

CLÁUSULAS DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO DIREITO CONCORRENCIAL E TRABALHISTA

Bruno Polonio Renzetti¹

Resumo: O artigo argumenta que cláusulas de não-concorrência presentes em contratos individuais de trabalho devem ser objeto de análise por parte das autoridades de defesa da concorrência caso se verifiquem alguns requisitos específicos. A recente investigação aberta pelo CADE no mercado de *healthcare* deve servir de alerta sobre o impacto que tais cláusulas possuem nos setores econômicos em que estão inseridas. O artigo advoga pela revisão do formulário de notificação de atos de concentração do CADE, com a inclusão de item específico sobre concentração no mercado relevante de trabalho e existência de cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho.

Palavras-Chave: Não-Concorrência; Concorrencial; Direito do Trabalho; Restrição; Empregados.

Abstract: The paper argues that covenant not to compete included in employment agreements should be scrutinized by the competition authorities in case some requirements are met. The recent probe started by CADE in the healthcare sector must be seen as an alert of the impact that such covenants may pose in the economic sectors in which they are present. The paper advocates for the revision of the mandatory merger submission form, by including specific wording requiring the merging parties to disclose potential impacts to relevant labor markets and the existence of non-compete agreements in their employment contracts.

Keywords: Non-Compete; Competition Law; Labor Law; Restriction; Workers.

1. Introdução

Contratos não são fins em si mesmo, mas existem para cumprir as funções econômico-sociais que as partes celebrantes elegem dar ao instrumento contratual. Da mesma forma que o brocardo assenta que não existem

¹ LL.M. pela Yale Law School (2022). Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP (2018) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2015). Professor em cursos de pós-graduação no IBMEC/SP e Insper. Non-Governmental Advisor na International Competition Network. Advogado. Contato: renzetti@usp.br.

palavras inúteis nas leis², pode-se dizer que também não há termos inúteis nos contratos. O instrumento contratual institui direitos e deveres para as partes contratantes, limitando, assim, o escopo de suas ações. Os contratantes voluntariamente decidem restringir sua conduta individual para favorecer comportamentos adequados à consecução do objetivo contratual³.

No direito concorrencial, contratos como os de distribuição e de exclusividade estão presentes corriqueiramente. Há, entretanto, um tipo contratual que costuma passar despercebido da análise concorrencial: os contratos de trabalho, celebrados entre empregador e empregado⁴.

A aproximação entre direito concorrencial e direito do trabalho já foi classificada como improvável⁵ – especialmente no contexto brasileiro, no qual cada uma das áreas sofre forte influxo ideológico de diferentes matizes – mas não é, de forma alguma, inesperada. Contratos de trabalho possuem suas particularidades, mas isso não os torna imunes ao direito concorrencial.

Há diversos vasos comunicantes entre direito do trabalho e defesa da concorrência, tais como a negociação coletiva, cartéis de fixação salarial, concentração no mercado de trabalho e o exercício do poder de monopólio. Não por acaso, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) escolheu o tema de *Competition Issues in Labour Markets* como um dos principais assuntos de seu *Competition Open Day* de 2020⁶. O Brasil foi um dos países que contribuiu com um relatório nacional⁷.

Um dos maiores pontos de intersecção entre o direito do trabalho e o direito da concorrência está na análise das cláusulas de não-concorrência (*non-compete agreements*) e cláusulas de não-solicitação (*no-poach*

² *Verba cum effectum accipienda sunt.*

³ FURQUIM, Paulo de Azevedo. *Contratos: uma perspectiva econômica*, p. 4. 2005. Disponível em: < <https://www.researchgate.net/publication/322722260> >

⁴ De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, o “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.” (art. 442).

⁵ RIVERA, Amanda A. L. M.; DOMINGUES, Juliana O.; SOUZA, Nayara M. S.; O Improvável Encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste. In.: *Revista do IBRAC*, vol. 24, n. 2, 2019.

⁶ Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>.

⁷ OECD. *Competition Issues in Labor Markets – Note by Brazil*, 2020. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)51/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)51/en/pdf).

agreements). Ambas são cláusulas que restringem a livre movimentação do trabalhador entre companhias concorrentes, de uma ou outra maneira. Elas possuem racional econômico próprio para sua estipulação, mas isso não garante a elas qualquer imunidade antitruste. Seus efeitos deletérios ao mercado devem ser objeto de análise das autoridades de defesa da concorrência.

Em âmbito global, a discussão sobre os possíveis efeitos sociais perversos que cláusulas de não-concorrência possuem sobre mercados de trabalho está na pauta das autoridades antitruste americanas, clamando por uma maior aplicação das leis concorrenciais sobre esta questão. Em 2019, houve a publicação do *The Utah Statement*, elaborado por diversos estudiosos do antitruste, propondo mudanças na doutrina e aplicação da legislação antitruste americana. Entre estas mudanças, destaca-se o reconhecimento da necessidade de atuação mais incisiva do antitruste em mercados de trabalho⁸. Mais recentemente, a proposta de lei apresentada pela senadora Amy Klobuchar⁹, a Ordem Executiva do Presidente Joe Biden¹⁰ e o memorando da presidente do FTC, Lina Khan¹¹, sobre as prioridades da agência abordam o tema dos

⁸ Os autores do *The Utah Statement* asseveram que “the markets for labor – and in particular problems caused by labor market monopsony – should be subject to robust antitrust enforcement, and enforcers should treat business structures that restrict alternatives for or coerce working Americans as suspect”. (WU, Tim. *The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech*. Disponível em: <https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7>>).

⁹ No preâmbulo do projeto de lei, lê-se: “Sec. 2. Findings and Purposes. (a) Findings – Congress finds that (...) (8) monopsony power or seller market power allows a firm to force suppliers of goods or services to accept below market prices or to force workers to accept below market wages, resulting in lower quality products and services, reduced opportunities for suppliers and workers, reduced availability of products and services for customers, reduced innovation, foreclosure of competitors, and increased entry barriers.” Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/225>.

¹⁰ Vide, por exemplo, Seções 5(f) e 5(g) da Ordem Executiva (*Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*). Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>.

¹¹ “We have seen how market power abuses and consumer protection concerns can emerge when one-sided contract provisions are imposed by dominant firms. Non-competes, repair restrictions, and exclusionary clauses are just some of the terms we have heard about in our public comments. Consumers, workers, franchisees, and other market participants are at a significant disadvantage when they are unable to negotiate freely over terms and conditions. Focusing on contractual provisions in these contexts should help surface the types of restrictions or requirements that hamper a free and fair economy”. (*Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC*, September 22, 2021).

impactos econômicos a que trabalhadores estão expostos em mercados de trabalho concentrados e que lancem mão de acordos de não-concorrência.

O presente artigo estuda somente o fenômeno das cláusulas de não-concorrência como uma restrição contratual à livre concorrência¹². Considerando que as cláusulas de não-concorrência significam uma alteração na competição *no* mercado, justifica-se que se faça uma análise do tema com as lentes do direito antitruste. Para tanto, o artigo lança mão de quatro seções, além desta breve introdução, para melhor organizar a argumentação. Primeiro, faz-se um esclarecimento prévio necessário sobre o escopo deste trabalho. Segundo, verificam-se as principais justificativas econômicas para a imposição de cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho. Em seguida, analisa-se como o direito do trabalho aborda o tema das cláusulas de não-concorrência. Quarto, relata-se como tais cláusulas afetam a concorrência e mobilidade do trabalhador, demandando maior análise e escrutínio das autoridades da concorrência. A quinta seção aborda a recente investigação aberta pelo CADE no tema. A última seção do artigo conclui.

2. Esclarecimento prévio: o entendimento comum sobre cláusula de não-concorrência no direito brasileiro

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.147, possui disposição específica sobre não-concorrência nos casos de trespasse de estabelecimento comercial¹³. Trata-se, aqui, de regra geral a ser aplicado aos casos somente, e tão-somente, de trespasse de estabelecimento e quando não exista disposição específica no contrato¹⁴.

Disponível em: <https://www.ftc.gov/public-statements/2021/09/memo-chair-lina-m-khan-commission-staff-commissioners-regarding-vision>).

¹² Considerando o recorte metodológico do presente artigo, principalmente o estudo comparado com o direito do trabalho e a análise de caso perante o CADE, não serão analisadas as cláusulas de não-solicitação (no-poach agreement), mas somente as cláusulas de não-concorrência.

¹³ “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento comercial não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência.”

¹⁴ Sobre o artigo 1.147, dispõe Gonçalves Neto: “A solução aqui aventada é para ser adotada quando houver omissão contratual. Aliás, admitindo que as partes pactuem livremente a respeito, a lei faculta que cláusulas contratuais aumentem ou reduzam o lapso de interdição, delimitem apropriadamente a região, os negócios por ela atingidos, etc”. (GONÇALVES NETO, Alfredo Assis de. *Direito de Empresa*, p. 636).

O objetivo de tais cláusulas em uma situação de *trespasse* é evidente: impedir que o alienante do estabelecimento, detentor de *know-how* para o desenvolvimento do negócio, assim como de bom relacionamento com fornecedores e clientes, goze de posição mais vantajosa no mercado, impondo desvantagem competitiva para aquele que adquiriu o estabelecimento. Trata-se de proteção à boa-fé objetiva das partes, com o objetivo de evitar que os contratantes se comportem de maneira desleal¹⁵.

Paula Forgioni é enfática ao defender a impossibilidade de interpretação extensiva do dispositivo legal para além das situações de *trespasse*¹⁶. A interpretação da cláusula de não-concorrência deve sempre ser restritiva. Tal restrição ocorre devido ao fato de a cláusula de não-concorrência obstar o exercício da livre iniciativa e da livre concorrência, elementos basilares da ordem econômica constitucional brasileira.

Não por outro motivo, as cláusulas de não-concorrência são objeto de intenso escrutínio por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”). No âmbito do controle de estruturas, os formulários de notificação presentes nos anexos na Resolução CADE n. 33/2022 obrigam as partes de um ato de concentração a abrirem ao CADE quaisquer cláusulas restritivas à concorrência que existam nos instrumentos contratuais da operação, sendo a cláusula de não-concorrência citada expressamente como um exemplo. Da mesma forma, o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal (“Guia H”)¹⁷, possui seção específica sobre a cláusula de não-concorrência. O Guia H dispõe claramente que o CADE entende que as cláusulas de não-concorrência configuram restrição à livre iniciativa e à livre concorrência, com exceção do entendimento a cláusulas que visem a garantir o fundo de comércio ou o estabelecimento de uma *joint-venture*¹⁸.

¹⁵ SILVA, Márcia Luisa da; SILVA NETO, Orlando Celso da. *A Cláusula de Não-Concorrência como Elemento Indicativo de Gun-Jumping*, p. 174.

¹⁶ Ao comentar o artigo 1.147, assenta Paula Forgioni: “Note-se bem que essa regra é específica para o caso de *trespasse* do estabelecimento. Aplicá-la às hipóteses de alienação de controle de sociedades comerciais requer interpretação extensiva de dispositivo legal altamente limitador da livre iniciativa e da livre concorrência. Isso não é possível, tendo em vista os ditames constitucionais”. (*Contratos Empresariais*, p. 290).

¹⁷ Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>

¹⁸ O CADE inclusive possui entendimento sumulado sobre o tema: “Súmula 4 – É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint-venture*, desde que guarde relação

Percebe-se, portanto, que as discussões sobre cláusulas de não-concorrência, seja no âmbito do Direito Civil, seja no âmbito do Direito Concorrencial, estão reservadas às questões relacionadas ao trespasse de estabelecimento e ao controle de estruturas a partir da análise de atos de concentração. Não se verificam discussões sobre cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho, com o intuito de obstar a mobilidade do empregado entre empresas concorrentes. É nesta chave que o presente artigo se desenvolve, a fim de averiguar os efeitos anticompetitivos que cláusulas de não-concorrência em contratos individuais de trabalho podem trazer para o mercado em que estão inseridos e a redução de bem-estar do trabalhador.

3. Justificativas econômicas para as cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho

Enzo Roppo há muito já se preocupava com a relação entre o contrato-conceito jurídico e o contrato-operação econômica. Para o autor, ainda que não se tratasse de sinônimos, era indispensável reconhecer que o contrato existe em função da operação econômica e que sem ela se torna vazio, sem sentido. Em sua célebre formulação, o contrato seria a vestimenta de uma relação econômica¹⁹. Tem-se, portanto, que os contratos existem para cumprir a função de facilitar a circulação voluntária de riqueza.

Cumprir salientar, entretanto, que os efeitos dos contratos não se cingem somente às partes que celebram o contrato, seja o instrumento bi ou plurilateral. Terceiros podem estar sujeitos aos efeitos de um contrato, ainda que

direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação.” e “Súmula 5 - É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio.” (Publicadas no Diário Oficial da União de 09 de dezembro de 2009).

¹⁹ “Mas se isto é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou veste exterior, e prescindido da qual resultaria vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas, dos interesses que no âmbito das operações econômicas se querem tutelar e prosseguir”. (ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 9).

não estejam a ele vinculados: é isto que a literatura denomina como externalidade – tanto negativa quanto positiva.

Isto também ocorre nos contratos de trabalho. Cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho geram efeitos para além da relação empregado-empregador, na medida em que sua imposição diminui a mobilidade do empregador, afetando a competição nos mercados como um todo²⁰.

De acordo com Eric Posner, as imposições de cláusulas de não-concorrência devem ser avaliadas a partir de um teste de “razoabilidade” (*reasonableness test*): a cláusula somente seria válida (*enforceable*) caso as restrições impostas no emprego não sejam mais onerosas do que aquelas necessárias para proteger o legítimo interesse de negócios do empregador²¹. Tais legítimos interesses podem, então, ser divididos em dois: investimentos em capital humano e investimento em ativos intangíveis.

Sobre o primeiro interesse, Eric Posner, citando Gary Becker, explica que as empresas teriam maiores incentivos para investir em habilidades específicas do que gerais de seus empregados, pois assim tornaria mais difícil a mobilidade de emprego, dada a especificidade do treinamento recebido pelo empregado. Para Becker, seria mais racional que o próprio empregado investisse em seu treinamento de habilidades gerais, aumentando seu potencial de ser contratado por uma variedade maior de empresas²². Todavia, de acordo com Posner, a teorização de Becker não seria condizente com a realidade, pois há exemplos de empregadores que investem em habilidades gerais de seus empregados: escritórios de advocacia, por exemplo, treinam seus estagiários para que possam elaborar petições e participar de audiências, por exemplo. Estas habilidades não são específicas ao local de trabalho dos estagiários, os quais irão levar consigo o treinamento caso mudem de empregador²³. As cláusulas de *non-compete* surgem, então, como uma forma de solucionar a questão relativa aos incentivos para treinamento de habilidades gerais. De acordo com

²⁰ POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*, p. 17.

²¹ POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*, p. 18.

²² POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*, p. 10.

²³ POSNER, Eric. *How Antitrust Failed Workers*, p. 96.

Rubin e Shedd²⁴, a imposição de cláusulas de não-concorrência garante que o investimento feito pelo empregador no empregado não estará à disposição de outra empresa concorrente, simplesmente pelo fato que há uma restrição contratual na possibilidade de mobilidade do empregado.

Sobre a segunda categoria de investimentos, Eric Posner explica que os empregadores possuem duas classes de ativos intangíveis que podem ser facilmente expropriados ou destruído pelos empregados: os segredos industriais e as relações com consumidores²⁵.

Um possível problema surge quando um empregado, que possui conhecimento sobre os segredos industriais, deixa a empresa e é contratado por um concorrente. Nessa situação, a cláusula de não-concorrência protegeria a empresa deste perigo. Outra situação diz respeito à carteira de clientes de uma empresa. É comum que os clientes desenvolvam relações de confiança com a empresa a partir do empregado que a representa, de forma que se o empregado muda de emprego, o cliente também muda de empresa. Isso ocorre porque o empregado se torna mais importante para o cliente do que a própria empresa. Assim, para evitar tais situações, as empresas também podem empregar cláusulas de não-concorrência²⁶.

Tem-se que as cláusulas de não-concorrência são utilizadas, nessas situações, como um mecanismo adicional pelos empregadores para se protegerem da mobilidade dos empregados. De acordo com Posner, isso ocorre devido ao fato de os empregadores entenderem que os custos de transação (ou fricções) naturais da mudança de emprego não seriam suficientes para coibir os incentivos que os empregados teriam para buscar recolocação em outras companhias. Entretanto, Posner também aponta que tais justificativas não são necessariamente verdadeiras. O mercado de trabalho possui, sim, fricções

²⁴ RUBIN, Paul H.; SHEDD, Peter. Human Capital and Covenants Not to Compete. *The Journal of Legal Studies*, vol. 10, n. 1, (Jan., 1981).

²⁵ POSNER, Eric. *How Antitrust Failed Workers*, p. 98.

²⁶ “The historical justification for employee noncompete agreements is that they limit various forms of free riding. In particular, employees might receive costly on-the-job training or knowhow that they could then port uncompensated to a new employer. Alternatively, an employee might learn trade secrets, including such things as customers lists, that could be shared with a new employer to the older employer’s detriment. As a result, the law of employee non-competition agreements has frequently been assessed as a type of a quasi-intellectual property protection”. (MARINESCU, Ioana; HOVENKAMP, Herbert J. Anticompetitive Mergers in Labor Markets. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2019, p. 1055).

suficientes para obstar que trabalhadores mudem de emprego facilmente. Um exemplo de tais fricções é a grande concentração no mercado de trabalho, de forma que se torna difícil mudar de emprego porque não há empregadores suficientes e porque as vagas disponíveis são bastante escassas²⁷.

Assim, há justificativas econômicas razoáveis para imposição de cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho, mas também há dúvidas relevantes quanto à necessidade e efetividade de tais cláusulas. Em mercados altamente concentrados as cláusulas de *non-competes* aparentam não ser necessárias para coibir a mobilidade de emprego, considerando as características do mercado em que os empregados estão inseridos: trabalhadores não conseguem trocar de emprego simplesmente porque não há outros empregadores disponíveis. Além disso, deve-se sublinhar que as cláusulas de não-concorrência privam os trabalhadores de outras possíveis oportunidades de emprego, reduzindo seu poder de barganha e bloqueando sua mudança para posições com melhores salários. Este cenário leva ao entendimento de que a necessidade de imposição de *non-competes* em contratos de trabalho, com o objetivo de proteger os interesses legítimos do empregador, deve também levar em consideração as estruturas do mercado em que a empresa atua, para que não se imponha um ônus excessivo e injustificado ao empregado.

4. As cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho no direito brasileiro

Cláusulas de não-concorrência não são novas para o direito brasileiro, mas raramente são discutidos no âmbito de contratos individuais de trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”), em seu artigo 444, dispõe que as relações contratuais de trabalho são de livre estipulação das partes interessadas, *em tudo que não contravenha as disposições de proteção ao trabalho*. Dessa forma, a investigação sobre a inserção de cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho deve se pautar por tais parâmetros. A

²⁷ “If real-world labor market frictions often prevent employers from switching jobs, then these frictions should also enable employers to invest in general human capital and intangible assets like good will and trade secrets. A noncompete is necessary only to the extent that those frictions fall short. The benefit of a noncompete should thus be understood in marginal terms”. (POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*, p. 14).

primeira constatação a que se chega é que não existe vedação *formal e expressa* para a inserção de tais cláusulas nos contratos individuais de trabalho.

Mais ainda, a CLT parece compreender o racional econômico de cláusulas de não-concorrência em contratos individuais de trabalho. Como visto acima, principal justificativa para tais cláusulas é exatamente a proteção de segredos de empresa e propriedade intelectual. Este racional também é aplicado pelo diploma trabalhista, ao listar como justa causa para a rescisão do contrato de trabalho o “*ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado*” e a “*violação de segredo de empresa*” (artigo 482 da CLT).

O tema também já foi amplamente estudado pela literatura especializada do direito do trabalho. Sergio Pinto Martins define a cláusula de não-concorrência como aquela que “*compreende a obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o empregador*”²⁸.

Assim, procedendo o cotejo do artigo 444 com o artigo 482, tem-se que não há vedação legal para a inclusão de cláusulas de não-concorrência em contratos individuais de trabalhos. Adicionalmente, analisando o todo do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que o artigo 122 do Código Civil dispõe que são lícitas, em geral, todas as condições do negócio jurídico não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Neste cenário, a conclusão é que se admite a inserção de cláusulas de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho.

Entretanto, esta possibilidade não é irrestrita. O Tribunal Superior do Trabalho (“TST”) possui entendimento que reconhece a validade da estipulação de cláusula de não-concorrência, desde que respeitadas algumas condições, tais como a estipulação de limitação territorial, vigência por prazo certo e vantagem que assegure o sustento do empregado durante o período de não-concorrência pactuado²⁹. Além disso, a cláusula de não-concorrência

²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*, p. 130.

²⁹ TST - RR: 10660320145120022, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 30/08/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/09/2017. Veja também: TRT 3ª R.; ROT 0011402-65.2017.5.03.0134; Oitava Turma; Rel. Des. Márcio Ribeiro do Valle; Julg. 14/08/2020; DEJTMG 17/08/2020; TRT 6ª R.; RO 0001457-64.2016.5.06.0018; Quarta Turma; Relª Desª Ana Cláudia Petruccilli de Lima; DOEPE 14/03/2019. Em sentido semelhante, afirma Sergio Pinto Martins: “Será nula a cláusula do contrato de trabalho que determinar a não-concorrência se não atender cumulativamente aos seguintes requisitos: não conter

estabelece obrigações recíprocas tanto para o empregado quanto para o empregador, gerando efeitos para ambas as partes no caso de descumprimento³⁰.

Percebe-se, assim, que a legislação trabalhista não veda a inserção de cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho. Todavia, partindo da premissa de hipossuficiência do empregado e considerando a assimetria de informações entre as partes de um contrato de trabalho, a jurisprudência dos tribunais entende pela necessidade de observância de alguns requisitos que sejam capazes de proteger o trabalhador, prestando uma contrapartida à impossibilidade de se movimentar livremente no mercado de trabalho devido às restrições contratuais.

5. Cláusulas de não-concorrência e sua análise sob o direito antitruste

Eric Posner argumenta que em mercados competitivos os salários deveriam aumentar quando cláusulas de não-concorrência são incluídas nos contratos de trabalho, por uma razão simples: o empregador deve compensar o empregado por impor restrições à sua mobilidade no mercado de trabalho³¹, em proposição muito semelhante àquelas feitas pelas cortes da Justiça do Trabalho, como apontado acima. De forma contra-intuitiva, Posner também demonstra que a pesquisa empírica tem provado ao contrário: salários costumam diminuir em estados norte-americanos que fazem o *enforcement* das cláusulas

indenização pela impossibilidade do exercício da atividade, for estabelecida por tempo excessivo, não for fixada a região e a atividade em que é vedada a concorrência”. (MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*, p. 134).

³⁰ “A cláusula de não concorrência é a obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o empregador, tratando-se, pois, de uma obrigação de natureza moral e de lealdade. Essa pactuação especial no contrato de trabalho, inserta no âmbito da esfera dos interesses privados do empregador e do empregado, deve ser considerada válida, levando-se em consideração a boa-fé e a razoabilidade contratual. A previsão de não concorrência impõe obrigações recíprocas para as partes e deve ser regulamentada a fim de que possa gerar efeitos tanto para o empregador quanto para o empregado no caso de descumprimento”. (TST; AIRR 0011496-87.2013.5.01.0205; Segunda Turma; Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta; DEJT 21/02/2020; Pág. 2673).

³¹ Como visto, a legislação trabalhista brasileira parece ter encontrado uma solução para esta situação, ao exigir a existência de indenização pela impossibilidade de exercício de atividade laboral, sob pena de declaração de invalidade da cláusula de não-concorrência.

de não-concorrência³². Os motivos para isso estão intrinsicamente ligados à concentração e redução da competição nos mercados de trabalho.

Aqui é necessário apresentar o conceito de monopsonio nos mercados de trabalho. Tradicionalmente, o poder de monopsonio se refere à situação quando há apenas um comprador ou consumidor do produto no mercado relevante sob análise, de forma que tal consumidor é capaz de ditar os preços que pretende pagar aos fornecedores, os quais não possuem alternativa a não ser aceitar vender o produto por aquele preço. Algo semelhante acontece nos mercados de trabalho. Hipoteticamente, caso exista somente um empregador disponível em dada região, tal empregador deterá poder de mercado suficiente para oferecer salários abaixo do valor competitivo e mesmo assim possuir demanda para suas vagas de emprego³³. Novamente lançando mão das lições de Eric Posner, tem-se que há três fontes primordiais do poder de monopsonio nos mercados de trabalho: custos de oportunidade para a procura de um novo emprego (*search frictions*), diferenciação de empregos e concentração do mercado de trabalho.

Custos de oportunidade dizem respeito às dificuldades que um trabalhador enfrenta para encontrar um emprego. Procurar um emprego não é algo simples e demanda bastante tempo por parte do trabalhador. Esta situação cria uma vantagem para o atual empregador: por saber dos custos associados à mudança de emprego, o empregador sabe que os incentivos para que seu empregado mude de emprego são pequenos, de forma que o empregador poder diminuir e até mesmo deixar de aumentar o salário do empregado por saber que ele não irá buscar uma posição diferente.

O segundo fator aborda as características distintivas de cada emprego. Está a se falar aqui tanto de conveniências oferecidas aos empregados – desde refeitórios até transporte – quanto também outros fatores além do

³² POSNER, Eric. Antitrust's Labor Market Problem. *ProMarket*. November 8, 2021.

³³ “In a perfectly competitive labor market each worker would receive the marginal value of his or her labor. But the firm with market power in the market where it purchases labor will suppress its purchases, driving the wage down. Compared to a perfectly competitive labor market, monopsony leads to lower employment and lower wages. *Ceteris paribus*, lower employment also entails lower production on the output (product) side. Ultimately, imperfect competition in the labor market has the same kind of depressing effect on production as imperfect competition in the product market”. (MARINESCU, Ioana; HOVENKAMP, Herbert J. Anticompetitive Mergers in Labor Markets. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2019, p. 1038).

salário que os empregados levam em consideração no momento de aceitar uma oferta de emprego, como a localização do local de trabalho. Empregadores possuem incentivos para se diferenciarem de seus competidores, evitando que sua mão de obra se torne *commodity*, podendo ser aplicada em qualquer outra empresa do ramo. Além disso, políticas de fidelização do emprego, a partir da cultura corporativa do local de trabalho, também são instrumentos úteis para manter o empregado³⁴.

Por fim, a concentração do mercado trabalho seja talvez a principal causa de existência do poder de mercado de empresas nas relações de trabalho. Uma única firma maximiza seus lucros ao optar por pagar aos empregados um salário menor que o salário teoricamente competitivo para o mercado. Isso ocorre porque a empresa está ciente que os empregados não podem se demitir e conseguir outro emprego, pois não há empregadores suficientes para suportarem a demanda de força de trabalho. Dessa forma, o emprego deve aceitar o salário reduzido ou enfrentar as dificuldades inerentes à busca de recolocação.

Esta situação se torna ainda mais preocupante quando cláusulas de não-concorrência são utilizadas pelos empregadores, criando obstáculos adicionais para a mobilidade do empregado, o que causa danos não somente ao próprio empregado, mas também ao mercado de trabalho como um todo, pois há um custo social associado às cláusulas de não-concorrência.

Primeiro, o *non-compet* cria um custo adicional para o empregado, na medida em que o obriga a continuar trabalhando para seu empregador atual, em que pese existir uma oferta melhor de outro empregador. Isto fica ainda mais evidente quando se constata que raramente os empregados possuem poder de barganha para pleitear um aumento em seus rendimentos devido à inclusão da cláusula de não-concorrência nos contratos – e, por muitas vezes, nem sabem que estão vinculados a tais cláusulas.

³⁴ “Não necessariamente o empregador precisa agir diretamente sobre o salário para diminuir o poder de barganha do empregado. Ele pode recorrer a práticas que restringem a concorrência, tais como a imposição de exclusividade para com seus funcionários, proibindo-os de trabalhar para outras empresas, ou a criação de mecanismos de exclusividade ou fidelização de fato, tais como recompensas crescentes pelo tempo de serviço – o que por outro lado também pode ser benéfico para o empregado”. (FRADE, Eduardo Frade; MACHADO, Henrique Felix. Antitruste e mercado de trabalho. *Jota*, 24.09.2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrencia-regulacao/antitruste-e-mercado-de-trabalho-24092020>>).

Em pesquisa realizada por Starr, Prescott e Bishara em 2014, esta situação se tornou mais clara a partir de dados empíricos³⁵. Os autores entrevistaram 11.505 trabalhadores com o objetivo de avaliar qual a fração de trabalhadores sujeitos a cláusulas de não-concorrência, como se dava o processo de negociação de tais cláusulas e como elas afetam o mercado de trabalho como um todo. De acordo com os dados da pesquisa, cerca de 38,1% dos entrevistados afirmaram já ter assinado uma cláusula de não-concorrência em algum momento de suas vidas e cerca de 28 milhões de indivíduos estavam vinculados a cláusulas de *non-competes* no período de realização da pesquisa em 2014.

Cláusulas de não-concorrência podem resolver problemas de incentivos, mas também podem ser consideradas como a origem de efeitos anticompetitivos, funcionando como verdadeira restrição concorrencial entre as empresas, causando redução salarial dos empregados e também reduzindo a livre circulação de informações nos mercados³⁶.

Entretanto, em que pese existir evidências claras dos efeitos deletérios causados por *non-competes* nos mercados de trabalho, ainda há muita reticência quanto a procedimentos antitruste que abordem diretamente este tema. Eric Posner, comentando a realidade do *caselaw* norte-americano, relata que as bases de dados não possuem qualquer registro sobre empregados que conseguiram questionar suas cláusulas de não-concorrência nas cortes americanas³⁷.

³⁵ STARR, Evan; PRESCOTT, J. J.; BISHARA, N. Noncompetes in the U.S. Labor Force. *University of Michigan Law & Economics Research Paper*, no. 18-013, 2019.

³⁶ Sobre a utilização de cláusulas de não-concorrência para fins anticompetitivos, Starr, Prescott e Bishara afirmam: “Employers might even deploy noncompetes when they are entirely unenforceable (because they are not relying on actual enforceability to align incentives), hoping instead that the *in terrorem* effects of the contract will hold employees to their (unenforceable) promises. This view also challenges the notion that employees will be adequately compensated for entering into a noncompete: employers may impose a noncompete requirement only *after* an applicant has accepted an employment offer, often on the first day of the job, when the employee’s bargaining power is much diminished”. (STARR, Evan; PRESCOTT, J. J.; BISHARA, N. *Noncompete agreements in the U.S. Labor Force*, p. 2).

³⁷ Recentemente, a Suprema Corte americana abordou o tema do monopólio em mercados de trabalho e os possíveis efeitos anticompetitivos que podem surgir de seu exercício. Sobre o tema, cf. RENZETTI, Bruno. What does *NCAA v. Alston* tell us about antitrust and labor markets? In.: *ProMarket – The Publication of the Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business*, July 09, 2021. Disponível em: <<https://promarket.org/2021/07/09/ncaa-als-ton-scotus-antitrust-labor-monopsony/>>

Para o autor, há alguns motivos específicos para tanto. Primeiramente, argumenta-se que os efeitos das cláusulas de não-concorrência são *de minimis* e eminentemente privados, sem maiores reflexos para a coletividade, de forma que não deveriam ser analisados pelas lentes do direito antitruste. No ambiente brasileiro, tal justificativa muito se assemelha às questões de lide privada, hipótese expressa de afastamento de competência do CADE, de acordo com o art. 134, §2º, do Regimento Interno do CADE.

Posner também aponta que a forma de interpretação das cláusulas de não-concorrência contribui para este cenário. As cortes costumam analisar *non-competes* sob a regra da razão e não empregam a interpretação *per se*. Esta dinâmica cria um grande ônus da prova para autores dos processos antitruste, que possuem dificuldades para provar os danos causados pela cláusula, principalmente quando o autor é um empregado individualmente considerado. O autor argumenta que *non-competes* deveriam ser considerados como infrações por objeto, pois a literatura já foi capaz de demonstrar que cláusulas de não-concorrência causam efeitos anticompetitivos no mercado – por exemplo, redução de salários. Mesmo que não se aceite a análise *per se*, parece ser razoável que as cortes flexibilizam os requisitos para a análise sob a regra da razão, como a necessidade de existência de poder de mercado para tais casos específicos.

6. A posição inicial do CADE sobre o tema: o caso do setor de healthcare

A discussão sobre aplicação do Direito da Concorrência a questões relativas ao mercado de trabalho tomou novos contornos no cenário brasileiro com a instauração do Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61, envolvendo práticas anticompetitivas no mercado brasileiro de trabalhadores empregados na indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para a saúde, conhecidos também como serviços de *healthcare*. A instauração do Processo Administrativo foi lastreada no arrazoado produzido pela CGAA8 e consubstanciado em sua Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE.

O grande mérito da Nota Técnica está em reconhecer que os mercados de trabalho podem, sim, ser objeto de condutas anticompetitivas, tendo como prejudicados os trabalhadores do mercado em questão. Citando muitos dos textos e estudos já apontados neste artigo, a Nota Técnica navega por

temas como acordos de fixação de remuneração, acordos de não-contratação de trabalhadores (*no-poach agreements*), trocas de informações sensíveis, cláusulas de não-concorrência e formas de abuso do poder de monopólio.

A Nota Técnica deixa clara a posição da Superintendência-Geral com relação a alguns destes temas. Primeiro, o documento deixa claro que acordos de fixação de remuneração entre diferentes empregadores (que não se restringem somente aos salários percebidos pelos empregados, mas também outros benefícios oferecidos a eles) devem ser considerados como infrações por objeto³⁸, de forma semelhante a um cartel ou influência à adoção de conduta comercial uniforme³⁹. Da mesma forma, acordos de não-solicitação de empregados são considerados como conduta colusiva, reclamando a aplicação da teoria de infração por objeto também nesta ocasião.

Todavia, ao analisar as particularidades da conduta, a Nota Técnica elenca duas possíveis exceções à ilicitude pelo objeto em *no-poach agreements*: em situações de franquia e nas alienações de empresas, estabelecimentos e fundos de comércio. Com relação à primeira exceção, a Nota Técnica se alinha às conclusões esposadas por Marinescu e Hovenkamp em artigo específico sobre o tema, de forma que não será objeto de comentários neste artigo. Por outro lado, faz-se necessário tecer comentários sobre a forma que a Nota Técnica manejou a segunda exceção apresentada.

Nos parece que a Nota Técnica em comento errou ao elencar que acordos de não-solicitação podem ser permitidos entre contratantes nos casos de alienações de empresas, estabelecimentos e fundos de comércio. Para tanto, utilizou como base legal o art. 1.147 do Código Civil, o qual, como visto na parte inicial deste texto, se refere às cláusulas de não-concorrência entre adquirente e alienante em casos de trespasse de estabelecimento comercial. Não se trata, aqui, de situações de não-contratação, mas sim de não-concorrência. E a própria Nota Técnica assim reconhece, pois, logo após citar o art. 1.147 como exceção à não-contratação, diz que “*as cláusulas de não competição*

³⁸ “66. O tratamento por objeto se justifica porque essas condutas eliminam a concorrência da mesma forma irremediável que os acordos para fixar preços de produtos ou alocar clientes, que tradicionalmente têm sido investigados e processados como infrações de cartéis. Não há, assim, sequer a necessidade de se perquirir os efeitos da conduta, visto a presunção de ilicitude pelo próprio objeto anticompetitivo da prática”. (Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE)

³⁹ Com enquadramento no art. 36, I ou II ou, ainda, no art. 36, §3º, I e II, da Lei nº 12.529/2011.

entre adquirente e alienante são objeto de duradoura preocupação do Cade (...) A prática do Cade nesta situação, portanto, é exigir que as restrições à disputa sejam diretamente relacionados e necessárias à implementação de uma transação”. Em seguida, a Nota Técnica cita precedentes do CADE sobre situação de não-competição para embasar sua opinião sobre acordos de não-contratação.

Ainda que a Nota Técnica traga, em seu tópico II.1.3.2.1., uma seção específica sobre Cláusulas de Não Concorrência, nota-se que houve certo equívoco no manejo dos conceitos de não-contratação e não-concorrência, acarretando também em imprecisões quanto as situações em que seriam aplicadas as exceções do tratamento por objeto para cada uma das situações.

Como visto, a Nota Técnica elencou o art. 1.147 do Código Civil como uma defesa no que se refere à classificação como infração por objeto pela utilização de cláusulas de não-contratação. No entanto, tal posicionamento não parece correto. Em verdade, o referido dispositivo do Código Civil deve ser utilizado como uma exceção para as situações de *não-concorrência*. Salienta-se que a imprecisão do manejo dos termos é corroborada pela citação, na própria Nota Técnica, das Súmulas 4 e 5 do CADE, editadas em 2009, mas que versam somente sobre não-concorrência.

Cláusulas de não-concorrência e cláusulas de não-solicitação são ambas capazes de gerar efeitos anticompetitivos nos mercados de trabalho em que estejam inseridas, mas isto não significa dizer que sejam idênticas. Cada uma das disposições possui particularidades importantes e que devem ser analisadas de maneira detalhada pelas autoridades da concorrência quando se depararem com casos que assim exijam.

7. Conclusão

A discussão que floresce nos Estados Unidos é relevante para o cenário brasileiro, mas não se aventa a possibilidade de um simples transplante jurídico, dada as particularidades do antitruste em cada jurisdição. Cláusulas de não-concorrência não são ilegais no Brasil, seja pela ótica do direito trabalhista ou pelas lentes do direito concorrencial. Relações de trabalho devem ser levadas em consideração tanto no controle de condutas quanto de estruturas. O risco da criação de monopsonios em mercados de trabalho também deve ser

levado em consideração em atos de concentração em mercados específicos. Mercados relevantes considerados como “nichos”, que possuem a atuação de poucas empresas, devem ser objeto de maior atenção pela autoridade da concorrência. Como exemplo, basta verificar que umas das primeiras investigações sobre cláusulas de não-solicitação nos Estados Unidos foi no Vale do Silício entre empresas líderes do segmento de tecnologia⁴⁰.

Além do controle de condutas, maior escrutínio durante o controle de estruturas também se mostra como uma solução possível para melhor identificar preocupações relacionadas aos mercados de trabalho afetados por um ato de concentração. Tem-se aqui potencial para ampliação do formulário de notificação presente na Resolução nº 33/2022, com a adição de requerimentos que digam respeito aos possíveis impactos do ato de concentração nos mercados de trabalho afetados pela operação. Sugere-se que haja a adição de requerimentos específicos no formulário exigindo que as partes envolvidas apresentem estimativas sobre o número de trabalhadores impactados pela operação, bem como possíveis alterações em seus contratos de trabalho decorrentes do ato de concentração.

Espera-se que a maior proeminência de plataformas digitais como intermediadoras de relações de trabalho também reforce a discussão acerca do poder de mercado na “dimensão trabalho”⁴¹. Da mesma forma, atos de concentração do tipo *acquihring* podem também trazer à tona discussões relativas a relações de trabalho e mobilidade de trabalhadores.

Não há mais espaço para se falar entre distanciamento do direito concorrencial e direito do trabalho. As relações de trabalho, consagradas no contrato individual de trabalho, possuem efeitos para além das partes que o celebram. É necessário que a autoridade brasileira da concorrência esteja atenta para estes arranjos, avaliando a existência de cláusulas restritivas de mobilidade do trabalhador em atos de concentração e na avaliação de potenciais condutas anticompetitivas nos diversos mercados de trabalho.

⁴⁰ MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. Why Has Antitrust Failed Workers? *Cornell Law Review*, vol. 105, n. 5, p. 1344.

⁴¹ Sobre o tema, cf. relatório elaborado pelo *Thurman Arnold Project* da Universidade de Yale, abordando exatamente questões relacionadas sobre antitruste e mercados de trabalho no ambiente da *gig economy*. Disponível em: < <https://som.yale.edu/sites/default/files/TeamLabor-Final.pdf> >.

Bibliografia

ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. *Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC*, September 22, 2021. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/public-statements/2021/09/memo-chair-lina-m-khan-commission-staff-commissioners-regarding-vision>>

ESTADOS UNIDOS. White House, *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy>>

FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª ed., rev., ampl. e atual, 2019.

FRADE, Eduardo Frade; MACHADO, Henrique Felix. Antitruste e mercado de trabalho. *Jota*, 24.09.2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrencia-regulacao/antitruste-e-mercado-de-trabalho-24092020>>.

FURQUIM, Paulo de Azevedo. *Contratos: uma perspectiva econômica*, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/322722260>>.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis de. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRAU, Eros; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINESCU, Ioana; HOVENKAMP, Herbert J. Anticompetitive Mergers in Labor Markets. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2019.

MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. Why Has Antitrust Failed Workers? *Cornell Law Review*, vol. 105, n. 5.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

OECD. *Competition Issues in Labor Markets – Note by Brazil*, 2020. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)51/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)51/en/pdf)>

POSNER, Eric. *How Antitrust Failed Workers*. Oxford University Press, 2021.

POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*. 83 *Antitrust Law Journal* 165 (2020).

RENZETTI, Bruno. What does *NCAA v. Alston* tell us about antitrust and labor markets? In.: *ProMarket – The Publication of the Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business*, July 09, 2021. Disponível em: <<https://promarket.org/2021/07/09/ncaa-alston-scotus-antitrust-labor-monopsony/>>

RIVERA, Amanda A. L. M.; DOMINGUES, Juliana O.; SOUZA, Nayara M. S.; O Improvável Encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste. In.: *Revista do IBRAC*, vol. 24, n. 2, 2019.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Ed. Almedina, 2009.

RUBIN, Paul H.; Shedd, Peter. Human Capital and Covenants Not to Compete. *The Journal of Legal Studies*, vol. 10, n. 1, (Jan., 1981).

SILVA, Márcia Luisa da; SILVA NETO, Orlando Celso da. A Cláusula de Não-Concorrência como Elemento Indicativo de Gun-Jumping. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 2, 2017.

STARR, Evan; PRESCOTT, J. J.; BISHARA, Norman. Noncompetes in the U.S. Labor Force. *University of Michigan Law & Economics Research Paper*, no. 18-013, 2019.

WU, Tim. *The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech*. Disponível em: <https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7>>)