajustada", Newton Silveira ainda indaga: "Não seria útil a lei ter previsto um árbitro para o caso de desacordo?"[408] Tal sugestão teria como fundamento o art. 36 da Lei nº 5.988/73, segundo o qual os direitos do autor pertencerão a ambas as partes, salvo convenção em contrário, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor. A sugestão proposta por Newton Silveira de se prever um árbitro em caso de desacordo sobre a remuneração é bastante relevante e apropriada[409], vez que o árbitro seria

---

[405] MINHARRO, Francisco Luciano. Op. Cit., p. 45.
[406] SILVEIRA, Newton. Op. Cit., p. 76-77.
[407] MINHARRO, Francisco Luciano. Op. Cit., p. 114.
[408] SILVEIRA, Newton. Op. Cit., p. 77.
[409] De acordo com Pietro Ichino, o art. 25 do *Regio Decreto* nº 1127/1939 prevê que, em caso de desacordo, a justa remuneração pela invenção do empregado deverá ser determinada por um Colégio arbitral. (ICHINO,

profissional especialista no assunto, o que se revela de grande utilidade prática no que diz com o tema das cultivares, além de garantir mais agilidade à solução do caso.

No entanto, a ideia de prever um árbitro para solucionar eventual desacordo sobre a remuneração do melhorista, embora vantajosa por sua especialidade e celeridade, não deixaria de sofrer críticas. Isso porque a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 114, §1º, que, se frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. No §2º do mesmo artigo, a Constituição dispõe que, se as partes se recusarem à negociação coletiva ou à arbitragem, qualquer delas poderá ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, cabendo à Justiça do Trabalho o julgamento de demandas coletivas de natureza trabalhista. Contudo, a Constituição Brasileira nada diz sobre a solução de conflitos individuais através de arbitragem. Acresça-se que a Lei nº 9.307/96, em seu art. 1º, dispõe que "pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". A discussão residiria, dessa forma, no fato de grande parte da doutrina[410] e da jurisprudência[411] em matéria de Direito do Trabalho entender que as normas trabalhistas, em sua maioria, são indisponíveis em razão dos princípios da irrenunciabilidade e da proteção[412], sendo incompatível a eleição da arbitragem como forma de solução de conflito individual em matéria laboral. Por esse motivo, não é pacífico o entendimento que alberga a possibilidade de se prever um árbitro para solucionar eventual conflito individual acerca da remuneração do melhorista, muito embora esse empregado dificilmente possa ser considerado como hipossuficiente devido a seu alto grau de especialização.

No que diz respeito aos direitos sobre a cultivar livre, a lei é omissa. No entanto, Minharro ensina que:

Pietro. Il contratto di lavoro: Soggetti e oggetto, sicurezza del lavoro, retribuzione, qualità, luogo e tempo della prestazione. Vol. II. Milano: Giuffrè, 2003. Acesso em 15 jan 2014. Disponível em: http://archivio.pietroichino.it/libri/view.asp?IDArticle=208.

[410] Nesse sentido: BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 101. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 1463.

[411] Confira-se: "AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACORDO HOMOLOGADO PELO JUÍZO ARBITRAL. COISA JULGADA. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. O Tribunal Regional decidiu que o acordo firmado perante o Tribunal de Mediação e Arbitragem, referente à rescisão do contrato de trabalho do reclamante, não possui eficácia liberatória total em relação aos direitos individuais indisponíveis, de natureza alimentar. Nesse sentido, não se observa ofensa à coisa julgada, tendo em vista que o art. 1º da Lei nº 9.307/96 prevê a aplicabilidade de seus dispositivos apenas em relação a direitos patrimoniais disponíveis. Essa circunstância afasta a aplicabilidade da arbitragem em relação ao dissídio individual, pois os direitos trabalhistas são indisponíveis. Precedentes desta Corte. Incidência do óbice da Súmula n° 333 e do artigo 896, § 4°, da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento" (AIRR 712-87.2011.5.04.0027. 7ª Turma. Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. DEJT 27.09.2013).

[412] BARROS, Alice Monteiro de. Op. Cit., p. 101.

> Sendo a obtenção da cultivar efetivada sem qualquer relação com o contrato de trabalho ou de prestação de serviços, não há falar em participação do empregador no seu proveito econômico, o que se justificaria se a obtenção ocorresse como resultante da existência de um Contrato de Trabalho entre as partes.[413]

A lei prevê expressamente que os melhoristas sejam indicados no pedido e no certificado, garantindo os direitos morais do empregado criador da cultivar no artigo 5º, §3º da Lei.

5.1.7. Ideias dos empregados como criações mistas

Atualmente, as ideias que dão origem às obras intelectuais não são, por si sós, objeto de proteção. São tuteladas apenas suas concepções estéticas materializadas como obra intelectual. Essa já era a tendência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 1961, posteriormente adotada pela Lei nº 5.988/73 e pela atual Lei de Direitos Autorais (LDA) nº 9.610/98, em seu art. 8º, I.

Segundo Eliane Y. Abrão, "há um campo de verdadeira imunidade a qualquer proteção de caráter autoral: é o das idéias, dos conceitos, dos métodos, dos sistemas, dos cálculos. Toda obra parte de uma idéia, de um conceito, de uma sinopse, contém um método, um cálculo"[414]. Ainda de acordo com Eliane Y. Abrão, é universal o conceito de que a ideia é apenas o ponto de partida, merecendo proteção somente a concretização desta, conforme Circular n. 45, do Copyright Office, órgão estadunidense vinculado à Biblioteca do Congresso.[415]

Nesse sentido também é a posição de José Carlos Costa Netto: "conforme seguro caminho da melhor doutrina e jurisprudência, por mais original que possa ter sido a ideia e mesmo que tenha sido elemento decisivo na composição de determinada obra, somente esta (a obra concretizada) será objeto de proteção".[416]

Da mesma forma, o *Copyright Act* americano, na *section 102 (b)*, prevê que a proteção autoral para trabalho original não se estende às ideias, independentemente da forma pela qual elas são descritas, explicadas, ilustradas ou incorporadas no trabalho.[417]

---

[413] MINHARRO, Francisco Luciano. Op. Cit., p. 117.
[414] ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora Brasil, 2002, p. 18.
[415] *Idem, ibidem,* p. 18.
[416] COSTA NETTO, José Carlos. Op. cit., p. 86-87.
[417] MERGES, Robert P. Op. cit., p. 461.

Concretizando-se a ideia[418], entretanto, ela poderá ser objeto de proteção pelas leis de propriedade intelectual.

Tem se tornado bastante comum nas empresas a criação de "Programas de sugestão e de ideias" para promoção de inovação e estímulo à criação de ideias passíveis de apropriação, que podem gerar economia ou ganho econômico. Geralmente, tais programas contêm regulamento que prevê premiação, na maioria dos casos pecuniária, em troca da cessão de direitos definitiva, universal e irrestrita da ideia para o empregador.

De acordo com Minharro, as ideias submetidas a esses programas, quando exteriorizadas, serão consideradas como criações mistas, tendo em vista o fato de que "o empregado não foi contratado com finalidade de pesquisar ou ter ideias inventivas".[419]

Ainda não há entendimento pacífico na jurisprudência com relação à remuneração devida ao empregado pela cessão da ideia, mas o que se tem observado é a tendência de os Tribunais adotarem como parâmetro para a fixação da "justa remuneração" o percentual indicado no Regulamento do Programa como meio de reconhecimento da força vinculante das obrigações assumidas no Regulamento. No entanto, o referido parâmetro tem sido observado desde que haja eqüidade entre a vantagem econômica obtida pela empresa e o prêmio concedido ao empregado e desde que os critérios do Regulamento sejam objetivos e claros (informação verbal). [420]

Não há um grande número de julgados envolvendo Programa de sugestão e justa remuneração para que se possa dizer, com segurança, que a criação de um "Programa de sugestões e de ideias" com um regulamento claro e com requisitos objetivos para premiação seja suficiente para que o juiz adote o critério estabelecido acordado pelas partes como parâmetro para fixação da "justa remuneração" em caso de eventual disputa legal.

---

[418] Denis Borges Barbosa distingue as ideias tecnológicas das não tecnológicas. A ideia tecnológica consiste em solução nova de problema técnico, sendo uma invenção técnica protegida pelo sistema de patentes. As ideias não tecnológicas, por sua vez, correspondem a planos de marketing, de contabilidade, de serviço e, em princípio, sua proteção é contratual. Segundo ele, "se você é o autor da idéia, arme-se com um compromisso prévio, assinado por quem quer ouvir a sua criação - coisa difícil de obter, se você não é um Washington Olivetto, ou um Donald Trump" (BARBOSA, Denis Borges. Quem é o dono da ideia? Acesso em 11 nov 2013. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/propriedade18.pdf>).

[419] MINHARRO, Francisco Luciano. Op. cit., p. 187.

[420] Informação fornecida por Ana Cristina Müller no Painel de Discussão organizado pelo escritório Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados sobre o tema "Condições Especiais na Relação de Trabalho: Não concorrência, confidencialidade e invenções de empregado, em 03 jul 2013, na sede do escritório Barbosa Müssnich e Aragão, em São Paulo.

No entanto, o que se pôde extrair da jurisprudência[421] consultada foi que a existência de regulamento objetivo e claro, prevendo remuneração razoável de acordo com o proveito econômico obtido pela empresa com a criação do empregado, confere aos magistrados parâmetro plausível na fixação da "justa remuneração" no caso concreto.

Assim, para averiguação da remuneração justa do empregador, parece mais adequado examinar cada caso concreto, apurando-se todas as variáveis, tais como a existência de Programa de Sugestões, de regulamento com requisitos claros e objetivos para premiação, levando-se em consideração, também, o investimento realizado para o desenvolvimento da ideia, os custos da exploração, dedução dos impostos, o retorno obtido, o lucro líquido etc.

De qualquer forma, a remuneração pela ideia não poderá ser inferior à meação a que o empregado faria juz caso venha a ser considerada como uma criação intelectual mista privilegiável.[422]

---

[421] Confira-se, a título de exemplo, dois julgados envolvendo a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD). No primeiro caso, o empregado realizou um invento nas dependências da CVRD, em 1987, e apenas recebeu uma oferta de prêmio da ré dez anos depois, em 1997. Foi reconhecida a co-propriedade da patente na Justiça Federal e o autor ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais perante Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mesmo após a Emenda Constitucional nº 45/04, requerendo o pagamento do prêmio previsto na Portaria 05/66 da CVRD de 3% da economia gerada, além de "justa remuneração" no valor de 50% da economia gerada e danos morais. A Décima Quinta Câmara Cível do TJRJ, ao apreciar o recurso de apelação da CVRD, entendeu que o autor fazia jus à "remuneração que for fixada" nos termos do art. 42 da antiga Lei de Propriedade Industrial, vigente à época da invenção, que não se confunde com o prêmio previsto na Portaria 05/66, cuja decisão sobre concessão caberia ao Presidente da Companhia, nos termos do seu art. 5º. Assim, considerou não ser obrigatório o pagamento do prêmio, mas fixou a "justa remuneração" em 3% da economia gerada para a ré de 2000 a 2014, utilizando como parâmetro o prêmio fixado pela Portaria. Reconheceu a existência de dano moral pela violação do direito do autor à remuneração pelo invento e fixou a indenização no valor de R$ 50.000,00, corrigidos da data do acórdão. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação nº 0078527-85.2005.8.19.0001. Décima Quinta Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Galdino Siqueira Netto. DJe 06.10.2009). O segundo caso foi apreciado pela Justiça do Trabalho. O reclamante exercia a função de eletricista e criou um modelo de utilidade para a CVRD. A 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho manteve a decisão do Tribunal Regional por entender que o valor adimplido a título de prêmio (R$ 905,00), nos termos da Resolução 06/92 da CVRD (que substituiu a Portaria 05/66), se revelou desprezível em comparação com as vantagens auferidas em decorrência da criação do modelo de utilidade pelo reclamante. Afirmou a Turma que a Resolução seria "norma unilateral decorrente da exclusiva vontade empresarial, que não poderia ser considerada como renúncia ao direito do obreiro à justa remuneração prevista em lei". Assim, a Turma manteve a decisão do Regional que determinou o pagamento pela reclamada de 50% do resultado econômico obtido com a exploração do modelo de utilidade até 2013, término da proteção comercial, e 50% do lucro auferido com a efetiva comercialização do modelo de utilidade e os lucros adquiridos pela empresa com a comercialização. (Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento contra decisão que denegou seguimento a Recurso de Revista nº 148140-98.2005.5.17.0002. 8ª Turma. Rel. Min. Dora Maria da Costa. DEJT.= 26.10.2011).

[422] MINHARRO, Francisco Luciano. Op. cit., p. 188-189.

5.1.8. Princípios comuns

Após a análise das leis que tratam das criações de empregados, é possível extrair princípios comuns que governam a titularidade de tais criações de acordo com as diferentes modalidades de criação.

No caso das criações de serviço, o princípio é a apropriação total dos direitos patrimoniais da criação pelo empregador, tendo como contraprestação exclusivamente o salário pago ao empregado, podendo, contudo, estabelecer-se contratualmente pagamento de bônus ou participação nos lucros e resultados como consequência da criação.[423] Segundo Durand, nas criações de serviço,

> o empregado cria em nome do empregador, e, na verdade, é o empregador que inventa com o auxílio do empregado, que age sob as ordens e de acordo com suas diretrizes. Tem o empregador o direito de reclamar a propriedade da patente criada pelo empregado, e requerer a restituição dos frutos e produtos de qualquer espécie resultantes da invenção usurpada pelo empregado[424]. (tradução nossa)

Permaneceriam com os empregados, contudo, os direitos morais, como um direito à honra da invenção, prevista na legislação alemã e austríaca.[425] Desse modo, apesar de a exploração da criação ser exclusivamente do empregador, a autoria permanece com o empregado.[426]

No caso das criações livres, o princípio é o oposto: a apropriação total dos direitos patrimoniais da criação pelo empregado, visto que tal criação não tem relação com o objeto da relação de emprego e o empregador não oferece nenhuma contraprestação ao empregado em virtude de tal criação.

Por fim, no caso das criações mistas, não se pode dizer que há um princípio comum a todas as leis brasileiras – ainda assim, a maioria delas pretende oferecer uma divisão equitativa da titularidade e dos frutos da criação mista.

5.1.9. Segredo em face das criações intelectuais dos empregados e do empregador

Examinadas as formas de repartição da titularidade das criações intelectuais protegidas pelas leis de propriedade intelectuais, quais sejam de propriedade industrial,

---

[423] *Idem. Ibidem.,* p. 1.309.
[424] DURAND, Paul. Traité de Droit du Travail. Tome II. Paris: Dalloz, 1950, p. 746.
[425] DURAND, Paul. Op. cit., p. 747.
[426] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 621.

direito de autor, de *software* e de cultivares, cumpre verificar quem seriam os detentores legítimos das criações intelectuais, privilegiáveis ou não, realizadas por empregados que são mantidas em segredo e protegidas pelas normas de repressão à concorrência desleal.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que, segundo Elisabeth Kasznar Fekete, não há que se falar em titularidade de segredo, diferentemente do que se dá com as criações intelectuais protegidas pelas leis de propriedade intelectual. Como afirma a autora, não seria adequado falar em "titular do segredo", pois a expressão designa "legítimo sujeito ativo dos direitos sobre os quais o requerente obteve um título".[427] Fekete sustenta que se pode referir aos "sujeitos dos direitos e obrigações decorrentes do segredo industrial ou comercial, em matéria contratual" como "detentor e receptor do segredo". Desse modo, o correto seria se referir à detenção em vez de titularidade de um segredo. Detenção, nesse contexto, teria o sentido de posse sobre um objeto sem que tal fato implique a titularidade sobre ele.

No entanto, é importante notar que a ressalva terminológica feita por Fekete não exclui a possibilidade de distinção entre o uso, divulgação ou exploração legítimos e ilegítimos de informações confidenciais pelos detentores. No caso de uso, exploração ou divulgação legítimos, age o detentor em conformidade com o direito, enquanto no caso de uso, exploração ou divulgação ilegítimos haveria violação da obrigação de sigilo.

Sob a perspectiva do direito do trabalho, tal distinção é especialmente relevante nos casos em que o segredo de empresa decorre de criações intelectuais dos empregados. Há situações em que o uso de um segredo por um empregado é claramente legítimo, como por exemplo quando se estabelece contratualmente que o empregado poderá utilizar suas criações intelectuais após o término do contrato de trabalho. Há, também, situações em que o uso é claramente ilegítimo, como quando um empregado divulga um segredo após obrigar-se expressamente a não fazê-lo.

No entanto, há hipóteses - não raras - em que a verificação acerca da legitimidade do uso, da exploraçao ou da divulgação não é tão evidente, sendo necessário estabelecer-se um critério para apurar a ocorrência da violação da obrigação de sigilo por parte do empregado. É o que ocorre quando há uma criação mista que é mantida em segredo por decisão do empregador. Poderá o empregado alegar ser o detentor legítimo desse segredo e utilizá-lo após o término do contrato de trabalho ou divulgá-lo para novo empregador?

---

[427] FEKETE, Elisabeth Kasznar. O regime jurídico do segredo de indústria e comércio no Direito Brasileiro. São Paulo, Forense, 2003, p. 20.

Não há lei no direito brasileiro que elenque os parâmetros para responder essa questão. No entanto, a busca por tais critérios é indispensável diante de casos de alegação de concorrência desleal ou de violação de dever de sigilo.

Fekete oferece interessante resposta: o Título I da Lei de Propriedade Industrial sobre invenção e modelos de utilidade realizados por empregados se aplica tanto às patentes, quanto às criações feitas por empregados e consideradas como segredo industrial.[428]

Nessa linha, entende-se que as mesmas regras aplicadas para proteção das criações industriais, das criações do empregado-autor, dos *software* criados por empregados e das cultivares por eles criadas devem ser estendidas aos segredos de empresa privilegiáveis com fundamento em cada uma dessas leis.

Assim, o detentor dos segredos industriais de serviço seria exclusivamente o empregador, cabendo ao empregado apenas o seu salário, de acordo com o art. 88, da LPI. Poderá o empregador, no entanto, conceder ao empregado participação nos ganhos econômicos, conforme art. 89, da LPI, principalmente nos casos de criações secretas que sejam qualificadas, ou seja, que extrapolem a atividade inventiva contratada. Os segredos industriais mistos seriam detidos, de maneira comum, entre empregador e empregado, em partes iguais, podendo o empregador explorá-los exclusivamente e o empregado teria direito a uma justa remuneração, nos termos do art. 91, §2º da LPI, observados fatores já mencionados para apuração do que seria uma remuneração justa. Seguindo o parâmetro da lei industrial, se o empregador não iniciar a exploração do segredo industrial misto no prazo de um ano, contado da data da comunicação do segredo pelo empregado para o empregador, aquele poderá passar a ser o exclusivo detentor da informação confidencial, salvo no caso de não exploração por razões legítimas, que deverão ser devidamente comprovadas. Quanto aos segredos industriais livres, estes caberão exclusivamente ao empregado desde que não tenha sido contratado para tanto nem utilizado ferramentas de trabalho do empregador, conforme art. 90, da LPI.

No caso dos segredos de negócio que podem ser privilegiáveis pelas leis de direito de autor, de *software* e de cultivares, a divisão não é tão clara como na Lei de Propriedade Industrial, devido à omissão do legislador, que não trata das criações dos empregados na lei autoral nem das criações mistas na lei que protege os *software,* tampouco das criações livres no caso das cultivares.

[428] FEKETE, Elisabeth Kasznar. Op. cit. São Paulo, Forense, 2003, p. 303.

Dessa forma, na ausência de previsão legal, sugere-se o seguinte tratamento: os segredos de negócio livres seriam detidos exclusivamente pelos empregados, como previsto no art. 4º, §2º, da Lei nº 9.609/98. Os segredos de negócio mistos para cuja criação foram utilizados recursos do empregador seriam detidos por ambas as partes, nos termos do art. 39, §1º, da Lei nº 9.456/97, cabendo ao empregador a exploração exclusiva do segredo e ao empregado, justa remuneração desvinculada do salário. Os segredos de negócio chamados "de serviço", por seu turno, seriam detidos pelo empregador exclusivamente, conforme art. 38, §1º, da Lei nª 9.456/97 e art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.609/98, cabendo ao empregado apenas o salário. Os segredos decorrentes de obras coletivas serão, em qualquer caso, do empregador.

Há, ainda, segredos que são criações intelectuais não privilegiáveis, isto é, que não podem ser tuteladas pelas leis de propriedade intelectual por não preencherem os requisitos necessários para tanto ou em razão de a lei excluí-las expressamente de seu âmbito de proteção. Em muitos casos, a manutenção dessas criações como segredo é a melhor forma de conservação de sua capacidade de concorrência e de sua posição no mercado.[429]

É o caso, por exemplo, das receitas culinárias, as quais não são protegidas pelo direito de autor e que poderiam ser patenteadas se preenchidos os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, o que dificilmente ocorre. Ademais, conforme Denis Borges Barbosa, "a eficácia do segredo torna-se inexistente a partir do momento em que o público tenha acesso ao espécime que corporifica a tecnologia".[430] Por esse motivo, muitos não têm interesse em patentear receitas culinárias originais, porque implicaria a perda do segredo.

Cumpre fazer, assim, algumas observações, uso legítimo ou ilegítimo pelo empregado que contribuiu para a criação de segredos de negócio não privilegiáveis.

Como afirmado, não há lei que preveja parâmetros para orientar a solução da questão. No entanto, pode haver disputa envolvendo concorrência desleal ou mera violação de segredo e tais casos deverão ser solucionados de alguma forma. Quando um empregado que participou da criação de um segredo não privilegiável vem a usar, explorar ou divulgar esse segredo, isso em tese poderia ou não configurar violação de segredo e/ou concorrência

[429] STUFLER, Benedita Franchini. *Il know-how e la tutela dei segreti d'impresa.* Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 128.
[430] BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual… p. 1.100.

desleal. Nesse ponto, a doutrina sobre o segredo pode orientar os contornos da definição de "violação de segredo" e de "concorrência desleal".[431]

Gomez Segade afirma que, "para determinar se o empregado cometeu violação de segredo, [...] é indispensável distinguir previamente os diversos tipos de invenções laborais".[432]

Na hipótese do segredo não privilegiável "de serviço", isto é, criado em obediência a contrato de trabalho com essa finalidade, o detentor legítimo será o empregador, cabendo ao empregado apenas o salário.

Tratando-se de segredo não privilegiável livre, criado pelo empregado sem vínculo com seu contrato de trabalho e sem uso de ferramentas de trabalho do empregador, o detentor legítimo seria o empregado, de modo que o uso, a exploração ou a divulgação por ele do segredo não poderiam ser considerados ilegítimos.

Por outro lado, se o empregado cria segredo não privilegiável de maneira livre, antes ou na vigência da relação de emprego, e o comunica ao empregador, de maneira voluntária, para que este explore a criação na atividade realizada pela sociedade empresária, o uso desse segredo pelo empregador após o término do contrato de trabalho não poderá ser impedido pelo ex-empregado criador, pois não se configuraria concorrência desleal. Isso porque, tendo o segredo sido comunicado livremente pelo empregado, a informação deixa de ser secreta a menos que se preveja contratualmente a obrigação de o empregador manter sigilo sobre ela. Da mesma forma, contudo, não poderá o empregador impedir o uso, exploração ou divulgação do segredo pelo empregado, já que foi ele o criador e é ele o detentor legítimo do segredo.

No entanto, se, por exemplo, o empregado resolve utilizar receitas secretas por ele criadas, anteriormente ao contrato de trabalho, na empresa de ramo alimentício do empregador, e decide pedir demissão para abrir seu próprio negócio, não pode ser obrigado a revelar as receitas para o empregador, já que as criações são anteriores ao contrato de trabalho e configuraria violação ao direito de intimidade do empregado, e a atividade deste no ramo alimentício não configurará concorrência desleal, pois é ele o detentor legítimo das receitas secretas. Haverá concorrência desleal apenas se assinar pacto de não concorrência por prazo determinado e descumprir o contrato.

---

[431] Note-se que embora tais situações sejam usualmente coincidentes, não se descarta a possibilidade de violação de segredo sem que isso implique concorrência desleal. Seria o caso de divulgação de segredo para terceiro que não concorre com a empresa detentora legítima de tal informação confidencial.
[432] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 371.

No caso de segredo não privilegiável misto, criado pelo empregado sem que tenha sido contratado para tanto, mas utilizando-se dos meios de trabalho disponibilizados pelo empregador, a regra seria a de que a detenção legítima caberia a ambas as partes, mas a exploração seria exclusiva do empregador, que deve, contudo, conceder ao empregado justa remuneração pela criação ocasional. Caberia, aqui, a possibilidade de o empregado utilizar, explorar ou divulgar o segredo se o empregador não iniciar o uso ou a exploração no prazo de 1 ano contado a partir da comunicação do segredo pelo empregado ao empregador, salvo se o empregador não tiver iniciado o uso ou exploração por motivo justificável. Em todo caso, deverá ser comprovada a data da comunicação e o motivo do não início da exploração. Cumpre ressaltar que, se a criação do empregado, considerada como segredo não privilegiável, constituir apenas aperfeiçoamento ou desenvolvimento de prática manual sobre segredo da empresa preexistente ao contrato de trabalho, não poderá o empregado utilizar, explorar ou divulgar essa informação sob pena de violação de segredo, pois o detentor legítimo será o empregador.[433]

Saliente-se, por fim, que, segundo Tullio Ascarelli, se a justa remuneração devida ou o salário não são pagos totalmente pelo empregador, o empregado tem direito de reivindicar os direitos sobre o invento.[434] Nesse sentido, na falta de pagamento do salário ou da justa remuneração pelo desenvolvimento do segredo, seja ele de fábrica, de negócio privilegiável ou não, pode o empregado legitimamente usar, explorar ou divulgar o segredo quando rescindido o contrato de trabalho.

Diante do exposto, a proteção do segredo de empresa pelo empregador seria limitada nos seguintes casos: a) falta de pagamento do salário ou da justa remuneração, hipóteses em que o empregado passará a ser o detentor legítimo do segredo de serviço por ele desenvolvido ou do segredo que era misto; b) exploração do segredo misto não ocorrer no prazo de 1 ano contado da data da comunicação do segredo pelo empregado ao empregador, salvo motivo justificável; c) segredo livre anterior do empregado não divulgado ao empregador, mas utilizado nas atividades da empresa (p. ex., chef que já tinha uma receita secreta e passa a produzí-la no restaurante do atual empregador. Nessa hipótese, o empregado não pode ser obrigado a comunicar a receita ao empregador sob pena de violação de seu direito de privacidade).

---

[433] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 373.
[434] ASCARELLI, Tullio. Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales. Tradução por E. Verdera e L. Suárez-Llanos. Barcelona: Bosch, 1970, p. 552.

5.2. SEGREDO DA EMPRESA, LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA E LIBERDADE DE TRABALHO

A sociedade empresária, como detentora de segredos empresariais, tem o legítimo interesse de proteger suas informações confidenciais para manter sua competitividade no mercado. No âmbito da relação de emprego, a comunicação de segredos da empresa ao empregado é bastante comum[435], porque, muitas vezes, é necessária para a prestação dos serviços .

Na vigência do contrato de trabalho, os empregados têm obrigação de lealdade e, consequentemente, obrigação de sigilo. O objetivo principal dessa obrigação é impedir a fuga dos segredos da empresa e o seu descumprimento consiste não só em ilícito civil e criminal, mas também configura justa causa para dispensa do empregado.

Após o término do contrato de trabalho, a questão da proteção dos segredos de empresa se torna ainda mais delicada. Isso porque os ex-empregados, conhecedores desses segredos, representam, segundo Stufler, "a fonte mais perigosa de fuga das notícias e segredos de empresa; fuga que pode se revelar extremamente prejudicial para a empresa".[436]

Por outro lado, o empregado tem a liberdade de trabalho, que consiste no direito individual de escolha do trabalho, ofício ou profissão.[437]A dificuldade reside, então, em sopesar o interesse do empregador de manter seus segredos de empresa e a liberdade do trabalho dos ex-empregados, que não podem ser impedidos de exercer outro ofício ou profissão, exceto sob condições justificadas e específicas - como no caso de pacto de não concorrência desde que observados determinados requisitos, conforme descritos no item 4.3.2).

De acordo com Gomez Segade, a finalidade de proteção dos segredos de empresa é a manutenção da concorrência leal.[438] A proteção à concorrência leal tem, como fundamento último, o princípio da livre concorrência, consagrado pelo art. 170, IV, da Constituição Federal de 1988.

---

[435] Segundo análise estatística realizada em 2011, 93% dos litígios nos Estados Unidos da América envolvendo segredo de empresa são decorrentes de violação realizada por pessoas conhecidas do detentor legítimo do segredo: empregados ou sócios. (ALMELING, David S. *et al*. A Statistical Analysis of Trade Secret Litigation in State Courts. Acesso em 16 jan 2014. Disponível em: http://www.law.gonzaga.edu/lawreview/files/2011/01/AlmelingSnyderSapoznikowMcCollumWeader.pdf.
[436] STUFLER, Benedetta Franchini. Op. cit., p. 138.
[437] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 108.
[438] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 123.

Ao consagrar esse princípio, a Constituição projeta um determinado ideal de funcionamento dos mercados concorrenciais, que seja *livre.* Embora isso inicialmente indique que a concorrência livre seria aquela desprovida de falhas e influências externas que poderiam alterar o jogo da oferta e da procura, tal definição deve se ajustar ao contexto de uma ordem econômica que também admite o poder econômico. O art. 173, §4º, da Constituição Federal, ao coibir o abuso de poder econômico[439], acaba por reconhecer, a *contrario sensu*, o seu uso legítimo.

Diante das dificuldades em identificar com precisão o ideal de funcionamento dos mercados almejado pela Constituição, a doutrina constitucional tende a interpretar o princípio da livre concorrência como significando liberdade de concorrência, cujos titulares são os agentes econômicos dos mercados. Assim interpretado, o princípio da livre concorrência seria uma das faces do princípio da liberdade de iniciativa econômica.[440]

De acordo com Eros Grau, a liberdade de concorrência, nesse contexto, produz três desdobramentos, a saber*:* (i) a faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; (ii) a proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; e (iii) a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.[441]

Note-se, no entanto, que essa interpretação do princípio da livre concorrência não deixa de projetar um ideal - bastante abstrato - de funcionamento dos mercados, que seria livre de (i) atos de concorrência desleal; (ii) abusos de poder econômico; e (iii) intervenções "não neutras" do Estado nos mercados.

A Constituição garante, também, a liberdade de trabalho em seu art. 5º, XIII. Segundo José Afonso da Silva, liberdade de exercício de ofício, trabalho ou profissão é um direito individual e o dispositivo confere essa liberdade "de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o esforço próprio possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo".[442]

Na visão particular do Direito do Trabalho, a liberdade de trabalho significa a possibilidade de o empregado escolher o empregador para quem fornecerá os frutos do seu

---

[439] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 795.
[440] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 204.
[441] *Idem, ibidem,* p. 205.
[442] SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição… p. 108.

trabalho, ofício ou profissão e representa, também, a livre escolha de se manter vinculado ao contrato de trabalho pelo tempo que desejar.[443]

Assim, ao lado da liberdade de concorrência de que são titulares as empresas, que podem tutelar sua vantagem competitiva resultante de investimentos e de pesquisas, está a liberdade de trabalho dos empregados, os quais têm direito individual de mobilidade, de perseguir posições melhores de trabalho ou de empreender uma atividade por conta própria.[444]

Segundo Frignani, o ponto de equilíbrio entre esses dois interesses é favorável ao empregador na vigência do contrato de trabalho em razão da obrigação de lealdade dos empregados[445].

Desse modo, em razão da obrigação de sigilo e da obrigação de não concorrência – manifestações da obrigação de lealdade -, os empregados não podem divulgar segredos da empresa a terceiros, concorrentes ou não, nem usar ou explorar esses segredos em benefício próprio, sob pena de dispensa por justa causa, nos termos do art. 482, "g", da CLT.[446]

Na vigência do contrato de trabalho, considera-se que também haverá justa causa para dispensa do empregado se ele utilizar ou divulgar criação livre dele, desvinculada de seu contrato de trabalho e sem utilizar ferramentas do empregador, mas que, de alguma forma, concorra com este.

Seria, hipoteticamente, o caso de um auxiliar de cozinha, que não foi contratado para desenvolver receitas em uma doceria, mas cria uma nova receita de bolo baseada em receitas às quais teve acesso em sua atividade de auxiliar de cozinha, passando ele mesmo a comercializar o quitute após o expediente. Esse empregado, apesar de utilizar segredo do qual é detentor legítimo, pratica negociação habitual em concorrência com o empregador, ensejando dispensa por justa causa.

Frignani ressalta, ainda, que inclusive as informações relativas à capacidade profissional do próprio empregado não podem ser utilizadas por ele para obter proveito próprio nem transmitidas a concorrentes do empregador na vigência do contrato de

---

[443] CARDOSO, Alexandre de Almeida. Silva, Walküre Lopes Ribeiro da (orient). Dos pactos de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho. São Paulo, 2003.
[444] FRIGNANI, Aldo. Segreti d'impresa. *In*: Digesto delle discipline privatistiche sezione commerciale, vol. XIII. 4ª edizione. Torino, UTET, 1999-2006, p. 341.
[445] *Idem, ibidem*., p. 341.
[446] V. Cap. 6.1.1., *infra*.

trabalho, pois isso constituiria violação à obrigação de não concorrência prevista no art. 2.105 do Código Civil italiano.[447]

Com a cessação da relação de emprego, o desequilíbrio entre o interesse do empregador de proteger os segredos da empresa e a liberdade de trabalho, direito individual do ex-empregado, se instala

Para evitar abusos do mercado, o segredo de empresa é tutelado, no ordenamento jurídico brasileiro, pelas normas de repressão à concorrência desleal, mais precisamente pelo art. 195, incisos XI e XII, da LPI.

Segundo Celso Delmanto, concorrência desleal corresponde aos "truques sujos – *dirty tricks* – que os juízes procuram impedir" ou à "competição que não deve ser feita".[448] E define concorrência desleal como "uso de meios ou métodos incorretos para modificar a normal relação de competição".[449]

O art. 195, XI, da LPI trata especificamente do crime de concorrência desleal praticado por empregado, ex-empregado ou prestador de serviços com obrigação de sigilo. São hipóteses em que o conhecimento do segredo se deu de maneira lícita. Confira-se:

> Art. 195 – Comete crime de concorrência desleal quem: [...]
> XI – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam do conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato.

O citado artigo é o fundamento legal do dever de sigilo do ex-empregado, já que, com o término do contrato de trabalho, não há mais que se falar em obrigação de lealdade. Assim, por força do art. 195, XI, fica o ex-empregado proibido de tornar conhecido ou de usar, sem autorização do empregador, segredos de empresa, ou seja, conhecimentos, informações ou dados confidenciais na indústria, comércio ou prestação de serviços a que teve acesso em razão do emprego.

Diante da redação do referido artigo, cumpre indagar: quais informações poderá o empregado levar consigo e utilizar após o término do contrato de trabalho sem que, com isso, pratique crime de concorrência desleal? A linha divisória entre que informações confidenciais cabem à empresa e quais decorrem de aptidões profissionais do empregado,

---

[447] FRIGNANI, Aldo. Op. cit., p. 341.
[448] DELMANTO, Celso. Crimes de concorrência desleal. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975, p. 10-12.
[449] *Idem, ibidem,* p. 12.

do seu capital humano[450] ou dos conhecimentos genéricos obtidos na vigência da relação de emprego é bastante tênue e de difícil especificação[451].

Conforme Gomez Segade, o problema de diferenciar os segredos da empresa das habilidades pessoais dos empregados gera temor de impedir o empregado de utilizar suas aptidões ao proteger as informações confidenciais da empresa, prejudicando o futuro profissional do empregado[452]. Contudo, a doutrina apresenta algumas respostas.

Em primeiro lugar, entende-se que os segredos considerados criações livres dos empregados poderão ser por eles utilizados, divulgados ou explorados de maneira livre após o término do contrato de trabalho. Nesse sentido é, também, a opinião de Fekete: "caso o invento secreto pertença exclusivamente ao empregado, o uso pelo mesmo será perfeitamente lícito, nada podendo pleitear o empregador em termos de proteção do segredo quer na esfera penal, quer na cível". [453]

Com relação às criações secretas dos empregados consideradas "de serviço", isto é, desenvolvidas em cumprimento à obrigação contratual, e mistas, privilegiáveis ou não, em regra, não poderão ser utilizadas pelo empregado após o término do contrato de trabalho.[454] Poderiam ser usadas, excepcionalmente, como já afirmamos, nos seguintes casos: a) falta de pagamento do salário ou da justa remuneração ou b) exploração não iniciada pelo empregador no prazo de 1 (um) ano contado da comunicação pelo empregado, salvo a exploração não tiver acontecido por motivo justificável.

---

[450] Capital humano pode ser entendido como qualidade ou habilidade individual do indivíduo segundo Ronald S. Burt (BURT, Ronald S. The contingent value of social capital. *In:* Knowledge and Social Capital: foundations and applications. Eirc L. Lesser (coord.). Butterworth-Heinemann, 2000, p. 256. Acesso em 15 jan 2014. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=kQdKAf8-_yUC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>). Becker afirma que a remuneração de um indivíduo é, em sua maior parte, retorno de seu capital humano e algumas pessoas ganham mais do que outras por terem investido mais nelas mesmas. Como pessoas mais capazes tendem a investir mais no capital humano do que outras, a distribuição de ganhos das pesoas pode ser bastante desigual. Segundo ele, alguns investimentos em capital humano não afetam a remuneração do indivíduo, pois são pagos pelo empregador. (BECKER, Gary S. Investment in human capital: a theoretical analysis. Journal of Political Economy, Vol. 70, No. 5, Part 2: Investment in Human Beings (Oct., 1962), University of Chicago, p. 48-49. Acesso em 17 jan 2014. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1829103>).

[451] FEKETE, Elisabeth Kazsnar. Op. cit., p. 299.

[452] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 85.

[453] FEKETE, Elisabeth Kazsnar. Op. cit., p. 299.

[454] Robert P. Merges cita caso *Wexler v. Greenberg, 160 A.2d 430 (Pa. 1960)* em que a Suprema Corte da Pensilvânia concluiu que ex-empregado poderia levar as fórmulas que havia desenvolvido em seu antigo emprego para seu novo empregador, concorrente do antigo. Apesar de ele ser chefe químico, a corte entendeu que ele não havia sido contratado para criar e, por isso, era "dono" das invenções que desenvolveu. No entanto, esse entendimento não é sempre seguido, nem mesmo na Pensilvânia. No caso *Healthcare Affiliated Services v. Lippancy, 701 F. Supp. 1142, 1155 (W.D. Pa. 1988)*, entendeu-se que, embora o empregado tivesse desenvolvido criações por sua conta, ele o fez usando conhecimentos e informações disponibilizadas pelo empregador.

Com relação às habilidades, conhecimentos e experiências pessoais do empregado, Gomez Segade defende que a solução mais acertada é a utilizada no Direito inglês e no norte-americano. A doutrina americana e inglesa distinguem "conhecimento geral" de "conhecimento particular ou especial". "Conhecimento geral" seria aquele comum a todo o segmento da empresa em questão e é esse que pode ser considerado como conhecimento pessoal do empregado. "Conhecimento particular ou especial", por sua vez, é obtido pelo empregado por ter trabalho em uma empresa específica e esse conhecimento pode ser considerado como segredo de empresa. Gomez Segade concorda com a doutrina inglesa que sugere ser necessário questionar se o empregado teria tido acesso a esses conhecimentos se tivesse trabalhado em algumas das empresas concorrentes do ex-empregador. Se a resposta fosse afirmativa, o conhecimento seria geral e poderia ser utilizado livremente pelo ex-empregado.[455]

De acordo com Aldo Frignani, os juízes são, em geral, relutantes em impedir o ex-empregado de usar suas habilidades profissionais adquiridas e restringem a tutela do segredo sempre que essa resulte na impossibilidade de o ex-empregado conseguir um novo posto de trabalho onde ele possa desenvolver suas capacidades profissionais a título lucrativo.[456]

Diante da dificuldade de traçar a linha divisória entre o que é permitido ou proibido ao empregado, o autor italiano cita algumas diretrizes: a) diferenciação da natureza da notícia secreta em objetiva e subjetiva; b) modalidade de obtenção do segredo; e c) equilíbrio de interesses. Para ele, o primeiro critério não seria satisfatório, pois os segredos objetivos, considerados como patrimônio empresarial, podem se tornar parte da educação do empregado e se tornarem subjetivos. O segundo critério, baseado na modalidade da obtenção do segredo, isto é, se o segredo foi obtido pelo empregado de maneira lícita ou ilícita (p. ex., induzimento de outro empregado a relatar informações; extração de cópias de documentos que lhe foram confiados; entrada em locais aos quais não se tem permissão para tanto etc.), seria também insuficiente, pois poderia levar ao reconhecimento de legitimidade de divulgação quando o acesso ao segredo tiver se dado de maneira lícita. Por fim, de acordo com o terceiro critério, o empregado não cometeria abuso quando precisasse explorar os segredos da empresa, em proveito próprio ou de outrem, para poder prosseguir na mesma atividade. Assim, quando a atividade do empregado pudesse ser desenvolvida sem explorar os segredos da empresa, esse uso poderia ser impedido pelo

[455] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 86-87.
[456] FRIGNANI, Aldo. Op. cit., p. 342.

empregador. Frignani entende que esse critério também é insuficiente e não funciona quando os segredos forem de grande importância para a empresa, devendo-se verificar a natureza do segredo.[457] O citado autor finaliza, então, afirmando que a linha divisória entre o uso (legítimo) e abusivo deve levar em conta tanto a necessidade do segredo (por parte do ex-empregado) quanto a natureza do conhecimento usado.[458]

Robert P. Merges cita acórdão segundo o qual as cortes da Pensilvânia, nos Estados Unidos, têm reconhecido maior liberdade para os empregados buscarem a profissão escolhida, entendendo-se que os conhecimentos gerais, habilidades e experiências dos empregados não são segredos de empresa e o empregador não pode impedir o empregado de usá-los, mesmo que tenham sido adquiridos na vigência do contrato de trabalho.[459]

Benedetta Franchini Stufler, na mesma linha, entende que os conhecimentos subjetivos, entendidos como a experiência, a capacidade, as noções desenvolvidas na vigência do contrato de trabalho e integrantes do enriquecimento profissional do empregado, fazem parte de seu patrimônio pessoal e como tais são sujeitos à plena disponibilidade.[460]

Do mesmo modo, Júlio Manuel Vieira Gomes entende que é legítimo o uso pelo empregado, em sua nova atividade, das experiências e do saber técnico adquirido e que faz parte de seu capital humano, pois "uma empresa só pode capitalizar o que lhe pertence e não pode pretender apropriar-se da inteligência ou do conhecimento do trabalhador".[461]

No entanto, há hipóteses em que se considera inevitável a violação de segredo de empresa. O caso *PepsiCo, Inc. v. Redmond, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995)* trata exatamente dessa questão.[462] Redmon era gerente geral da PepsiCo, na Califórnia, onde trabalhou por dez anos até aceitar oferta de emprego na Quaker para se tornar diretor de operações das divisões Gatorade e Snapple Co. A PepsiCo, então, ajuizou ação contra Redmond e Quaker, com pedido liminar, para evitar que Redmond divulgasse segredos de empresa para seu novo empregador. Ambas as empresas são do ramo de bebidas esportivas e a corte entendeu que seria inevitável que Redmond divulgasse segredos da PepsiCo a que tinha acesso: preços, distribuição, planejamentos financeiros, de marketing, de produção pelos

---

[457] FRIGNANI, Aldo. Op. cit., p. 344.
[458] *Idem, ibidem,* p. 345.
[459] *SI Handling Systems v. Heisley, 753 F.2d 1244, 1266-69 (3d Cir. 1985)* citado por MERGES, Robert P. Op. cit., p. 83-84.
[460] STUFLER, Benedetta Franchini. Op. cit., p. 139.
[461] GOMES, Júlio Manuel Vieira. As cláusulas de não concorrência no Direito do Trabalho. *In:* Revista de Direito e de Estudos Sociais. Ano XXXX, XIII da 2ª Série, nº 1, janeiro-março. Verbo, 2009, p. 11-12.
[462] MERGES, Robert P. Op. Cit., p. 99.

próximos três anos, entre outros. A corte distrital, então, determinou que Redmond esperasse seis meses para assumir o novo cargo e o proibiu de utilizar os segredos da PepsiCo de modo permanente. A Corte de Apelação do 7º Circuito manteve a liminar concedida por entender que o cargo assumido por Redmond na Quaker iria influenciá-lo a violar segredos da PepsiCo que ficaria em situação de desvantagem, já que o concorrente poderia antever seus projetos.[463]

Diante do caso relatado, Merges indaga se é justo impedir ex-empregados de prestar serviços para o concorrente simplesmente porque seriam incapazes de não usar informações secretas obtidas através de seu antigo empregador. Entendemos que, nesse caso, a limitação à liberdade de trabalho só seria possível diante de pacto de não concorrência, estabelecido de acordo com os requisitos mencionados.

Assim, com relação às habilidades pessoais dos empregados, entendemos que não pode o empregador impedir que sejam utilizadas após o término da relação de emprego, pois não lhe pertencem, mesmo que tenham investido na capacitação do empregado[464]. Diante da dificuldade de traçar uma linha divisória entre o que seria habilidade pessoal e conhecimento intrinsecamente relacionado a segredo da empresa, os critérios propostos por Gomez Segade (questionamento acerca da possibilidade de se ter acesso aos alegados segredos de empresa se tivesse trabalhado em alguns dos concorrentes do ex-empregador) e por Frignani (necessidade do segredo pelo ex-empregado e verificação da natureza do conhecimento usado) são de grande valia e podem ser utilizados pelos magistrados diante de um caso concreto.

---

[463] *PepsiCo, Inc v. Redmond, 54 F. 3d 1262 (7th Cir. 1995).* Acesso em 17 jan 2014. Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&case=/data2/circs/7th/943942a.html.

[464] Nesse sentido, *Restatement (Third) of Unfair Competition, §42, Comment d:* "General skill, knowledge, training, and experience. Information that forms the general skill, knowledge, training, and experience of an employee cannot be claimed as a trade secret by a former employer even when the information is directly attributable to an investment of resources by the employer in the employee. The Statute of Apprentices enacted in England in 1562, 5 Eliz. I, ch. 4, which mandated a seven-year period of apprenticeship to a master, was in part an early attempt to reconcile the interest of employers in capturing the benefits of their investment in the training of employees and the interest of employees in a competitive market for their services. […] Thus, absent an enforceable covenant not to compete, a former employee may utilize in competition with the former employer the general skills, knowledge, training, and experience acquired during the employment, but the employee remains obligated to refrain from using or disclosing the employer's trade secrets. Whether particular information is properly regarded as a trade secret of the former employer or as part of the general skill, knowledge, training, and experience of the former employee depends on the facts and circumstances of the particular case. An employer who is asserting rights in information against a former employee bears the burden of proving the existence and ownership of a trade secret. Trade secret rights are more likely to be recognized in specialized information unique to the employer's business than in information more widely known in the industry or derived from skills generally possessed by persons employed in the industry".

A questão da lista de clientes, segredo de negócio por excelência no dizer de Gomez Segade[465], é, também, bastante sensível.

Importante distinção para verificar se a lista de clientes pode ou não ser usada pelo ex-empregado é apresentada por Delmanto:

> Deve-se, porém, distinguir entre as listas de clientes habituais que a empresa tem e aquelas formadas por nomes que qualquer um reuniria sem esforço. Por exemplo, de nada vale como segredo de negócio um rol de fabricantes de automóveis, pois são eles em pequeno número e conhecidos por todos; já a lista das oficinas que habitualmente compram determinada peça, poderá ser sigilo de negócio.[466]

Gomez Segade menciona diferenciação feita pela jurisprudência norte-americana entre os *open market cases* e os *route cases*, na mesma linha do entendimento de Delmanto. *Open market cases* seriam listas de clientes comuns, pois o relacionamento com os clientes não é duradouro devido à alta competitividade do segmento e *route cases* representariam os segredos de negócio, pois o relacionamento é baseado em pedidos constantes.[467]

A lista de clientes não é uma criação intelectual de modo que não poderiam ser aplicadas as mesmas regras expostas no item 5.1.7. No entanto, Robert P. Merges considera a lista de clientes como segredo de empresa e uma variação dos casos em que o ex-empregado deseja levar consigo suas criações intelectuais – variação que gera preocupações, porque o impedimento de que o empregado contate clientes com quem teve relacionamento por longo tempo pode prejudicar o direito de mobilidade dos empregados.[468]

O autor cita dois casos da Califórnia relevantes para o tema. No primeiro, a corte entendeu ser possível que ex-empregada anunciasse aos clientes do ex-empregador sua saída da empresa e o início de seu próprio negócio sem que isso configurasse solicitação de clientes, afastando a alegação de concorrência desleal.[469] Em outro caso, a corte afirmou que o Estado da Califórnia, ao aderir ao *Uniform Trade Secret Act (UTSA)*, passou a pertencer à lista de estados os quais determinaram que o direito à liberdade de concorrência não inclui o uso de trabalhos confidenciais, o que justificaria a mudança de entendimento para considerar que a lista de clientes da autora constitui segredo de

---

[465] GOMEZ Segade, Jose Antonio. Op. cit., p. 59.
[466] DELMANTO, Celso. Op. cit., p. 237.
[467] GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. Op. cit., p. 60-61.
[468] MERGES, Robert P. Op. cit., p. 86.
[469] *Moss, Adams & Co. v. Shilling, 179 Cal. App. 3d 124 (1986)* citado por MERGES, Robert P. Op. cit., p. 86.

empresa.[470] Ressaltou-se que a informação desenvolvida pelo empregado representa investimento de tempo e dinheiro por parte do empregador, de modo que a manutenção de relacionamento com antigos clientes representa violação de segredo de empresa.[471]

Nesse aspecto, é de grande relevância para a questão o posicionamento de Júlio Manuel Vieira Gomes, com quem concordamos:

> Em relação à clientela, parece-nos, aliás, que nunca se deve perder de vista que numa economia de mercado a clientela é livre e não é um objeto susceptível de apropriação direta. Cremos, inclusive, que o trabalhador pode, findo o seu contrato de trabalho, visitar ou contactar a mesma clientela sem que tal represente, só por si, um acto de concorrência desleal; tal é o caso, pelo menos, quando o conhecimento da existência dos clientes não resulta de informações confidenciais que lhe foram fornecidas pelo seu empregador e desde que não se trate de clientes pelos quais recebeu uma indemnização de clientela.[472]

De fato, não pode o empregador pretender se tornar "proprietário" da clientela de determinado segmento. Clientes não são ativos de propriedade de qualquer pessoa. No entanto, o reconhecimento da possibilidade de os ex-empregados contatarem clientes de seu antigo empregador não retira da lista de clientes seu caráter de segredo de negócio. A lista de clientes continua a ser segredo de negócio perante terceiros, mas, diante de empregado cuja atividade envolvia contato direto com clientes, as informações constantes na listagem passam a fazer parte de seus conhecimentos pessoais. Não é difícil imaginar que um profissional especializado em um segmento em que predominam *route cases* tenha grande dificuldade de continuar atuando neste mesmo segmento, sem entrar em contato com clientes aos quais teve acesso quando estava em um emprego anterior.

É preciso, contudo, distinguir essa hipótese, como bem fez Júlio Gomes, daquela em que a obtenção da lista de clientes se dá em função de informações confidenciais transmitidas pelo empregador ao empregado fora do escopo da atividade por ele exercida.

---

[470] *Morlife Inc. v. Perry, 66 Cal. Rptr. 2d 731 (Ct. App. 1997)*. Esse acórdão ressalta que, quando do julgamento do caso *Moss, Adams & Co v. Shilling,* o Estado da Califórnia ainda não havia aderido ao *Uniform Trade Secrets Act* incorporado no Código Civil da Califórnia (*Section 3426-3426.11)*. Eis o teor do artigo: "*3426. This title may be cited as the Uniform Trade Secrets Act. 3426.1. As used in this title, unless the context requires otherwise: […] (b) "Misappropriation" means: […] (2) Disclosure or use of a trade secret of another without express or implied consent by a person who: […] (B) At the time of disclosure or use, knew or had reason to know that his or her knowledge of the trade secret was: […] (ii) Acquired under circumstances giving rise to a duty to maintain its secrecy or limit its use*".

[471] *Morlife Inc. v. Perry, 66 Cal. Rptr. 2d 731 (Ct. App. 1997)*

[472] GOMES, Júlio Manuel Vireira. As cláusulas de não concorrência… p. 12.

A maior parte das discussões sobre violação de segredo de empresa envolvem a utilização pelo ex-empregado de lista de clientes do ex-empregador para informar sobre novo posto de trabalho.[473]

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, apesar de já ter determinado, em agravo de instrumento, que ex-empregada se abstivesse de contatar clientes do antigo empregador,[474] tem seguido a tendência de reconhecer a possibilidade de o ex-empregado entrar em contato com os clientes do ex-empregador para informar sobre novo trabalho sem que isso se considere concorrência desleal, garantindo-se a liberdade de trabalho do empregado. Confira-se:

> PROPRIEDADE INDUSTRIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. Ex-empregado que passa a perseguir mesmo objetivo social do ex-empregador. Repressão à concorrência desleal visa à proteção do bom funcionamento e desenvolvimento do mercado em prol do bem estar dos consumidores. Repressão apenas a condutas lesivas à concorrência, fraudulentas ou contrárias à boa-fé. Mera competição de pessoa que adquiriu experiência profissional não representa atitude desleal e nem há como impedir o exercício de profissão ou atividade econômica lícita por prazo indeterminado. Ação improcedente. Recurso improvido (TJSP. AP nº 0011397-27.2011.8.26.0566. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Francisco Loureiro. DJe. 28.03.2013)[475].

---

[473] Não há, contudo, como fazer menção a diversos processos de grande relevância para o presente estudo, pois muitas das ações envolvendo violação de obrigações de sigilo pelo ex-empregado são protegidas pelo segredo de justiça, como determinado pelo art. 206 da Lei de Propriedade Industrial: "Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades".

[474] Eis o teor do acórdão: "Obrigação de não fazer c.c. obrigação de fazer e indenização por danos morais e materiais. Concorrência desleal. Tutela antecipada. Co-ré que, após o seu desligamento de função de confiança na agravante, valendo-se de dados sigilosos e confidenciais, passa a usá-los para contatar síndicos e oferecer serviços para a empresa concorrente que abriu em nome de parentes. Divulgação da nova empresa por e-mails que só possuía em decorrência da função exercida na ex-empregadora que, pelo menos em tese, caracteriza concorrência desleal. Tutela antecipada que se concede para determinar a abstenção de contatos usando dados confidenciais de prédios que administrou em função de confiança exercida na agravante, sob pena de multa diária. Recurso provido em parte". (TJSP – 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Maia da Cunha. DJe. 30.08.2012)

[475] No mesmo sentido: "TUTELA ANTECIPADA - Antecipação pretendida para o fim de impedir que as rés concorressem de forma desleal, no mesmo ramo de atividade da autora e pelo prazo previsto contratualmente - Pedido que envolve clientes listados em documento, e clientes em potencial, em razão de Contrato de Parceria para Intermediação de Serviços de Carga mantido anteriormente entre a agravante UPS e a agravada Portlink - Indeferimento em primeiro grau - Premissa recursal desenvolvida que se pauta em cláusula de confidencialidade - Livre concorrência que não pode ser relativizada, mormente porque não configuradas as hipóteses do art. 195 da Lei 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial) Inexistente expressa pactuação entre UPS e Portlink acerca de cláusula de "não concorrência" - Lista de clientes apresentada unilateralmente que não pode vincular-se a um "não fazer" estabelecido entre os contratantes, sob pena de violação dos princípios constitucionais da atividade econômica, bem como do fundamento da República Federativa do Brasil no tocante à livre iniciativa (art. 170 e art. 1º, IV, da CRFB). Impossibilidade, ademais, de o Judiciário exercer o controle em dinâmica dos negócios dos entes privados, eis que a procura pelos clientes é inerente à atuação empresarial em mercado e compõe elemento do estabelecimento comercial - Confidencialidade que se relaciona estritamente às informações adquiridas que, a priori, não foram violadas. Obtenção da clientela que

Deve-se ter em vista, também, que, como afirmado por Stufler, a fuga de informações secretas ou reservadas da empresa em razão do término do contrato de trabalho deve ser considerada como uma margem de risco normal da atividade empresária.[476] Assim, se o empregador pretende evitar que o empregado faça uso de seus conhecimentos pessoais, de suas experiências obtidas na vigência do contrato de trabalho ou de suas habilidades, poderá firmar com o ex-empregado pacto de não concorrência, de acordo com os requisitos já tratados.

Fekete aborda a questão temporal da obrigação de sigilo imposta pelo art. 195, XI, da LPI:

> não há regra para o limite temporário da obrigação de guardar sigilo: o empregado deve mantê-lo, mesmo após a rescisão do contrato de trabalho, enquanto durar o segredo. As partes podem convencionar um prazo razoável, correspondente à vida presumível do segredo.[477]

Assim, tendo em vista o exposto, a liberdade de trabalho do empregado só pode ser limitada em decorrência de pacto de não concorrência firmado entre as partes, bastante útil principalmente nos casos em que a divulgação dos segredos do ex-empregador é inevitável. Pode o empregador, contudo, impedir que o ex-empregado utilize, explore ou divulgue segredos de empresa preexistentes ao contrato de trabalho, pois, conforme Delmanto "os segredos de fábrica não se inclui naquela prática que alguém pode ganhar ao prestar serviços a outrem". Pode o empregador impedir, também, o uso, exploração ou divulgação das criações intelectuais feitas por empregados que configurem segredos de fábrica ou de negócio dos quais o empregador é detentor legítimo (segredos de serviço e mistos), salvo nos casos de: a) falta de pagamento do salário ou da justa remuneração ou b) exploração não iniciada pelo empregador no prazo de 1 (um) ano contado da comunicação pelo empregado, salvo a exploração não tiver acontecido por motivo justificável.

Para se verificar se é possível impedir ex-empregado de utilizar determinadas informações consideradas secretas de seu empregador, sugere-se que se verifique, primeiro, se a informação é, de fato, um segredo e se tal segredo é relevante para a empresa. Em segundo lugar, que seja averiguado se a informação faz parte de habilidades pessoais do empregado. Se a informação envolver criação intelectual, seria necessário

---

é ínsito ao aviamento da empresa, sob pena de se inviabilizar a atividade empresarial, excluindo-a do mercado - Recurso improvido" (TJSP. AP nº 0088414-23.2013.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Ligia Bisogni. DJe. 25.07.2013).

[476] STUFLER, Benedetta Franchini. Op. cit., p. 141.

[477] FEKETE, Elisabeth Kazsnar. Op. cit., p. 138.

também indagar se o empregado é detentor legítimo do segredo e se está autorizado a usá-lo e/ou divulga-lo.

Tendo em vista a importância do segredo de empresa, cumpre examinar quais seriam as consequências da violação deste pelo empregado.

6. SEGREDO DE EMPRESA E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA VIOLAÇÃO

No presente capítulo, busca-se examinar as consequências da violação dos segredos de empresa pelo empregado durante ou após o término do contrato de trabalho, bem como suas implicações nos âmbitos criminal e cível.

6.1. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO SEGREDO DA EMPRESA PELO EMPREGADO

Como visto, os segredos de empresa constituem vantagem competitiva e seu resguardo propicia a manutenção pelo empresário de sua posição no mercado. A violação a esse dever lhe traz danos potenciais ou efetivos, prejudicando a atividade empresária. Por essa razão, a ofensa ao segredo de empresa enseja, para o empregado, não só uma punição disciplinar por justa causa, mas também o dever de reparar os danos causados, bem como eventual responsabilização na esfera criminal. É o que se examinará a seguir.

6.1.1. Violação do segredo de empresa durante a vigência do contrato de trabalho

A obrigação de sigilo, como examinado,[478] é uma manifestação da obrigação de lealdade, vigente ao longo da relação de emprego.

A violação a essa obrigação enseja, nos termos previstos pela CLT, em art. 482, "g", dispensa por justa causa. Confira-se:

> Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: [...] g) violação de segredo da empresa.

Justa causa, conforme ensinamento de Nelson Mannrich, "corresponde a uma grave crise contratual, resultante da violação de obrigações contratuais, determinando a imediata ruptura do contrato de trabalho".[479]

---

[478] V. Cap. 4.1.1., *supra*.
[479] MANNRICH, Nelson. Op. cit., p. 277.

Wagner D. Giglio, por sua vez, a define como "todo ato faltoso grave, praticado por uma das partes, que autorize a outra a rescindir o contrato, sem ônus para o denunciante".[480] Sem ônus para o empregador, porque, com a prática de justa causa, o empregado perde o direito às verbas de natureza indenizatória,[481] devidos apenas o saldo de salário, as férias vencidas e/ou proporcionais, terço das férias e o depósito de 8% na conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, sem direito ao saque.[482]

Cumpre indagar, então, quais segredos que, se violados, ensejam a despedida por justa causa. O texto legal é claro: os segredos de empresa.

Consoante estudado no Capítulo 3[483], segredos de empresa são os conhecimentos reservados da sociedade empresária que devem ser mantidos sob sigilo porque lhe conferem, em comparação com seus concorrentes, uma vantagem competitiva, distinguindo-se em segredos industriais (de fábrica) e de negócio (comerciais).

Logo, fica excluída da prática da justa causa a divulgação de segredos pessoais do empregador que não guardem relação com a empresa, como lembra Wagner D. Giglio: "ficam excluídos, desde logo, os segredos pessoais dos empregadores, vez que a pessoa jurídica da empresa não se confunde com as pessoas físicas que a dirigem".[484]

Segundo Ari Possidônio Beltran, a violação de informações confidenciais do empregador, mesmo que não tenham nexo com o trabalho, pode não ensejar dispensa por justa causa, mas "implicará quebra da fidúcia pessoal entre o dirigente da empresa e o empregado"[485]. Como bem pondera o autor, "a bisbilhotice e a divulgação de fatos da vida privada da pessoa física do empregador não se coadunam com a ética e o respeito, minimamente exigidos do empregado, que poderá ser incurso em outras espécies de justa causa".[486]

Portanto, somente da violação a segredos estritamente empresariais que pode decorrer a justa causa ora examinada.

Outro ponto importante a perquirir é o de quais atos do empregado podem ensejar a despedida. Nessa medida, é relevante a distinção feita pela doutrina especializada.

---

[480] GIGLIO, Wagner D. op. cit., p. 12.
[481] Súmula nº 73 do TST: "DESPEDIDA. JUSTA CAUSA (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A ocorrência de justa causa, salvo a de abandono de emprego, no decurso do prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira do empregado qualquer direito às verbas rescisórias de natureza indenizatória".
[482] VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Manual Prático das Relações Trabalhistas. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 886.
[483] V. Cap. 3.1.1., *supra*.
[484] GIGLIO, Wagner D. op. cit., p. 180.
[485] BELTRAN, Ari Possidônio. Op. cit., p. 133.
[486] *Idem, ibidem*., p. 133.

Wagner D. Giglio e Dorval de Lacerda concordam que é possível ocorrer violação de segredo sem a sua revelação: "pode, como é óbvio, haver violação sem revelação. Assim, aquele que usa do segredo em proveito próprio. Pratica, com isso, concorrência desleal e violação de segredo, mas não faz revelação".[487]

Porém, Giglio, acompanhado por Antonio Lamarca[488], critica parcialmente tal conceito por entender que nem sempre a violação para uso próprio poderá caracterizar concorrência desleal, pois é possível que o empregado utilize a informação para prestar outros serviços diferentes daqueles prestados por seu empregador.[489]

Nesse ponto, concordamos com a ressalva de Wagner D. Giglio, vez que seria possível, por exemplo, que o empregado de um escritório de arquitetura utilizasse a lista de clientes para oferecer serviços de pintura para os clientes do escritório. Assim, apesar de ter havido uso em proveito próprio, não ocorrerá, necessariamente, concorrência desleal.

De outro lado, que é possível que haja revelação sem violação. Wagner D. Giglio explica que o empregador pode revelar segredo para o empregado sem praticar violação. Da mesma forma, poderia o empregado revelar segredo da empresa para sua esposa, nao existindo, nesse caso, violação, salvo se houver a possibilidade de causar prejuízo.[490]

Sergio Pinto Martins sintetiza a discussão de maneira bastante clara:

> Ocorrerá, porém, violação se o empregado revelar o segredo da empresa a outra pessoa ou a concorrente da empresa. Pode, porém, existir violação sem revelação, como na hipótese em que o empregado utiliza o segredo em proveito próprio, sem divulgá-lo a terceiros, mas causa prejuízo ao empregador. Pode ocorrer revelação sem violação, como no caso da divulgação de um empregado a outro para que o último possa desenvolver seu mister na empresa.[491]

A doutrina afirma que pode haver, também, a facilitação da violação, que pode ocorrer de forma direta ou indireta. A direta se dá quando o empregado deixa segredo da empresa de forma acessível a terceiro interessado[492]. Se a facilitação for intencional,

---

[487] LACERDA, Dorval de. Op. cit., p. 228. No mesmo sentido: GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p. 186.
[488] LAMARCA, Antonio. Op. cit., nota 489, p. 457.
[489] GIGLIO, Wagner D. Op. cit., nota 113, p. 186.
[490] *Idem, ibidem,* p. 186-187.
[491] MARTINS, Sérgio Pinto. Manual da justa causa. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 106.
[492] "DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA. FALTA GRAVE COMPROVADA. Compulsando-se os autos, verifica-se que o conjunto probatório indica que o autor teria levado diretor da empresa concorrente para conhecer a estrutura de produção da reclamada. Tal fato se configura em verdadeira quebra de fidúcia, ensejadora do rompimento contratual, com base na falta grave de violação de segredo de empresa. Inteligência do art. 482, alínea g, da CLT. Todavia, a demissão por justa causa não retira do obreiro o direito ao pagamento de férias vencidas e depósitos do FGTS. Recurso ordinário obreiro parcialmente provido, para condenar a reclamada ao pagamento de férias vencidas e FGTS dos meses não depositados. (TRT-19 – RO nº 00931.2008.061.19.00-0 Rel. Des. José Abílio Neves Sousa. DEJT. 23.10.2009)

deverá ser punida com a dispensa por justa causa. Contudo, caso a facilitação seja indireta, isto é, decorrente de culpa, pode o empregado ser dispensado por justa causa, mas por outros motivos, tais como desídia ou mau procedimento.[493]

Outro aspecto relevante a verificar é se a violação feita diretamente pelo empregado, entretanto sem intenção de divulgar para terceiros ou de prejudicar a empresa, pode caracterizar justa causa.

Dorval de Lacerda explica que "para que se verifique a falta grave de violação de segredo, assim como o crime à mesma referente, não é mister a intenção de prejudicar muito menos a existência de um prejuízo da empresa".[494] O autor alega que a falta de intenção de causar prejuízo não afasta a responsabilidade pelo dano sofrido. No entanto, entende que "o ato determinado por obra do acaso, por imprudência ou desídia do prestador, não configura a falta grave em estudo, pois tais pressupostos afastam o conceito estrito de violação".[495]

O Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região apreciou questão semelhante e, embora tenha reconhecido que a informação divulgada não se tratava de segredo de empresa, corretamente entendeu que não seria o caso de dispensa por justa causa. Veja-se:

> Justa causa. Proporcionalidade. O equívoco plenamente justificado de um empregado, que ao passar e-mail corporativo aos superiores hierárquicos, reivindicando melhores condições de trabalho, inclui uma pessoa estranha aos quadros funcionais da empresa, mas que detém o mesmo prenome da advogada desta, a quem corretamente deveria ter sido enviado, não pode, por si só, revelar fundamento apto a justificar a aplicação da pena de justa causa, mormente quando retrata reivindicação legítima, amparada no princípio da dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho e o teor das informações não seja qualificado como segredo da empresa, de modo a descaracterizar a subsunção pretendida pela empresa ao disposto no art. 482, "g", da CLT. Recurso improvido. (TRT-19 – RO nº 01506.2011.057.19.00-4. Relator: Albino Plácido Neto Júnior. DEJT. 15.02.2012).

Giglio pondera que é sempre mais grave "a violação de segredo cujo conhecimento é necessário ou útil ao exercício das funções do empregado faltoso, do que a violação de segredo do qual o empregado tenha simples notícia".[496] Todavia, mesmo que o empregado tenha mera notícia do segredo e não o utilize para exercer as suas funções, não fica desobrigado a manter sigilo e, se divulgá-lo, cometerá justa causa, embora de menor gravidade. Ainda que o faça parcialmente, caracterizar-se-á a justa causa.

---

[493] GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p. 187-188.
[494] LACERDA, Dorval de. Op. cit., p. 233.
[495] *Idem, ibidem,* p. 234.
[496] GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p.

Ressalte-se que cabe ao empregador cientificar os empregados sobre a confidencialidade de determinadas informações, principalmente para que estas não deixem de ser consideradas como segredo de empresa. Tal se afirma porque um dos requisitos para que uma informação seja considerada secreta é a demonstração de que o seu detentor tomou todas as precauções necessárias para mantê-la sob sigilo.[497] Havendo litígio envolvendo dispensa por justa causa de empregado que alega desconhecimento do caráter sigiloso da informação revelada, a questão se resolverá em juízo, mediante provas, a serem produzidas pelo empregador, de que a informação era protegida e ele se resguardou ao avisar os empregados sobre a confidencialidade do dado tido como secreto.[498]

A revelação de segredo de empresa ao controlador da sociedade seria uma obrigação do empregado ou seria uma violação da obrigação de sigilo ensejando dispensa por justa causa? Se o empregado não informar, poderá ser dispensado por justa causa devido à insubordinação?

Essas questões são controversas. No direito societário, questões similares são debatidas com relação a divulgação de segredos ao controlador pelo administrador da sociedade, à luz (i) do dever do administrador de prestar certas informações os acionistas; e (ii) aos deveres fiduciários aos quais o administrador está sujeito, entre os quais se inclui o dever de sigilo.

No direito societário, pode-se afirmar que os administradores estão obrigados apenas a fornecer aos acionistas as informações exigidas pela lei societária e observado o interesse da companhia. Portanto, uma informação constante das demonstrações financeiras, que, no caso das sociedades anônimas, geralmente deve ser publicada no diário oficial e em jornal de grande circulação (exceto em casos específicos previstos em lei) , pode ser divulgada ao controlador. O mesmo se aplica a uma informação de companhia aberta cuja divulgação ao mercado é exigida por lei ou por regulamentação do mercado de valores mobiliários. No entanto, no caso de informações sigilosas, a obrigação de informar ao controlador não está prevista em lei, portanto poderia ser considerada uma violação do segredo da empresa.

No contexto do direito do trabalho, a questão não é exatamente a mesma, visto que os empregados são subordinados, enquanto os administradores são, em princípio, independentes. De acordo com a CLT, o controlador também é considerado empregador,

[497] V. Cap. 3.2., *supra.*
[498] V. Cap. 3.4., *supra.*

portanto a questão pode ser tratada como um caso revelação de segredos a superiores hierárquicos.

Dorval de Lacerda apresenta uma resposta a essa questão. Segundo ele, é possível que a revelação de segredo a colaboradores ou a superiores hierárquicos constitua justa causa, pois importa saber se a pessoa a quem foi revelado o segredo tinha o direito de conhecê-lo. Confira-se:

> A qualidade de empregado da empresa não importa a respeito; o que importa é saber se a pessoa a quem o segredo foi revelado tinha direito de dele ter conhecimento. Ou melhor: é saber se tal pessoa estaria entre aquelas que, por vontade da empresa, seriam detentoras do segredo. Ora, não é o empregado, como vimos, o senhor desse critério de revelação, e se a faz, sem conhecer o pensamento dos chefes da empresa, anda mal, pois se arvora em juiz de coisa que não lhe compete.[499]

Diante disso, conclui-se que é preciso verificar, no caso concreto, qual seria a extensão dos atos ou fatos relevantes para evitar prejuízo aos negócios das empresas concorrentes que pertencem a um mesmo grupo de fato. Dessa forma, caberia ao empregado verificar, antes, o posicionamento da empresa para evitar eventual dispensa por justa causa.

Demais disso, indaga-se, também, se a revelação de segredo à autoridade pública pode ensejar justa causa.

Para Dorval de Lacerda, se a informação mantida sob reserva for ilegal, deverá o empregado informar à autoridade pública. Contudo, se não tiver esse caráter de ilegalidade, poderá o empregado revelar desde que para autoridade competente e que o empregador não possa prestar, ele mesmo, os esclarecimentos requeridos.[500]

Wagner D. Giglio, com quem concordamos, afirma que a revelação de informação ilícita a qualquer um não se caracteriza violação, pois "se justifica sempre que evitar que a ilegalidade cause prejuízo a terceiros".[501]

No entanto, o citado autor explica que, se o segredo for revelado a quem não tinha interesse a ser resguardado nem poderes para impedir ilegalidade, praticará justa causa mesmo que a informação seja ilícita.[502]

Por fim, é importante destacar que o empregador deve reunir suporte probatório da violação do segredo pelo empregado, pois a acusação não comprovada pelo empregador

---

[499] LACERDA, Dorval de. Op. cit., p. 229.
[500] *Idem, ibidem,* p. 229.
[501] GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p. 191.
[502] *Idem, ibidem,* p. 191.

pode ensejar danos morais ao empregado, conforme jurisprudência consolidada do TST[503], pois tal fato é negativo à imagem do profissional.

Por fim, cumpre mencionar que também na esfera criminal haverá implicações, com o eventual manejo de ação penal, a qual, embora possa ser deflagrada ainda na vigência da relação de emprego, será geralmente iniciada de forma contemporânea ou posterior à dispensa por justa causa. Por essa razão, a analisaremos no tópico seguinte.

6.1.2. Violação do segredo de empresa após o término do contrato de trabalho

Após a cessação do contrato de trabalho, não há mais que se falar em justa causa pela violação do segredo.

Nessa situação, restará ao ex-empregador tão-somente buscar a responsabilização civil ou criminal do ex-empregado.

No âmbito cível, o direito à reparação pelos danos ocasionalmente sofridos encontra respaldo no art. 207 da Lei de Propriedade Industrial, que estabelece a possibilidade de o prejudicado ajuizar as ações que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil, independentemente da ação criminal relativa a tais fatos.

A quantificação dos danos sofridos é um ponto de bastante dificuldade para a doutrina e jurisprudência nacionais. Se já são escassos os casos de condenação por danos em virtude de violação de segredo, conforme reporta Elisabeth Fekete,[504] mais raros ainda são os casos de condenação de ex-empregados. Soma-se a essa dificuldade o fato de que a maior parte dos casos deve tramitar em segredo de justiça.

A referência legal mais importante para a quantificação dos danos materiais é a Lei n° 9.279/96, a qual estabelece em seus artigos 208 a 210 os critérios de indenização em caso de atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal. Os princípios fixados pela Lei n° 9.279/96 são (i) o retorno à situação anterior

[503] Veja-se trecho da decisão do TST: "Justa causa. O Eg. TRT afastou a justa causa, asseverando a ausência de provas de que tivesse o Autor divulgado o documento com informações confidenciais da Reclamada. [...] A própria sentença, às fls. 552, registrara a inexistência de comprovação da prática de conduta vedada bem como de que da divulgação do documento tivessem decorridos prejuízos para a Reclamada. Não tendo sido comprovada a conduta, e tampouco o prejuízo para a Reclamada, não há como prosperar a insurgência contra a decisão que afastou a justa causa, a teor do art. 493 da CLT. Os arestos colacionados não contemplam as particularidades do caso. Incidência da Súmula nº 296 do TST. [...]Danos morais A decisão quanto ao cabimento da indenização por danos morais decorreu da constatação de que a repercussão da divulgação dos fatos atribuídos ao Autor, e que não restaram comprovados, foi negativa à sua imagem, na qualidade de executivo prestigiado dentro das Reclamadas" (RR nº 1415/2002-006-03-00.2. 8ª Turma. Rel. Desª. Maria Cristina Peduzzi. DEJT. 13.11.2009).

[504] FEKETE, Elisabeth. Op. cit., p. 343.

(*status quo ante*) e (ii) o critério mais favorável ao prejudicado, critério este a ser definido pelo prejudicado ao seu critério.

O princípio do retorno ao *status quo ante* está previsto no art. 208, que estabelece que "a indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido".

Por sua vez, o princípio do critério mais favorável ao prejudicado está previsto para a apuração de lucros cessantes, conforme o art. 210.

Assim, poderá o empregador, escorado nos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, ajuizar ação de indenização contra empregado ou ex-empregado em função dos prejuízos advindos da violação do segredo de empresa ou, ainda, em caso de descumprimento do acordo de confidencialidade anteriormente pactuado, desde que reste comprovada a violação.[505]

Vale lembrar que essa ação, conquanto de natureza cível, será processada perante a Justiça do Trabalho, eis que fundada em uma relação de trabalho (CF, art. 114, I).

Nada obstante, se as questões relativas à existência do fato ou à apuração da autoria já se acharem decididas no juízo criminal, ficará o juízo cível impedido de questioná-las, a teor do art. 935 do Código Civil, no que Sérgio Cavalieri Filho denomina de "força preclusiva da sentença penal condenatória sobre as jurisdições civil e administrativa".

> A punição de certos ilícitos na esfera do Direito Civil, ao invés de o serem na órbita do Direito Penal Comum, obedece a razões puramente de conveniência política. Para o Direito Penal Comum é transportado apenas o ilícito de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito civil, de menor entidade, não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório *stripitus judiciae.* É por isso que os autores falam em unidade de falta e variedade de consequências. O ato ilícito é um só, comum às esferas penal e civil; o que varia são as consequências a serem impostas ao infrator. Tome-se como exemplo o caso de um funcionário que se apropria de bem imóvel pertencente à Fazenda Pública. Pela prátia desse ilícito pode sofrer três sanções distintas, porquanto, por sua gravidade, o ato praticado repercute em três esferas jurídicas distintas. Pode ser condenado a uma pena privativa de liberdade pelo crime de peculato, pode ser obrigado a reparar o dano causado aos cofres públicos e pode, ainda, ser demitido do serviço público. Daí a força preclusiva, verdadeira

[505] "AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL MOVIDA PELA EMPRESA CONTRA EMPREGADO QUE TENHAUSADO DE INFORMAÇÕES PRIVILEGIADAS DA EMPRESA EM ATIVIDADE SIMILARPRÓPRIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1.- O Tribunal de origem, após analisar o conjunto probatório dos autos, concluiu que não restou demonstrado de forma suficiente aprática de atos de concorrência desleal, não podendo a questão ser revista em âmbito de Recurso Especial, ante o óbice do enunciado 7da Súmula desta Corte. 2.- Agravo Regimental improvido."(STJ - AgRg no AREsp: 21167 RS 2011/0079930-5, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 22/11/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2011)

> coisa julgada, da sentença penal condenatória sobre as jurisdições civil e administrativa. Condenado pela falta mais grave, estará também o réu condenado pela falta residual ou menos grave. A instância criminal, mais exigente do que qualquer outra até quanto à culpa, excede, naturalmente, todas as preocupações das demais jurisdições.[506]

Na seara criminal, aliás, o segredo de empresa, em razão da sua relevância para o mercado e para os competidores em geral, é discplinado por normas de repressão à concorrência desleal, que reputam crime a violação das informações confidenciais relativas à sociedade empresária. O regramento pune, em especial, a concorrência desleal realizada por parte daqueles com quem o detentor da informação mantinha relação de confiança, como seus ex-empregados, em razão do grande número de dados a que poderiam ter acesso, o que conduziria a uma concorrência diferencial.

A objetividade jurídica tutelada é, pois, a lealdade de concorrência, definida por Tullio Ascarelli nos seguintes termos:

> *Lo que equivale a decir que el interés tutelado es precisamente el de la lealtad de la concurrencia en relación con la probabilidade de aquella ganancia que corresponde (y poco importa si dicha ganancia es después perseguida de hecho por el sujeto, que, como tiene lugar para entes públicos que exploten una empresa, podría no perseguirlo) al ejercicio de la actividad frente a terceiros en régimen de (leal) concurrencia.*[507]

Nesse contexto, a Lei nº 9.279/96, criminaliza a violação tanto dos segredos de fábrica (industriais) quanto dos segredos de negócio (comerciais):

> Art. 195 – Comete crime de concorrência desleal quem: [...]
> XI – divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam do conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato.

O aludido tipo penal é resultado de uma evolução legislativa que culminou com a fusão entre os incisos XI e XII do art. 178 do Decreto-lei nº 7.903/45, o qual, até a entrada em vigor do diploma referido no parágrafo antecedente, regulava a matéria por força do art. 128 da Lei nº 5.772/71. Preceituava o dispositivo revogado que:

> Art. 178. Comete crime de concorrência desleal quem: [...] XI – divulga ou explora, sem autorização, quando a serviço de outrem, segredo de fábrica, que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão do

---

[506] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 544-545.
[507] ASCARELLI, Tullio. Op. cit., p. 172.

> serviço. XII – divulga ou se utiliza, sem autorização, de segredo de negócio, que lhe foi confiado ou de que teve conhecimento em razão do serviço, mesmo depois de havê-lo deixado.

Verifica-se que os crimes de violação do segredo de fábrica e o de negócio eram previstos em artigos distintos.

Delmanto justificava a existência autônoma dos mencionados tipos penais à luz do objeto do segredo protegido por cada qual: "a diversidade está em ser o primeiro um método de fabricação, com caráter essencialmente técnico industrial. Já o segundo, diz respeito à movimentação geral dos negócios."[508]

No entanto, essa difrenciação gerava dúvidas quanto ao alcance dos incisos. Apenas no caso de violação de segredo do negócio é que se criminalizava expressamente a conduta daquele que já havia deixado o serviço. O tipo relativo ao segredo de fábrica era omisso com relação à possibilidade de uso por não mais estava a serviço do empregador.

Não por outro motivo, o artigo sob comento era objeto de críticas por parte da doutrina, a qual, a qual entendia que sanção alcançava, também, os antigos empregados que fizessem uso do segredo de fábrica cujo detentor era o ex-empregador. Esse, a propósito, era o raciocínio adotado por Celso Delmanto: "a *ratio legis* do modelo é, evidentemente, dar uma proteção efetiva ao segredo de fábrica, guarda essa que ele tanto necessita, em virtude de sua importância e por força da sua singular natureza jurídica".[509] E continuava: "por sua própria conceituação, o segredo de fábrica não se inclui naquela prática que alguém pode ganhar ao prestar serviços a outrem".[510]

Com o advento da Lei nº 9.279/96, pôs-se fim à celeuma, reunidos que foram os mencionados tipos penais no então novel art. 195, inciso XI.

Abandonaram-se as designações "segredo de fábrica" e "segredo de negócio", non lugar das quais fincou-se a expressão "informações ou dados confidenciais na indústria, comércio ou prestação de serviços", os quais podem ser considerados, de maneira genérica, como segredos de empresa. Nesse sentido é o entendimento do Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual:

> A atual legislação agrupou os dois tipos penais num mesmo inciso [...]. Neste passo, apesar da substituição do *nomen juris* "segredo de fábrica ou segredo de negócio por "informações ou dados confidenciais na indústria,

[508] DELMANTO, Celso. Op. cit., p. 220.
[509] *Idem, ibidem,* p. 226.
[510] *Idem, ibidem,* p. 226.

> comércio ou prestação de serviços" a norma penal não sofreu qualquer modificação.[511]

Assim, de acordo com a redação dada pela LPI, estancou-se qualquer dúvida no sentido de que ex-empregados poderiam ser sujeitos ativos do delito.

As condutas tipificadas são o "uso", a "exploração" e a "divulgação", bastando a prática de uma delas para a configuração do crime. Segundo Fekete, uso e exploração podem ser considerados como sinônimos. No entanto, observa a autora, a palavra "uso" se refere ao "aproveitamento das informações privilegiadas através de licenciamento ou cessão a terceiros".[512] Exploração, por seu turno, significa, no entender dela, "uso pelo detentor em seu próprio negócio".[513] Nesse jaez, Delmanto entende que o uso "diferencia-se da ação de 'explorar' que o inciso criminal precedente registra, por não expressar o verbo um móvel particular de proveito, bastando o mero uso, sem dependência de finalidade especial". [514] Já a divulgação designa não apenas comunicação ampla, sendo suficiente a transmissão do segredo para uma só pessoa. Não se insere no tipo penal, portanto, a realização de engenharia reversa (*reverse engineering*), que é forma autônoma de obter o conhecimento legitimamente.[515]

Seguindo a sistemática penal, cuida-se de crime punível apenas em sua forma dolosa, à míngua de expressa previsão de repressão à conduta culposa.

E, tendo em vista o bem jurídico tutelado - repise-se, a lealdade de concorrência - aperfeiçoa-se com a mera probabilidade de dano, trata-se de crime de perigo.[516]

Diferentemente da antiga lei, a ação penal é privada e se procede mediante queixa-crime, que deverá ser proposta no prazo de seis meses, nos termos do art. 199, da LPI.

---

[511] IDS - Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. Op. cit., p. 406.
[512] FEKETE, Elisabeth. Op. cit., p. 287.
[513] *Idem, ibidem,* p. 287.
[514] DELMANTO, Celso. Op. cit., p. 240.
[515] FEKETE, Elisabeth. Op. cit., p. 287.
[516] DELMANTO, Celso. Op. cit., p. 221.

CONCLUSÃO

A globalização econômica impulsionou diversas transformações na sociedade e, entre elas, o aparecimento de novas tecnologias, as quais determinaram sensíveis mudanças no panorama da sociedade como um todo e, especialmente, o do mercado e das formas de trabalho. Com ela, inovadores instrumentos de comunicação foram desenvolvidos, o que viabilizou a intensificação do fluxo de informações, redundando na ampliação do seu alcance a um maior espectro de pessoas.

Conquanto benéficas ao desenvolvimento econômico, as novas tecnologias facilitaram, também, a disseminação de informações dos indivíduos, das empresas e, inclusive, do Estado, em âmbito nacional e mundial, expondo a intimidade das pessoas, as vantagens competitivas das empresas e, também, os segredos das nações.

Como se observou no trabalho, procuramos analisar o segredo considerando-o como conhecimento ou informação reservada sobre algo ou algum fato por alguém que pretende mantê-lo afastado, oculto, com relação a outras pessoas, no âmbito das relações de emprego, com vistas a estabelecer um paralelo entre os segredos do empregado e os do empregador, os quais são protegidos por motivos distintos.

Os segredos do empregado são protegidos com fundamento no direito à intimidade, garantido constitucionalmente a todos os indivíduos, e os segredos da empresa, por sua vez, são tutelados enquanto manifestação do direito ao patrimônio.

Com relação aos segredos do empregado, analisamos como se dá a sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro. Após o exame da legislação de Estados Unidos, Portugal, Espanha e Itália, constatamos que a preocupação em se proteger a vida privada das pessoas e, consequentemente, dos empregados enquanto cidadãos é quase que uma constante no cenário jurídico nacional e internacional.

Verificou-se, porém, que, enquanto países como Portugal possuem legislação rica e detalhada acerca da proteção dos direitos de personalidade do empregado, o ordenamento jurídico brasileiro carece de previsão específica, retirando o fundamento dessa proteção da Constituição, do Código Civil e de interpretações jurisprudenciais.

Apesar da necessidade de proteção à privacidade do empregado, esse direito não pode ser considerado absoluto, revelando-se suscetível de sofrer limitações diante do

regular exercício do poder no qual é investido o empregador como forma de lhe possibilitar a gestão da prestação dos serviços.

Nesse contexto, foram analisadas as hipóteses em que o poder de controle do empregador se contrapõe ao direito de intimidade do empregado, na medida em que os poderes de investigação sobre a vida privada e de vigilância da atividade laboral do subordinado são limitados com fito de salvaguardar ao último a vida privada.

Com relação às indagações sobre a vida privada do empregado, vimos que os ordenamentos jurídicos de Itália, Espanha, Portugal e Brasil reina a ideia, nem sempre expressa, de que as investigações através da perquirição devem guardar nexo com a atividade realizada pelo empregado. Fica, assim, vedada a incursão na intimidade do empregado quanto à sua religião, suas convicções ideológicas, sua orientação sexual e demais segredos que não tenham relação com a prestação dos serviços, com a ressalva de que determinadas informações secretas podem vir a se tornar acessíveis em função do exercício de certas atividades específicas, tais como no caso de empregados de organizações de tendência no que diz com as suas convicções e crenças, conforme se sustenta nos países europeus.

Na esteira de doutrina estrangeira, entendemos que deve ser garantido ao empregado o "direito" à mentira quando indagado sobre questões íntimas irrelevantes para a prestação dos serviços. Indubitável que, diante de eventual má-fé do empregador - evidenciada, sobretudo, pela utilização de questionamentos ilícitos -, o único recurso que resta ao subordinado, a fim de proteger seu segredo sem que perca o emprego, seria o de responder falsamente.

Quanto aos exames médicos, concluiu-se que não são permitidos exames para constatar estado de gravidez, HIV, exames toxicológicos ou genéticos, salvo para preservar a segurança no ambiente de trabalho, a saúde dos demais colegas ou de terceiros e desde que guardem vínculo com a atividade desenvolvida pelo empregado, como ocorre no caso de pessoas que trabalham em atividades de risco, relativamente ao teste do bafômetro. O ideal seria que, na CLT, houvesse menção expressa aos exames proibidos, ressalvando-se os casos permitidos, de maneira clara e organizada.

No que tange à revista dos pertences do empregado, julgamos que o tratamento dado pelo ordenamento jurídico italiano aparenta ser o mais adequado, uma vez que é expresso em possibilitar a revista para tutela do patrimônio da empresa, seja material ou imaterial, impondo-lhe, contudo, restrições. Os requisitos cristalizados no art. 6º do *Statuto dei Lavoratori* se mostram razoáveis como forma de equilibrar o direito de privacidade dos

empregados e o direito do empregador de tutelar seu patrimônio, quais sejam: realização na saída do local de trabalho; respeito à dignidade do empregado; sistema automático de seleção dos empregados que irão se submeter à revista; diálogo entre empregado e empregador. Esses parâmetros, aliás, foram importados e têm sido utilizados pela jurisprudência brasileira.

No que se refere ao controle das ligações telefônicas realizadas a partir de telefone da sociedade empresária, ponderou-se que seria razoável que o legislador pátrio previsse expressamente a possibilidade de vigilância por imperativo de proteção e segurança de pessoas e bens, desde que fossem os empregados avisados de forma prévia, como consta do art. 20º do Código de Portugal e têm defendido os doutrinadores brasileiros.

Quanto ao controle do e-mail corporativo, entendemos que é legítimo o controle do e-mail cedido pela sociedade empresária com o intuito de verificar se a adequação do seu uso. O e-mail particular, por outro lado, ainda que acessado através de computador da empresa, é inviolável, salvo por determinação judicial.

Pela perspectiva do empregador, foram estudados os segredos de empresa, considerados como conhecimentos reservados que devem ser mantidos sob sigilo porque lhe conferem, em relação a seus concorrentes, uma vantagem competitiva, distinguindo-se em segredos industriais (de fábrica) e de negócio (comerciais).

Partiu-se da averiguação do conceito de segredo, de seus requisitos, do tratamento do *know-how* e das formas de proteção do segredo de empresa para desenhar um painel geral a respeito do segredo de empresa.

Em seguida, analisamos as obrigações do empregado, em especial a de manter sigilo. Verificou-se que o contrato de trabalho, com base fiduciária, é composto de obrigações principais e acessórias para ambas as partes. Ao empregado, ladeando a obrigação principal de prestar serviços, se lhe impõem as obrigações de boa-fé e de lealdade, as quais permeiam todas as relações de emprego, embora a de lealdade varie em intensidade a depender da atividade exercida pelo empregado, sendo acentuada quando há acesso a informações privilegiadas da empresa.

As obrigações de sigilo e de não concorrência são expressões da obrigação de lealdade e permanecem válidas na vigência do contrato de trabalho. Após o término da relação de emprego, cessa a obrigação de não concorrência, que só poderá persistir mediante ajuste pacto de não concorrência.

Concluímos que o pacto de não concorrência, apesar de estar sujeito a uma série de limitações de dimensão temporal, espacial, material e, ainda com relação ao valor da

contraprestação pactuada, só faz sentido quando há um interesse relevante do empregador, qual seja, o de proteger suas informações confidenciais, seus segredos de empresa. Assim, após a cessação do contrato de trabalho, a obrigação de sigilo permanece viva, mas deixa de ter como fundamento a obrigação de lealdade e passa a ser uma obrigação legal decorrente das normas de proteção à concorrência desleal.

Traçado o panorama sobre o segredo de empresa e sobre a obrigação de sigilo do empregado, procurou-se analisar sob quais circunstâncias a) os empregados têm direito de utilizar e/ou divulgar suas criações após o término do contrato de trabalho, limitando-se, portanto, a proteção do segredo de empresa, ou b) o segredo quanto a essas criações dos empregados deve permanecer em sigilo em benefício da empresa, limitando-se, de tal maneira, a liberdade de trabalho dos empregados criadores.

Esse exame teve como ponto de partida a percepção de que as normas que regulam a titularidade de criação intelectuais de empregados são regidas por princípios comuns. Em seu estudo, foram apresentadas as normas que regulam as criações de empregados nos âmbitos das leis de propriedade industrial, direito autoral, *software* e cultivares. Uma vez identificados tais princípios comuns, verificou-se se eles também poderiam fundamentar a regulação do uso e divulgação de segredos de empresa decorrentes de criações intelectuais realizadas por empregados.

Após a análise das leis que tratam das criações de empregados, verificou-se ser possível extrair princípios comuns que estabelecem a titularidade de tais criações de acordo com as diferentes modalidades existentes.

No caso das criações de serviço, o princípio é a apropriação total dos direitos patrimoniais da criação pelo empregador, tendo como contraprestação exclusivamente o salário pago ao empregado, podendo, contudo, ser ajustado contratualmente pagamento de bônus ou participação nos lucros e resultados como consequência dela.

No caso das criações livres, o princípio é o oposto: a apropriação total dos direitos patrimoniais da criação pelo empregado, visto que tal criação não tem relação com o objeto da relação de emprego e o empregador não oferece nenhuma contraprestação ao empregado em virtude de tal criação.

Por fim, no caso das criações mistas, não se pode dizer que há um princípio comum a todas as leis que disciplinam o tema, todavia, ainda assim, a maioria delas pretende oferecer uma divisão equitativa da titularidade e dos frutos da criação mista.

Entendemos que as mesmas regras aplicadas para proteção das criações industriais, das criações do empregado-autor, do *software* e das cultivares concebidas por empregados

devem ser estendidas aos segredos de empresa privilegiáveis com fundamento em cada uma dessas leis.

A partir dessas considerações, sugerimos o seguinte tratamento: os segredos de negócio livres seriam detidos exclusivamente pelos empregados, como previsto no art. 4º, §2º, da Lei nº 9.609/98. Os segredos de negócio mistos para cuja criação foram utilizados recursos do empregador seriam detidos por ambas as partes, nos termos do art. 39, §1º, da Lei nº 9.456/97, cabendo ao empregador a exploração exclusiva do segredo e, ao empregado, justa remuneração desvinculada do salário. Os segredos de negócio chamados "de serviço", por seu turno, seriam detidos pelo empregador exclusivamente, conforme art. 38, §1º, da Lei nª 9.456/97 e art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.609/98, cabendo ao empregado apenas o salário. Os segredos decorrentes de obras coletivas seriam, em qualquer caso, do empregador.

Diante do tratamento proposto para a proteção do segredo de empresa pelo empregador, recomendamos que sofresse limitação nos casos especificados a seguir: a) falta de pagamento do salário ou da justa remuneração, hipóteses em que o empregado passará a ser o detentor legítimo do segredo de serviço por ele desenvolvido ou do segredo que era misto; b) exploração do segredo misto não ocorrer no prazo de 1 ano contado da data da comunicação do segredo pelo empregado ao empregador, salvo motivo justificável; c) segredo livre anterior do empregado não divulgado ao empregador, mas utilizado nas atividades da empresa (por exemplo, chefe de cozinha que, anteriormente à relação de emprego, já possuía uma receita secreta e passa a produzi-la no restaurante do atual empregador. Nessa hipótese, o empregado não pode ser obrigado a comunicar a receita ao empregador sob pena de violação de seu direito de privacidade).

No que diz com a limitação à proteção do segredo de empresa frente ao direito de liberdade de trabalho do empregado, entendemos que não pode o empregador impedir que sejam o conhecimento ou as informações reunidas durante a relação de emprego sejam utilizadas após o término do contrato, pois não lhe pertencem, mesmo que tenham investido na capacitação do empregado. Diante da dificuldade de fixar uma linha divisória entre o que seria habilidade pessoal e conhecimento intrinsecamente relacionado a segredo da empresa, são de grande valia os critérios sugeridos por Gomez Segade (questionamento acerca da possibilidade de se ter acesso aos alegados segredos de empresa se tivesse trabalhado em alguns dos concorrentes do ex-empregador) e por Aldo Frignani (necessidade do segredo pelo ex-empregado e verificação da natureza do conhecimento usado) e poderão ser utilizados pelos magistrados na análise do caso concreto.

Quanto ao uso da lista de clientes, salientamos que não pode o empregador pretender se tornar "proprietário" da clientela de determinado segmento. Clientes não são ativos de propriedade de qualquer pessoa. Entretanto, o reconhecimento da possibilidade de os ex-empregados contatarem clientes de seu antigo empregador não retira da lista de clientes seu caráter de segredo de negócio. Ela continua a ser segredo de negócio perante terceiros, mas, diante de empregado cuja atividade envolvia contato direto com clientes, as informações constantes na listagem consideram-se incorporadas a seus conhecimentos pessoais. Não é difícil imaginar que um profissional especializado em um segmento em que predominam *route cases* tenha grande dificuldade de continuar atuando neste mesmo segmento, sem entrar em contato com clientes aos quais teve acesso quando estava em um emprego anterior.

É preciso, contudo, distinguir essa hipótese daquela em que a obtenção da lista de clientes se dá em função de informações confidenciais transmitidas pelo empregador ao empregado fora do escopo da atividade por ele exercida.

Concluímos que a liberdade de trabalho do empregado só pode ser limitada em decorrência de pacto de não concorrência firmado entre as partes, de singular utilidade notadamente nos casos em que a divulgação dos segredos do ex-empregador se afigura inevitável.

Logo, para se verificar se é possível impedir ex-empregado de utilizar determinadas informações consideradas secretas de seu empregador, sugerimos que se averigue, num primeiro momento, se a informação é, de fato, um segredo e se tal segredo é relevante para a empresa. Em segundo lugar, que seja apurado se a informação faz parte de habilidades pessoais do empregado. Se a informação envolver criação intelectual, seria necessário, em acréscimo, indagar se o empregado é detentor legítimo do segredo e se está autorizado a usá-lo e/ou divulga-lo.

Em arremate, fizemos breves notas sobre as consequências da violação dos segredos de empresa na vigência do contrato de trabalho, ocasião em que poderá acarretar dispensa por justa causa, bem como após a cessação da relação de emprego, dando azo à responsabilização nas civil e criminal.

Portanto, com relação ao exame dos segredos do empregado, é possível concluir que os exemplos das experiências portuguesa e italiana, quanto à tutela dos direito da personalidade dos empregados, poderiam inspirar o aperfeiçoamento de nossa Consolidação das Leis do Trabalho a fim de garantir de forma plena e funcional a proteção dos direitos de personalidade dos empregados, impondo-se expressamente ao empregador

a obrigação de manter segredo sobre os dados confidenciais de que passa a ter conhecimento em razão do exercício de seu poder de controle, dentro de limites razoáveis. Sugeriu-se, desse modo, que a CLT preveja, literalmente, a responsabilização do empregador por eventuais danos morais e materiais do descumprimento dessa obrigação, seja em decorrência da realização de devassa indevida, seja em virtude da propalação das informações dela advindas.

Relativamente aos segredos de empresa, concluímos que, dada seu valor econômico, justifica-se o interesse do empregador na sua proteção. Na vigência da relação de emprego, tem o empregado a obrigação de manter sigilo sobre eles. No entanto, quanto ao exercício do direito de proteção de seus segredos, o empregador deve observar alguns limites. Entre eles, deve respeitar os segredos criados livremente pelos empregados e caso os segredos sejam mistos ou de serviço, deverá pagar a remuneração devida, sob pena de transferir para o empregado a legítima detenção desses segredos. Da mesma forma, com relação aos segredos mistos, se não iniciada a sua exploração no prazo, poderá o empregado fazer uso deles. Ademais, chegou-se à conclusão de que só é possível a restrição da liberdade do trabalho do empregado se este tiver acesso a informações confidenciais da empresa protegidas pelas normas de concorrência desleal ou a informações sobre as quais o empregado se comprometeu a manter sigilo por meio de acordo de confidencialidade. Porém, entendemos que o empregado não pode ser impedido de utilizar, para proveito próprio ou de concorrentes de seu ex-empregador, suas habilidades, experiências e conhecimentos profissionais e pessoais nem ser obrigado a ceder segredo livre do qual é detentor legítimo, sob pena de ofensa a seus direitos à privacidade e à liberdade de trabalho.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. Invenção durante o contrato de trabalho, Direitos do empregado e do empregador, Competência judicial. *In*: "Revista do Tribunal Superior do Trabalho", v. 60/91, ano 1991, p. 121-142.

ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora Brasil, 2002.

AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

APOSTOLIDES, Sara Costa. Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho. Coimbra: Almedina, 2008.

BARATELLI JUNIOR, Fernando. *Proteção das Informações Estratégicas: Implicações na Propriedade Intelectual. In*: XXVIII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual: inovação e desenvolvimento". Rio de Janeiro: ABPI, 2009, p. 118-120.

BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Intelectual: patentes. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Titularidade das obras autorais produzidas em relação de subordinação. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/134.doc>. Acesso em 08 set 2013.

_____. Quem é o dono da ideia? Acesso em 11 nov 2013. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/propriedade18.pdf>.

BARBOSA, Marcelo. Direito das companhias. Alfredo Lamy Filho; José Luiz Bulhões Pedreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

BECKER, Gary S. Investment in human capital: a theoretical analysis. Journal of Political Economy, Vol. 70, No. 5, Part 2: Investment in Human Beings (Oct., 1962), University of Chicago, p. 48-49. Acesso em 17 jan 2014. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1829103>).

BELLAVISTA, Alessandro. *Esiste la tutela della privacy nel rapport di lavoro? In: Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia: Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro. Volume cinquantottesimo.* Padova: Cedam, 2010, p. 171-179.

BELTRAN, Ari Possidônio. Dever de fidelidade, Dever de não-concorrência e Cláusula de não-concorrência. Revista LTr, 04/419, v. 66, n. 4, abr. de 2002.

BIAGI, Marco. Istituzioni di Diritto del Lavoro. 5ª edizione. Continuato da Michele Tiraboschi. Milano: Giuffrè, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor na obra feita sob encomenda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Legitimidade Concorrente na Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos e Difusos: Sindicato, Associação, Ministério Público, Entes não sindicais. São Paulo: LTr, 2013.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *O segredo de negócio no Direito Brasileiro*. *In*: Revista Forense", v. 401, ano 105, jan/fev 2009, p. 753-771.

BURT, Ronald S. The contingent value of social capital. *In:* Knowledge and Social Capital: foundations and applications. Eirc L. Lesser (coord.). Butterworth-Heinemann, 2000, p. 255-286. Acesso em 15 jan 2014. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=kQdKAf8_yUC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>).

CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral: Contrato de Trabajo (Parte General), v. III. 2ª edición. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1964.

CARDOSO, Alexandre de Almeida. Silva, Walküre Lopes Ribeiro da (orient.). Dos pactos de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho. São Paulo, 2003.

CARINCI, Franco; DE LUCA TAMAJO, Raffaele; TOSI, Paolo; TREU, Tiziano. Diritto del Lavoro. Vol. II. 7ª edizione. Torino: UTET, 2012.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 33ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial: dos privilégios de invenção, dos modelos de utilidade e dos desenhos e modelos industriais, v.2. Tomo I. Atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Empresarial, v. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORDEIRO, Menezes; ROCHA, António Manuel da. Da boa fé no Direito Civil. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COSTA NETTO, José Carlos. Direito Autoral no Brasil. 2ª edição. São Paulo: FTD, 2008.

CRAIG, John. D. R. Privacy and Employment Law. Oxford: Portland Oregon, 1999.

DAÜBLER, Wolfgang. Derecho del Trabajo. Mª Paz Acero Serna e Pío Acero López (trad.). Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994.

____. Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha. José Francisco Siqueira Neto (coord.). Alfred Keller (trad.). São Paulo: LTr, 1997.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª edição. São Paulo: LTr, 2013.

_____. Curso de Direito do Trabalho. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2012.

DELMANTO, Celso. Crimes contra a concorrência desleal. São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

DINIZ, Davi Monteiro. Propriedade Industrial e Segredo em comércio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 2º volume. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOMINGUES, Gabriel Douglas. *Segredo industrial, segredo de empresa, trade secret e know-how e os problemas de segurança nas empresas contemporâneas*. *In*: Revista Forense", v. 308, ano 85, out/dez 1989, p. 27-33.

DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia Privada e Igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho*, *In*: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto de Direito do Trabalho, Estudos do instituto de direito do trabalho. MARTINEZ, Pedro Romano (coord.). Coimbra: Almedina, 2001.

DURAND, Paul. Traité de Droit du Travail. Tome II. Paris: Dalloz, 1950.

ELIAS, Luiz Antonio. Sistema Nacional de Innovación y Vinculación Sector Público-Privado: Caso Brasil. Disponível em: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/pt/ompi_cepal_inn_san_03/ompi_cepal_inn_san_03_t1_1.pdf. Acesso em 12 de dezembro de 2013.

ENCICLOPEDIA ITALIANA. Segreto. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani. 1988-2007, p. 307-308.

FEKETE, Elisabeth E. G. Kasnar. O regime jurídico do segredo de indústria e comércio no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *A proteção das informações estratégicas: questões de espionagem industrial nas empresas. In*: "XXVIII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual: inovação e desenvolvimento". Rio de Janeiro: ABPI, 2009, p. 109-117.

FELSANI, Fabiana Massa. Contributo all'analisi del know-how. Milano: Giuffrè, 1997.

FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho. 13ª edição. Coimbra: Almedina, 2006.

FERRARO, Giuseppe. Diritto dei contratti di lavoro. Bologna: Mulino, 2011.

FISK, Catherine L. *Working knowledge: trade secrets, restrictive covenants in employment, and the rise of Corporate Intellectual Property, 1800-1920*. UC Hastings College of Law, 52 Hastings Law Journal, nº 2, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262010>. Acesso em 3 de outubro de 2010.

FLORES, Cesar. Segredo Industrial e o Know-how: aspectos jurídicos internacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FORGIONI, Paula; GRAU, Eros Roberto. O Estado, a empresa e o contrato. São Paulo: Malheiros, 2005.

FRIGNANI, Aldo. Segreti d'impresa. *In*: Digesto delle discipline privatistiche sezione commerciale, vol. XIII. 4ª edizione. Torino, UTET, 1999-2006, p. 334-354.

FROMER, Jeanne C. Trade Secrecy in Willy Wonka's Chocolate Factory. The Law and Theory of Trade Secrecy: a handbook of contemporary research. Rochelle C. Dreyfuss, Katherine J. Strandburg, eds. Edward Elgar Publishing, 2011; Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 1430463. Acesso em 13 jan 2014. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1430463.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil, volume 4: contratos, Tomo II: contratos em espécie. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALANTINO, Luisa. Diritto del Lavoro. 8ª edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.

GARFIELD, Alan E. Promises of silence: contract law and freedom of speech. *In:* Cornell Law Review, vol. 83:261, 1998, p. 263-364. Acesso em 20 mai 2012. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1593260.

GHIDINI, Mario. Diritto del lavoro: parte generale, diritto sindacale, contrato individuale di lavoro – controversie del lavoro. 9ª edizione. Padova: Cedam, 1985.

GIGLIO, Wagner D. Justa Causa. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. Direito do Trabalho: relações individuais de trabalho. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMEZ SEGADE, Jose Antonio. El secreto industrial (know-how): concepto y protéccion. Madrid: Tecnos, 1974.

GOÑI SEIN, Jose Luis. El respeto a la esfera privada del trabajador: un estúdio sobre los limites del poder de control empresarial. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

GRAGNOLI, Enrico. L'informazione nel rapporto di lavoro. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

GUERRA, Amadeu. A privacidade no local de trabalho. Coimbra: Almedina, 2004.

HIDALGO RÚA, Gloria; Del Val Arnal, J. Jesús. *El deber de guardar secreto en la relación laboral del personal con médios informáticos*, *In*: Documentación Laboral, nº 35, 1991, p. 203-217.

_____; GARCIA DÍAZ, Margarita. *Invenciones y creaciones intelectuales laborales*, In: Acciones e investigaciones sociales, ISSN 1132-192X, Nº 4, 1996, p. 79-92, Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=170197. Acesso em 09 de junho de 2012.

ICHINO, Pietro. Il contratto di lavoro: sospensione del lavoro – sciopero – riservatezza e segreto – potere disciplinare – cessazione del rapporto – conservazione e gestione dei diritto, vol. 3. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro: la disciplina della circolazione delle informazioni nell'impresa. Milano: Giuffrè, 1979. Disponível em: http://archivio.pietroichino.it/libri/view.asp?IDArticle=324. Acesso em 18 de julho de 2012.

Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. Comentários à lei da propriedade industrial. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JOÃO, Regiane Teresinha de Mello. Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho. São Paulo: Saraiva, 2003.

LACERDA, Dorval de. A falta grave no Direito do Trabalho. 4ª edição, Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1976.

LAMARCA, Antônio. *Manual das justas causas*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MALLET, Estêvão. Cláusula de não concorrência em contrato individual de trabalho. *In*: "*A Propriedade Intelectual no Direito Empresarial*". LIMA, Luís Felipe Balieiro (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 89-115.

MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. *In:* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, jan/dez 2009, p. 199-226.

MANNRICH, Nelson. Modernização do contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 1998.

_____. Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador. *In:* Revista do Advogado. 70 anos da CLT. Ano XXXIII, nº 121, nov. 2013. São Paulo: AASP, p. 242-248.

MARTINEZ, Pedro Romano. Relações Empregador Empregado. *In*: "Direito da Informação, volume I". Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 185-200.

_____. Direito do Trabalho. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. Manual da Justa Causa. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Thais Macedo. *Efeitos do contrato de emprego: dever de não concorrência desleal e dever de sigilo*. *In:* Repertório de Jurisprudência IOB: Trabalhista e Previdenciário – n. 13 de jul. 2006, São Paulo: IOB, 2006.

MAZZONI, Giuliano. Manuale di Diritto del Lavoro. Volume I. 6ª edizione. Milano: Giuffrè, 1988.

MERGES, Robert. P. Intellectual Property in the new technological age. 6th ed. Aspen Casebook Series. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del trabajo. 19ª edición. Madrid: Tecnos, 1998.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. Estudos de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. Da esfera privada do trabalhador e o control do empregador. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MINHARRO, Francisco Luciano. A Propriedade Intelectual no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

MORAES FILHO, Evaristo de. A justa causa na rescisão do contrato de trabalho. 3ª edição, São Paulo: LTr, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 35ª edição. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASSONI, Túlio de Oliveira. Exames toxicológicos no ambiente de trabalho. *In*: Revista Ltr: Legislação do Trabalho. Vol. 77, nº 11, novembro. São Paulo: LTr, 2013, p. 1.287-1.306.

OLIVEIRA, Oris de. A exclusão da concorrência no contrato de emprego. São Paulo: LTr, 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1982.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Estruturas*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

PAISSAN, Mauro. *E-mail e navigazione in internet: le linee del Garante. In:* Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia. Vol. 58, *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro.* Padova: CEDAM, 2010, p. 11-23.

PARENTE, Flávia. *Concorrência desleal e segredos de fábrica e de negócio: análise do art. 195, XI, da Lei da Propriedade Industrial – Lei 9.279/1996*, *In*: "Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro", v. 139, jul/set 2005, São Paulo: RT/Malheiros, 2005, p. 177-188.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. 3. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Instituições de Direito Civil, vol. 2. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINHO, Grace Salomão de. *Proteção das Informações Estratégicas: Implicações na Propriedade Intelectual*. *In*: "XXVIII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual: inovação e desenvolvimento". Rio de Janeiro: ABPI, 2009, p. 120-125.

PINTO, Fernando. Segredo: aspectos comerciais e industriais. *In*: "Enciclopédia Saraiva do Direito", v. 67, R. Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1914-1981, p. 168-170.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2000.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Direito de Empresa e Direito do Trabalho: influências recíprocas. Cláusula de não concorrência. Diretor empregado. Representante e gerente-delegado. In*: "Atualidades Jurídicas". DINIZ, Maria Helena (coord.). São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 5, p. 183-198.

SHINOHARA, Neide Kazue Sakugawa *et al*. O bolo Souza Leão: Pernambuco dos sabores culturais. Revista Contextos da alimentação: comportamento, cultura e sociedade. Vol. 2, nº 1, 2013. Acesso em 15 jan 2014. Disponível em: <http://www.revistas.sp.senac.br/index.php/revistacontextos/article/viewFile/405/345>).

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, João Moreira da. Direitos e deveres dos sujeitos da relação individual de trabalho. Coimbra: Almedina, 1983.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Lilian de Melo. Obra sob encomenda – licenças não voluntárias. *In*: "Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais". Marcos Wachowicz, Manoel Joaquim Pereira dos Santos (organizadores). – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010.

SILVEIRA, Newton. Propriedade Intelectual: propriedade industrial, direito de autor, *software*, cultivares, nome empresarial. 4ª edição. Barueri: Manole, 2011.

SILVEIRA, Newton. Contrato de transferência de tecnologia. *In:* Cadernos FUNDAP. Ano 5, nº 11, São Paulo, jul/1985, p. 75-87.

STUFLER, Benedetta Franchini. Il know-how e la tutela dei segreti d'impresa. Torino: G. Giappichelli, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Manual Prático das Relações Trabalhistas*. 10ª edição. São Paulo: LTr, 2009.