

O IMPROVÁVEL ENCONTRO DO DIREITO TRABALHISTA COM O DIREITO ANTITRUSTE

*Amanda Athayde Linhares Martins Rivera
Juliana Oliveira Domingues
Nayara Mendonça Silva e Souza*

Resumo: Direito do trabalho e direito antitruste nunca caminharam juntos, mas questões recentes passaram a destacar a importância da análise interdisciplinar. Este estudo, por meio do método comparativo e exploratório, aponta recentes questões que relacionam o direito do trabalho com o direito antitruste nos EUA, tais como cartéis de fixação salarial (*wage-fixing cartels*), acordos de não contratação de trabalhadores (*no poach agreements*), cláusulas de não concorrência nos contratos de trabalho e trocas de informações sensíveis entre concorrentes sobre termos e condições de trabalho. Ao final, é apresentada uma reflexão do tema dentro do contexto brasileiro.

Abstract: Labor law and antitrust law have never gone together, but recent issues have highlighted the importance of interdisciplinary analysis in situations. This study, through the comparative and exploratory method, points out current concerns regarding labor law and antitrust law in the United States (US), such as wage-fixing cartels, no-poach agreements, non-compete clauses in labor agreements and information exchange between competitors about terms and conditions of work. In conclusion, we carried out a reflection of the theme within the Brazilian context.

Palavras-chave: Direito Antitruste. Direito do Trabalho. Atos de Concentração. Condutas Anticompetitivas. Cartéis de fixação salarial. Acordos de não contratar. Cláusulas de não concorrência.

Key words: Competition Law. Labor Law. Mergers. Anticompetitive Practices. Wage-Fixing Cartels. No-poach agreements. Non-compete clauses.

Introdução

A evolução dos estudos jurídicos e econômicos evidenciam que a distância antes imaginada entre o direito antitruste e o direito trabalhista não existe mais. A interdisciplinaridade denota que estamos diante inter-relações e sobreposições: uma abordagem pode e deve se beneficiar da outra, com o

objetivo de tutelar o trabalhador (STEINBAUM, 2018, p. 6) e, ao mesmo tempo, motivar um ambiente concorrencialmente mais saudável¹.

De modo preliminar, as autoridades antitruste podem enfrentar o mercado laboral pelo menos de três formas bastante distintas: (i) preventivamente, diante de formação de monopsonios, por meio da análise dos atos de concentração, (ii) repressivamente, por meio do controle de condutas anticoncorrenciais consubstanciadas em acordos com concorrentes no mercado de trabalho; e (iii) por meio de instrumentos de *advocacy*, como construção de mecanismos preventivos e de conscientização das empresas e seus funcionários para os efeitos da restrição da concorrência no mercado de trabalho.

Desta forma, este trabalho apresenta o atual debate acerca deste tema do ponto de vista da doutrina e jurisprudência norte-americana, assim como, de modo propositivo, apresenta os desafios e perspectivas para o Brasil. Portanto, é imperioso analisar “se” e “em que medida” questões trabalhistas têm o potencial de se tornarem objeto da análise antitruste no Brasil.

1. Breve histórico da interface entre o direito antitruste e o direito trabalhista nos EUA e no Brasil

A interdisciplinaridade entre o Direito Antitruste e o Direito Trabalhista já está sendo pesquisada e observada em outras jurisdições, tal como no Japão², mas nossa análise será centrada nos EUA, onde se tem observado avanços recentes **(I.1.)**. A seguir, apresentaremos o modo ainda incipiente que o Brasil tem lidado com o tema **(I.2.)**.

¹ Por exemplo, o direito antitruste moderno não comporta a visão de que as empresas devem treinar apenas seu setor de vendas para identificar possíveis práticas anticoncorrenciais. Até mesmo o RH precisa de um suporte jurídico-concorrencial para a tomada de decisões. (TORPEY e FAHEY, 2015, p. 1)

² A autoridade antitruste japonesa vem estudando o tema desde 2015. Ver mais em: Japan Fair Trade Commission. Report of Study Group on Human Resource and Competition Policy Disponível em: <<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2018/February/180215.html>>.

Acesso em 12 de abril de 2018.

1.1. Breve histórico nos EUA

Do ponto de vista histórico, nos EUA, nas décadas de 50 e 60, o encontro do direito trabalhista com o direito antitruste esteve centrado na concentração do poder econômico dentro dos sindicatos (FORDHAM LAW REVIEW, 1962). Na década de 70, passou-se a debater que seus objetivos eram opostos³, sendo que, naquele tempo, já se sustentava a existência de sobreposição entre as regras trabalhistas e as de direito antitruste (ANTOINE, 1976, p. 630). Uma análise interdisciplinar mais específica dessas áreas só começou a ser realizada, então, a partir da década de 90⁴. Em um contexto de abertura comercial, o direito antitruste tendia a ver como secundárias tanto a questão da mobilidade do empregado no mercado de trabalho quanto a possibilidade de colusão entre empregadores para a diminuição dos salários dos empregados ou para a fixação de termos contratuais. Segundo Naidu, Posner e Weyl (2018, p. 25), como as ações antitruste relativas ao mercado de

³ “From the outset, the difficulty in applying the antitrust concept to organized labor has been that the two are intrinsically incompatible. The antitrust laws are designed to promote competition, and unions, avowedly and unabashedly, are designed to limit it. According to classical trade union theory, the objective is the elimination of wage competition among all employees doing the same job in the same industry. [...] the policy against restraint of trade must condemn the very existence of labor organizations, since their minimum aim has always been the suppression of any inclination on the part of working people to offer their services to employers at different prices. Indeed, the initial reaction of the common law was to brand the concerted activities of labor unions, even those we today would term primary strikes, as criminal conspiracies. If labor organizations were to be legitimated despite our usual policies favoring wide-open competition, it would have to be on the basis of other, quite different societal values. By the time the Sherman Antitrust Act was passed in 1890, the courts had come to recognize the existence of those other, collective values, and had generally accepted the legality of peaceful strikes by employees against their employer for such purposes as higher wages and shorter hours.” (ANTOINE, 1976, p. 603-631)

⁴ Encontramos artigo de 1991 que trata das consequências das ações antitruste nos EUA no mercado de trabalho e, por conseguinte, no bem-estar econômico. Veja-se: “The Employment Consequences of the Sherman and Clayton Acts”, William F. Shughart II and Robert D. Tollison. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Vol. 147, No. 1, *The New Institutional Economics New Viewson Antitrust* (Mar. 1991), p. 38-52.

trabalho eram menos frequentes, foi reforçada a premissa dos economistas de que os mercados de trabalho são normalmente competitivos.

Nos últimos anos, a concentração dos empregadores, o uso intenso - e injustificado - de cláusulas de não concorrência, bem como as evidências empíricas de que houve uma estagnação dos salários e uma concentração do mercado de trabalho, funcionaram como mola propulsora da atividade jurídica e regulatória sobre o tema (NAIDU, POSNER e WEYL, 2018, p. 25). Passou a ser denotado que alguns empregadores têm condições de restringir os salários e a mobilidade de seus empregados. Isto se dá pela via contratual (cláusulas de não concorrência), pela concentração de poder de compra de mão-de-obra (poder de monopólio) ou colusiva (por acordos anticompetitivos entre empregadores), em possível prejuízo à concorrência. (NAIDU, POSNER e WEYL, 2018, p. 6-8). É nesse contexto que, em maio de 2016, foi publicado em conjunto pelo *Department of Justice* (“DOJ”) e o Federal Trade Commission (“FTC”) o “*Antitrust Guidance for HR Professionals*” (Guia Antitruste para profissionais de Recursos Humanos, doravante “Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC” (U.S. DOJ; FTC, 2016). No documento, reconhece-se que, na análise antitruste, o direito trabalhista e o mercado de trabalho devem ser analisados como variáveis importantes. Isto porque beneficiam tanto os empregados quanto os consumidores⁵ (U.S. DOJ; FTC, 2016). Ademais, não é preciso que uma prática seja formal para ser investigada (v.g., não há necessidade de estar fixada contratualmente), mas tão somente que seja constatada na prática pelas autoridades antitruste (HOLLAND, 2018, p. 4).

Mais recentemente, autoridades e especialistas demonstraram estar procurando formas de enfrentar melhor o tema diante de diversos casos finalizados nos últimos anos⁶. As investigações têm trazido à tona este debate, como será detalhado adiante.

⁵ Como bem destacado pelo DOJ e pelo FTC, “[...] just as competition among sellers in an open marketplace gives consumers the benefits of lower prices, higher quality products and services, more choices, and greater innovation, competition among employers helps actual and potential employees through higher wages, better benefits, or other terms of employment. Consumers can also gain from competition among employers because a more competitive workforce may create more or better goods and services”. (U.S. DOJ; FTC, 2016)

⁶ Em abril de 2018, foi realizado um painel sobre temas afetos ao direito trabalhista no “Antitrust Spring Meeting” da American Bar Association, que é o

1.2. Breve histórico no Brasil

No Brasil, o encontro do direito trabalhista com o direito antitruste tem pouquíssima discussão⁷. No Direito do Trabalho brasileiro, o princípio de livre associação sindical⁸, presente tanto na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) quanto no artigo 8º da Constituição Federal, é tido como importante para a composição de forças entre trabalhadores e detentores dos meios de produção. Paralelamente, a nossa Constituição Federal também baliza os fundamentos do direito antitruste, uma vez que a livre concorrência

maior evento anual em número de inscritos envolvendo profissionais (autoridades e advogados) do antitruste do mundo todo.

⁷ Entre as discussões, temos: PROL, HADDAD e GRETSCHISCHKIN (2018), com discussão sobre os efeitos da concentração do poder de compra de empresas em relação a trabalhadores, LUCENA FILHO (2016), tratando sobre a função concorrencial do direito do trabalho, e ATHIAS (2016), que avalia o limite da atuação do CADE em questões trabalhistas.

⁸ No Brasil, o direito de associação dos trabalhadores aparece no Decreto 21.761, de 1932. “[o]s sindicatos foram considerados não só órgãos de defesa dos interesses da profissão e dos direitos dos seus associados, mas também entidades de coordenação dos direitos e deveres recíprocos de trabalhadores e empregadores, bem como órgãos de colaboração do Estado”. Com a Constituição de 1988, houve a adoção dos princípios de auto-organização sindical e autonomia da administração dos sindicatos, dando maior liberdade às associações de empregados para atuação conjunta de interesse dos seus representados”. (NASCIMENTO, 2014, p. 107).

e a livre iniciativa são princípios constitucionais (art. 170, IV, Constituição Federal)⁹¹⁰.

A atual Lei de Defesa da Concorrência (LDC) não faz qualquer menção ao mercado de trabalho ou manutenção de nível de emprego na análise de atos de concentração ou na aplicação de remédios antitruste. Entretanto, do ponto de vista do controle de estruturas, a Lei 8.884/94 previa a possibilidade de celebração de Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação

⁹ “Avaliando a Constituição, observa-se que atrelada à liberdade da livre-iniciativa encontra-se uma finalidade social [art. 170, *caput*: “(...) conforme os ditames da justiça social (...)”], o que permite reforçar a assertiva do limite de seu exercício. Com fundamento na faceta social do princípio da livre-iniciativa é que se embasa a elaboração de normas com o escopo de assegurar e preservar a questão de acesso ao mercado: seja por meio de investimento pecuniário ou de oferecimento de força de trabalho. E sobre essa faceta social do mencionado princípio, fundamentam-se atividades de polícia do Estado, voltadas a concretizar outro princípio posto também como edificante da ordem econômica constitucional brasileira. É justamente nesse ponto que se resgata na Constituição o princípio da livre concorrência, diretriz valorativa antagônica e ao mesmo tempo complementar (no esquema de interações e tensões) ao princípio da livre-iniciativa, em diplomas legais como a Lei Antitruste, em uma de suas grandes finalidades.” In. (DOMINGUES e GABAN, 2016, p. 55)

¹⁰ Em adição, “[...] o princípio da livre concorrência limita a expressão absoluta do princípio da livre-iniciativa por parte de um agente econômico ou um grupo de agentes econômicos em busca da aplicação universal da livre-iniciativa, i. e., a todos os agentes de mercado. Cuida-se, destarte, de estritamente favorecer condutas competitivas entre os agentes econômicos, motivo pelo qual está sabiamente insculpido no rol de princípios fundamentais corolários da ordem econômica brasileira, cuja premissa sedimenta-se na livre-iniciativa, revestida de cunho social. A relevância do princípio da livre concorrência é clara, conquanto serve de fundamento maior à LDC (Lei de Defesa da Concorrência).” (DOMINGUES e GABAN, 2016, p. 57)

(APRO)¹¹ e de Termo de Compromisso de Desempenho (TCD)¹² considerando dentro das circunstâncias relevantes “*as alterações no nível de emprego*”¹³. Por exemplo, a empresa AmBev, resultante da fusão entre Antártica e Brahma (Ato de Concentração nº 080012.005846/99-12) precisou submeter à aprovação da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego os seus programas de qualificação e recolocação profissional desenvolvidos e apresentados aos trabalhadores demitidos em razão da reestruturação da empresa. A existência dos programas decorreu da obrigação atrelada ao TCD assinado com o CADE¹⁴.

¹¹ O Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO) era celebrado em operações notificadas sob a égide da Lei 8.884/94, época em que a notificação de atos de concentração era posterior à consumação. Para preservar a eficácia da decisão do CADE, os APROs eram firmados com as requerentes de operações que poderiam resultar em elevadas concentrações, com o fito de preservar a eficácia da decisão do CADE quando o ato de concentração fosse efetivamente julgado. Eram disciplinados pelo art. 139 da Resolução 45/2007, Regimento Interno do CADE. “Art. 139 - Até a decisão que conceder ou negar a Medida Cautelar poderá ser celebrado Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), que será registrado na capa dos autos.

Parágrafo único - O acordo, conforme os arts. 55 e 83 da Lei n. 8.884/94 e os arts. 5º e 6º da Lei n. 7.347/85, estabelecerá as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento”.

¹² Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) era um acordo firmado entre CADE e Requerentes de atos de concentração, nos termos do artigo 58 da Lei 8.884/94. Nesses acordos o CADE determinava medidas que deveriam ser tomadas pelas requerentes após o ato de concentração para que fosse preservada a livre concorrência nos mercados relevantes mais afetados pela operação.

¹³ Em adição, vale recordar que, em 2000, o CADE celebrou com o Ministério do Trabalho e Emprego um acordo de parceria para “avaliação de programas de requalificação e recolocação profissional para trabalhadores cuja perda de emprego esteja relacionada à reestruturação e fusão de empresas” (MARTINEZ, 2012, p. 45).

¹⁴ Cabe mencionar que a definição dos termos do acordo foi negociada entre o então presidente do CADE, Gesner Oliveira, e o então ministro do Trabalho, Francisco Dornelles. Assim, ficou definido que caberia à Secretaria a avaliação dos programas de treinamento e de recolocação dos trabalhadores, isto é, se estes eram eficientes para manter o nível de emprego no setor cervejeiro. O acordo foi necessário diante das condições impostas pelo CADE a operação de aprovação da

Do ponto de vista do controle de condutas, cabe lembrar que as associações e sindicatos são, muitas vezes, foco de atenção da autoridade antitruste. Estudos e dados empíricos indicam que sindicatos e associações são ambientes propícios para trocas de informações concorrencialmente sensíveis entre agentes econômicos (tais como formação de preços, relações com fornecedores etc.) e sistematização de práticas de conluio (SDE; DPDE, 2009, p. 14). Logo, ainda que reconheçamos a independência de ambas as disciplinas e as particularidades de cada uma delas, uma vez que a Constituição Brasileira valoriza, igualmente, a economia de mercado e o trabalho humano, é imperioso analisar em que medida questões trabalhistas têm o potencial de se tornarem objeto da análise antitruste no Brasil.

2. O controle de condutas e as interfaces diretas entre o direito antitruste e o direito trabalhista nos EUA

O Guia Antitruste para Recursos Humanos do DOJ/FTC trouxe à tona na comunidade antitruste a possibilidade de se considerar ilícito concorrencial os acordos entre empregadores (sejam eles competidores, no sentido clássico do antitruste, ou não) que tenham como resultado a redução de custos com salários de empregados. O Guia também sinalizou que o DOJ tem intenção de processar criminalmente aqueles que se envolverem em condutas anticompetitivas relacionadas ao setor de RH, tais como acordos para não contratar e fixação de salários. Até mesmo a troca de informações sensíveis sobre termos e condições de emprego em um mercado com poucos empregadores pode ser considerada ilícito antitruste. As exceções apontadas pelo Guia são relacionadas aos atos de concentração, diante de circunstâncias específicas.

Portanto, nos EUA, acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados (“*Wage Fixing Cartels*”) (II.1.) e acordos para não contratação de empregados (“*No Poach Agreements*”) (II.2.) são

fusão da Brahma com a Antarctica. (FOLHA DE S. PAULO, 2000). A cláusula do TCD não obrigava a AMBEV a “[...] *manter ou readmitir funcionários e nem garantir emprego em outras empresas aos empregados dispensados, mas sim realizar todos os esforços necessários para elevar a probabilidade de que o empregado dispensado obtenha novo emprego*” (CADE, 2007, p. 49). Após quatro anos da aprovação da operação, os dados indicaram um ganho líquido de emprego da empresa diante dos ajustes decorrentes da criação da AMBEV (Id. Ibid.).

considerados ilegais *per se*¹⁵ (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3). Também são objeto de preocupação, pela restrição causada na mobilidade dos empregados, as cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho, sobretudo de empregados que não têm acesso a segredo de negócios (II.3.). Por sua vez, as trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho são analisadas sob a regra da razão (II.4).

2.1. Cartéis de fixação salarial (“Wage Fixing Cartels”)

Os cartéis e fixação salarial, ou “Wage Fixing Cartels”, podem ser entendidos como acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados¹⁶ A fixação de faixa salarial com o concorrente, ainda que não se chegue ao valor salarial exato, pode ser considerada como um ilícito antitruste (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3). Nesse contexto, vale trazer alguns casos, especialmente a partir da década de 90, que reforçam a compreensão das autoridades americanas sobre o tema.

No caso *U.S. v. Debes Corp*, de 1992, o FTC processou administradores de lares de idosos de Rockford, Illinois, que se uniram para impedir que uma empresa de intermediação de trabalho temporário aumentasse o preço dos serviços de seus enfermeiros terceirizados. A união entre esses lares de idosos eliminou a concorrência na compra de serviço de enfermeiros, causando um controle no preço dessa mão-de-obra especializada. A conduta foi iniciada em 1988, quando uma das empresas de terceirização de enfermeiros, Alpha Christian, anunciou um incremento substancial no preço cobrado pela mão-de-obra temporária de enfermeiros. As administradoras de lares de idosos reuniram-se e definiram um boicote aos serviços da Alpha Christian, marcado pelo envio de uma carta à empresa. As administradoras ameaçaram as demais empresas de terceirização a não mais adquirir seus

¹⁵ Ou seja, numa análise *per se* não há necessidade de análise aprofundada pela regra da razão sobre seus efeitos anticompetitivos, pois eles são presumidos. O Guia aponta como exceções à regra *per se* os casos de contratos de colaboração e de joint ventures, desde que o acordo seja necessário para que exista a colaboração interempresarial. Nesses casos, a regra da razão deve ser aplicada. (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3)

¹⁶ Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, “an individual likely is breaking the antitrust laws if he or she agrees with individual(s) at another company about employee salary or other terms of compensation, either at a specific level or within a range”. US/DOJ; FTC, 2016, p. 3.

serviços caso houvesse reajuste de preços, inclusive com a cópia da carta enviada à Alpha Christian. Ao final do processo, foi celebrado acordo judicial com o FTC, sem admissão de responsabilidade, e os lares de idosos se comprometeram a não praticar mais esse tipo de conduta. As partes ficaram proibidas de celebrar qualquer acordo com qualquer serviço de trabalho temporário de enfermeiros por dez anos, e de trocar qualquer informação sobre o uso de serviços de trabalho temporário de enfermeiros com as empresas envolvidas na conduta (FTC, 1992, p. 701-709).

Já o caso *U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources*, de 1994, envolvia a associação comercial de hospitais do estado de Utah, e a associação profissional de diretores de RH dos hospitais deste estado, além dos hospitais membros destas associações, diante de acordo para estabilização da remuneração paga aos enfermeiros. A conduta, ocorrida entre 1984 e 1992, consistia na troca de informações sigilosas sobre orçamento geral dos hospitais, do orçamento dedicado ao pagamento de enfermeiros, e do salário inicial dos enfermeiros recém-formados¹⁷ (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 5). Segundo o DOJ¹⁸, no período da prática, o estado de Utah enfrentava uma diminuição severa do número de enfermeiros, que não foi acompanhada pela valorização do salário dos profissionais da área. O

¹⁷ O salário inicial dos enfermeiros recém-formados baseava todos os salários da carreira de enfermeiro nesses hospitais, que era aumentado proporcionalmente à experiência dos profissionais. O DOJ processou a associação comercial de hospitais do Utah, e a associação profissional de diretores de RH dos hospitais deste estado, além dos hospitais membros destas associações, por acordo para estabilização da remuneração paga aos enfermeiros. A conduta, ocorrida entre 1984 e 1992, consistia na troca de informações sigilosas sobre orçamento geral dos hospitais, do orçamento dedicado para pagamento de enfermeiros, e do salário inicial dos enfermeiros recém-formados. As informações eram trocadas por ligações telefônicas, encontros regulares da associação de diretores de RH, e pelas publicações de pesquisas de salários publicadas pelas associações de hospitais.

¹⁸ “The combination and conspiracy had the following effects, among others: unreasonably restrained wage competition for the purchase of registered-nursing services; deprived registered nurses of the benefits of free and open competition in the purchase of registered-nursing services; stabilized registered-nurse entry wages; resulted in smaller annual increases in the registered-nurse entry wage, as well as the hourly wage paid to registered nurses at all levels of experience, than would have been paid absent the combination and conspiracy; and promoted interdependent wage setting strategies among the hospital defendants”. (DEPARTMENT OF JUSTICE, 1994)

desfecho do caso se deu em outubro de 1994, por meio de acordo no qual os requeridos concordaram em não acordar fixação de remuneração de enfermeiros, atual ou futura, e não trocar com concorrentes informações referentes a essas remunerações (DOJ, 1994).

Em 1995, no caso *U.S. v. Council of Fashion Designers of America*, a FTC coibiu um acordo de preços que visava a diminuição dos valores dos cachês pagos aos modelos em desfiles de moda. Na ocasião, alguns estilistas haviam se unido para produzir dois desfiles ao ano, compartilhando custos e realizando a compra coletiva de serviços. Assim, a FTC questionou a licitude do acordo realizado entre os estilistas para fixar a remuneração dos modelos. Tal questionamento foi motivado por não ter qualquer relação com a organização dos desfiles e, também, porque a contratação de modelos era feita individualmente por estilista, e não por todos em conjunto (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 4). O caso foi encerrado por meio de acordo firmado em junho de 1995, em que o *Council of Fashion Designers of America* se comprometeu a impedir seus membros de fixar os cachês dos modelos e de conscientizar os estilistas de que a fixação de preços é ilegal (FTC, 1995, p. 817-828).

Os casos acima nos ensinam que, nos EUA, os cartéis de fixação salarial, ou “*wage-fixing cartels*” foram fruto de trocas de informações, acordos ou até mesmo negociação conjunta de associações de empregadores, visando a uniformização da remuneração paga aos empregados. Vê-se que as condutas prejudicaram especialmente os trabalhadores temporários, que, em tese, teriam maior mobilidade entre empregadores. Em sua maioria, as condutas prejudicaram também as agências de trabalho temporário que faziam a intermediação entre os profissionais e os empregadores eventuais.

2.2. Acordos de não contratação de trabalhadores (“*No Poach Agreements*”)

“*No Poach Agreements*” podem ser entendidos como acordos para não contratação de empregados de outra empresa concorrente no mesmo mercado relevante na dimensão trabalho, mesmo que estas não sejam concorrentes na dimensão produto¹⁹(U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3).

¹⁹ Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, “é provável que um indivíduo viole as leis antitruste se ele ou ela concordar com indivíduo(s) de outra empresa em negar o assédio ou a contratação de funcionários da outra empresa.

Em 1957, o caso *Union Circulation Company v. FTC* tratou da contratação de vendedores de assinaturas de revistas porta-a-porta, cujo trabalho era intermediado por agências de terceirização. As agências não poderiam contratar os vendedores de revista de seus concorrentes, nem mesmo aqueles que já tivessem trabalhado para concorrentes no último ano (“*no-switching*”). Na oportunidade, decidiu-se que, como a organização representava uma parte substancial do mercado de venda de revistas, o acordo representaria um “congelamento da oferta de trabalho”, com o efeito de desencorajar a mobilidade dos empregados e aumentar o poder de mercado da indústria de venda de revistas, sem qualquer justificativa pró-competitiva (TORPEY e FAHEY, 2015, p. 2).

Os casos interdisciplinares entre direito do trabalho e direito antitruste se tornaram mais emblemáticos recentemente, ao envolverem seis empresas de alta tecnologia (Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Pixar). Os casos, genericamente intitulados “*high-tech employees*”, tratam da investigação iniciada pelo DOJ com relação a cinco acordos bilaterais²⁰ que supostamente impediam as empresas de tecnologia envolvidas de contratar funcionários extremamente qualificados no setor de tecnologia umas das outras (*United States v. Adobe Systems, Inc., et al.*). (U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 2011) Segundo a investigação iniciada em 2010, não havia qualquer justificativa razoável de colaboração entre as empresas sem o conhecimento de seus empregados. (NEIDERMEYER, 2018, p. 3). Nestes casos, não houve alegação de que os produtos ou serviços oferecidos pelas empresas competiam entre si, mas sim que os acordos resultaram em diminuição das oportunidades de carreiras dos profissionais de alta tecnologia e, por conseguinte, impactavam em seus salários de modo não razoável (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 6).

Em 2012, a eBay também foi processada por acordos de “*no-poach*” ou “*no cold-calling*” celebrados com a Intuit²¹(*U.S. v. eBay, Inc.*). No acordo

Tradução livre do original: “*an individual likely is breaking the antitrust laws if he or she agrees with individual(s) at another company to refuse to solicit or hire that other company’s employees*”. (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3)

²⁰ As partes em acordos bilaterais eram Apple e Google, Apple e Adobe, Apple e Pixar, Google e Intel e Google e Intuit.

²¹ A Intuit não foi processada no caso em questão por já ter assinado acordo para cessar a prática de no-poach em 2011 no caso *United States v. Adobe Systems*.

informal realizado entre executivos sêniores, entre 2006 e 2011, as empresas acordavam não recrutar empregados uns dos outros, mesmo se procurados pelos funcionários da concorrente. Esses acordos não eram públicos, nem mesmo para os empregados das duas empresas (U.S. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA, 2014). Após as ações propostas pelo DOJ, várias ações privadas de reparação de danos contra as empresas de tecnologia (Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Lucasfilm) se seguiram, tendo se concluído que os acordos secretos combatidos pelos casos prejudicaram a competição entre empregados qualificados dessas empresas, diminuindo sua mobilidade. Intuit, Lucasfilm e *Pixar* celebraram acordos no valor de 20 milhões de dólares, e as demais empresas fizeram acordo no montante de 415 milhões de dólares para a reparação de danos causados pela conduta praticada (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 6-7).

No ano de 2010, o DOJ abriu nova investigação contra as empresas Lucasfilm e *Pixar* (*United States v. Lucasfilm Ltd.*). As empresas acordaram entre si, sem informar aos seus empregados, que (i) evitariam oferecer empregos a funcionários uma da outra; (ii) informariam eventual oferta de trabalho a um empregado da concorrente e (iii) não tentariam cobrir uma possível contraproposta. Tais acordos foram entendidos como restrições horizontais entre competidores diretos no mercado de trabalho, que deveriam ser considerados ilegais *per se* (U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 2010). O caso foi encerrado em 2011, com um acordo entre o DOJ e Lucasfilm, impedindo-a de celebrar acordos anticompetitivos com consequências no mercado de trabalho (U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 2010).

Em 2017, o DOJ investigou as empresas *Knorr-Bremse* (“Knorr”) e *Westinghouse Air Brake Technologies* (“Wabtec”) pelos acordos de não contratar profissionais do mercado de suprimentos ferroviários. As empresas firmaram acordo com o DOJ, em que não assumiram a ilicitude das condutas, mas concordaram em cessar a prática. Em contrapartida, o DOJ deixou de processar as empresas tanto civil como criminalmente (GLOBAL COMPETITION REVIEW, 2018), o que não impediu o ajuizamento de ação coletiva proposta por empregados das duas empresas. Segundo os termos dessa ação privada de reparação de danos, tais acordos de “*No Poach*” teriam

causado a diminuição da remuneração dos empregados, limitado a mobilidade dos empregados e impedido a inovação (GLOBENEWSWIRE, 2018).²²

Vale destacar que os acordos de *no-poach* também podem estar inseridos no contexto de um contrato de franquia, muito comuns no setor alimentício²³ ou entre as franquias das academias de ginástica²⁴. Considera-se em alguns casos a existência de razoabilidade como ocorreu no caso *Eichorn v. AT&T*, de 2001, em que foi realizado um acordo para não contratar empregados no contexto de um desinvestimento²⁵. O tribunal julgou a cláusula válida, por ser acessória à venda dos negócios e pela razoabilidade do escopo e da duração (profissionais mais qualificados e estratégicos para as empresas, em um período de tempo determinado). (U.S. COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT, 2001). Portanto, é importante que os acordos de não contratar, no contexto de atos de concentração, sejam limitados em duração (da *due diligence* até um período razoável após a consumação do negócio) e no seu escopo, i.e. os profissionais visados (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 12).

Regra geral, os *no-poach agreements* vêm sendo considerados ilegais *per se* nos EUA. Esses acordos podem ser implementados de diversas

²² Este foi o primeiro acordo com o DOJ relativo a *no poach* após a edição do Guia de RH. A opção do DOJ foi de não processar criminalmente as empresas porque os acordos iniciaram e tiveram fim antes da edição do Guia. Acordos que tenham iniciado ou continuado a valer desde outubro de 2016 têm maior chance de serem perseguidos criminalmente (ARTEAGA e STELLA, 2018).

²³ Restaurantes *fast-food* como Carl's Jr. Burguer King, Pizza Hut, Domino's e Mc Donald's têm - ou tinham - cláusulas de *no-poach* em seus contratos com os franqueados. Também entre as franquias das academias de ginástica Curves e Anytime Fitness vigora esse tipo de cláusula contratual. Como exemplo, temos uma ação coletiva proposta por empregados da franquia de hamburguerias Carl's Jr em 2017. Estes empregados questionavam uma cláusula contratual imposta pelo franqueador a seus franqueados impedindo que estes contratem supervisores de outros restaurantes (HELTZER, DUBROW, *et al.*, 2017).

²⁴ Curves e Anytime Fitness vigora esse tipo de cláusula contratual. Segundo estudo recente realizado por Krueger e Ashenfelter (2018, p. 1-4), 58% das maiores empresas franqueadoras dos EUA possuem cláusulas de *no-poach*, que impedem que um franqueado possa contratar funcionários de outra loja da mesma rede.

²⁵ A vendedora acordou com suas antigas subsidiárias que não contratariam profissionais (com salários superiores a 50 mil dólares anuais) umas das outras num período de oito meses após o desinvestimento.

maneiras, tais como: i) não oferta do emprego, ii) monitoramento e repasse de informações sobre ofertas de emprego, iii) não apresentação de contraproposta a ofertas de emprego, e iv) negativa de seleção e recrutamento de um empregado de um concorrente. O DOJ reforçou a interpretação de que não é necessário que as empresas sejam concorrentes entre si no mercado relevante dimensão produto para que pratiquem condutas nocivas à concorrência no mercado de trabalho. Em que pese isso, é possível que tais acordos sejam considerados razoáveis no contexto do controle de concentrações, a depender do seu prazo e do seu escopo de abrangência.

3.3. *Cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho*

Nos EUA, cláusulas de não concorrência²⁶ têm gerado discussões há mais de 600 anos²⁷. Quando presentes nos contratos de trabalho, historicamente eram permitidas, desde que razoáveis em seu escopo e duração. Em agosto de 2016, a Casa Branca emitiu relatório em que apontou cinco principais problemas identificados nas cláusulas de não concorrência²⁸

²⁶ As cláusulas de não concorrência foram introduzidas no Brasil por influência do direito anglo-saxão e têm como objetivo garantir a proteção dos segredos de negócios. A confidencialidade dos contratos de trabalho (sobretudo de grandes executivos, que geralmente são os detentores das informações) e o sigilo dos processos judiciais trabalhistas que envolvem assuntos estratégicos das empresas dificultam a pesquisa empírica. Essa dificuldade não existe somente no Brasil. Para um bom recorte empírico realizado nos EUA, em casos de CEOs, ver BISHARA, Norman D; MARTIN, Kenneth J; THOMAS, Randall S. *An Empirical Analysis of Noncompetition Clauses and Other Restrictive Postemployment Covenants*. *Vanderbilt Law Review*, v. 68, n. 1, p. 1–51, 2015.

²⁷ Em 1414, um tribunal inglês ouviu o caso de John Dyer, um aprendiz cujo dono o impedira de exercer sua profissão por seis meses. “O contrato é contrário à lei comum”, decidiu o juiz, para quem os indivíduos devem ser livres. Cf. *Dyer's case* (1414) 2 Hen. V, fol. 5, pl. 26. Mais sobre o tema, veja-se: (LETWIN, 1965, p. 39-42).

²⁸ Segundo os termos do documento, tais seriam os principais problemas: (i) imposição da cláusula ao empregado em contratos de adesão; (ii) menor poder de barganha dos empregados após aceitar um novo emprego; (iii) falta de compreensão dos empregados de como são executáveis os acordos de não concorrência e as suas implicações; (iv) ausência de contrapartida adicional aos empregados, isto é, ao admitir a cláusula não há nada a não ser a promessa de continuar com seus empregos; (v) imposição de contratos bem mais amplos fixados pelos empregadores, com a confiança de que os tribunais irão “corrigir-

recomendando aos empregadores²⁹ que: (i) fossem banidas as cláusulas de não concorrência para certas categorias de empregados; (ii) melhorassem a transparência; (iii) fornecessem contrapartida para além da manutenção de emprego para trabalhadores que assinem acordos de não concorrência. Em adição, foi incentivado aos empregadores a elaboração de contratos executáveis, desencorajando o uso de cláusulas inexecutáveis com o objetivo de coação do empregado supostamente desinformado da ilegalidade (ERNST, 2018, p. 1).

2.4. Trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho

As trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de emprego são objeto de análise pela regra da razão, diferentemente dos acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados (“*Wage Fixing Cartels*”) e dos acordos para não contratação de empregados (“*No Poach Agreements*”), que, conforme apresentado acima, geralmente são considerados ilegais *per se*. Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, as empresas não devem trocar informações sobre sua política de recrutamento de empregados e/ou salários e outros benefícios praticados (planos de saúde, estacionamento, auxílio-alimentação ou refeição, auxílio-moradia, auxílio-transporte, entre outros). As trocas de informações são consideradas lícitas se preencherem algumas condições, ou seja, quando: (i) forem realizadas por uma terceira parte neutra; (ii) envolverem dados antigos; (iii) houver uma junção das informações para proteção da identidade das fontes; (iv) existir fontes suficientes agregadas para prevenir que competidores possam identificar qual seria a fonte em particular de cada uma das informações; (v) relacionadas a uma *due diligence* prévia a um ato de concentração, com precauções prévias a serem tomadas para evitar compartilhamento de informações³⁰. Por sua vez, as trocas de informações

los” em um possível processo judicial . (WHITE HOUSE, 2016). Ou seja, os aspectos listados acima denotam evidente assimetria de informação entre empregados e empregadores em suas relações contratuais.

²⁹ Office of the Press Secretary, the White House, State Call to Action on Non-Compete Agreements (October 25, 2016).

³⁰ O Guia também faz referência à Seção 6 do Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care, lançado por DOJ e FTC em 1996, que trata das trocas de informações de preço e custo no setor de saúde. Como trocas de informação de mercado saudáveis no âmbito antitruste, o documento aponta pesquisas escritas sobre remuneração ou benefícios de profissionais de saúde

sensíveis sobre termos e condições de emprego são consideradas potencialmente ilícitas se forem periódicas, e especialmente se tiverem o efeito de diminuir o valor dos salários. (U.S. DOJ; FTC, 2016)

Quanto ao item (v), tem-se que o impedimento de compartilhar informações não afeta o direito das empresas de reunir informações sobre empresas-alvo em operações de fusões, aquisições ou incorporações, desde que sejam tomadas as devidas precauções³¹ para o compartilhamento de informações, evitando o *gun jumping*³². Tal compartilhamento é inclusive esperado, uma vez que o comprador precisa ter acesso aos custos com funcionários da empresa-alvo.³³ A troca de informações sensíveis sobre

podem ser trocadas se (i) a informação for tratada por um terceiro (comprador, agência do governo, consultor do setor, instituição acadêmica ou associação de comércio); (ii) a informação fornecida pelos participantes da pesquisa seja baseada em dados anteriores a três meses; (iii) haja no mínimo cinco participantes reportando os dados sobre os quais cada estatística divulgada é baseada, nenhum dado individual provido represente mais de 25% em uma base ponderada dessa estatística, e qualquer informação disseminada seja suficientemente agregada de tal forma que não permitiria que os destinatários identificassem os dados. preços cobrados ou compensação paga por qualquer provedor em particular. (tradução livre). (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION, 1996)

³¹ Em linhas gerais, isso significa a assinatura de acordos de confidencialidade e a limitação das pessoas que têm acesso às informações sensíveis sobre remuneração e benefícios de empregados (“*clean team*”), e a avaliação das informações do “mercado de trabalho a jusante” ou “mercado relevante dimensão trabalho” por advogados antitruste antes de seu compartilhamento³¹. (DEVLIN e JACKSON, 2018, p. 5).

³² “Por *Gun Jumping* entende-se a teoria que se presta a analisar a suposta conduta anticompetitiva praticada em sede de controle de estruturas, decorrente, sobretudo, da troca indevida de informações e/ou da integração prematura entre as empresas em processo de concentração econômica”. (ATHAYDE, 2012, p. 58-59). No Brasil, o CADE publicou um guia que sugere procedimentos para diminuição do risco de consumação prévia de atos de concentração econômica. (CADE, 2015)

prévia de atos de concentração econômica

³³ Como exemplo de combate ao compartilhamento de informações sensíveis nos EUA, tem-se o caso U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources, de 1994 que já exploramos acima (no item II.1), em que além de combinação de

termos e condições de trabalho pode representar uma conduta anticompetitiva no contexto em que é usada por empregadores para diminuir e uniformizar salários de determinada categoria de empregados. Existem exceções a essa proibição, quais sejam (i) um contexto de ato de concentração ou (ii) tratamento específico prévio para retirar da informação o potencial de causar colusão.

3. Perspectivas para o Brasil diante das interfaces diretas entre o direito antitruste e o direito trabalhista

Ainda que questões mais complexas não tenham sido enfrentadas no Brasil, como nos EUA, há alguns processos administrativos nos quais o CADE enfrentou o tema de modo coadjuvante. No Processo Administrativo n. 08012.003021/2005-72, o CADE investigou um suposto cartel em licitações públicas e privadas para contratação de serviços de tecnologia da informação. Um dos acertos entre os concorrentes, membros de um sindicato patronal, era a *“política de ‘respeitar’ o funcionário da empresa concorrente, por meio da não realização de ofertas para trabalho, conduta essa que poderia impor condições artificiais para o mercado de trabalho para as empresas prestadoras de serviços de tecnologia da informação”*. Segundo a Nota Técnica da Superintendência Geral, essa conduta *“imporia condições artificiais para o mercado de trabalho para as empresas prestadoras de serviços de tecnologia da informação,”* sendo que, essas condições artificiais *“[...] teriam por objeto ou efeito, por exemplo, manter os salários de seus empregados mais baixos do que seria verificado em um ambiente de competição efetiva”*³⁴(CADE, 2014). Trata-se de conduta assemelhada à prática de *No Poach Agreements*. Também houve alegação de existência de acordo de não contratar empregados de concorrentes no Processo Administrativo n. 08012.002812/2010-42, que investigou cartel no mercado de distribuição de recarga eletrônica de celulares pré-pagos. Um dos alegados sistemas de operacionalização do cartel foi a redução do mercado de trabalho

salários (wage-fixing), eram trocadas informações sobre orçamento para pessoal e planejamento de futuras remunerações dos enfermeiros.

³⁴ O Processo Administrativo n. 08012.003021/2005-72 teve sua tramitação prejudicada pela impetração de Mandado de Segurança contra o CADE cuja sentença declarou a extinção da pretensão punitiva da Administração Pública. Por esse motivo, houve julgamento do Tribunal do CADE sobre o caso.

dos funcionários das empresas participantes. A prática não foi comprovada, mesmo com Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação³⁵, e nos votos apresentados no caso não houve menção à conduta ao acordo de não contratar funcionários de concorrentes (CADE, 2010).

Sobre trocas de informações concorrencialmente sensíveis há o PA n. 08700.006386/2016-53, envolvendo o mercado independente de peças automotivas de reposição. A conduta envolve o compartilhamento de informações relevantes na configuração de estratégia empresarial, tais como a estrutura comercial; número de representantes e seus salários/benefícios. O processo segue em análise pela Superintendência-Geral. (CADE, 2016)

Por fim, vale mencionar um Inquérito Administrativo em curso no CADE que abordou variáveis de RH que surgiram da denúncia feita pelo Nubank contra os cinco principais bancos do país: Itaú, Bradesco, Santander, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil. Neste caso o Nubank alega que o Itaú teria praticado assédio aos seus funcionários estratégicos da área de tecnologia. A Nota Técnica da SG considerou que o “[...] episódio narrado [...] está inserido em um quadro natural de prospecção de profissionais no mercado de trabalho”, e optou por não continuar investigação relacionada à prática. O caso continua em andamento no CADE, mas sem investigações relacionadas ao capital humano de profissionais de tecnologia das instituições financeiras. (CADE, 2014).

O CADE, num possível caso de acordo entre concorrentes para restrição do mercado de trabalho, poderia enquadrar referida conduta em seu artigo 36, incisos I ou III³⁶. O inciso III, aumento arbitrário de lucros, poderia ser justificado pela diferença existente entre o valor justo que deveria ser pago

³⁵ “Quanto ao suposto acordo de que os participantes do cartel não contratariam ex-funcionários uns dos outros, os indícios não puderam ser comprovados quando da instrução probatória, tendo as testemunhas, ainda, indicado que não havia qualquer restrição para a contratação de empregados que já trabalharam para uma das empresas”. Parecer n. 49/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. Processo Administrativo. n. 08012.002812/2010-42.

³⁶ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: **I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante**” (g.n).

de salário ao empregado de um mercado afetado pela conduta e o valor efetivamente pago, fruto desse arranjo entre concorrentes. Já o enquadramento no inciso I deveria considerar que o mercado em que a livre concorrência afetada é no mercado de trabalho dos profissionais de determinada função. Também é possível que seja vista essa prática como uma conduta comercial concertada nos termos do inciso II do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529³⁷.

Na perspectiva do controle de concentrações econômicas envolvendo o direito trabalhista no Brasil, as análises com base na teoria clássica e guias de análise, tendem a definir os mercados relevantes na

³⁷ Esse tipo de conduta ocorre em entidades de classe ou sindicatos, como se viu no PA n. 08000.011520/1994-40 – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) v. Associação Médica Brasileira (AMB) em Alagoas. “[...] As provas que foram consideradas pelo CADE como suficientes à caracterização da conduta foram: (i) Ofício subscrito pelas Representadas, dirigido aos Diretores das Cooperativas de Trabalho, empresas de Seguro Saúde e Medicinas de Grupo, no qual informam as decisões das deliberações da AGE de 7 de junho de 1994; (ii) Comunicado da Sociedade Alagoana de Radiologia emitido em 23/05/1994 no qual informa deliberação de AGE que determinou a “paralisação de todos os serviços de imagem e radioterapia em Maceió, para os convênios que não acatarem a Tabela da AMB”; e (iii) Ofício assinado pelos presidentes das Representadas, informando que os procedimentos deveriam seguir tabela referencial única e que esta deveria ser confirmada, sob pena de suspensão do atendimento dos conveniados com relação a todos os serviços médicos, inclusive hospitalares. [...] O Plenário do CADE, decidiu por unanimidade [...] pela caracterização da conduta das Representadas como infrativa à ordem econômica, [...] determinou a abstenção, a partir da publicação da decisão, de elaborar e divulgar quaisquer tabelas de preços, ou qualquer outra informação sobre preços dos serviços médicos e hospitalares, entre seus associados, como também de influenciá-los de qualquer outra forma que possa resultar na uniformização de conduta entre os ofertantes destes serviços. (DOMINGUES e GABAN, 2016, p. 512-513). No mesmo sentido: PA n. 08000.010318/1994-73 – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) v. Associação Médica Brasileira (AMB) em Brasília, DF. PA n. 08000.011518/1994-06 – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (CIEFAS) v. AMB em Sergipe. PA n. 08012.002153/2000-72 – Associação dos Médicos de Santos (AMS) v. UNIDAS – União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde (antiga CIEFAS – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde) et al. Cf: DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 523-526.

dimensão produto e geográfico³⁸, mas não costumam verificar a criação de monopólios ou oligopólios no mercado relevante na dimensão trabalho e seus possíveis efeitos adversos.³⁹ Uma variável que não é explorada na análise dos atos de concentração no Brasil é o que chamaremos aqui de “mercado relevante na dimensão trabalho”, i.e. o mercado de empresas que compete por empregados com o mesmo tipo de especialização⁴⁰. Por fim, vale recordar que o CADE considera em seu Guia de *Gun Jumping* a remuneração de funcionários como uma hipótese de troca de informações ilícita entre concorrentes no âmbito de atos de concentração (CADE, 2015, p. 7).

4. Considerações finais

Nos EUA, o desenvolvimento do tema pela doutrina e jurisprudência demonstra que os fatores trabalhistas tendem a ganhar cada vez mais importância na análise concorrencial. No Brasil, entretanto, a quantidade esparsa de decisões pode demonstrar tanto uma política da autoridade de concorrência de não perseguir esse tipo de conduta, quanto, também, a ausência de percepção do teor antitruste do tema. Existe também a hipótese de que os recursos escassos do CADE levem à escolha de um enfoque em condutas que a autarquia considera mais relevantes do ponto de vista do dilema do “cobertor-curto”.

De todo modo, dado o enfoque crescente em acordos de *no-poach*, os empregadores devem considerar a adoção ou implementação de melhores

³⁸ “Na definição do mercado relevante antitruste, limita-se o conjunto de empresas que geram forças competitivas frente a aumentos de preços pelas empresas em foco, ou seja, aquelas que participaram de um ato de concentração ou processo administrativo. Este mercado relevante apresenta dimensões de produto e espaço.” (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CADE - DEE, 2010, p. 3)

³⁹ Da mesma maneira, são muito mais comuns as condutas anticompetitivas e os atos de concentração analisados tenham como foco principal o bem-estar social ligado aos efeitos ao consumidor, sobretudo verificando a variação dos preços dos produtos, do que a salários de empregados ou a sua possibilidade de mudança de empregador.

⁴⁰ As autoridades dos EUA já perceberam a existência desses “*upstream labor markets*” (mercados de trabalho a montante), que se opõem à tradicional análise dos “*downstream good markets*” (mercados relevantes de produtos a jusante) (DEVLIN e JACKSON, 2018, p. 5).

práticas. Estas também podem vir a ser sistematizadas em um guia a ser elaborado pelo CADE⁴¹ no futuro.

Seja qual for a decisão de enfrentamento de condutas relacionadas ao direito do trabalho pelo CADE, é fato que em mercados em que o trabalho pode ser visto como um insumo preponderante - pela necessidade de extrema qualificação de profissionais e investimento na capacidade intelectual dos empregados - troca de informações de variáveis relacionadas a Recursos Humanos entre empresas, mesmo que não concorrentes, deve ser analisada com cautela tanto em atos de concentração quanto em processos administrativos. Nesse contexto, também as cláusulas de não concorrência devem ser analisadas levando em conta seu potencial restritivo de mobilidade no mercado relevante na dimensão trabalho.

Referências bibliográficas

ABRAMS, R. Why Aren't Paychecks Growing? A Burger-Joint Clause Offers a Clue, N.Y. Times. **N.Y. Times**, 27 setembro 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/09/27/business/pay-growth-fast-food-hiring.html>>. Acesso em: 26 julho 2018.

ANTOINE, T. J. S. Connell: Antitrust Law at the Expense of Labor Law. **Virginia Law Review**, n. 62, p. 603-631, 1976.

ARTEAGA, J.; STELLA, R. DOJ Brings First 'No-Poach' Prosecution Since Issuing Antitrust Guidance for HR Professionals. **Site do New York Law Journal**, 2018. Acesso em: 17 abril 2018.

⁴¹ Dentre as melhores práticas: I) os empregadores devem informar e treinar todos os funcionários com responsabilidades no RH para compreender os fundamentos da lei antitruste; II) Os funcionários não devem entrar em acordos escritos ou verbais sobre remuneração (ou outros termos relacionado ao emprego), ou sobre recrutamento de funcionários, com profissionais de empresas concorrentes; III) ao compartilhar informações confidenciais de funcionários, quando há uma transação que resulte em Ato de Concentração, as empresas devem considerar o uso de um terceiro (agente neutro) para gerenciar a troca de dados, anonimizar os dados (apresentando-os por posição ou de forma agregada) e limitar o acesso a tais dados ou informações; IV) as empresas devem garantir que as disposições de não-concorrência nos documentos da transação sejam adaptadas ao negócio e razoáveis em duração e escopo.

ATHAYDE, A. Gun Jumping, Controle prévio de estruturas e o CADE. , **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 22, p. 57-79, 2012.

ATHIAS, D. T. Qual o limite da atuação do Cade em questões trabalhistas? **Site JOTA**, 11 janeiro 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/qual-o-limite-da-atuacao-do-cade-em-questoes-trabalhistas-11012016>>. Acesso em: 17 setembro 2018.

CADE. GUIA PRÁTICO DO CADE - A defesa da concorrência no Brasil. **Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**, 2007. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 19 setembro 2018.

CADE. Processo administrativo nº 08012.002812/2010-42. **Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**, 2010. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIIdOEcWJwPucpbCJDecPgML1Ce73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajbuMD5RPkEZci4Rew50iOazXM MhKIVjARby3J2sEOJFm>. Acesso em: 17 setembro 2018.

CADE. NOTA TÉCNICA Nº 12/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE - Inquérito Administrativo n. 08700.03187/2017-74. **Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**, 2014. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yM0Ur3G5YApuDmwdqA-gN0OY7RHVE2BI-MZFRoy-gMkMaWhujSckPRxIhW51S8R6NMH3IKdduvXuSIMmBFEWcCii>. Acesso em: 12 julho 2018.

CADE. NOTA TÉCNICA Nº 54/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE - Processo Administrativo nº 08012.003021/2005-72. **Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**, 2 dezembro 2014. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_YHqWHQYNjh0iiZJ689xJjMLueYh1lkjKxavPBT84d4aWROFUW8w6wcLrIZF-qh-aTZcu9QhJkoERIt1Ihm0D>. Acesso em: 17 setembro 2018.

CADE. Guia para Análise da Consumação Prévia dos Atos de Concentração Econômica. **Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**, maio 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a>

informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf>. Acesso em: 16 setembro 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1615/2011. **Site da Câmara dos Deputados**, 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509413>>. Acesso em: 16 setembro 2018.

D.O.J. U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, et al. (Final Judgement Nunc Pro Tunc). **Site do U.S. Department of Justice**, 27 outubro 1994. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case-document/final-judgment-nunc-pro-tunc>>. Acesso em: setembro 17 2018.

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CADE - DEE. Documento de Trabalho No. 001/10 - Delimitação de Mercado Relevante. **Site do CADE**, novembro 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf>. Acesso em: 17 setembro 2018.

DEPARTMENT OF JUSTICE. U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, et al. (Complaint). **Site do U.S. Department of Justice**, 14 março 1994. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-236>>. Acesso em: 17 setembro 2018.

DEVLIN, A.; JACKSON, K. R. **Employee compensation and due diligence: is there new cause for concern?** ABA Antitrust Spring Meeting. Washington, D.C.: [s.n.]. 2018.

DOJ. U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, et al. (Final Judgement Nunc Pro Tunc). **Site do U.S. Department of Justice**, 27 outubro 1994. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case-document/final-judgment-nunc-pro-tunc>>. Acesso em: 17 setembro 2018.

DOJ. United States and the State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation. **Site do Department of Justice**, 12 setembro 2007. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case/us-and-state-arizona-v-arizona-hospital-and-healthcare-association-and-azhha-service-corp>>. Acesso em: 17 setembro 2018.

DOMINGUES, J. O.; GABAN, E. M. **Direito Antitruste**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ERNST, D. **Employee Non-Competes – State Law Developments**. ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting. Washington, D.C.: [s.n.]. 2018.

FOLHA DE S. PAULO. Demitido da AmBev terá requalificação - Empresa fará acordo com o Cade. **Site da Folha de S. Paulo**, 07 abril 2000. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0704200012.htm>>. Acesso em: 19 setembro 2018.

FORDHAM LAW REVIEW. The Antitrust Laws and Labor. **Fordham Law Review**, 30, n. 4, 1962. 759-775. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1731&context=flr>>.

FTC. U.S. v. Debes Corporation et al. (Consent Order). **Site da Federal Trade Commission**, 4 agosto 1992. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commission_decision_volumes/volume-115/ftc_volume_decision_115_january_-_december_1992pages_670-773.pdf>. Acesso em: 17 setembro 2018.

FTC. U.S. v. The Council of Fashion Designers of America et al. (Consent Order). **Site da Federal Trade Commission**, 17 outubro 1995. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commission_decision_volumes/volume-120/ftc_volume_decision_120_july_-_december_1995pages_814_-_892.pdf>. Acesso em: 17 setembro 2018.

GLOBAL COMPETITION REVIEW, 2018. Disponível em: <<https://globalcompetitionreview.com/article/1167447/us-doj-settles-anti-poaching-claim-against-wabtec-and-knorr>>. Acesso em: 17 abril 2018.

GLOBENEWSWIRE, 2018. Disponível em: <<https://globenewswire.com/news-release/2018/04/16/1472241/0/en/Knorr-and-WABTEC-Employees-File-Antitrust-Lawsuit-to-Recover-Damages-Stemming-From-Employers-No-Poach-Conspiracy.html>>. Acesso em: 17 abril 2018.

HELTZER, G. E. et al. THE LATEST: Employee “No-Poaching” Agreements Remain in the Antitrust Crosshairs. **Antitrust Alert**, 16 fevereiro 2017. Disponível em: <<https://www.antitrustalert.com/2017/02/articles/uncategorized/the-latest-employee-no-poaching-agreements-remain-in-the-antitrust-crosshairs/>>. Acesso em: 28 dezembro 2017.

HELTZER, G. E.; DUBROW, B. J.; STRIMEL, M. Antitrust Alert, 2018. Disponível em: <<https://www.antitrustalert.com/2017/02/articles/uncategorized/the-latest-employee-no-poaching-agreements-remain-in-the-antitrust-crosshairs/>>. Acesso em: 1º agosto 2018.

HOLLAND, C. **Department of Justice / Federal Trade Commission Antitrust Guidance for Human Resource Professionals: Overview + Key Takeaways**. ABA Antitrust Law Spring Meeting. Washington, D.C., EUA: [s.n.]. 2018.

KRUEGER, A. B.; ASHENFELTER, O. Theory and Evidence on Employer Collusion in the Franchise Sector. **National Bureau of Economic Research**, julho 2018. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w24831.pdf>>. Acesso em: 16 setembro 2018.

LETWIN, W. **Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act**. Chicago: University of Chicago, 1965. 39-42 p.

LINDSAY, M.; STILSON, J.; BERNHARD, R. Employers Beware: The DOJ and FTC Confirm that Naked Wage-Fixing and “No-Poaching” Agreements Are Per Se Antitrust Violations. **The Antitrust Source**, dezembro 2016.

LUCENA FILHO, H. L. D. **Competitividade Empresarial, Custos Trabalhistas e Mercados: Possibilidades e limites de reconhecimento da função concorrencial do direito do trabalho**. João Pessoa: Tese de Doutorado apresentada à Universidade Federal da Paraíba, 2016.

MARTINEZ, A. P. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. **Site do Levy & Salomão Advogados**, 2012. Disponível em: <http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20120614164409_historico-e-desafios-do-controle-de-concentracoes-economicas.pdf>. Acesso em: 18 setembro 2018.

NAIDU, S.; POSNER, E. A.; WEYL, E. G. Antitrust Remedies for Labor Market Power. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, 23 fevereiro 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3129221>>. Acesso em: 3 junho 2018.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho**. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, A. M.; NASCIMENTO, S. M. **Curso de Direito do Trabalho**. 29^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEIDERMEYER, J. The 2016 "Antitrust Guidance for Human Resource Professionals" - An In-House Perspective. ABA Antitrust Spring Meeting. Washington, D.C.: [s.n.]. 2018.

OLIVEIRA, G. **Concorrência no Brasil e no mundo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PROL, F. M.; HADDAD, F.; GRETSCHISCHKIN, F. Concorrência e trabalho: uma nova aproximação. **Site JOTA**, 27 junho 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-vinicius/concorrenca-e-trabalho-uma-nova-aproximacao-27062018>>. Acesso em: 5 julho 2018.

REVISTA EXAME, 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/primeiro-lugar/nubank-entra-com-processo-contr-a-os-grandes-bancos-no-cade/>>. Acesso em: 30 maio 2018.

SCHMIDT, M. C. Non-Compete Agreements: Potential Pitfalls under Both Employment and Antitrust Law, v. 43, n. 1, Summer 2017.

SDE; DPDE. Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações. **Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**, 2009. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_sindicatos.pdf/view>. Acesso em: 17 setembro 2018.

STEINBAUM, M. A Missing Link: the role of Antitrust Law in rectifying employer power in our high-profit, low-wage economy. [S.l.]. 2018.

TORPEY, S. P.; FAHEY, R. D. Human Resources: The Next Antitrust Frontier? **Antitrust & Trade Regulation Report**, 10 setembro 2015.

U.S. COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT. Eichorn v. AT&T. **Law Resource**, 12 junho 2001. Disponível em: <<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/248/248.F3d.131.99-5791.html>>. Acesso em: 16 setembro 2018.

U.S. COURT OF APPEALS SECOND CIRCUIT. Union Circulation Company v. The Federal Trade Commission. **Site Leagle**, 18 fevereiro 1957. Disponível em: <<https://www.leagle.com/decision/1957893241f2d6521738>>. Acesso em: 1 setembro 2018.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care. **Site do U.S. Department of Justice**, 1996. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policy-health-care#CONTNUM_49>. Acesso em: 26 julho 2018.

U.S. DISTRICT COURT EASTERN DISTRICT OF MISSOURI. Haines v. VeriMed Health-care Network LLC. **Site do U.S. Government Publishing Office**, 24 março 2009. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-moed-4_08-cv-00791/pdf/USCOURTS-moed-4_08-cv-00791-0.pdf>. Acesso em: 1 setembro 2018.

U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA. U.S. v. Lucasfilm Ltd. **Site do U.S. Department of Justice**, 21 dezembro 2010. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-lucasfilm-ltd>>. Acesso em: 18 setembro 2018.

U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA. United States v. Adobe Systems, Inc., et al. **Site do U.S. Department of Justice**, 17 março 2011. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-adobe-systems-inc-et-al>>. Acesso em: 18 setembro 2018.

U.S. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. United States v. eBay, Inc. **Site do U.S. Department of Justice**, 2 setembro 2014. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-ebay-inc>>. Acesso em: 18 setembro 2018.

U.S. DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. In re High-Tech Employee Antitrust Litigation. **High-Tech Employee Antitrust Settlement**, 2 setembro 2015. Disponível em: <<http://www.hightechemployeelawsuit.com/case-documents.aspx>>. Acesso em: 18 setembro 2018.

U.S. DOJ; FTC. Antitrust Guidance for HR Professionals. **Site do U.S. Department of Justice**, Washington, D.C., 2016. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>>. Acesso em: 20 junho 2018.

WHITE HOUSE. Non-Compete Agreements: Analysis of the Usage, Potential Issues, and State Responses, 2016. Disponível em:

<https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/non-competes_report_final2.pdf>. Acesso em: 1 agosto 2018.