

Direito Concorrencial e Contencioso

Catarina Lobo Cordão | Júlia Piccoli Silva

Acordos de não-aliamento de trabalhadores e suas implicações antitruste

RESUMO

Desde 2016, os acordos de não-aliamento tem sido tratados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos como possíveis infrações à legislação antitruste. No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) ainda não julgou nenhum caso que envolvesse diretamente esse tipo de acordo, mas a Superintendência-Geral da autoridade já se posicionou de maneira a reconhecer que tais práticas podem ser prejudiciais ao mercado de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE

“No-poach” agreements, acordos de não-aliamento de trabalhadores, US Department of Justice, profissionais de recursos humanos.

Os acordos de não-aliamento de trabalhadores (em inglês, “no-poach” agreements), são acordos celebrados entre empresas que concorrem pelo mesmo mercado de trabalho com o objetivo de não competirem por funcionários. Além da previsão expressa de não disputarem mão de obra, esses acordos podem estipular outras formas de não-concorrência, tal como a previsão de “quarentena” caso um funcionário deixe uma das empresas.

As principais justificativas utilizadas para a celebração de acordos de “no-poach” são: (i) a proteção dos investimentos feitos pelas empresas nos seus funcionários, razão pela qual alguns contratos de trabalho preveem obrigações de restituição de valores relativos a treinamentos¹; e (ii) uma possível troca de informações comercial e concorrencialmente sensíveis entre empresas, levadas pelo funcionário migrante. Essa possível exportação de segredos comerciais é a principal preocupação das empresas que celebram acordos de não-aliamento visando impedir a migração de funcionários altamente qualificados para a concorrência. Em 2010, por exemplo, o Departamento de Justiça dos EUA moveu ações contra *big techs* do

1 Tratam-se dos “trainings repayment contracts”, que são legalmente aceitos em países como o Reino Unido. Para mais detalhes vide: <<https://www.nottinghamshire.gov.uk/media/1529037/learningagreement.pdf>>.

Vale do Silício² – como Apple, Google e Adobe – que haviam acordado limitar propostas de trabalho para os empregados umas das outras.

Mesmo que não expressamente delimitada na legislação infraconstitucional brasileira, a proteção do mercado de trabalho pode ser considerada como competência das autoridades concorrenciais com base em preceitos constitucionais. Para tanto, poderia ser utilizado, como dispositivo normativo, o art. 36, incisos I, III e IV, da Lei no 12.529/2011³, a partir da equiparação qualitativa do mercado de trabalho aos mercados de bens e serviços.

Em termos concorrenciais, esses acordos podem resultar em elevação de barreiras à entrada e elevação de custos de rivais, em relação aos empregadores; e redução do bem-estar do consumidor, referente aos empregados, a partir da estagnação dos salários e das oportunidades de trabalho. Quando praticado entre empresas que atuam no mesmo setor econômico, podem ser equiparados a uma prática de cartel; já quando praticados entre empresas que estão em diferentes níveis de uma mesma cadeia de valor, isto é, empresas que possuem uma relação vertical, tais acordos podem significar uma restrição vertical propriamente dita, com impacto de fechamento de mercado.

Estes acordos são pouco discutidos no Brasil, mas vêm ganhando destaque internacional, sobretudo após investigações criminais recentemente instauradas nos Estados Unidos⁴; e a publicação do “*Antitrust Guidance for Human Resource Professionals*”⁵ pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) e a *Federal Trade Commission* (FTC) em 2016, guia com orientações para profissionais de recursos humanos sobre como a legislação concorrencial se aplica à contratação e remuneração de funcionários em empresas.

Um dos principais pontos do Guia foi a afirmação de que tais tipos de acordo seriam considerados ilícitos per se caso não possuíssem “justificativas legítimas” para existirem. A caracterização de acordos de “no-poach” como ilícitos per se significaria que as autoridades norte-americanas consideram a conduta intrinsecamente danosa ao mercado, de modo que sua legalidade não seria apurada com base nas justificativas econômicas e no efeito concorrencial líquido sobre o mercado, mas sim pela mera existência do acordo.

No âmbito das ações que foram instauradas para investigar a prática, o DoJ recomendou diferentes padrões de análise antitruste, com base nos fatos alegados em cada ação. Nos casos que ficaram reconhecidos em conjunto como “redes de *fast-food*”⁶, a autoridade emitiu um “*Statement of Interest*” em que afirmou que acordos verticais de “no-poach”, isto é, celebrados entre empresas em diferentes elos de uma mesma cadeia

² From Silicon Valley to the Burger Joint: The Evolving Landscape of Vertical “No-Poach” Cases. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ff02e118-ae9-4613-9935-902163025ad1>

³ “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; (...)
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...)”

⁴ Em dezembro de 2020, o DoJ obteve sua primeira acusação criminal envolvendo um acordo de fixação de salários celebrado entre empresas de recrutamento de fisioterapeutas (Case 4:20-cr-00358-ALM-KPJ – USA v. Neeraj Jindal). Em janeiro de 2021, o DoJ obteve uma segunda acusação criminal, desta vez envolvendo um acordo de “no-poach” entre operadoras de centros de atendimento médico ambulatorial (Case 3:21-cr-00011-L – USA v. Surgical Care Affiliates, LLC e SCAI Holdings, LLC).

⁵ Disponível em: < <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>>. Acesso em: 08.03.2021.

⁶ Case 2:18-cv-00244-SAB, Joseph Stigar v. Dough Dough, Inc. et al; (ii) Case 2:18-cv-00246-SAB, Richmond v. Bergery Pullman et. al.; e (iii) Case 2:18-cv-00247-SAB, Ashlie Harris v. CJ STAR, LLC et. al.

de valor, devem sempre ser alisados pela regra da razão, em que é feita uma análise das eficiências de cada acordo. Isso significa que acordos de não-aliciamento e de fixação de salários firmados entre empresas que possuem uma relação horizontal entre si, são equiparados a divisão de mercado e analisados como ilícitos per se, independentemente de alegações quanto às eficiências geradas.

Apesar da escassez de casos envolvendo acordos de não-

aliciamento no Brasil, a Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa

Econômica – Cade já manifestou sua intenção de investigar a prática. No âmbito de processo envolvendo um cartel em licitações (Processo Administrativo n. 08012.003021/2005-72), constatou-se que as empresas participantes do suposto conluio haviam firmado pacto de “não-agressão” em relação aos seus funcionários, com proibição de realizarem ofertas de trabalho aos empregados umas das outras. À ocasião, a SG afirmou que esse tipo de conduta causaria condições artificiais para o mercado de trabalho, de modo a manter os salários mais baixos.

Ainda que seja um assunto incipiente no Brasil, as empresas devem se atentar para o fato que a celebração de acordos de não-aliciamento de funcionários e de fixação de salários e benefícios podem implicar responsabilização concorrencial. É recomendável investir em programas de compliance abrangendo também funcionários de recursos humanos, que estão diretamente envolvidos nas negociações.

