



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**CLARICE MARIA OLIVEIRA PAIVA**

**ELEMENTOS VERTICAIS DOS ACORDOS DE *NO-POACH*:**  
**uma Análise da Discussão sobre os Tipos de Acordos de Não Contratação**  
**Horizontais e Verticais no Direito da Concorrência norte-americano e brasileiro**

**BRASÍLIA – DF**

**2023**

**CLARICE MARIA OLIVEIRA PAIVA**

**ELEMENTOS VERTICAIS DOS ACORDOS DE *NO-POACH*:**

uma Análise da Discussão sobre os Tipos de Acordos de Não Contratação Horizontais e Verticais no Direito da Concorrência norte-americano e brasileiro

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dr<sup>a</sup>. Amanda Athayde

**BRASÍLIA – DF**

**2023**

## FICHA CATALOGRÁFICA

Paiva, Clarice Maria Oliveira

ELEMENTOS VERTICAIS DOS ACORDOS DE NO-POACH: uma Análise da Discussão sobre os Tipos de Acordos de Não Contratação Horizontais e Verticais no Direito da Concorrência norte-americano e brasileiro / Clarice Maria Oliveira Paiva; orientadora Amanda Athayde. -- Brasília, 2023.

120 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2023.

1. Direito da Concorrência. 2. Mercado de Trabalho. 3. Acordos de No-Poach. 4. Acordos de Não Contratação. 5. Restrição Vertical. I. Athayde, Amanda, orient. II. Título.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

PAIVA, Clarice Maria Oliveira. 2023. Elementos Verticais dos Acordos de No-Poach: uma Análise da Discussão sobre os Tipos de Acordos de Não Contratação Horizontais e Verticais no Direito da Concorrência norte-americano e brasileiro. Monografia, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF.

**CLARICE MARIA OLIVEIRA PAIVA**

**ELEMENTOS VERTICAIS DOS ACORDOS DE *NO-POACH*:**

uma Análise da Discussão sobre os Tipos de Acordos de Não Contratação Horizontais e Verticais no Direito da Concorrência norte-americano e brasileiro

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dr<sup>a</sup>. Amanda Athayde

**Brasília, 04 de dezembro de 2023**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Professora Doutora Amanda Athayde Linhares Martins Rivera**

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo

Professora Orientadora

---

**Professora Mestre Mônica Tiemy Fujimoto**

Universidade de Brasília

---

**Professora Mestre Fernanda Lopes Martins**

Universidade de São Paulo

Às minhas avós Marias (*in memoriam*) pelo exemplo de  
mulheres que foram e que faz parte de quem sou hoje,  
eu dedico esse trabalho a vocês.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, à minha família, que me deu (e ainda dá) vida e força para ser quem eu sou. À minha mãe, por ser pura fé, por ter me ensinado que a determinação vem de dentro. Ao meu pai, pela inspiração desde pequena para entrar na UnB, eu nunca vou esquecer dos nossos estudos na BCE na época do vestibular. Vocês dois são meus pilares e meus maiores exemplos, sou extremamente agradecida por ter pais como vocês.

À Bia, por ser a minha primeira e maior companheira. Eu aprendo com você todos os dias, com esse seu jeitinho de levar a vida com leveza. Só tenho a agradecer por ter tido a sua companhia todos esses anos, a vida seria muito mais sem graça sem você. Ao meu avô, por ser um eterno sonhador. É uma honra poder te conhecer melhor agora depois de adulta. À minha tia Fabinha, por ser meu grande exemplo profissional no Direito, que me apresentou com muito carinho esse mundo.

Agradeço também à comunidade acadêmica da Universidade de Brasília, em especial à minha orientadora Prof<sup>a</sup> Amanda Athayde pelas sugestões e desafios feitos para a conclusão deste TCC. Além disso, um agradecimento às professoras Mônica Fujimoto e Fernanda Martins que gentilmente aceitaram o convite para participar da banca e fizeram considerações muito relevantes para o presente trabalho.

Essa trajetória não teria sido a mesma sem os grandes amigos que fiz no caminho, aos quais agradeço profundamente pelos momentos que passamos juntos. À Angelica, pela parceria de todas as horas e todas as situações, é uma honra ter entrado na UnB com você e ter vivenciado nosso crescimento durante esses anos, que a nossa formatura seja só mais uma das muitas conquistas que ainda virão. Ao Bernardo, que sempre partilhou dos mesmos interesses na faculdade e me instigou a ser uma pessoa melhor acadêmica e profissionalmente, agradeço especialmente pelos comentários feitos a esse TCC, a sua ajuda foi essencial. À Sophia, que protagonizou histórias inesquecíveis ao meu lado, a nossa amizade é a mesma em qualquer lugar do mundo. À Lelê e à Luiza pelo complô todos esses anos, à Sayuri pela companhia nas madrugadas na BCE, e aos amigos Clara, Richer, Mateus, Paulo, Isma, Helena, Rafa e Yan, vocês foram muito importantes nessa graduação! Por fim, ao Luís, por ter sido meu porto seguro nessa reta final de conclusão de curso.

Não poderia deixar de agradecer à Universidade de Brasília, que sempre foi meu sonho e conseguiu ser muito mais que um dia eu imaginei. Por você e com você, atravessei oceanos, vivi experiências indescritíveis e desafiadoras que refletiram no meu crescimento pessoal, acadêmico e profissional. Obrigada por tudo que me proporcionou nos últimos anos!

## RESUMO

Ao longo do desenvolvimento das investigações e estudos sobre a relação entre direito da concorrência e mercado de trabalho, os acordos de não solicitação e não contratação (*no-poaching agreements*) apresentam desafios quanto à distinção entre horizontal e vertical no direito da concorrência. Os acordos de *no-poach* são acordos entre empregadores concorrentes no mercado dimensão trabalho para não abordar ou contratar funcionários uns dos outros. Esses acordos são considerados possíveis infrações anticompetitivas independentemente de os agentes econômicos serem concorrentes no mercado dimensão produto/serviço. Em geral, esses acordos para restringir a mobilidade de trabalhadores são acordos horizontais e são equiparados a cartéis de divisão de mercado, de modo que recebem um tratamento mais duro por meio da regra *per se*. No entanto, considerando que configuram infrações anticompetitivas independentemente de haver relação de concorrência no mercado dimensão produto/serviço, é possível que os acordos de *no-poach* estejam previstos no âmbito de relações verticais entre os agentes econômicos no mercado a jusante. Assim, na presença desses elementos verticais, eficiências pró-competitivas poderiam ser suscitadas para justificar a restrição à mobilidade de trabalhadores, ocasião em que ensejariam uma análise pela regra da razão para comprovar a existência de efeitos anticompetitivos líquidos no mercado. Em adição, também há dúvidas atualmente sobre a existência de acordos de *no-poach* puramente verticais.

Assim, o trabalho visa analisar os tipos de acordos de *no-poach*, com o objetivo de identificar quais são as características que diferenciam acordos horizontais como restrições puras à concorrência (*naked restrictions*) de acordos horizontais acessórios a um acordo principal (*ancillary restrictions*) quando o elemento vertical está presente, bem como analisar as possíveis hipóteses de ocorrência de acordos de não contratação puramente verticais. Para isso, o presente trabalho busca analisar a bibliografia sobre o assunto e decisões estadunidenses em que houve discussão sobre a distinção entre horizontal e vertical quando os acordos de *no-poach* apresentam elementos verticais em sua composição, fazendo um recorte para decisões que se debruçaram sobre os acordos previstos no âmbito das redes de franquia, de empresas de terceirização e de lojas de departamento de luxo. Além disso, faz-se um breve ensaio em que medida essa discussão já foi suscitada no Brasil pelo CADE. A partir dos pontos levantados nos Estados Unidos para identificar os tipos de acordos de *no-poach*, é possível que outras jurisdições possam obter diretrizes para analisar acordos de *no-poach* com elementos verticais.

**Palavras-chave:** Direito da Concorrência. Mercado de Trabalho. Acordos de No-Poach. Acordos de Não Contratação. Acordos de Não Solicitação. Restrição Vertical. Elementos Horizontais e Verticais.

## ABSTRACT

Throughout the development of investigations and studies on the relationship between competition law and the labor market, no-poaching agreements pose challenges regarding the 'horizontal-vertical distinction' in competition law. No-poaching agreements are agreements between competing employers in the labor market not to solicit or hire each other's employees. These agreements are violations to the competition law regardless of whether the parties are competitors in the product or service market. Generally, these agreements to restrict workers mobility are horizontal agreements and are seen as market allocation cartels, receiving a stricter treatment through the per se rule. However, considering that they are illicit regardless there is competition between the parties in the product/service market, it is possible that no-poaching agreements are provided in vertical agreements between the parties in the downstream market. Thus, in the presence of these vertical elements, pro-competitive efficiencies could be invoked to justify the restriction on worker mobility, prompting an analysis under the rule of reason to demonstrate the existence of adverse effects on competition market-wide. Additionally, there are currently controversy about the existence of vertical no-poaching agreements.

Therefore, this work aims to analyze the different types of no-poaching agreements, in order to identify the characteristics that differentiate horizontal agreements as naked restrictions from horizontal agreements that are ancillary restrictions to a legitimate business collaboration when there is a vertical element in the relation between the parties, as well as to examine the possible existence of vertical no-poaching agreements. To reach the results of this research, the purpose is to analyze the literature on the theme and decisions on the United States that have discussed the aspects of no-poaching agreements with both vertical and horizontal elements, with a focus on decisions related to agreements within franchise system, staffing agencies, and luxury department stores. Furthermore, a brief discussion is conducted to identify the extent to which this issue has been raised in Brazil by CADE (Administrative Council for Economic Defense). Based on the points raised in the United States to identify the different types of no-poaching agreements, other jurisdictions may gain insights when facing no-poaching agreements with both horizontal and vertical elements.

**Keywords:** Antitrust Law. Labor Markets. No-poaching Agreements. Vertical Restriction. Horizontal and Vertical Elements.



## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Oferta e Demanda no Mercado de Trabalho

Figura 2 – Acordo de não contratação entre concorrentes no mercado de trabalho

Figura 3 – Acordos de não contratação com elementos horizontais e verticais

Figura 4 – Acordos de não contratação verticais

Figura 5 – Acordos de não contratação verticais com efeitos horizontais

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Tipos de *No-Poaching Agreements* nos julgados dos Estados Unidos

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AdC – Autoridade da Concorrência

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

DOJ – United States Department of Justice

FTC – Federal Trade Commission

HKCC – Hong Kong Competition Commission

IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

INDECOPI – Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

JFTC – Japan Fair Trade Commission

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ProCADE – Procuradoria Federal Especializada do CADE

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	12
2. ACORDOS DE NÃO CONTRATAÇÃO ( <i>NO-POACH AGREEMENTS</i> ) SOB A ÓTICA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA .....	20
2.1. Evolução Histórica dos Acordos de Não Contratação .....	22
2.2. Conceito de Acordos de Não Contratação no Direito da Concorrência .....	26
2.3. Potenciais Efeitos dos Acordos de Não Contratação à Concorrência .....	34
2.3.1. Breves considerações sobre metodologia de análise: análise pelo objeto ou pelos efeitos .....	34
2.3.2. Possíveis efeitos nocivos à concorrência .....	37
2.3.3. Possíveis efeitos pró-competitivos .....	39
2.4. Acordos de Não Contratação como Objeto do Direito da Concorrência no Brasil	39
3. TIPOS DE ACORDO DE NÃO CONTRATAÇÃO COM ELEMENTOS VERTICAIS .....	44
3.1. Acordos de não contratação com elementos horizontais e verticais .....	46
3.2. Acordos de não contratação horizontais .....	52
3.2.1. Acordos de não contratação horizontais como restrições puras à concorrência ( <i>naked no-poach agreements</i> ) .....	53
3.2.2. Acordos de não contratação horizontais como restrições acessórias à concorrência ( <i>ancillary restraints</i> ) .....	55
3.3. Acordos de não contratação verticais .....	57
3.3.1. Acordos de não contratação verticais com efeitos horizontais .....	58
4. A DISCUSSÃO SOBRE ACORDOS DE NÃO CONTRATAÇÃO COM ELEMENTOS VERTICAIS: UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA NO ÂMBITO DE REDES DE FRANQUIA, DE EMPRESAS DE TERCEIRIZAÇÃO E DE LOJAS DE DEPARTAMENTO, E DA BREVE DISCUSSÃO SOBRE O ASSUNTO NO BRASIL .....	61
4.1. Acordos de Não Contratação em Redes de Franquia .....	63
4.1.1. Perspectivas e debates na doutrina sobre os elementos verticais no âmbito das redes de franquia .....	65
4.1.2. Panorama dos casos de acordos de não contratação com elementos verticais nas redes de franquia .....	70
4.1.2.1. <i>Deslandes v. McDonald's</i> .....	72

<b>4.1.2.2. . <i>Butler v. Jimmy John's</i></b>	<b>79</b>
<b>4.2. Acordos de não contratação no âmbito de empresas de terceirização de mão de obra</b>	<b>81</b>
<b>4.2.1. <i>Aya Healthcare v. AMN Healthcare</i></b> .....	<b>82</b>
<b>4.2.2. <i>State of Illinois v. Elite Staffing</i></b> .....	<b>87</b>
<b>4.2.3. Crítica sobre os julgados no âmbito dos acordos de não contratação entre empresas de terceirização</b> .....	<b>90</b>
<b>4.3. Acordos de não contratação da Loja de Departamento de Luxo Saks Fifth Avenue</b>	<b>92</b>
<b>4.3.1. Análise do caso pela District Court</b> .....	<b>94</b>
<b>4.3.2. Apelação para a Court of Appeals</b> .....	<b>95</b>
<b>4.4. Breves considerações do CADE sobre acordos de não contratação com elementos verticais</b> .....	<b>98</b>
<b>4.5. Conclusão</b> .....	<b>104</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>109</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>112</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Os acordos de *no-poach*<sup>1</sup> consistem em acordos entre empregadores concorrentes no mercado de trabalho com o objetivo de não abordar, solicitar, aliciar, recrutar ou contratar funcionários uns dos outros. No âmbito do direito da concorrência, os acordos de *no-poach* são equiparados a acordos de divisão e alocação do mercado de trabalho<sup>2</sup>, mercado no qual os empregadores atuam como compradores dos serviços dos trabalhadores<sup>3</sup>. Portanto, a concorrência se dá na aquisição de serviços de trabalhadores. Esses acordos anticompetitivos entre empregadores são considerados ilícitos independentemente de serem agentes econômicos concorrentes no mercado do produto/serviço<sup>4</sup>.

De início, cumpre esclarecer que esses acordos entre empregadores para restringir a mobilidade de indivíduos no mercado de trabalho (*no-poaching agreements*) podem ocorrer de duas maneiras, entre outras variações que serão abordadas ao longo do trabalho. Os *no-poaching agreements* podem ser (i) acordos entre empregadores para não contatar, abordar, aliciar, solicitar ativamente funcionários do outro, sendo denominados de **acordos de não solicitação** ou **acordos de não aliciamento**<sup>5</sup>; ou, ainda mais restritivos, (ii) acordos entre empregadores para não recrutar, contratar, empregar funcionários do outro, sendo denominados de **acordos de não contratação**. Tendo em vista que não há tradução ampla no português que abarque ambas as modalidades, **o presente trabalho irá utilizar o termo “acordo de não**

---

<sup>1</sup> Os acordos de não contratação podem ter nomes diversos e se apresentar de diferentes formas, tal como “pactos de não agressão”, “acordo de cavalheiros”, “acordos de não solicitação”, “acordos de não aliciamento”, “acordo de não recrutamento”, “*no hire*”, “*no solicit*”, “*no cold-calling*”, entre outras variações.

<sup>2</sup> ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Competition Policy for Labour Markets – Note by Herbert Hovenkamp. OCDE, Paris, 17 set. 2020. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)67/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)67/en/pdf). Acesso em: 12 de setembro de 2023.

<sup>3</sup> POSNER, Eric. *How Antitrust Failed Workers*. Oxford University Press. Edição do Kindle, p. 2.

<sup>4</sup> ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SOUZA, Nayara. O improvável encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste. *Revista do IBRAC*, vol. 24, n. 2, p. 65-93, 2018.

<sup>5</sup> Os acordos de não solicitação (*non-solicitation provisions*) e não aliciamento são entendidos como sinônimos em diversos momentos (MARTINS, Fernanda Lopes. *Os mercados de trabalho e o Direito Antitruste brasileiro: acordos de não contratação e troca de informações sensíveis*. São Paulo: Editora Dialética, 2022, p. 139). No entanto, no Brasil há algumas especificidades com relação ao termo “aliciamento” na legislação (como no Código Civil e no Código Penal), motivo pelo qual serão tratados como “acordos de não solicitação” nos Estados Unidos para evitar confusões nos conceitos.

<sup>6</sup> Por sua vez, os acordos de não solicitação e não aliciamento apresentam suas segmentações próprias. Eles podem ser acordos para não solicitar/aliciar clientes, fornecedores ou trabalhadores. Os acordos para não solicitar/aliciar trabalhadores, por sua vez, podem ser firmados entre empregadores independentes ou no âmbito de relações trabalhistas, em que o empregador impõe ao ex-empregado a obrigação de não solicitar/aliciar colegas de trabalho para trabalhar em empresa concorrente ou em empresa própria criada pelo antigo empregado. Em vista disso, esclarece-se que a referência a acordos de não solicitação e não aliciamento será com relação a acordos firmados entre empregadores independentes para não solicitar/aliciar trabalhadores do outro.

**contratação” para definir os acordos de *no-poach* de forma geral, especificando e diferenciando as modalidades conforme o caso.**

Recentemente, os acordos de não contratação e outras condutas anticompetitivas que assolam o mercado de trabalho passaram a receber maior atenção das autoridades antitruste ao redor do mundo, sobretudo porque têm o potencial de afetar a concorrência no mercado de trabalho, podendo estagnar salários e benefícios, bem como limitar a mobilidade de empregados.

Tradicionalmente, o direito da concorrência estava direcionado à análise da concentração no mercado do produto/serviço, enquanto os efeitos da concentração no mercado de trabalho não recebiam muita atenção das agências antitruste (POSNER, 2021, p. 3). A análise do poder de mercado se relacionava à capacidade de agentes econômicos alterarem as condições de mercado, seja unilateralmente, seja pela coordenação entre empresas<sup>78</sup>.

Para a análise da interseção entre concorrência e mercado de trabalho, reforça-se que o poder de mercado se manifesta nos dois lados da transação, de modo que pode ser exercido tanto pelo lado da oferta quanto pelo lado demanda (MUNHOZ, GUIMARÃES, COUTO, 2022, p. 115). Nesse sentido, Martins recorda que, ao se referir ao mercado de trabalho, fala-se em poder de compra (MARTINS, 2022, p. 128). Dessa forma, quando o poder de mercado é exercido no lado da demanda, trata-se da manifestação do poder de monopsonio (MUNHOZ, GUIMARÃES, COUTO, 2022, p. 115).

Conforme explica Posner, empregadores são compradores de serviços de trabalhadores que atuam dentro de um mercado de trabalho, no lado da demanda (POSNER, 2021, p. 2). Dessa forma, os trabalhadores figuram como os fornecedores/ofertantes de determinado serviço, enquanto os empregadores são os demandantes de tal serviço, conforme se ilustra abaixo:

### **Figura 1 – Oferta e Demanda no Mercado de Trabalho**

---

<sup>7</sup> BRASIL. SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICA. Introdução ao Direito da Concorrência. Brasília, SEAE, 2014. Disponível em: [https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrencia/4-seae\\_introducao\\_direito\\_concorrencia.pdf](https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrencia/4-seae_introducao_direito_concorrencia.pdf). Acesso em 14 de setembro de 2023.

<sup>8</sup> MUNHOZ, João Ricardo Oliveira; GUIMARÃES, Olavo Severo; COUTO, Victor Cavalcanti. Os Fundamentos do Antitruste para Mercados de Trabalho. Revista do IBRAC, n. 1, 2022, pp. 110-132.



Fonte: INDECOPI

O mercado de trabalho pode ser definido como um grupo de empregos (por exemplo, programadores de computação, advogados, entre outros), dentro de uma região geográfica, em que os detentores dos empregos (empregados) podem trocar entre os empregos existentes (POSNER, 2021, p. 2). Isto é, há a noção de empregos substituíveis entre si.

Como justificativa para a ausência da análise do poder de monopólio no mercado de trabalho em décadas passadas, algumas hipóteses são levantadas. Havia uma falsa crença de que os mercados de trabalho eram suficientemente competitivos e economistas pensavam que não havia poder de monopólio gerado através da concentração e de práticas colusivas (POSNER, 2021, p. 23). Ainda, havia poucas evidências do exercício de poder de mercado no mercado de trabalho (POSNER, 2021, p. 36). Assim, a defesa da concorrência no mercado de trabalho foi ficando à margem da análise antitruste.

No entanto, há pouco mais de uma década os mercados de trabalho ganharam maior atenção jurídica e regulatória após o surgimento de estudos e investigações paradigmáticas nos Estados Unidos sobre a relação entre o direito da concorrência e o mercado de trabalho, em que se verificou por meio de evidências empíricas que os mercados de trabalho eram, pelo contrário, bastante concentrados e que, desde a década de 1970, ocorreu uma estagnação dos salários dos trabalhadores<sup>9</sup>.

Em síntese, o que os estudos mostram é que empregadores possuem condições de restringir os salários e a mobilidade de seus empregados (ATHAYDE, DOMINGUES, SOUZA, 2019, p. 68). Isto pode ocorrer tanto pela via contratual (cláusulas de não

---

<sup>9</sup> NAIDU, S.; POSNER, E. A.; WEYL, E. G. Antitrust Remedies for Labor Market Power. Harvard Law Review, Cambridge, MA, 23 fevereiro 2018. Disponível em: Antitrust Remedies for Labor Market Power by Suresh Naidu, Eric A. Posner, E. Glen Weyl :: SSRN. Acesso em: 14 de setembro de 2023.

concorrência), pela concentração de poder de compra de serviços de trabalhadores (poder de monopólio) ou pela prática colusiva (por meio de acordos anticompetitivos entre empregadores), em possível prejuízo à concorrência (NAIDU, POSNER e WEYL, 2018, pp. 6-8; ATHAYDE, DOMINGUES, SOUZA, 2019, p. 68).

Essa análise teve início com a descoberta de acordos entre as grandes empresas de tecnologia, dentre elas o Google e a Apple, para não abordar, recrutar e contratar empregados umas das outras. Eram acordos bilaterais entre as empresas, em que se estima ter afetado a mobilidade de cerca de 64 mil empregados (MARTINS, 2022, p. 15). Como resultado das investigações e persecução judicial, as empresas firmaram acordos com o Departamento de Justiça estadunidense (DOJ).

Esses casos iniciais foram importantes para dar maior destaque às condutas anticompetitivas que assolam o mercado de trabalho. Diversas jurisdições ao redor do globo editaram guias de orientação com o objetivo de alertar para a ilicitude de práticas que tem o condão de causar prejuízos à concorrência no mercado de trabalho, em especial condutas relacionadas à remuneração e à mobilidade de empregados. Exemplos de países que elaboraram documentos informativos são Canadá, EUA, Hong Kong, Japão, Peru, Portugal, entre outros.

Nesse sentido, destacam-se quatro tipos de condutas que tem o potencial de gerar efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho, sendo elas: (i) acordos de fixação de remuneração (salários e benefícios) (*wage fixing agreements*); (ii) acordos de não contratação (*no-poach agreements*), objeto do presente estudo; (iii) troca de informações concorrencialmente sensíveis; e, por fim, na via contratual, (iv) cláusulas de não concorrência (*non-compete clauses*) nos contratos de trabalho, entre empregado e empregador.

No direito concorrencial brasileiro, a análise antitruste dos mercados de trabalho pode ocorrer ao menos de três maneiras, conforme relatado pela delegação do Brasil à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) na ocasião do evento “Competition Issues in Labour Markets”, realizado em junho de 2019. Similarmente aos mercados do produto, a análise dos mercados de trabalho pode se dar (i) preventivamente, impedindo a constituição de monopólios por meio da concentração; (ii) repressivamente, pelo controle de condutas anticompetitivas, como cartéis de fixação salarial; e (iii) por meio da advocacia da concorrência, com a criação de mecanismos de prevenção e conscientização sobre os efeitos da restrição da concorrência em mercados de trabalho<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Competition Issues in Labour Markets – Note by Brazil. OCDE, Paris, 05 de junho de 2019. Disponível em:

Em vista desse contexto da relação entre mercado de trabalho e direito da concorrência, considerando as formas diversas que o poder de monopólio pode se manifestar, o presente estudo faz um recorte para analisar especificamente aspectos relacionados à análise de acordos de não contratação de trabalhadores.

Os acordos de não contratação concernem à atuação repressiva do CADE, com o objetivo de coibir e reprimir a ocorrência de tal prática colusiva no lado da demanda dos mercados de trabalho.

Entretanto, com o desenvolvimento das investigações sobre esses acordos, os tipos de acordos de não contratação de trabalhadores passaram a gerar dúvidas em determinadas situações. Tendo em vista que a distinção entre horizontal e vertical é importante na medida em que ajuda a identificar os efeitos à concorrência causados pelo acordo<sup>1112</sup>, determinados acordos de não contratação que apresentam elementos verticais e horizontais incitam dúvidas sobre a possível existência de efeitos pró-competitivos associados<sup>13</sup>. A depender dos efeitos gerados, pode haver diferentes regras de tratamento e análise da conduta anticompetitiva pela autoridade antitruste. Explica-se.

Enquanto os acordos de não contratação são considerados horizontais porque os empregadores são concorrentes no mercado de trabalho mesmo que não sejam concorrentes no mercado do produto/serviço, eles podem, ao mesmo tempo, estar inseridos no âmbito de uma relação comercial vertical entre os empregadores no mercado do produto/serviço. Em adição, haveria também a discussão sobre a existência de acordos de não contratação verticais, firmados entre agentes que não concorrem na dimensão trabalho.

Exemplos de situações em que há a presença de elementos verticais e horizontais são as obrigações de não contratação em contratos de redes de franquia; empresas de terceirização de mão de obra; e lojas de departamento de luxo.

Em vista desse problema, o presente trabalho procura analisar quais são as diferenças entre uma restrição horizontal pura de não contratação (*naked no-poach agreement*) de uma restrição acessória (*ancillary restraint*) quando o elemento vertical entre as partes do acordo se encontra presente, bem como analisar se é possível que o acordo de não contratação seja um

---

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)51/en/pdf#:~:text=In%20Brazil%2C%20the%20antitrust%20analysis,the%20creation%20of%20preventive%20and](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)51/en/pdf#:~:text=In%20Brazil%2C%20the%20antitrust%20analysis,the%20creation%20of%20preventive%20and) Acesso em: 14 de setembro de 2023.

<sup>11</sup> Edgar, Molly. "The DOJ's Role in the Franchise No-Poach Problem." *Hastings Law Journal*, vol. 72, no. 5, May 2021, pp. 1573-1604. HeinOnline.

<sup>12</sup> Iadevaia, Michael. "Poach-No-More: Antitrust Considerations of Intra-Franchise No-Poach Agreements." *ABA Journal of Labor and Employment Law*, vol. 35, no. 1, 2020, pp. 151-182. HeinOnline.

<sup>13</sup> TRIPPLET, Amanda. No More No-Poach: An Antitrust Plaintiff's Guide. *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*. Vol. 6, Issue 1, pp. 381-459, 2019, pp. 393-394.



acordo vertical. A partir desse estudo, busca-se delimitar quais têm sido os critérios utilizados para caracterizar e diferenciar os tipos de acordos de não contratação no mercado de trabalho. Como as pesquisas sobre os acordos de não contratação no Brasil ainda são incipientes, o presente trabalho pode fornecer um panorama sobre em que medida essa discussão seria aplicável ao Brasil.

Considerando que os acordos de não contratação no âmbito das redes de franquia, das empresas de terceirização de mão de obra e das lojas de departamento de luxo foram setores apresentam elementos verticais e horizontais, eles têm gerado discussão sobre a definição do tipo de acordo e da regra de análise em decisões estadunidenses. Em função disso, o presente trabalho visa analisar algumas decisões nesses três setores a fim de identificar as características que têm sido consideradas para delimitar os acordos de não contratação como acordos horizontais que são restrições puras à concorrência ou restrições acessórias, ou, ainda, como acordos verticais.

Dessa forma, a primeira seção deste trabalho visa explicar o que são os acordos de não contratação, quais são os possíveis efeitos à concorrência, bem como as considerações realizadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com relação à ilicitude dos acordos de não contratação.

Na segunda seção, o presente trabalho busca delimitar os tipos de acordos de não contratação. Tendo em vista que as infrações anticompetitivas no mercado de trabalho se configuram mesmo que não haja relação de concorrência entre os participantes do acordo no mercado dimensão produto/serviço, é possível que os acordos estejam previstos no âmbito de relações verticais independentes. Dessa forma, é necessário distinguir o que seriam acordos de não contratação horizontais, verificando quais elementos tornam os acordos como restrições puras à concorrência ou restrições acessórias a um acordo principal, e em que medida é possível haver acordos de não contratação verticais no mercado dimensão trabalho.

Em seguida, faz-se uma análise da discussão sobre os elementos verticais de acordos de não contratação nos Estados Unidos, onde a discussão tem sido suscitada no âmbito das redes de franquia, empresas de terceirização de mão de obra, bem como de lojas de departamento de luxo. Para delimitar esses três setores, o trabalho se embasou no artigo “*No-poach agreements: an overview of EU and national case law*”, o qual menciona a existência de decisões conflitantes com relação aos tipos de acordos de não contratação e, conseqüentemente, decisões conflitantes acerca do tratamento e regra de análise dessas condutas. Isto é, se seriam analisadas como um ilícito *per se* ou se seriam analisadas pela regra da razão.

No mesmo capítulo, o presente trabalho também procura analisar em que medida essa discussão já foi preliminarmente suscitada no Brasil, a despeito da ausência de condenações no controle de condutas e pronunciamentos oficiais feitos pelo CADE.

A presente pesquisa se mostra relevante porque, considerando a discussão recente nos Estados Unidos, é possível que casos similares reverberem em outras jurisdições, sobretudo ao se considerar que, desde a instauração da primeira investigação no mercado de trabalho em 2010, diversas agências antitruste já se movimentaram para analisar os efeitos da concorrência no mercado de trabalho. Com efeito, o Brasil inclusive já se pronunciou acerca da possível elaboração de um guia de orientação (OCDE, 2019, p. 2), bem como já houve a instauração de um processo administrativo associado ao tema do mercado de trabalho, a exemplo da investigação de departamentos de recursos humanos (RHs) no caso MedTech pelo CADE.

Dessa forma, a análise dos critérios atualmente considerados pelas cortes estadunidenses para classificar o tipo e os efeitos à concorrência de acordos de não contratação quando apresentam elementos verticais, pode servir como um indicativo para outras autoridades da concorrência, como é o caso do CADE. Além disso, pode auxiliar os agentes econômicos a tomar decisões acertadas no que diz respeito à pactuação de cláusulas que restringem a mobilidade dos trabalhadores e que têm o potencial de afetar a remuneração, contribuindo para a redução ou estagnação de salários.

O problema de investigação do presente trabalho está alinhado inclusive com os objetivos futuros de estudo do direito concorrencial no Brasil, conforme externado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) na edição comemorativa da revista em homenagem ao aniversário de dez anos da vigência da Lei 12.529/2011. Na ocasião, o IBRAC citou a discussão sobre não aliciamento de talentos como um dos novos temas de interseção com a pauta concorrencial que trazem desafios quanto ao tratamento e aplicação do direito concorrencial<sup>14</sup>.

Assim, o presente trabalho visa analisar como a discussão sobre elementos verticais de acordos de não contratação entre empregadores tem sido analisada nos Estados Unidos e verificar em que medida essa discussão já foi preliminarmente suscitada no Brasil.

Para alcançar os objetivos almejados com a presente pesquisa, a metodologia utilizada foi do tipo qualitativa, por meio da revisão bibliográfica da literatura existente sobre o tema

---

<sup>14</sup> 10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. São Paulo: IBRAC, 2022, p. 9. Disponível em: [https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/10\\_Anos\\_da\\_Lei\\_de\\_Defesa\\_da\\_Concorr%C3%AAncia.pdf?utm\\_source=Manesco,+Ramires,+Perez,+Azevedo+Marques+Sociedade+de+Advogados&utm\\_campaign=f8d5a192fa-EMAIL\\_CAMPAIGN\\_4\\_29\\_2020\\_14\\_45\\_COPY\\_01&utm\\_medium=em](https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/10_Anos_da_Lei_de_Defesa_da_Concorr%C3%AAncia.pdf?utm_source=Manesco,+Ramires,+Perez,+Azevedo+Marques+Sociedade+de+Advogados&utm_campaign=f8d5a192fa-EMAIL_CAMPAIGN_4_29_2020_14_45_COPY_01&utm_medium=em). Acesso em: 12 set. 2023.

escolhido, com a leitura e análise crítica de livros, artigos acadêmicos e outros materiais publicados sobre o assunto. Além disso, utilizou-se do método comparativo, analisando a discussão existente nos EUA e em que medida seria aplicável ao Brasil.

A fim de dar um panorama sobre a discussão sobre elementos verticais, o trabalho visa analisar alguns julgados dos EUA mencionados no artigo “*No-poach agreements: an overview of EU and national case law*”, os quais são capazes de dar uma visão geral sobre a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto no país. Nos julgados, o objetivo principal é analisar qual foi o tipo de acordo de não contratação e a regra de análise aplicada, além de dar um contexto geral sobre a conduta e o mercado afetado, quando possível.

Com relação aos julgados do CADE no âmbito do controle de estruturas, houve uma seleção de casos na Pesquisa Pública do CADE por meio da utilização das palavras-chave como “cláusulas de não aliciamento” e “não aliciamento”, utilizando o filtro da plataforma para atos de concentração. Nesses casos, visa-se verificar somente o entendimento do CADE acerca da adequação e razoabilidade das cláusulas de não aliciamento e não contratação em operações analisadas pela autarquia.

## 2. ACORDOS DE NÃO CONTRATAÇÃO (*NO-POACH AGREEMENTS*) SOB A ÓTICA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Conforme mencionado na seção introdutória deste trabalho, os acordos de não contratação de trabalhadores passaram a chamar a atenção das autoridades antitruste ao redor do mundo após a descoberta da existência de acordos entre grandes empresas de tecnologia para não recrutar funcionários umas das outras. Eles foram denominados de modo geral como “Acordos do Vale do Silício” (*Silicon Valley Agreements*), em razão da região nos Estados Unidos onde ficam sediadas as maiores empresas do setor de tecnologia.

Polden explica que no início dos anos 2000 o Vale do Silício estava fervendo com novas startups procurando inovações computacionais e de software disruptivas. Nesse contexto, a demanda por engenheiros especializados que estavam coordenando o desenvolvimento e a criação de novas tecnologias estava deixando os salários “nas alturas”<sup>15</sup>. Foi nesse contexto que grandes empresas de tecnologia entraram em conluio para reter funcionários e, conseqüentemente, impedir a concorrência no mercado.

Nessas investigações iniciais sobre acordos de não contratação, três casos dos Acordos do Vale do Silício foram investigados e processados inicialmente, sendo que em nenhum deles os funcionários afetados tinham ciência do acordo (ATHAYDE, DOMINGUES, MENDONÇA, 2019, pp. 76-77).

O primeiro caso se refere à investigação do DOJ em 2010 para apurar os acordos bilaterais entre Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Pixar, conhecidos, em conjunto, como o paradigmático caso *high tech employee antitrust litigation*. Havia cinco acordos bilaterais que impediam as empresas de contratar funcionários umas das outras, a fim de acabar com a concorrência por funcionários qualificados do setor de tecnologia (ATHAYDE, DOMINGUES, MENDONÇA, 2019, p. 76).

De acordo com Polden, a solução encontrada por Steve Jobs, CEO da Apple, para reter talentos essenciais foi pedir para que os CEOs de outras empresas que compunham o Conselho de Administração da Apple se abstivessem de contratar engenheiros da Apple e, em troca, a Apple deixaria de contratar os talentos das outras empresas (POLDEN, 2020, p. 584). As provas dos acordos obtidas pelo DOJ incluíam a troca de e-mails entre os CEOs das empresas, que

---

<sup>15</sup> Polden, Donald J. "Restrains on Workers' Wages and Mobility: No-Poach Agreements and the Antitrust Laws." *Santa Clara Law Review*, vol. 59, no. 3, 2020, pp. 579-614. HeinOnline.

monitoravam e cobravam o cumprimento do acordo pelos outros agentes econômicos quando havia uma violação às obrigações acordadas<sup>16</sup>.

Ainda em 2010, o DOJ instaurou outra investigação contra a Lucasfilm e a Pixar pela prática colusiva de não abordar funcionários uma da outra. No acordo, as empresas previam obrigações recíprocas para não ofertar vagas de emprego para funcionários da outra empresa (ATHAYDE, DOMINGUES, MENDONÇA, 2019, p. 77). Além disso, tinham que avisar quando iam fazer eventuais ofertas de emprego e estavam impedidas de cobrir possível contraproposta de funcionários da empresa concorrente (ATHAYDE, DOMINGUES, MENDONÇA, 2019, p. 77).

Em 2012, o DOJ também processou a eBay pelo acordo de não contratação de trabalhadores firmado com a Intuit. O acordo consistiu em um pacto informal entre executivos da empresa, que durou entre 2006 e 2011. Entre as obrigações do acordo, as empresas não poderiam recrutar funcionários da concorrente, ainda que o próprio funcionário tivesse a iniciativa de se candidatar à vaga de emprego (ATHAYDE, DOMINGUES, MENDONÇA, 2019, pp. 76-77).

Em todos os casos, as empresas investigadas firmaram acordos judiciais com o DOJ e foram alvo de ações coletivas ajuizadas por funcionários afetados pelas condutas. As empresas Intuit, Lucasfilm e Pixar firmaram acordos de 20 milhões de dólares, enquanto as demais empresas pagaram cerca de 415 milhões de dólares como resultado dos acordos e ações de reparação de danos (ATHAYDE, DOMINGUES, MENDONÇA, 2019, p. 77). A ação coletiva foi promovida por cerca de 64 mil empregados prejudicados pela conduta (MARTINS, 2022, p. 315).

Em 2016, após a descoberta desses acordos de não contratação entre empregadores concorrentes, o DOJ e a Federal Trade Commission (FTC) publicaram em conjunto o “*Antitrust Guidance for Human Resources*”, o primeiro guia de orientação quanto à ilicitude de condutas anticompetitivas no mercado de trabalho. A partir desse momento, as autoridades da concorrência do mundo inteiro se movimentaram para estudar a relação entre concorrência e mercado de trabalho em suas respectivas jurisdições.

---

<sup>16</sup> POSNER, Eric A., VOLPIN, Cristina, No-poach agreements: An overview of EU and national case law, 4 Maio 2023, e-Competitions No-poach agreements, Art. N° 112194.

## 2.1. Evolução Histórica dos Acordos de Não Contratação

A despeito da descoberta recente dessas práticas colusivas pelas agências antitruste, fato é que são condutas anticompetitivas que ocorreram ao longo da história (POSNER, 2021, p. 24). De acordo com Eric Posner, há vestígios da existência de acordos de não contratação que remontam ao período do feudalismo. O autor ressalta que os acordos de não contratação muitas vezes tinham apoio do próprio governo da época (POSNER, 2021, p. 24), alicerçados em documentos públicos.

Como exemplo, Posner cita a existência do Estatuto dos Trabalhadores de 1351 na Inglaterra, no qual “[as] regras incluíam doutrinas de aliciamento, que impediam os empregadores de abordar os trabalhadores uns dos outros, e a criminalização da “fuga” do trabalhador, isto é, deixar o empregador sem a permissão dele.”<sup>17</sup> (POSNER, 2021, p. 24).

**Entende-se que a herança do período feudal pode ter servido para legitimar práticas anticompetitivas nos mercados de trabalho** (grifos nossos) (ORREN, 1991 *apud* POSNER, 2021, p. 24; TOMLINS, 1993 *apud* POSNER, p. 24).

Posner aponta também para vestígios do período da escravidão nos Estados Unidos, em que indivíduos foram tratados como propriedade do senhor de escravos na região sul do país até que a Guerra Civil dos EUA (1861-1865) colocou fim ao regime no país. Apesar do fim da escravidão nos EUA, o autor destaca que no período pós-guerra a legislação trabalhista reintroduziu regras de não aliciamento e restringiu de outras maneiras a mobilidade e a liberdade trabalhista de negros no país (POSNER, 2021, p. 24).

Embora o Brasil careça de pesquisas sobre acordos de não contratação no país, também é possível fazer um paralelo das restrições à concorrência no mercado de trabalho com o regime da escravidão no país a partir da própria legislação, a qual também pode ter servido para legitimar acordos que restringem a concorrência na aquisição de serviços no mercado de trabalho.

Primeiramente, a análise do dever legal de não aliciamento no ordenamento jurídico brasileiro pode servir para compreender algumas concepções inerentes ao termo “aliciar” que contribuem para prejudicar a livre concorrência no mercado de trabalho. O termo aliciamento

---

<sup>17</sup> Tradução livre: “These rules included enticement doctrines, which blocked employers from poaching each other’s workers, and criminalization of worker “absconding,” i.e., leaving an employer without permission”.

pode possuir diferentes concepções no ordenamento jurídico brasileiro, sendo verificado, por exemplo, na legislação cível<sup>18</sup> e penal<sup>19,20</sup>.

Em pesquisa para entender o que seria o termo “aliciar” no Código Civil, Daniela Santos Bomfim constata que “[n]o contexto jurídico, “aliciar” é expressão utilizada, normalmente, com algum grau de censura pelo sistema”<sup>21</sup>.

Considerando que o ato de aliciar em geral é associado a uma concepção negativa no contexto jurídico, observa-se que isso pode contribuir muitas vezes para a compreensão de que a concorrência pela aquisição de serviço no mercado de trabalho é ruim. Conforme será visto abaixo, isso é reforçado pelo contexto histórico do dever de não aliciamento no direito brasileiro na legislação.

Reforça-se que tanto a legislação trabalhista quanto a legislação concorrencial são recentes no direito brasileiro, sendo que ambas surgiram em meados do século XX, i.e., por meio da elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, e da promulgação da Lei 4.137/1962, respectivamente. Desse modo, antes de haver diferenciação entre a prestação de serviços regida pelo Código Civil da prestação de serviços regida pela legislação trabalhista e outras leis especiais, qualquer tipo de relação de prestação de serviço, seja esta trabalhista ou não, era denominada de locação de serviços. Em paralelo, considerando que o reconhecimento da própria incidência da concorrência no mercado de trabalho é bem mais recente, em muitos momentos empregadores tinham a concepção de que eram proprietários da sua força de trabalho.

No Direito Civil e Comercial, as raízes do dever jurídico de não aliciamento remontam ao ano de 1850. O art. 244 do Código Comercial de 1850 previa que “o comerciante empresário de fábrica, seus administradores, diretores e mestres, que por si ou por interposta pessoa aliciarem empregados, artífices ou operários de outras fábricas que se acharem contratados por

---

<sup>18</sup> Código Civil, Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos.

<sup>19</sup> O Código Penal prevê como crimes o aliciamento para o fim de emigração no art. 206 (recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro), e o aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional no art. 207 (aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional). Além disso, no art. 149-A “aliciar” configura um dos tipos penais do crime de tráfico de pessoas.

<sup>20</sup> O Direito Eleitoral também previa como crime o aliciamento eleitoral, previsto no art. 39, §5º, inciso II, da Lei 9.504/1997, que consistia na tentativa de convencer o eleitor, utilizando-se de meios ilegais, a votar em candidato ou partido diferente daquele em que naturalmente votaria, não fosse a ação de convencimento praticada, conforme explica Bomfim (2018, p. 143).

<sup>21</sup> BOMFIM, Daniela Santos. A fundamentação jurídica da oponibilidade dos contratos perante terceiros. Orientador: Alessandro Hirata. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13112020-164630/publico/9257952\\_Tese\\_Parcial.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13112020-164630/publico/9257952_Tese_Parcial.pdf) . Acesso: 25 de outubro de 2023.

escrito, serão multados no valor do jornal dos aliciados, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, a benefício da outra fábrica”<sup>22</sup>. Segundo Dias e Costa, o objetivo seria “evitar a apropriação indevida de ativo” da empresa, isto é, o trabalhador<sup>23</sup>. Observa-se nessa situação que o simples recrutamento de empregado de outra fábrica já configurava o ilícito.

A despeito dos dispositivos previstos no Código Comercial, Carnaúba entende que o dever jurídico de não aliciamento previsto nos códigos civis brasileiros que sucederam se embasou no art. 80 do Decreto 2.827/1879 (“Lei de Locação de Serviços”, também chamada de “Lei Sinimbu”)<sup>24</sup>, que regulava a locação de serviços agrícolas e tipificava alguns crimes dentro desse cenário.

Em contexto, Carnaúba explica que o Brasil estava na iminência do fim do regime escravocrata no país, de modo que estava em transição para substituí-lo com mão-de-obra imigrante<sup>25</sup>. De acordo com o autor, a Lei Sinimbu pretendia suavizar a transição, garantindo que os senhores continuariam a deter controle sobre os indivíduos que trabalhavam em suas fazendas (CARNAÚBA, 2023, p. 4). Esse entendimento está em consonância com constatação anterior feita por diversos pesquisadores acerca das leis de locação de serviços, conforme relata Maria Lúcia Lamounier<sup>26</sup>.

Especificamente com relação ao não aliciamento, o art. 80 punia com penas pecuniárias aquele que aliciasse para o seu serviço ou empregasse em sua fazenda trabalhador que estivesse vinculado a outrem por contrato de prestação de serviços vigente<sup>27</sup>. Nesse caso, novamente,

---

<sup>22</sup> Similarmente, embora não utilize o termo “aliciamento” ou o verbo “aliciar”, o dispositivo ainda vigente do Código Comercial de 1850 prevê “Art. 500 - O capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com a multa de cem mil réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, existindo a bordo do seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias da demora.”. De acordo com Dias e Costa, o objetivo seria proteger o comércio internacional dos efeitos da perda de empregados, em que a prática de aliciamento poderia afetar o comércio marítimo brasileiro (DIAS, COSTA, 2016, p. 289).

<sup>23</sup> DIAS, José Carlos Vaz e; COSTA, João Marcelo Sant’Anna da. Migração de trabalhadores intelectuais brasileiros para o mercado internacional: identificação de atos de aliciamento de empregados e mecanismos legais para impedir a apropriação tecnológica e concorrência desleal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, 2016 p. 284-306.

<sup>24</sup> BRASIL. **Decreto nº 2.827, de 15 de março de 1879**. Dispondo o modo como deve ser feito o contrato de locação de serviços. [S. l.], 15 mar. 1879.

<sup>25</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. O dia em que o STJ salvou o artigo 608 do Código Civil. **Revista Consultor Jurídico**, 25 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-25/direito-civil-atual-dia-stj-salvou-artigo-608-codigo-civil/#:~:text=25%2F10%2F2022>. Acesso em: 19 out. 2023.

<sup>26</sup> LAMOUNIER, Maria Lúcia. Da escravidão ao trabalho livre: a lei de locação de serviços de 1879. Campinas-SP: Papirus, 1988, pp. 10-11.

<sup>27</sup> O dispositivo previa que:

“Art. 80. (A) Aquelles que seduzirem para seu serviço, e admittirem ou consentirem, em suas casas, fazendas ou estabelecimentos, individuos obrigados a outrem por contrato de locação de serviços prestaveis em qualquer parte do Imperio;



coibia-se o mero recrutamento de funcionário de outrem, sem qualquer oferecimento de vantagem ilícita.

O conteúdo da Lei Sinimbu revelava “**os desejos constantes dos fazendeiros de manter o controle de sua força de trabalho mais pela obrigação legal do que pela concessão de incentivos**” (grifos nossos) (LAMOUNIER, 1988, p. 10). Em outras palavras, pode-se dizer que havia uma intenção de manter a condição de proprietário (monopsonista) da mão de obra por meio da legislação, em vez de se adequar ao regime de livre concorrência por empregados, no qual é necessário promover incentivos para manter os empregados com melhores condições de trabalho e melhor remuneração.

Em vista disso, Carnaúba afirma que o art. 1.235 do Código Civil de 1916, que regulamentava o contrato de “locação de serviços”, teria se inspirado nesses dispositivos (CARNAÚBA, 2023, p. 4). O dispositivo previa que “aquele que aliciar pessoas obrigadas a outros por locação de serviços agrícolas, haja ou não instrumento deste contrato, pagará em dobro ao locatário prejudicado a importância, que ao locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante quatro anos”<sup>28</sup>.

Carnaúba nota que o verbo aliciar apresentava historicamente uma conotação ampla, em que “o mero ato de contratar prestador de serviços já empregado bastava para configurar o aliciamento e, conseqüentemente, para a imposição da sanção” (CARNAÚBA, 2023, p. 4). Ou seja, havia a punição pelo simples fato de haver a contratação de funcionários de outrem.

O que se percebe, portanto, é que o histórico do regime de escravidão no país teve influência na promulgação de leis que limitavam a liberdade de trabalho, ao mesmo tempo em que restringiam a concorrência pela aquisição de serviço. Dessa forma, a condição de proprietários de escravos levou os empregadores a desejarem manter o controle sobre seus empregados, como verdadeiros monopsonistas, por meio da legislação.

---

(B) Aquelles que tomarem para seu serviço individuos obrigados a outrem por contrato de locação de serviços prestaveis na mesma comarca, sem o attestado de que tratam os arts. 27, 30 e 32;

(C) Aquelles que, apesar de judicialmente notificados pelo locatario, conservarem em seu serviço individuos obrigados por locação de serviços prestaveis em qualquer outra comarca, sem preencher a obrigação do art. 33; Pagarão ao locatario, além das despezas e custas a que tiverem dado causa, o dobro do que o locador lhe dever, e não serão admittidos a allegar qualquer defesa em juizo, sem depositar essa quantia. Compete acção executiva ao locatario para haver este pagamento.”

<sup>28</sup> Posteriormente, o Código Civil de 2002 não só manteve o dever de não aliciamento de prestador de serviço no art. 608, como ampliou a sua abrangência para todos os contratos de prestação de serviços, em vez de manter a restrição somente para o serviço agrícola. Tendo em vista que a redação do dispositivo manteve uma concepção ampla do termo “aliciamento”, isso gerou interpretações diversas e divergentes pela doutrina e tribunais, motivo pelo qual recentemente o STJ deu nova interpretação ao termo à luz da livre concorrência no REsp 2.023.942/SP.

Dessa forma, em conclusão similar às constatações realizadas por Orren e Tomslin, a herança do período da escravidão também pode ter contribuído para legitimar práticas restritivas à concorrência no mercado de trabalho no Brasil.

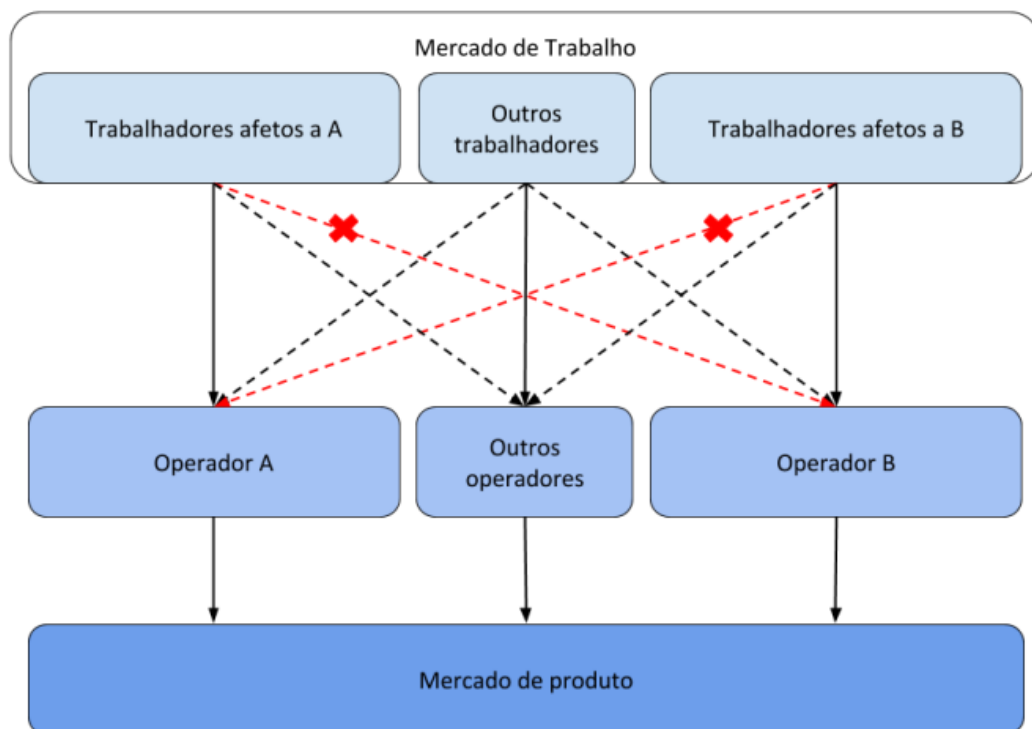
Em vista desse contexto histórico, passa-se à análise do que são acordos de não contratação e de outros aspectos dessas práticas colusivas no direito da concorrência.

## 2.2. Conceito de Acordos de Não Contratação no Direito da Concorrência

Os acordos de não contratação de trabalhadores consistem em pactos entre empregadores, concorrentes no mercado dimensão trabalho, para não abordar, recrutar e contratar empregados uns dos outros. Os acordos de não contratação restam caracterizados ainda que os empregadores não sejam concorrentes no mercado dimensão produto/serviço.

Para melhor ilustrar os acordos de não contratação, veja a figura abaixo:

**Figura 2 – Acordo de não contratação entre concorrentes no mercado de trabalho**



Fonte: Autoridade da Concorrência (AdC).

Legenda: As linhas contínuas indicam uma relação laboral (no mercado de trabalho) ou de venda (no mercado de produto). As linhas tracejadas em preto indicam uma relação laboral possível. As linhas tracejadas em vermelho indicam uma relação laboral impedida pelo acordo de não contratação celebrado entre o Operador A e o Operador B.

Tendo em vista que diversas agências antitruste publicaram guias sobre condutas anticompetitivas no mercado de trabalho, importante citar como algumas delas caracterizam os acordos de não contratação em suas jurisdições a fim de dar um panorama sobre o conceito dos acordos de não contratação no direito da concorrência.

Em 2016, os Estados Unidos, por meio do DOJ e da FTC, publicou o primeiro guia sobre condutas anticompetitivas praticadas no mercado de trabalho, o *Antitrust Guidance for Human Resources Professionals*. O guia não só enfatiza que acordos entre empregadores para não contratar determinados empregados são considerados ilícitos *per se*, como também reforça que esses acordos são tão nocivos à concorrência quanto acordos para alocar clientes no mercado do produto<sup>29</sup>.

Portanto, o guia alerta que “é provável que um indivíduo viole as leis antitruste se ele concordar com indivíduo(s) de outra empresa em não solicitar ou contratar os funcionários dessa outra empresa” (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3).

Em 2018, o *Japan Fair Trade Commission* (JFTC), agência antitruste do Japão, publicou relatório realizado pelo *Study Group on Human Resource and Competition Policy* (Grupo de Estudos em Recursos Humanos e Política Concorrencial)<sup>30</sup>. Sobre os acordos de não contratação, o JFTC considera que acordos feitos por empregadores em conjunto para restringir a transferência ou troca de empregos por parte de prestadores de serviço (empregados) prejudicam a concorrência pela mão de obra entre empregadores no mercado de trabalho, ao restringir a capacidade de empregados de mudar as partes para quem prestam serviços (JFTC, 2018, p. 4)<sup>31</sup>. Assim, os acordos de não contratação podem vir a constituir uma infração à luz da legislação antitruste japonesa (JFTC, 2018, p. 4)<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Guidance for HR Professionals*. Washington: D.C., 2016, pp. 3-4. Disponível em: <https://www.ftc.gov/public-statements/2016/10/antitrust-guidance-human-resource-professionals-department-justice>. Acesso em: 11 de setembro de 2023.

<sup>30</sup> JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. *Report of Study Group on Human Resource and Competition Policy*. Tokyo, Japan Fair Trade Commission, 15 fev. 2018. Disponível em: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2018/February/180215.html>. Acesso em: 15 setembro 2023.

<sup>31</sup> Conforme observa Martins (2022, p. 145), o Japão define o mercado de trabalho como mercado de recursos humanos. No entanto, para evitar equívocos no entendimento do presente trabalho, citam-se as referências como “mercado de trabalho”.

<sup>32</sup> No guia, a JFTC se limita a mencionar a potencial lesividade da conduta à legislação antitruste japonesa, sem apontar, contudo, o tratamento da conduta no âmbito da sua jurisdição. No entanto, em nota enviada à OCDE, a JFTC entende que pode haver justificativas para a conduta, ao afirmar que “[...] empregadores restringem empregados de se transferir ou trocar de emprego para recuperar os custos com investimento necessário em treinamento já realizados”. No original: “[...] employers restrict employees from transferring or switching jobs in order to recover the necessary investment costs for training which they have already spent”. ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO (OCDE). *Competition Issues in Labour Markets – Note by Japan*. Paris, OCDE, 05 jun. 2019, p. 4.

A autoridade japonesa ressalta que, mesmo que o acordo não restrinja a mobilidade de trabalhadores diretamente, a infração concorrencial pode se configurar caso tenha efeitos que dificultem substancialmente a transferência ou mudança de emprego em consequência do acordo (JFTC, 2018, p. 4).

No mesmo ano, a *Hong Kong Competition Commission* (HKCC) também editou boletim sobre condutas anticompetitivas no mercado de trabalho<sup>33</sup>. A HKCC define que “empresas que firmarem acordos em relação à solicitação, recrutamento ou contratação de funcionários ou classe de funcionários uns dos outros (acordos de não contratação ou outros acordos) ou a troca de informações sobre as intenções a respeito disso, estão se envolvendo em divisão de mercado ao alocar fontes de fornecimento”<sup>34</sup> (COMPETITION COMMISSION, 2018, p. 3). Esses acordos de divisão de mercado tem o objetivo de causar danos à concorrência (COMPETITION COMMISSION, 2018, p. 3).

Posteriormente, em junho de 2020, o *Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual* (INDECOPI), autoridade de defesa da concorrência do Peru, expediu a *Guía Informativa sobre Acuerdos Anticompetitivos entre Empresas em el Ámbito Laboral*. No guia, o INDECOPI define que os acordos de não contratação de trabalhadores

“[c]onsistem em acordos anticompetitivos por meio do qual cada empresa concorda em não contatar, solicitar ou contratar funcionários de outras empresas participantes do acordo. Isto é, subjacente a essa conduta está a ideia recíproca de não haver o “roubo” de funcionários uns dos outros, a partir disso estamos em face de uma redução da concorrência que afeta as condições de recrutamento e retenção dos trabalhadores.”<sup>3536</sup>.

---

<sup>33</sup> COMPETITION COMMISSION. Competition Commission Advisory Bulletin. Competition concerns regarding certain practices in the employment marketplace in relation to jiring and terms and conditions of employment. Hong Kong, Competition Commission, 09 abr. 2018.

<sup>34</sup>No original: “Undertakings that reach an agreement in relation to solicitation, recruitment or hiring of each other’s employees or classes of employees (non-poaching or other arrangements) or exchange information about their intentions in this respect are, effectively, engaging in market sharing by allocating sources of supply”.

<sup>35</sup> Tradução livre: “Consisten en acuerdos anticompetitivos por los cuales cada empresa se compromete a no contactar, solicitar o contratar personal de las otras empresas que integran el acuerdo. Es decir, bajo esta conducta subyace la idea recíproca de no “quitarse o robarse” empleados entre sí, con lo cual nos encontramos ante una reducción de la competencia que incide en las condiciones de reclutamiento y retención de sus trabajadores.”

<sup>36</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DEFESA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI). Guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral, pp. 7-8. Peru, junho de 2020. Disponível em: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4753518/Gu%C3%ADa+Informativa+-+Competencia+en+%C3%81mbito+Laboral/>. Acesso em 14 de setembro de 2023.

Em setembro de 2021, a Autoridade da Concorrência (AdC) de Portugal também publicou importante relatório sobre os acordos no mercado de trabalho<sup>37</sup> e Guia de Boas Práticas: Prevenção de Acordos Anticoncorrenciais nos Mercados de Trabalho. De acordo com a ADC, os acordos de não contratação “são acordos através dos quais as empresas se comprometem mutuamente a não fazer ofertas espontâneas ou a contratar trabalhadores, sem o consentimento prévio das outras empresas.”<sup>38</sup>

Por fim, o trabalho mais recente que se tem conhecimento é o guia “*Enforcement Guidelines on wage-fixing and no poaching agreements*”, da agência antitruste canadense, Competition Bureau, publicado em maio de 2023. No guia, a Competition Bureau destaca que são proibidos acordos entre empregadores para não solicitar ou contratar empregados uns dos outros, sendo ilícitos *per se* à luz da legislação antitruste canadense<sup>39</sup>.

A agência reforça que os acordos de não contratação podem ser o único objeto do acordo entre empregadores ou um termo incluído em um acordo mais amplo (COMPETITION BUREAU, 2023, p. 3).

Contudo, cumpre destacar que a Competition Bureau entende que somente configuram infrações anticompetitivas na forma do art. 45 (1.1)(b) da legislação canadense acordos para não solicitar ou contratar funcionários uns dos outros, ou seja, quando o dever se aplica de forma bilateral entre os empregadores. Assim, acordos unilaterais, em que a restrição se aplica somente para um dos empregadores, não estariam abrangidos pela proibição prevista no dispositivo.

Em vista desse panorama de como os países ao redor do mundo estão tratando os acordos de não contratação, cumpre fazer considerações sobre essa conduta anticompetitiva que afeta a concorrência pela aquisição de serviços no mercado de trabalho.

De modo geral, os acordos de não contratação de trabalhadores podem se apresentar de duas maneiras (i) acordo entre empregadores para não abordar, de forma ativa, funcionários

---

<sup>37</sup> AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (ADC). Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência. Autoridade da Concorrência, Lisboa, 21 de setembro de 2021. Disponível em: [https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/Relat%C3%B3rio\\_Acordos%20no%20Mercado%20de%20Trabalho%20e%20Pol%C3%ADtica%20de%20Concorr%C3%Aancia.pdf](https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/Relat%C3%B3rio_Acordos%20no%20Mercado%20de%20Trabalho%20e%20Pol%C3%ADtica%20de%20Concorr%C3%Aancia.pdf). Acesso em: 14 de setembro de 2023.

<sup>38</sup> AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (ADC). Guia de Boas Práticas – Prevenção de Acordos Anticoncorrenciais nos mercados de trabalho. Autoridade da Concorrência, Lisboa, 21 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/guias-promocao-da-concorrenca/Guia%20de%20Boas%20Praticas%20de%20Preven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Acordos%20Anticoncorrenciais%20no%20Mercado%20de%20Trabalho.pdf>. Acesso em: 14 de setembro de 2023.

<sup>39</sup> COMPETITION BUREAU. Guia, 30 de maio de 2023. **Enforcement Guidelines on wage-fixing and no poaching agreements**, Canadá, 30 maio 2023, pp. 3-6. Disponível em: <https://ised-isde.canada.ca/site/competition-bureau-canada/en/how-we-foster-competition/education-and-outreach/enforcement-guidelines-wage-fixing-and-no-poaching-agreements>. Acesso em: 15 set. 2023.

umas das outras, ainda que possam contratá-los se forem procuradas (denominado de acordo de não solicitação ou acordo de não aliciamento<sup>40</sup>); e (ii) acordo para não contratar funcionários, independentemente de haver procura pelos funcionários ou não (ADC, 2021, p. 10). Em ambos os casos, a infração anticompetitiva está configurada, mesmo que a empresa venha a contratar funcionários de concorrentes posteriormente.

Conforme explicado na seção introdutória, trata-se da manifestação dos efeitos do poder de monopólio ocasionado pela conduta colusiva. Os empregadores exercem o poder de forma colusiva no lado da demanda pelo insumo força de trabalho, onde a concorrência entre os empregadores ocorre.

Em razão disso, não é necessário que as empresas sejam concorrentes no mercado dimensão produto/serviço para que o acordo de não contratação seja uma conduta nociva à concorrência no mercado de trabalho (ATHAYDE, DOMINGUES, MENDONÇA, 2019, p. 79). De acordo com Hovenkamp, o ilícito se configura independentemente de os agentes não possuírem relação competitiva no mercado do produto porque as empresas podem concorrer pelos mesmos funcionários no mercado relevante dimensão trabalho (OCDE, 2019, p. 5). Assim, apesar de determinados agentes econômicos estarem em setores distintos e não concorrerem com relação aos bens ou serviços ofertados no mercado, ressalta-se que elas podem competir para recrutar e captar trabalhadores que exerçam funções idênticas ou similares, a exemplo de funcionários administrativos qualificados (INDECOPI, 2020, p. 8).

Cumprir notar que o acordo para não contratação de trabalhadores será ilícito independentemente de ser um acordo formal ou informal, escrito ou oral, expresso ou implícito (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3).

Os acordos de não contratação de trabalhadores são tipos de condutas colusivas, em que há a divisão/alocação do mercado de trabalho entre concorrentes. Segundo Hovenkamp, os acordos de não contratação se equiparam a um acordo de divisão de mercado no âmbito dos produtos (OCDE, 2019, p. 5).

Fernanda Martins também corrobora a tese de que acordos de não contratação são condutas de alocação de mercado (MARTINS, 2022, p. 334). De acordo com a autora, nos acordos de não contratação, os empregadores entram em conluio para alterar o equilíbrio no processo de negociação pela aquisição de serviços de trabalhadores, concordando em não competir por funcionários, sendo isso bastante similar à conduta de alocação de mercado (MARTINS, 2022, p. 334).

---

<sup>40</sup> Em inglês, a conduta de abordar ativamente funcionários também pode ser referida como “*cold-calling*”.

Nesse sentido, conforme explica Hovenkamp,

“[a]cordos de não contratação entre dois ou mais concorrentes estão cada vez mais comuns e tão prejudiciais à concorrência quanto fixação de preços dos produtos. Acordos de não contratação entre empresas independentes são análogos à divisão de mercado, a qual, se for uma restrição pura à concorrência, é um ilícito *per se*. O equivalente seria se duas empresas concordassem em não abordar e roubar clientes uma da outra. Se duas empresas independentes pactuam não contratar os funcionários uma da outra, o acordo deveria ser ilícito porque limita a capacidade dos trabalhadores de aproveitar a mobilidade entre empregos para negociar maiores salários.”<sup>41</sup> (OCDE, 2019, p. 8).

Logo, os acordos de não contratação afetam o poder de barganha dos trabalhadores. Sobre isso, a INDECOPI destaca que os acordos não só eliminam a concorrência para atrair ou reter empregados, mas, ao fazê-lo, também privam os trabalhadores da possibilidade de obter ou negociar melhores cargos ou condições de trabalho (INDECOPI, 2020, p. 8).

Dessa forma, entende-se que acordos de não contratação de trabalhadores não possuem, em geral, justificativas pró-competitivas, ao mesmo tempo em que acarretam grande impacto na mobilidade dos trabalhadores (CADE, 2021, p. 19). Em função disso, adiantando o que será detalhado ao longo deste Capítulo, os acordos de não contratação são considerados cartéis clássicos à luz da legislação brasileira, sendo considerados ilícitos por objeto, sujeitos à análise *per se* (CADE, 2021, p. 19).

No que diz respeito ao *modus operandi* dos acordos de não contratação, as professoras Amanda Athayde, Juliana Domingues e Nayara Mendonça explicam que:

“esses acordos podem ser implementados de diversas 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”. (ATHAYDE, DOMINGUES, MENDONÇA, 2018, p. 79)

Em adição, a HKCC entende que a troca de informações entre concorrentes a respeito das intenções de recrutamento também caracterizam a conduta anticompetitiva (COMPETITION COMMISSION, 2018, p. 3). Por sua vez, a autoridade canadense entende que os acordos de não contratação de trabalhadores também podem incluir restrições à divulgação de informações relacionadas a vagas de emprego e a adoção de mecanismos de contratação enviesados (COMPETITION BUREAU, 2023, p. 5).

---

<sup>41</sup> Tradução livre: “Anti-poaching agreements among two or more competitors are increasingly common and just as dangerous to competition as product price fixing. No-poaching agreements among independent firms are analogous to market division, which, if naked, is unlawful *per se*. The equivalent would be if two firms agreed not to attempt to steal away each other’s established customers. If two independent firms agree not to hire one another’s employees, the agreement should be unlawful because it limits the ability of workers to take advantage of mobility in order to bargain for higher wages.”

Para além da conduta de divisão do mercado de trabalho, Fernanda Martins aponta outras duas possíveis consequências dos acordos de não contratação em determinados casos: (i) o compartilhamento de clientes no mercado a jusante; e (ii) o acordo ser um mecanismo para diferenciação de serviços (MARTINS, 2022, pp. 334-335).

Com relação ao primeiro, é possível que os acordos de não contratação viabilizem a divisão de mercado também no mercado dimensão produto em situações em que a carteira de clientes do empregador depender da relação funcionário e consumidor. Segundo Martins,

“um acordo de não contratação dos funcionários, especialmente se aplicados àqueles que são responsáveis por gerenciar uma determinada carteira de clientes, poderá ter o mesmo resultado que um acordo entre concorrentes para não “roubar” os clientes um do outro: divisão de mercado – mercado de produtos e serviços” (MARTINS, 2022, p. 334).

Além disso, os acordos de não contratação podem servir, ainda, como mecanismo para diferenciação de serviços. Martins explica que, em mercados marcados pela especialização dos serviços prestados (por ex.: uma clínica médica especializada em dermatologia), um acordo de não contratação com clínicas especializadas em outras áreas poderia servir para manter a especialização de cada uma como está (MARTINS, 2022, p. 335). Assim, seriam acordos aplicados para ajudar na distinção das especialidades de cada concorrente (MARTINS, 2022, p. 335).

Em vista do conceito dos acordos de não contratação, é importante ainda esclarecer as diferenças dos acordos de não contratação para os acordos de não concorrência (*non-competite agreements*).

Os acordos de não concorrência são restrições à concorrência impostas pela via contratual, por meio da inclusão de cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho. Nas obrigações impostas, o empregador prevê que, após o término do contrato de trabalho, o empregado não poderá concorrer com as atividades do negócio em empresa concorrente ou pela constituição do seu próprio negócio por um determinado período de tempo. Em geral, essas obrigações têm como objetivo proteger investimento em capital humano e ativos da empresa. Logo, são restrições verticais impostas pelo empregador ao empregado que tem o potencial de afetar a concorrência no mercado de trabalho.

Muitas jurisdições têm garantido aos empregadores a possibilidade de celebrarem esses acordos com os seus trabalhadores, desde que lhes seja garantida uma contrapartida e que os contratos sejam temporal e geograficamente limitados, como é o caso do Brasil. Contudo,



atualmente existe uma consulta pública sendo conduzida pela FTC para proibir a inclusão de cláusulas de não concorrência nos contratos de trabalho nos Estados Unidos<sup>42</sup>.

Para os fins do presente trabalho, cumpre esclarecer as diferenças e semelhanças com os acordos de não contratação de trabalhadores, em especial porque em alguns momentos os acordos de não contratação são também denominados de acordos de não concorrência, sem haver distinção na nomenclatura (MARTINS, 2022, p. 323; HOVENKAMP, 2021).

Com relação às similaridades, tanto os acordos de não contratação quanto os acordos de não concorrência possuem como efeitos nocivos a possível redução de salários e da mobilidade dos trabalhadores (MARTINS, 2022, p. 42).

De acordo com Polden,

“[a]cordos de não contratação são uma forma extrema de cláusulas de não concorrência, em que ambos restringem ou limitam completamente a mobilidade do empregado durante o emprego com o empregador ou, mais frequentemente, após o empregado ou empregador encerrarem a relação de emprego.” (grifos nossos) (POLDEN, 2020, p. 603)<sup>43</sup>.

Por sua vez, Polden destaca que a diferença mais significativa entre acordos de não contratação e as cláusulas de não concorrência é que, enquanto os primeiros são realizados somente entre empregadores (i.e., sem o conhecimento do trabalhador), os acordos de não concorrência estão inseridos no contrato de trabalho entre empregado e empregador, apesar de que, frequentemente, os trabalhadores também não estejam completamente cientes dessas cláusulas de não concorrência (POLDEN, 2020, p. 603; MARTINS, 2022, p. 323).

Ainda como distinção, Polden acrescenta que os acordos de não concorrência entre empregado e empregador precisam estabelecer indenizações aos trabalhadores por essa restrição para que o acordo de não concorrência seja válido à luz da legislação contratual estadunidense, enquanto os acordos de não contratação são impostos ao trabalhador sem o seu conhecimento e sem qualquer recompensa por eles (POLDEN, 2020, p. 603; MARTINS, 2022, p. 323). Essa obrigação de indenizar o trabalhador também é imposta no Brasil<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Para ver mais sobre o assunto, a proposta de proibição das cláusulas de não concorrência está disponível no link: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/01/ftc-proposes-rule-ban-noncompete-clauses-which-hurt-workers-harm-competition> .

<sup>43</sup> Tradução livre: “No-poach agreements are an extreme form of non-compete provision in that they both constrain or outright limit employee mobility during employment with the employer or, more often, after the employee or employer terminate the employment.”

<sup>44</sup> Embora obrigações de não concorrência não estejam expressamente previstas na CLT, elas podem ser utilizadas com base no art. 444, dispositivo que versa sobre a liberdade contratual das partes. A partir disso, a obrigação de indenizar os trabalhadores sujeitos a cláusulas de não concorrência foi uma construção da jurisprudência da justiça do trabalho, em que só se executa cláusulas de não concorrência caso haja uma compensação para o trabalhador durante o tempo em que ele irá ficar sem poder atuar em atividades concorrentes.

Nesse sentido, embora alguns argumentem que restrições à mobilidade dos trabalhadores são necessárias para proteger segredos comerciais, informações confidenciais adquiridas durante o emprego e o investimento em treinamento feito pelo empregador, **a diferença crucial entre cláusulas de não concorrência e acordos de não recrutamento e não contratação é que, neste último caso, as restrições são impostas pelos empregadores, sem o consentimento do empregado** (grifos nossos) (POLDEN, 2020, p. 603).

Portanto, acordos de não contratação podem ser considerados acordos de divisão do mercado de trabalho, em que os empregadores concorrentes acordam não abordar, solicitar ou contratar empregados uns dos outros, independentemente de serem concorrentes ou não no mercado dimensão produto/serviço.

### **2.3. Potenciais Efeitos dos Acordos de Não Contratação à Concorrência**

Tendo em vista que o presente trabalho busca analisar questões relacionadas aos tipos de acordos de não contratação, em primeiro lugar é importante necessário esclarecer quais seriam os possíveis efeitos à concorrência ocasionados por acordos de não contratação. Isso porque os tipos de acordo e os efeitos gerados estão associados na medida em que a distinção entre horizontal e vertical ajuda a identificar os efeitos à concorrência (AREEDA, HOVENKAMP, 2020, p. 1503 *apud* EDGAR, 2021, p. 1583; IADEVAIA, 2020, pp. 175-176; FORGIONI, 2018, p. 349).

#### **2.3.1. Breves considerações sobre metodologia de análise: análise pelo objeto ou pelos efeitos**

No Direito da Concorrência, os efeitos à concorrência causados por determinadas condutas impactam na metodologia de análise a ser utilizada pela autoridade antitruste. Dessa forma, cumpre fazer breves esclarecimentos quanto às classificações utilizadas, tendo em vista que os diferentes tipos de acordos de não contratação também podem vir a impactar a metodologia de análise da conduta.

A doutrina de direito concorrencial identifica duas classificações para a análise de determinada conduta anticompetitiva. A primeira seria a utilização da regra *per se* ou regra da razão (*rule of reason*), enquanto a segunda se refere à classificação das condutas como ilícitos por objeto e ilícitos por efeitos.

De acordo com a professora Ana Frazão, a regra *per se* ou regra da razão consistem em padrões analíticos utilizados pelas autoridades de defesa da concorrência para a análise de

condutas potencialmente anticompetitivas<sup>45</sup>. Assim, podem ser vistos como “*standards* probatórios, que facultam ao órgão antitruste, a depender da conduta examinada, recorrer a uma análise mais ou menos detalhada das variáveis envolvidas no caso concreto.” (FRAZÃO, 2017, p. 290).

O professor Paulo Burnier explica que se trata de uma construção da jurisprudência estadunidense, em que se percebeu nos precedentes que algumas condutas não comportavam argumentos de razoabilidade para a restrição imposta à concorrência no mercado, uma vez que havia a presunção de que gerariam efeitos anticompetitivos no mercado.

“No plano histórico, a rule of reason tem origem nos primeiros precedentes antitrustes nos EUA, onde argumentos de razoabilidade e, opostamente, de desarrazoabilidade tendem a ter maiores impactos na formação de convicção de juízes em sistemas da família common law. Em 1904, a Suprema Corte dos EUA aceitou o argumento de que apenas as “restrições desarrazoadas” deveriam ser proibidas pela lei antitruste norte-americana. Com a evolução da jurisprudência, **a Suprema Corte consolidou o entendimento de que algumas situações não comportariam mais o argumento de razoabilidade, pois já havia precedentes suficientes de que determinadas condutas deveriam ser consideradas ilícitas em si mesmas (ou, pela expressão em latim, per se), pois seus efeitos negativos eram presumidos. Esse era o caso dos acordos horizontais entre concorrentes para fixação de preços ou divisão de mercados: os conhecidos cartéis.**”<sup>46</sup> (Grifos nossos).

Conforme explica a OCDE, a análise da razoabilidade consiste em uma avaliação dos efeitos pró-competitivos de determinada conduta em face dos efeitos anticompetitivos gerados no mercado (OCDE, 1993, pp. 77-78)<sup>47</sup>. Em vista disso, as condutas que possuem efeitos negativos líquidos presumidos no mercado estariam sujeitas a uma análise pela regra *per se*, enquanto a regra da razão seria utilizada para averiguar a razoabilidade da restrição à concorrência.

A partir da convicção dos efeitos nocivos de determinadas práticas anticompetitivas, a regra *per se* dispensa a análise de existência de poder de mercado pelos agentes e a demonstração dos efeitos anticompetitivos no mercado relevante, sendo suficiente a prova da materialidade da conduta (FRAZÃO, 2017, p. 291). Enquanto isso, a regra da razão exige uma análise detalhada de fatores, tais como a estrutura de mercado em que ocorreu a conduta, os efeitos potenciais e concretos da restrição no mercado, as justificativas da restrição, as eficiências produzidas, entre outros (FRAZÃO, 2017, p. 290) para a caracterização do ilícito.

<sup>45</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>46</sup> SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 64.

<sup>47</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law. Julho, 1993. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Acesso em: 15 de novembro de 2023.

Por sua vez, a segunda classificação seria de acordo com o tipo de ilícito concorrencial, diferenciando-se as condutas que sejam consideradas uma infração por objeto anticompetitivo das infrações por efeitos anticompetitivos. Essa classificação decorre da legislação de defesa da concorrência brasileira, consoante o art. 36 da Lei 12.529/2011, assim como ocorre no direito europeu (SILVEIRA, 2021, p. 64).

Enquanto no primeiro caso a conduta em si é considerada como uma infração concorrencial por ter objeto anticompetitivo, no segundo a conduta somente configura uma infração se forem verificados efeitos anticompetitivos líquidos no mercado.

Conforme explica a professora Ana Frazão, há condutas em que o próprio objetivo da conduta é prejudicar o ambiente concorrencial, não sendo possível vislumbrar outras justificativas senão restringir a concorrência (FRAZÃO, 2017, p. 292). Nas palavras da professora, “determinadas práticas não possuem um propósito econômico legítimo, mas têm como único fim a lesão à livre concorrência” (FRAZÃO, 2017, p. 292). Dessa forma, há uma presunção relativa de ilicitude nesse caso, cabendo ao acusado afastar a presunção (FRAZÃO, 2017, p. 292).

Por seu turno, em casos em que pode haver justificativas para a restrição, havendo tanto efeitos positivos quanto efeitos negativos sobre a concorrência, o ilícito só se configura se a conduta gerar efeitos anticompetitivos líquidos no mercado (SEAE, 2014, p. 44). Isso ocorre porque

“[n]o Direito antitruste, exige-se que as condutas tenham efeitos negativos sobre o mercado para que sejam repreensíveis. E isso exige que as empresas envolvidas tenham “poder de mercado”, como explica a teoria econômica. Sem poder de mercado, as condutas não têm a capacidade de gerar efeitos sobre o mercado, pois as forças competitivas não serão abaladas” (SILVEIRA, 2021, p. 65).

Além disso, após se verificar a existência de poder de mercado capaz de gerar efeitos anticompetitivos, há uma análise da razoabilidade da restrição, sopesando os efeitos negativos com os efeitos positivos à concorrência.

Em síntese, portanto, as infrações por objeto possuem uma presunção relativa de ilicitude, em que não é possível vislumbrar outras justificativas senão a restrição à concorrência, enquanto, por outro lado, o ilícito por efeitos possui uma presunção de licitude, em que se exige a comprovação da potencialidade lesiva da prática para haver a configuração da conduta anticompetitiva.

O professor explica que, embora ilícitos por objeto e por efeitos sejam diferentes da regra norte-americana, “[...] é frequente que sejam utilizadas de modo similar, inclusive no Brasil. Nesse sentido, há muitos precedentes do CADE que tratam da regra per se e da regra da

razão, a despeito da inexistência formal dessa distinção no Direito brasileiro.” (SILVEIRA, 2021, p. 64).

No mesmo sentido, a professora Ana Frazão entende que é possível “associar as infrações por objeto à metodologia da regra *per se*, que, como visto, se caracteriza por um padrão probatório simplificado [...] quando a probabilidade de a conduta ser considerada lícita é extremamente remota, tornando desnecessário um aprofundamento da análise.” (FRAZÃO, 2017, p. 294). Por sua vez, as infrações por efeitos também poderiam ser associadas à regra da razão, uma vez que envolvem um padrão probatório mais complexo (FRAZÃO, 2017, p. 294).

A exemplo disso, os cartéis são atos que tem por objeto prejudicar a livre concorrência, em que a experiência comprova não gerar qualquer benefício à concorrência, havendo a demonstração da potencialidade lesiva da conduta (FRAZÃO, 2017, p. 292; SEAE, 2014, p. 44). Em função disso, os efeitos negativos à concorrência são presumidos e a mera existência do acordo pode ensejar a presunção de ilicitude pela autoridade concorrencial, de modo a vir receber o tratamento mais duro quando da análise da conduta.

### **2.3.2. Possíveis efeitos nocivos à concorrência**

Os acordos de não contratação podem acarretar efeitos anticompetitivos nos mercados em que as empresas atuam, uma vez que restringem as decisões de aquisição de serviços de trabalhadores. Os efeitos anticompetitivos dos acordos de não contratação permeiam diversas camadas dos mercados, gerando impactos na eficiência, produção e inovação.

Importante esclarecer que os acordos de não contratação reverberam não somente sob a concorrência no mercado de trabalho, mas também sob a concorrência no mercado dimensão produto/serviço, conforme os dados consolidados no relatório da AdC supracitado.

Com relação aos efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho, a AdC explica que os acordos de não contratação têm o potencial de afetar o equilíbrio verificado no mercado de trabalho por meio da redução do número de empresas que procuram os serviços de cada trabalhador (ADC, 2021, p. 12). Em vista disso, os acordos de não contratação servem para reforçar o poder de compra dos empregadores na aquisição dos serviços de trabalhadores.

Em um cenário de concorrência pela mão de obra no mercado de trabalho os aumentos de produtividade tendem a aumentar a remuneração de trabalhadores. No entanto, nos casos em que acordos de não contratação entre concorrentes são firmados, eles têm o condão de reduzir salários e benefícios em consequência ao aumento do poder de compra dos empregadores (ADC, 2021, p. 13). Conforme relata a AdC, a redução de salários também influenciaria os

incentivos dos trabalhadores em investir na sua própria qualificação. Portanto, os acordos de não contratação também têm o potencial de impactar nos investimentos em capital humano.

Além disso, a AdC acrescenta que, como na maior parte das vezes os acordos de não contratação são desconhecidos dos trabalhadores afetados, isso pode acarretar uma ineficiência alocativa dos recursos humanos. Isso porque os trabalhadores tendem a se prolongar em empregos “que não correspondem à melhor utilização de suas vocações e conhecimentos especializados” em função da restrição à sua mobilidade (ADC, 2021, pp. 13-14).

Em suma, os acordos de não contratação podem ter o condão de reduzir salários, além de afetar a mobilidade de trabalhadores e investimento em capital humano no mercado de trabalho.

Por sua vez, os acordos de não contratação também podem gerar efeitos anticompetitivos no mercado dimensão produto/serviço.

A AdC destaca que os acordos podem acarretar prejuízos aos consumidores com a redução da quantidade produzida, aumento do preço ou à deterioração da qualidade no mercado do produto. Isso ocorreria porque, com os acordos, haveria um reforço do poder de compra dos empregadores, reduzindo a quantidade de trabalhadores contratados e os salários auferidos pelos trabalhadores. Assim, a redução na produção pode afetar a quantidade produzida e, conseqüentemente, os preços dos produtos (ADC, pp. 15-16). Além disso, a redução dos salários dos trabalhadores poderia levar a uma redução da produtividade dos trabalhadores (ADC, 2021, p. 16).

Em segundo lugar, considerando que os acordos de não contratação restringem a mobilidade de trabalhadores, esses acordos poderiam limitar a circulação e difusão do conhecimento entre empresas, impactando o empreendedorismo e a inovação no mercado, bem como a qualidade e variedade dos produtos e serviços ofertados aos consumidores (ADC, 2021, p. 15).

A AdC explica que “a contratação de trabalhadores a outras empresas, em particular os trabalhadores mais qualificados, constitui uma forma de as empresas adquirirem a expertise e o know-how de que necessitam para inovar” (ADC, 2021, p. 17). Dessa forma, acordos que impedem a mobilidade de trabalhadores podem gerar maiores custos e maior demora para empreender na indústria.

Por fim, a AdC explica que a celebração de acordos de não contratação pode reforçar as condições do mercado para a coordenação de comportamentos, de modo prejudicial aos consumidores.

### 2.3.3. Possíveis efeitos pró-competitivos

Em geral, entende-se que acordos entre concorrentes para restringir a contratação de funcionários entre si não possuem efeitos pró-competitivos. Não obstante, o objeto do presente trabalho se volta à análise das situações em que efeitos pró-competitivos vem sendo suscitados para justificar a existência da restrição em casos que o acordo de não contratação apresenta elementos verticais associados a ele, como será tratado no próximo Capítulo. Dessa forma, para fins de coerência, os efeitos pró-competitivos serão tratados na seção sobre acordos de não contratação com elementos verticais e horizontais (tópico 3.1).

## 2.4. Acordos de Não Contratação como Objeto do Direito da Concorrência no Brasil

A defesa da concorrência em acordos de não contratação possui lastros no próprio sistema constitucional brasileiro. Conforme observa Fernanda Martins, a Constituição Federal de 1988 apresenta logo de início o valor do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito, em alusão ao art. 1º, *caput* e incisos IV da Carta Magna (MARTINS, 2022, p. 129).

Nos termos do art. 170, *caput*, e incisos IV e VIII, da Constituição Federal de 1988, a ordem econômica brasileira é pautada pela valorização do trabalho humano e pela livre iniciativa, e a atividade econômica no Brasil deve observar os princípios da livre concorrência e da busca do pleno emprego em sua atuação. São princípios que regem a atividade econômica brasileira em conjunto. Observa-se, portanto, que há uma “significativa e imprescindível conexão entre a proteção dos trabalhadores e a defesa da concorrência nos mercados” (MARTINS, 2022, p. 130) no ordenamento jurídico brasileiro.

A liberdade de trabalho, por sua vez, está prevista como direito fundamental no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Além disso, o art. 23(1) da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1948, prevê que “[t]odo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.”

Nesse sentido, conforme explica Alain Supiot, todo indivíduo possui a liberdade de fornecer seus serviços em troca de uma remuneração, de modo que esse direito é uma proteção contra qualquer tipo de usurpação da liberdade de trabalho<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> SUPIOT, Alain. El derecho del trabajo. Trad. Patricia Rubini-Blanco. Buenos Aires: Helista, 2008, p. 54.

No campo infraconstitucional, no que diz respeito à relação entre livre concorrência e liberdade de trabalho, a Lei 12.529/2011 regulamenta defesa da concorrência no Brasil. O art. 36, *caput*, prevê atos que constituem infrações à ordem econômica, e no §3º do mesmo dispositivo lista as condutas passíveis de serem consideradas infrações à ordem econômica. Conforme explica a professora Paula Forgioni, o art. 36 abrange toda e qualquer conduta que tenha o potencial de prejudicar a concorrência, independentemente de ser proveniente de um acordo, abuso de posição dominante ou concentração econômica<sup>49</sup>.

Dessa forma, embora a lei não faça referência a possíveis impactos ao mercado de trabalho como havia na antiga Lei 8.884/1994<sup>50</sup>, os acordos de não contratação de trabalhadores são passíveis de enquadramento nas infrações previstas no art. 36 da Lei 12.529/2011 (ATHAYDE, DOMINGUES, MENDONÇA, 2019, pp. 83-84; CADE, 2021, p. 18; MARTINS, 2022, pp. 137-138; p. 361).

Com efeito, o Brasil já se pronunciou acerca da ilicitude dos acordos de não contratação de trabalhadores à luz da Lei 12.529/2011, ainda que nenhuma conduta desse tipo tenha sido condenada pela autarquia até o momento. Conforme explica em nota à OCDE, “[no] Brasil, casos envolvendo fixação de salários ou acordos de não solicitação (também conhecidos como acordos de não contratação), podem ser caracterizados como infrações concorrenciais à luz da Lei de Defesa da Concorrência brasileira” (OCDE, 2019, p. 4). Alinhado a isso, o CADE já deu início a investigações de condutas anticompetitivas no mercado de trabalho.

A exemplo desses pronunciamentos, vale mencionar as considerações sobre acordos de não contratação realizadas pelo Brasil na nota à OCDE para o evento *Competition Issues in Labour Markets* e no âmbito de processos administrativos, sobretudo no que diz respeito ao Processo Administrativo n. 08700.004548/2019-61 (“*Caso MedTech*”).

---

<sup>49</sup> FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 138.

<sup>50</sup> Durante a vigência da Lei 8.884/1994, o controle de estruturas exercido pela agência antitruste ocorria posteriormente à consumação da operação. Por isso, havia a previsão de mecanismos para preservar a concorrência nos mercados relevantes em análise, sendo o Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) um deles, conforme art. 58 da Lei 8.884/1994 (MARTINS, 2022, p. 132). Nos termos do art. 58, *caput*, e §1º da Lei 8.884/1994, o TCD consistia em acordo que determinava medidas de preservação a serem tomadas pelas requerentes após a realização do ato de concentração e previa que as alterações no nível de emprego decorrentes da operação seriam consideradas na delimitação das medidas (MARTINS, 2022, p. 132).

<sup>51</sup> Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo. (Vide Lei nº 9.873, de 23.11.99) (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.



No contexto do evento da OCDE, o Brasil manifestou a vontade de elaborar um guia informativo sobre possíveis condutas anticompetitivas no mercado de trabalho e apresentou preliminarmente os tipos de conduta que seriam endereçadas no guia.

A intenção seria informar que empregadores não devem entrar em acordos orais ou escritos sobre remuneração (ou outros termos relacionados a emprego) ou sobre contratação de empregados com profissionais de empresas concorrentes (OCDE, 2019, p. 2). No que diz respeito aos acordos de não contratação, o objetivo seria estipular que acordos para não contratar funcionários de empregadores concorrentes no mesmo ou em “mercado de trabalho relevante” adjacente (mesmo que não sejam concorrentes na dimensão produto/serviço) podem ser uma infração concorrencial (OCDE, 2019, p. 5)

Entretanto, quando os acordos de não contratação estiverem inseridos no contexto de uma concentração, esses acordos não serão um ilícito *per se* (OCDE, 2019, p. 5). Conforme explica o Brasil na nota, com base na jurisprudência brasileira, é possível que haja justificativa razoável para obrigações de não contratação, a exemplo de cláusulas acessórias à alienação de uma empresa (OCDE, 2019, p. 5). Contudo, a restrição à contratação de trabalhadores não pode ser infinita e desmesurada. O acordo deve ser delimitado em escopo e duração, ambos associados ao seu propósito, para ser considerado razoável (OCDE, 2019, p. 5).

No que diz respeito às considerações realizadas no âmbito do controle de condutas, em primeiro lugar cumpre mencionar as considerações do CADE no âmbito do processo administrativo n. 08700.004548/2019-61 (Caso MedTech)<sup>52</sup>, sendo a primeira investigação instaurada pelo CADE para apurar supostas condutas anticompetitivas no mercado de trabalho, ocorridas entre os anos de 2009 e 2018.

Trata-se de processo administrativo instaurado para investigar a ocorrência de supostas condutas anticompetitivas no mercado de trabalhadores empregados na indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde (*healthcare*), na região metropolitana de São Paulo (incluindo o município de Sorocaba e região). O CADE apura a atuação do Grupo MedTech, que teria a finalidade de prover conhecimento de mercado acerca dos termos de contratação de profissionais da indústria de *healthcare*, com supostos indícios de troca de informações concorrencialmente sensíveis entre representantes do RH das empresas.

---

<sup>52</sup> Atualmente, o processo está em fase de instrução na Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE), pendente de análise de mérito da conduta pelo CADE. Não obstante, até o momento o CADE já celebrou seis Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) com pessoas físicas e jurídicas envolvidas na conduta, as quais se comprometeram a pagar R\$ 34.302.344,99 em contribuições pecuniárias ao Fundo de Direitos Difusos, conforme notícia disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-celebra-acordos-em-processo-que-investiga-cartel-no-mercado-de-trabalho-da-industria-de-healthcare>.

Embora acordos de não contratação não sejam, a princípio, objeto da conduta investigada, o CADE faz menção na Nota de Instauração do processo administrativo sobre a ilicitude da conduta à luz da Lei 12.529/2011. De acordo com o CADE,

“[a]cordos de não contratação de trabalhadores são um tipo de conduta colusiva na qual empresas concordam em se abster de solicitar, contratar ou recrutar trabalhadores umas das outras, essencialmente renunciando à competição por este insumo (a força de trabalho). Em outras palavras, os empregadores pactuam que não irão contratar funcionários de outra firma concorrente no mesmo mercado relevante na dimensão trabalho, mesmo que estas não sejam concorrentes na dimensão produto.” (CADE, 2021, p. 19).

Segundo a Nota Técnica, os acordos de não contratação são equivalentes a um acordo de divisão de mercado no âmbito dos produtos (CADE, 2021, p. 19). Sendo assim, também são considerados cartéis clássicos, os quais são tratados como ilícitos por objeto, sujeitos à análise *per se* (CADE, 2021, p. 19). Tendo em vista que os acordos de não contratação de trabalhadores em geral não possuem justificativa pró-competitiva, ao mesmo tempo em que acarretam grande impacto na mobilidade dos trabalhadores, o CADE conclui que essa seria a análise mais adequada para a referida conduta anticompetitiva (CADE, 2021, p. 19).

Embora o caso MedTech tenha sido a primeira investigação do CADE envolvendo exclusivamente a relação entre direito da concorrência e mercado de trabalho, o CADE já havia se deparado com possíveis acordos de não solicitação/não aliciamento e não contratação anteriormente, aliados a outras condutas anticompetitivas no mercado dimensão produto.

É o caso, por exemplo, do processo administrativo n. 08012.003021/2005-72<sup>53</sup>. O processo apurava suposto cartel em licitações públicas e privadas para a contratação de serviços de tecnologia da informação e, junto ao suposto cartel em licitação, as empresas teriam concordado também em não abordar funcionários umas das outras. Na ocasião, o CADE reconheceu a ilicitude desse suposto acordo de não contratação dos funcionários uns dos outros, o qual “poderia apresentar efeitos anticompetitivos para o mercado de trabalho de prestação de serviços de tecnologia da informação” (CADE, 2015, p. 7)<sup>54</sup>. Ou seja, na ocasião o CADE já havia se manifestado sobre a possibilidade de a conduta afetar a concorrência e impor condições artificiais no próprio mercado de trabalho.

---

<sup>53</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Processo Administrativo nº 08012.003021/2005-72. Partes: Ministério da Educação – MEC, Sindicato das Empresas de Serviços de Informática do Distrito Federal – SINDESEI (...). Processo instaurado em 05/04/2005.

<sup>54</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Nota Técnica nº 54/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Processo Administrativo nº 08012.003021/2005-72. Partes: Ministério da Educação – MEC, Sindicato das Empresas de Serviços de Informática do Distrito Federal – SINDESEI (...). Processo instaurado em 05/04/2005.

Na nota técnica, o CADE afirma que havia “a existência de indícios de que os Representados também teriam supostamente ajustado uma política de “respeitar” o funcionário da empresa concorrente, por meio da não realização de ofertas para trabalho” (CADE, 2015, p. 11).

Considerando que em 2015 os estudos sobre a relação entre direito da concorrência e mercado de trabalho ainda eram muito incipientes, o CADE considerou que a prática seria equivalente ao que seria denominado de *wage-fixing cartel* (cartel de fixação de salários) nos Estados Unidos. No entanto, conforme abordado ao longo do presente trabalho, os indícios da suposta conduta apontavam para a existência de um acordo de *no-poach*, na modalidade de não solicitação/não aliciamento dos funcionários de empregadores concorrentes.

Na ocasião, o CADE se absteve de determinar nesse primeiro momento se a conduta seria um ilícito por objeto ou por efeito, somente se limitando a afirmar que a conduta teria, por objeto ou por efeito, “manter os salários de seus empregados mais baixos do que seria verificado em um ambiente de competição efetiva” (CADE, 2015, p. 11).

No entanto, a análise não pôde prosseguir, tendo em vista que o judiciário brasileiro reconheceu a ocorrência da prescrição intercorrente no referido processo administrativo, no Mandado de Segurança n. 1008136-61.2015.4.01.3400. Assim, com o trânsito em julgado da decisão judicial, houve a extinção da pretensão punitiva da Administração Pública.

Um suposto acordo de não contratação junto a outras condutas anticompetitivas também foi investigado no Processo Administrativo nº 08012.002812/2010-42<sup>55</sup>. A investigação visava apurar suposto cartel no mercado de distribuição de recarga eletrônica de celulares pré-pagos. Também aqui o CADE reconhece que o acordo de não contratação de funcionários teria o potencial de afetar o mercado de trabalho. No entanto, ao longo da instrução probatória do processo, a autarquia reconheceu a ausência de indícios de conduta anticompetitiva.

---

<sup>55</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Processo administrativo nº 08012.002812/2010-42. Processo instaurado em: 18 jan. 2010.

### 3. TIPOS<sup>56</sup> DE ACORDO DE NÃO CONTRATAÇÃO COM ELEMENTOS VERTICAIS

Os acordos de não contratação de trabalhadores apresentam peculiaridades no que diz respeito à definição do tipo de restrição à concorrência. Tradicionalmente, acordos que restringem a concorrência podem ser classificados como acordos verticais ou horizontais (FORGIONI, 2018, p. 348).

No direito da concorrência, essa distinção entre horizontal e vertical é importante na medida em que ajuda a identificar os efeitos à concorrência gerados por determinada restrição (AREEDA, HOVENKAMP, 2020, p. 1503 *apud* EDGAR, 2021, p. 1583; IADEVAIA, 2020, pp. 175-176; FORGIONI, 2018, p. 349).

Em decorrência disso, conforme explica Mitchell Anderson, a definição do tipo de acordo é uma das primeiras distinções feitas pelas autoridades de defesa da concorrência, uma vez que a diferenciação entre acordo horizontal e vertical também pode auxiliar na definição da regra de análise que será utilizada pela autoridade durante a análise concorrencial<sup>57</sup>.

De acordo com as especificidades de cada acordo de não contratação, as autoridades de defesa da concorrência podem definir a regra de análise mais adequada para cada caso (ANDERSON, 2021, p. 1124). Para os acordos de não contratação, Mitchell Anderson entende que o fator mais importante é analisar se é uma restrição pura à concorrência (*naked restraint*) ou uma restrição acessória (*ancillary restraint*) (ANDERSON, 2021, p. 1124). A despeito disso, o autor reforça que, em primeiro lugar, a classificação tradicional da restrição entre horizontal e vertical é fundamental na análise de acordos de não contratação, sobretudo porque recebe um tratamento levemente diferenciado nesses casos (ANDERSON, 2021, p. 1124). Em geral, primeiro se define se é um acordo horizontal para então definir se é uma restrição pura à concorrência ou uma restrição acessória (ANDERSON, 2021, pp. 1124-1125).

Em vista disso, cumpre explicar no que consiste a distinção dos tipos de acordo entre horizontal e vertical.

Conforme explica a professora Paula Forgioni, acordos horizontais são acordos firmados entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, no qual há uma relação de concorrência direta entre eles (FORGIONI, 2018, p. 348). A relação horizontal (i.e.,

---

<sup>56</sup> Tendo em vista que não há um gênero padrão para denominar a distinção entre acordos horizontais e verticais, o presente trabalho utilizará a expressão “tipos de acordo” conforme utilizado pela professora Paula Forgioni (FORGIONI, 2018, p. 349) para caracterizar os diferentes tipos de restrição ao direito da concorrência.

<sup>57</sup> ANDERSON, Mitchell. "Avoiding No-Poach Liability: Making Reasonable Choices to Quality for the Rule of Reason." *Arizona Law Review*, vol. 63, no. 4, 2021, pp. 1111-1136. HeinOnline.

de concorrência) compreende a noção de substitutibilidade entre si<sup>58</sup>. Isto é, em se tratando do mercado dimensão produto/serviço, tem-se que os produtos/serviços devem ser substituíveis entre si do ponto de vista do consumidor para figurarem no mesmo mercado relevante. Da mesma forma, em se tratando do mercado dimensão trabalho, o serviço laboral prestado deve ser substituível do ponto de vista do empregador para figurar no mesmo mercado relevante (POSNER, 2021, p. 2).

Por sua vez, os acordos verticais disciplinam relações verticais entre agentes econômicos que desenvolvem atividades em diferentes mercados relevantes, atividades estas que podem ser complementares entre si (FORGIONI, 2018, p. 348). Embora a aceção intuitiva seja a de que relações verticais sejam aquelas entre diferentes elos de uma cadeia produtiva (como a transformação trigo-farinha-pão), o professor Paulo Furquim destaca que o conceito compreende também atividades complementares não diretamente encadeadas (AZEVEDO, 2013, p. 201).

Assim, “[a]tividades complementares (i.e., verticalmente relacionadas) são frequentemente intermediadas por contratos, que, além de transferirem diretamente um bem ou serviço, podem alocar direitos e deveres entre as partes [...]” (AZEVEDO, 2013, p. 201). Nesse contexto, Forgioni esclarece que

“[p]ara melhor adaptar a relação contratual às suas necessidades, os agentes econômicos costumam apor determinadas cláusulas nos acordos verticais, conhecidas como restrições verticais. Para o direito concorrencial, as restrições são estipulações contratuais geralmente inseridas nos acordos verticais que restringem a liberdade de atuação do distribuidor ou do fornecedor” (FORGIONI, 2018, p. 371).

Em geral, as restrições verticais são geradas quando os agentes possuem alguma racionalidade econômica na integração (SILVEIRA, 2021, p. 174).

Portanto, há a configuração de um acordo horizontal restritivo à concorrência quando firmado entre concorrentes diretos em um mesmo mercado relevante, enquanto acordos verticais ocorrem entre agentes econômicos que atuam em mercados relevantes diferentes, de forma complementar.

Em vista disso, a distinção dos acordos entre horizontais e verticais é relevante na medida em que ajuda a identificar os efeitos à concorrência decorrentes dos acordos (AREEDA, HOVENKAMP, 2020, p. 1503 *apud* EDGAR, 2021, p. 1583; IADEVAIA, 2020, pp. 175-176).

---

<sup>58</sup> AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a Experiência Brasileira. In: Direito Econômico Concorrencial. SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinicius Marques de. CORDOVIL, Leonor (coord.). Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 199 – 244.

No entanto, considerando que os acordos de não contratação são condutas que ocorrem no mercado dimensão trabalho, eles desafiam a classificação tradicional entre acordos horizontais e verticais em relação ao mercado dimensão produto/serviço.

### **3.1. Acordos de não contratação com elementos horizontais e verticais**

Via de regra, acordos de não contratação são acordos entre concorrentes diretos no mercado de trabalho, comportando possíveis exceções que serão explicadas no decorrer deste Capítulo. Reforça-se que configuram possíveis ilícitos independentemente de haver relação de concorrência entre os empregadores no mercado dimensão produto/serviço (OCDE, 2019, p. 5; ATHAYDE, DOMINGUES, MENDONÇA, 2019, p. 79).

No entanto, a peculiaridade para a definição do tipo de acordo de não contratação é que esses acordos podem ocorrer entre concorrentes diretos no mercado dimensão produto/serviço (i.e, restrições horizontais tanto no mercado dimensão trabalho quanto no mercado dimensão produto/serviço), como também podem ocorrer entre partes verticalmente associadas com relação ao mercado dimensão produto/serviço (i.e., restrições horizontais no mercado dimensão trabalho e restrições verticais no mercado dimensão produto/serviço). Nesse sentido, Triplett exemplifica o segundo cenário.

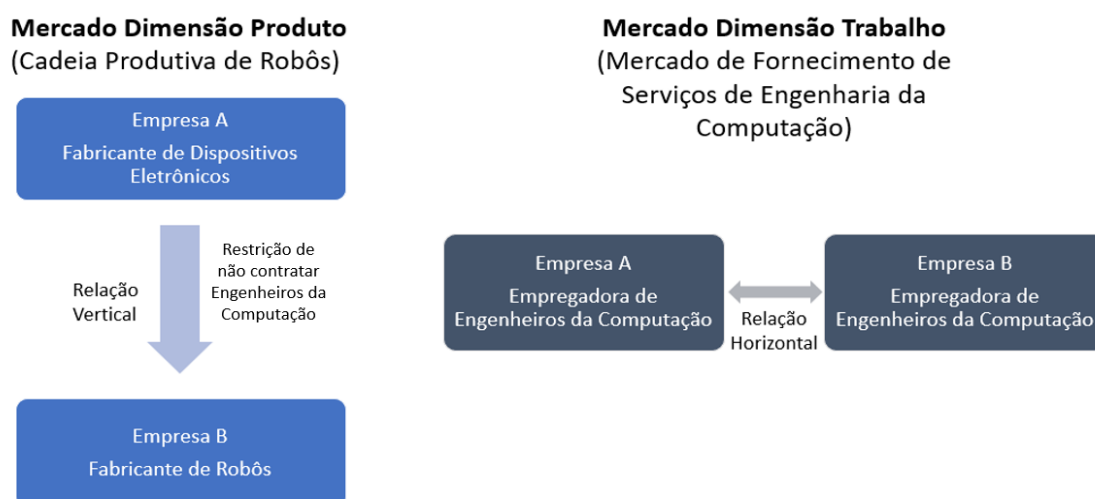
“Por exemplo, um cenário concebível com elementos verticais poderia ocorrer quando um fabricante de componentes de robôs (que produz parte de um robô) solicita ao seu cliente – um fabricante de robôs – que pare de contratar os funcionários de tecnologia de sua empresa. [...] Essas restrições ultrapassam esse relacionamento vertical e afetam seu relacionamento horizontal no mercado de trabalho.”<sup>59</sup> (TRIPLETT, 2019, pp. 411-412).

Para melhor ilustrar a questão, observe a figura abaixo:

### **Figura 3 – Acordos de Não Contratação com Elementos Horizontais e Verticais**

---

<sup>59</sup> Tradução livre: “For example, a conceivable scenario with vertical elements could occur when a robot component manufacturer (who makes part of a robot) asks its customer—a robot manufacturer—to stop poaching its tech employees. [...] The restraints extend beyond this vertical relationship and impact their horizontal relationship in the labor market.”



Fonte: Elaboração Própria

Além disso, conforme será visto adiante no presente capítulo, atualmente também há discussões sobre a possibilidade de haver acordos de não contratação entre partes verticalmente relacionadas no mercado dimensão trabalho e no mercado dimensão produto/serviço (i.e., restrições verticais tanto no mercado dimensão trabalho quanto no mercado dimensão produto/serviço). No entanto, há divergências se esses acordos seriam classificados como restrições horizontais ou verticais ao mercado dimensão trabalho em função dos efeitos horizontais gerados neste mercado.

Portanto, é possível que alguns acordos de não contratação apresentem elementos verticais e horizontais, pois, ao mesmo tempo em que o acordo de não contratação se trata de uma restrição horizontal entre concorrentes no mercado de trabalho, ele pode configurar também uma restrição vertical entre partes verticalmente relacionadas no mercado dimensão produto/serviço.

Nessas ocasiões em que os acordos de não contratação apresentam elementos horizontais e verticais podem surgir argumentos com relação à existência de potenciais justificativas para a restrição (TRIPLETT, 2019, pp. 393-394). Assim, o desafio é identificar a tipo de acordo e os efeitos dele decorrentes quando apresenta elementos verticais e horizontais.

Entre os supostos efeitos pró-competitivos em tese apontados para as restrições verticais à mobilidade dos trabalhadores, Posner identifica duas teorias gerais que seriam utilizadas: a teoria da proteção aos investimentos em capital humano e a teoria da proteção aos ativos da empresa (POSNER, 2021, p. 93).

O capital humano pode ser dividido tanto em capital humano específico (habilidades dos trabalhadores específicas para a empresa), quanto capital humano geral (habilidades dos trabalhadores que tem valor produtivo em outras empresas também) (POSNER, 2021, p. 96).

Em vista disso, os empregadores restringiriam a mobilidade dos empregados a fim de assegurar o retorno do investimento em capital humano geral realizado (POSNER, 2021, p. 97). Ou seja, investimentos no treinamento e capacitação de funcionários que poderiam ser utilizados por outras empresas, bem como investimentos no conhecimento e educação deles.

Essa proteção serviria para evitar condutas como o efeito carona, em que os agentes econômicos somente se aproveitariam dos investimentos realizados por outrem sem arcar com os custos disso.

A segunda teoria seria a de proteção a ativos intangíveis da empresa, como segredos de negócio e lista de clientes (POSNER, 2021, p. 98). Os segredos de negócio são ativos relacionados à informação que uma empresa usa para aumentar a qualidade de seus produtos ou reduzir os custos de produção (POSNER, 2021, 98)<sup>60</sup>. Dessa forma, alega-se que a restrição à mobilidade dos trabalhadores teria a finalidade de proteger os ativos intangíveis que ficam associados ao funcionário.

Ocorre que, em diversas situações as proteções e eficiências pró-competitivas mencionadas podem ser alcançadas de forma menos restritivas ao mercado de trabalho, em especial ao se considerar que o trabalhador (o verdadeiro proprietário de seus serviços) atingido pela restrição não faz parte do processo de escolha.

Conforme sustenta Polden, a dificuldade na análise está nas implicações horizontais dos acordos de não contratação, uma vez que não é possível saber se há de fato efeitos pró-competitivos decorrentes da conduta ou se as restrições em sua grande maioria não possuem atributos que promovem a concorrência (POLDEN, 2020, pp. 601-602).

Primeiramente, Posner e Polden ressaltam que empregadores possuem vários métodos previstos na legislação para prevenir o uso indevido de segredos comerciais pelos funcionários em empregos futuros, uma vez que o roubo de segredo de negócios é ilegal (POLDEN, 2020, p. 603; POSNER, 2021, p. 98). No Brasil, por exemplo, há a vedação na Lei de Propriedade Intelectual brasileira (Lei n° 9.279/1996)<sup>61</sup>.

Posner também destaca que existem métodos contratuais pelos quais os empregadores podem proteger suas informações comerciais confidenciais e serem reembolsados pelo

---

<sup>60</sup> Posner explica que a questão dos segredos de negócio é que são ativos que só tem valor se forem empregados por trabalhadores nos meios de produção. Isso significa que pelo menos alguns trabalhadores precisam ter acesso a tais segredos de negócio. Consequentemente, os segredos de negócio constituem conhecimento e podem, portanto, ser usados pelos detentores de tal conhecimento em outras empresas concorrentes (POSNER, 2021, p. 98).

<sup>61</sup> Por exemplo, o art. 195, inciso X, tipifica como crime de concorrência desleal aquele que “recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador”.



treinamento e outros investimentos que fizeram em seus funcionários, sem recorrer a restrições diretas à mobilidade dos trabalhadores (POLDEN, 2020, pp. 603-604). Conforme explica Hovenkamp

“[é] certo que as empresas podem ter interesse na proteção dos investimentos feitos na capacitação de funcionários ou em determinado direito de propriedade intelectual como segredos de negócio, que podem ser transferidos com a migração do empregado para outra empresa. No entanto, empregadores não precisam de acordos entre si para alcançar esses resultados. É do interesse do empregador se proteger contra roubo indevido de seus próprios funcionários. Como resultado, um acordo de não concorrência puramente vertical deveria ser suficiente para este fim.” (HOVENKAMP, 2019, p. 9)<sup>62</sup>.

Assim, há a disponibilidade de medidas muito menos restritivas para proteger os interesses legítimos dos empregadores sem afetar também a liberdade de trabalho de empregados, tais como acordos de confidencialidade, acordos de não solicitação de clientes, acordos de transferência de direito de propriedade intelectual, conforme exemplifica Starr (2019, p. 12)<sup>63</sup>.

Considerando os supostos efeitos pró-competitivos suscitados, Polden defende que o foco dos efeitos à concorrência, sejam eles pró-competitivos ou anticompetitivos, deve se dar no mercado de trabalho, e não no mercado do produto, porque os acordos de não contratação são restrições que afetam o mercado de trabalho (POLDEN, 2020, pp. 607-608).

Com relação aos efeitos de acordos entre empregadores que contratam o mesmo tipo de trabalhador, mas não concorrem no mercado dimensão produto/serviço, a AdC explica que esses acordos de não contratação “terão impactos diretos ao nível do mercado de trabalho”, enquanto os potenciais impactos no mercado dimensão produto/serviço serão indiretos, “através do impacto na qualidade da alocação dos trabalhadores às empresas, em prejuízo da eficiência alocativa” (ADC, 2021, p. 11).

Dessa forma, os acordos de não contratação com elementos verticais e horizontais também apresentam os efeitos anticompetitivos mencionados anteriormente, tais como os impactos aos salários, à mobilidade dos trabalhadores e ao investimento em capital humano.

Ocorre que, na medida em que a metodologia de análise da conduta pode diferir significativamente a depender do efeito anticompetitivo gerado pela conduta, a distinção entre

---

<sup>62</sup> Tradução livre: “To be sure, firms may have an interest in protecting investment in employee education or some intellectual property rights such as trade secrets, which could be transported by a switching employee to another firm. However, employers do not need agreements with each other in order to achieve these results. It is in each individual employer’s best interest to protect itself from improper theft of its own employees. As a result, a purely vertical noncompetition agreement should be sufficient for this purpose.”

<sup>63</sup> STARR, Evan, The Use, Abuse, and Enforceability of Non-Compete and No-Poach Agreements: A Brief Review of the Theory, Evidence, and Recent Reform, ECON. INNOVATION GROUP 8- 9 (Feb. 20, 2019).

horizontal e vertical se torna ainda mais relevante para os acordos de não contratação. Explica-se.

Conforme mencionado anteriormente, a metodologia de análise de condutas anticompetitivas difere de acordo com o grau de ilicitude das condutas. Enquanto há condutas mais graves que possuem uma presunção relativa de ilicitude, há outras que somente configuram ilícitos se ocasionarem efeitos anticompetitivos líquidos no mercado. Em vista disso, o *standard* probatório e a análise de justificativas para a conduta será diferente a depender do tipo em que for enquadrada.

Em geral, acordos horizontais tipicamente recebem um tratamento mais pesado por parte da autoridade de defesa da concorrência, estando mais propensos a receber uma análise por meio da regra *per se*, enquanto acordos verticais são tipicamente avaliados por meio da regra da razão (ANDERSON, 2021, pp. 1124-1125).

Nessa linha, Triplet entende que a distinção entre acordos de não contratação horizontais e verticais é importante, tendo em vista que acordos verticais em geral ensejam uma análise mais branda da regra da razão em função das possíveis eficiências pró-competitivas geradas (TRIPLETT, 2019, p. 394). Em adição, a distinção entre os tipos de acordo de não contratação se torna importante especialmente porque se equiparam a cartéis de divisão e alocação do mercado (OCDE, 2019, p. 8; CADE, 2021, p. 19).

Conforme explicado anteriormente, cartéis são atos que tem por objeto prejudicar a livre concorrência e que não geram benefícios à concorrência. Em função disso, os efeitos negativos à concorrência são presumidos e a mera existência do acordo pode ensejar a presunção de ilicitude pela autoridade concorrencial, de modo a vir receber o tratamento mais duro quando da análise da conduta.

No entanto, para os casos em que os acordos de não contratação estão inseridos em relações verticais no mercado dimensão produto/serviço, existe a dúvida se nesse caso seriam capazes de gerar efeitos pró-competitivos, situação em que, havendo benefícios à concorrência, ensejariam uma análise pela regra da razão (POLDEN, 2020, pp. 600-602).

Em vista dessas peculiaridades, a fim de determinar a regra de análise dos acordos de não contratação, Mitchell Anderson explica que as cortes estadunidenses têm realizado a análise e definição do tipo de acordo em dois passos principais (ANDERSON, 2021, pp. 1124-1125). Em primeiro lugar, a corte verifica se o acordo de não contratação se trata de uma restrição entre concorrentes no mercado de trabalho (i.e., uma restrição horizontal). Em caso positivo, a corte analisa se é uma restrição pura à concorrência ou se é uma restrição acessória. Caso contrário, será um acordo de não contratação vertical, recebendo tratamento pela regra da razão.

Por sua vez, a restrição pura à concorrência está sujeita à análise pela regra *per se*, enquanto a restrição acessória pode receber tratamento por meio da regra da razão.

Logo, a diferença nos tipos de acordo de não contratação tem o potencial de afetar o tratamento conferido a essas condutas anticompetitivas. Conforme explicam Bansal et al:

“[s]e um acordo de não contratação for considerado uma restrição pura à concorrência, em que não há justificativas para a existência do acordo além de restringir a concorrência, a regra *per se* é aplicável. Como exemplo, o DOJ ou a FTC (em conjunto, “Agências Antitruste”) não irão considerar supostas justificativas para o acordo, ele é evidentemente ilícito. Se, no entanto, a regra da razão for aplicável, como no caso de o acordo de não solicitação ser uma restrição acessória a um acordo principal, então na análise dos fatos as agências vão considerar as justificativas do negócio para a restrição.”<sup>6465</sup>

Assim, a definição do tipo de acordo é relevante na medida em que ajuda a identificar os efeitos à concorrência decorrentes dos acordos (AREEDA, HOVENKAMP, 2020, p. 1503 *apud* EDGAR, 2021, p. 1583; IADEVAIA, 2020, pp. 175-176), impactando a regra de tratamento utilizada pelos tribunais quando da análise da conduta.

Adicionalmente, a análise do tipo de acordo é importante em vista da evolução histórica dos acordos de não contratação. Considerando que as restrições à concorrência entre empregadores pela mão de obra já estiveram previstas na própria legislação em diversas jurisdições, como o exemplo da Inglaterra, dos Estados Unidos e do Brasil, é possível que isso tenha legitimado a existência de tais práticas anticompetitivas, conforme defendem Orren e Tomlins (ORREN, 1991 *apud* POSNER, 2021, p. 24; TOMLINS, 1993 *apud* POSNER, p. 24). Dessa forma, embora haja acordos de não contratação previstos no âmbito de relações verticais, é possível que não tenham atributos que promovem a concorrência, mas sim que foram restrições à concorrência legitimadas no decorrer da história.

Considerando o exposto, portanto, é possível que os acordos de não contratação horizontais classificados como restrições puras à concorrência (*naked restraints*) tenham ilicitude presumida e, portanto, sejam tratados pela regra *per se* (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3; POLDEN, 2020, p. 594), enquanto acordos de não contratação horizontais classificados como restrições acessórias (*ancillary restraints*) e acordos de não contratação verticais estejam

---

<sup>64</sup> Tradução livre: “If an agreement is found to be a “naked” no-poach agreement, meaning there is no purpose for the agreement other than to restrict competition, the *per se* standard applies. As such, neither the court nor the DOJ or Federal Trade Commission (collectively, the “Antitrust Agencies”) will consider any proposed justifications for the agreement; it is illegal on its face. If, however, the rule of reason standard applies, such as if a non-solicitation provision is found to be ancillary to a larger agreement, then the factfinder will consider the business justifications for the restraint.”

<sup>65</sup> BANSAL, Dee; BRINTON, Julia; GRISE, Jacqueline; MEJIA, Beatriz, The “No-Poach” Approach: Update on the Antitrust Agencies’ Enforcement of Employment Agreements. CPI Antitrust Chronicle, Maio de 2022.

sujeitos ao juízo de razoabilidade da restrição e, portanto, sejam tratados pela regra da razão (POSNER, VOLPIN, 2023, p. 2).

De qualquer modo, cumpre analisar detalhadamente a os acordos de não contratação horizontais, que podem ser restrições puras à concorrência ou restrições acessórias à concorrência, e os acordos de não contratação verticais, também entendidos como acordos de não contratação verticais com efeitos horizontais por alguns autores, de modo a determinar quais são as características que podem ser consideradas para diferenciar condutas anticompetitivas no mercado de trabalho de condutas legítimas que promovem a concorrência.

### **3.2. Acordos de não contratação horizontais**

Conforme explica o professor Paulo Burnier, as condutas coordenadas no âmbito horizontal são consideradas mais graves porque envolvem concorrentes diretos no mercado relevante, sendo os acordos de fixação de preços e de divisão de mercados as condutas mais gravosas à concorrência (SILVEIRA, 2021, p. 67).

Nesse sentido, os acordos de fixação salarial e acordos de não contratação de trabalhadores são vistos como formas típicas de conluio entre concorrentes diretos no mercado de trabalho (CADE, 2021, p. 17). Dessa forma, essas condutas são consideradas ilícitas por objeto anticompetitivo, sujeitas à análise por meio da regra *per se* (CADE, 2021, pp. 18-19).

Adicionalmente, Triplett esclarece que um acordo de não contratação horizontal pode incluir empresas verticalmente relacionadas em determinados mercados dimensão produto/serviço, dado que também são concorrentes no mesmo mercado de trabalho (TRIPLETT, 2019, p. 457).

Não obstante, Paulo Burnier explica que nem todo acordo entre concorrentes diretos será uma prática colusiva, sendo necessário observar qual é o objeto da conduta (SILVEIRA, 2021, p. 67).

De modo similar, a doutrina antitruste norte-americana prevê que é possível que os acordos de não contratação horizontais sejam subdivididos entre restrições puras à concorrência e restrições acessórias a um negócio principal (IADEVAIA, 2020, p. 176). Na primeira hipótese, o objetivo da conduta é causar prejuízos à concorrência, trata-se de uma restrição pura e sem justificativas à concorrência. Enquanto as restrições acessórias, apesar de serem restrições horizontais à concorrência, podem ser justificadas quando estiverem diretamente associadas a um negócio legítimo principal. Esse conceito foi inicialmente desenvolvido em um julgado estadunidense de 1898 (*Addyston Pipe case*), e desde então vem sendo aprimorado e utilizado

em alguns casos como uma exceção à perspectiva de que os acordos horizontais são sempre danosos à concorrência.

Não obstante, Iadevaia ressalta que não é o simples fato de um acordo de não contratação estar inserido no âmbito de um acordo principal e acompanhado de outras cláusulas que o torna uma restrição acessória (IADEVAIA, 2020, p. 177).

Dessa forma, ao se considerar os efeitos horizontais à concorrência ocasionados no mercado de trabalho pelo acordo de não contratação, seria necessário analisar se, mesmo estando verticalmente posicionado com relação ao mercado dimensão produto/serviço, o acordo consiste em uma restrição pura à concorrência ou se a restrição está associada a uma colaboração legítima entre concorrentes, verificando se o acordo contribui para viabilizar a colaboração e para promover os efeitos pró-competitivos da colaboração.

### **3.2.1. Acordos de não contratação horizontais como restrições puras à concorrência (*naked no-poach agreements*)**

Embora restrições puras à concorrência também possam ser observadas em acordos verticais em geral, Anderson explica que o DOJ tem defendido que acordos de não contratação como restrições puras à concorrência são um tipo de acordo horizontal de divisão de mercado (ANDERSON, 2021, p. 1126). Em adição, observa-se que o passo a passo da análise concorrencial dos acordos de não contratação também tem entendido que as restrições puras à concorrência estão abrangidas dentro do tipo horizontal do acordo (ANDERSON, 2021, pp. 1124-1125).

Conforme explica o DOJ e a FTC, um acordo de não contratação será considerado uma restrição pura à concorrência quando independente ou quando não for razoavelmente necessário para uma colaboração legítima maior entre os empregadores (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3). Nesse caso, em função da gravidade da conduta, não é necessário haver qualquer investigação adicional sobre os efeitos anticompetitivos gerados no mercado de trabalho, a ilicitude é presumida (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3).

Nas palavras de Bensal et al, um acordo de não contratação é uma restrição pura à concorrência quando não há qualquer outro propósito para a restrição senão restringir a concorrência (BENSAL et al, 2020, p. 4). Na mesma linha, Michael Iadevaia explica que acordos horizontais são considerados como restrições puras à concorrência quando não possuem qualquer propósito legítimo (IADEVAIA, 2020, p. 158). Isto é, quando os acordos de

não contratação não visam a promoção de eficiências pró-competitivas além da restrição à concorrência.

Como bem notado por Iadevaia, os acordos de não contratação podem ser previstos como um acordo único para esse fim, como também podem estar inseridos em um acordo maior com outras cláusulas (IADEVAIA, 2020, p. 177). Ou seja, não é o simples fato de estar inserido no contexto de um acordo diverso que impossibilita que seja considerado como uma restrição pura à concorrência. Portanto, se o acordo de não contratação não for necessário para viabilizar o acordo principal, ele pode vir a ser considerado uma restrição pura à concorrência.

Adicionalmente, Michael Iadevaia reforça que os acordos horizontais podem ser considerados como restrições puras à concorrência mesmo que possuam em tese um propósito legítimo se não forem estritamente adaptados aos objetivos que visam alcançar (IADEVAIA, 2020, p. 158). Isto é, são restrições puras à concorrência quando o escopo for muito amplo e abrangente, não sendo razoável ao propósito legítimo inicialmente visado.

O autor alerta que qualquer entendimento contrário sugeriria que diversas condutas anticompetitivas poderiam ser agrupadas em um contrato principal em tese pró-competitivo a fim de garantir um tratamento mais brando por meio da regra da razão (IADEVAIA, 2020, p. 176).

Como exemplo de acordos de não contratação como restrições puras à concorrência, pode-se mencionar os acordos da eBay e Intuit<sup>66</sup> e no caso *Railway Industry No Poach Antitrust Litigation*<sup>67</sup>, nos quais se argumentou que os acordos de não contratação seriam uma restrição acessória à colaboração entre os empregadores. No entanto, em nenhum dos casos as alegações incluíram detalhes (i) da existência de uma colaboração legítima pró-competitiva entre os empregadores; e (ii) detalhes demonstrando como o acordo de não contratação era razoavelmente necessário para a colaboração pró-competitiva, conforme relata a District Court

---

<sup>66</sup> ESTADOS UNIDOS (EUA). NORTHERN DISTRICT COURT OF CALIFORNIA. *State of California v. Ebay Inc.*, Case No.: 5:12-CV-05874-EJD (N.D. Cal. Aug. 29, 2014). Disponível em: <https://casetext.com/case/california-v-ebay-1>. Acesso em 18/09/2023. No caso eBay, o tribunal entendeu que se tratava de um acordo horizontal de divisão de mercado. No entanto, as rés alegaram que o acordo de não solicitação e não contratação era acessório a um propósito pró-competitivo de um negócio legítimo, pois as conversas entre os executivos da eBay e Scott Cook, criador da Intuit, teriam ocorrido supostamente no âmbito das atividades de Scott Cook no Conselho de Diretores da eBay, do qual também fazia parte.

<sup>67</sup> ESTADOS UNIDOS (EUA). NORTHERN DISTRICT COURT OF CALIFORNIA. *In re High-Tech Employee Antitrust Litigation*, 856 F. Supp. 2d 1103, 2012 Trade Case. (CCH) 77866 (N.D. Cal. 2012). Disponível em: <https://casetext.com/case/in-re-hightech-emp-antitrust-litig>. Acesso em 18/09/2023.

de Nova York no caso *Giordano v. Saks*<sup>68</sup>, que será tratado em maior detalhe no próximo Capítulo.

Logo, conclui-se que a restrição pura à concorrência é similar à infração por objeto anticompetitivo prevista na legislação brasileira e europeia, uma vez que a própria razão de ser da restrição é reduzir a concorrência<sup>69</sup>.

### **3.2.2. Acordos de não contratação horizontais como restrições acessórias à concorrência (*ancillary restraints*)**

Em contraposição aos acordos de não contratação horizontais que configuram restrições puras à concorrência, é possível que existam casos em que os acordos em referência sejam considerados como acordos acessórios a negócios legítimos entre concorrentes, sendo as restrições à mobilidade dos trabalhadores necessárias à concretização do negócio principal e para a promoção de seus efeitos pró-competitivos.

Segundo Polden, em interpretação às considerações do DOJ, para que uma restrição à concorrência seja considerada acessória, é necessário que a restrição à concorrência seja subordinada e colateral a uma transação legítima independente (POLDEN, 2020, p. 600). Além disso, a restrição deve ser razoavelmente necessária para fazer a transação principal mais efetiva em alcançar seus propósitos (POLDEN, 2020, p. 600). Em síntese, o cerne da questão seria se a restrição ocorreu como parte de uma transação cujo propósito principal é pró-competitivo (POLDEN, 2020, pp. 600-601).

No mesmo sentido, Michael Iadevaia entende que “um acordo pode ser acessório se é essencialmente parte de um acordo mais amplo que seja, de outro modo, pró-competitivo” (IADEVAIA, 2020, p. 176). O autor acrescenta ainda que a restrição deve ser razoavelmente necessária ao propósito legítimo do acordo principal (IADEVAIA, 2020, p. 176). O entendimento geral é de que um acordo é acessório se faz parte de um empreendimento mais amplo, em que a restrição ajuda a promover o sucesso do negócio principal (IADEVAIA, 2020, p. 158; EUA, 2023, p. 17).

---

<sup>68</sup> ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF NEW YORK. Case 20-CV-833. Partes: Susan Giordano, Angelene Hayes, Ying-Liang Wang, and Anja Beachum v. Saks Incorporated, Saks & Company llc, Saks Fifth Avenue llc, Louis Vuitton Usa llc, Loro Piana & C. Inc., Gucci America, Inc., Prada USA Corp., and Brunello Cuccinelli USA, Inc.. Processo Instaurado em 14/02/2020. Data de julgamento: 31/01/2023, p. 18. Disponível em <https://casetext.com/case/giordano-v-saks-inc>. Acesso em 25 de setembro de 2023.

<sup>69</sup> Importante observar, contudo, que já houve ocasião em que uma infração por objeto, a qual possui presunção relativa de ilicitude, teve a sua ilicitude afastada por ter demonstrado ser “acessória a outro objeto lícito e razoável” (FRAZÃO, 2017, p. 293).

Dessa forma, o acordo de não contratação será uma restrição acessória quando contribui para viabilizar o acordo principal, sendo a restrição de não contratação necessária para alcançar os efeitos pró-competitivos que o acordo principal promove.

Conforme explica Hovenkamp, as restrições devem ser avaliadas no mercado relevante em que ocorrem (OCDE, 2019, p. 4). Nesse sentido, Polden explica que não se trata de uma análise para verificar efeitos pró-competitivos no mercado do produto, mas sim de apurar se os efeitos pró-competitivos são gerados no mercado de trabalho onde a restrição ocorre efetivamente (POLDEN, 2020, pp. 607-608).

Embora a definição de restrições acessórias a negócios principais seja realizada caso a caso, certo é que existem acordos de não contratação em que a doutrina concorrencial e a jurisprudência, inclusive brasileira, reconhecem como legítimos, em consonância aos requisitos de limitação de escopo, geográfica e temporal. A exemplo disso, tem-se os acordos decorrentes de operações de fusão e aquisição.

No caso *Eichorn v. AT&T*<sup>70</sup>, consolidou-se o entendimento de que as restrições de não contratação em operações de fusão e aquisição poderiam ser legítimas para a realização do negócio. Tratava-se uma operação de desinvestimento, em que a empresa e suas antigas afiliadas não iriam contratar uma das outras empregados de determinado nível salarial durante oito meses (MUNHOZ, GUIMARÃES, COUTO, 2022, p. 125). Na ocasião, entendeu-se que a restrição era acessória à venda do negócio e justificável à luz da regra da razão por ser razoável em escopo e duração (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 4 *apud* MUNHOZ, GUIMARÃES, COUTO, 2022, p. 115).

Da mesma forma, no Brasil, o CADE também entende pela legitimidade de algumas restrições diretas à concorrência no caso da alienação de empresas, estabelecimentos ou fundos de comércio.

Os acordos de não contratação podem ser permitidos entre contratantes durante alienações de empresas, desde que essas restrições estejam diretamente relacionadas à transação e sejam estritamente necessárias para sua realização (CADE, 2021, p. 21). A jurisprudência do CADE exige que as cláusulas de não concorrência sejam material, temporal e geograficamente proporcionais ao negócio alienado (CADE, 2021, p. 21).

Com fundamento no art. 1.147 do Código Civil<sup>71</sup>, o CADE explica que:

---

<sup>70</sup> ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES COURT OF APPEALS. Third Circuit. Case No. 99-5791. *Eichorn v. AT&T Corp.* Decided Apr 23, 2001. Judges: Scirica and Ambro (circuit judges) and Pollak (district judge). Disponível em: <https://casetext.com/case/eichorn-v-at-t-corp>. Acesso em: 14 set. 2023.

<sup>71</sup> “Art. 1.147 Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência”.



“A ideia aqui é que o contrato implica a transferência de um negócio e a sua capacidade de atrair clientela, algo diretamente relacionado com o coletivo de empregados vinculados à iniciativa empresarial transferida e a forma como ele foi organizado. Permitir que o alienante concorresse pelos talentos como adquirente significaria esvaziar parte substancial do conteúdo do contrato.” (CADE, 2021, p. 21).

Dessa forma, os requisitos colocados pelo CADE visam proteger o valor do ativo em questão, ao mesmo tempo em que garantem que a concorrência no mercado não seja prejudicada desnecessariamente.

Em vista disso, entende-se que acordos de não contratação horizontais que são restrições acessórias podem vir a ser analisadas por meio da regra da razão, uma vez que são necessários para o alcance dos efeitos pró-competitivos decorrente da colaboração entre as partes.

### **3.3. Acordos de não contratação verticais**

Em meio ao desenvolvimento da análise concorrencial de acordos de não contratação nos Estados Unidos, deparou-se com a existência de possíveis acordos de não contratação verticais no mercado dimensão trabalho. No entanto, a análise de tais acordos ainda não foi uniformizada na jurisprudência estadunidense em função dos efeitos horizontais gerados por tais acordos.

Teoricamente, um acordo seria considerado vertical no caso em que as empresas não são concorrentes no mercado de trabalho, mas estão verticalmente relacionadas em sua indústria, e seria, portanto, sujeito à regra da razão (POLDEN, 2020, p. 602).

Conforme exemplifica Hafiz, empregadores no mercado do produto a montante utilizam acordos de não solicitação e não contratação em contratos verticais com distribuidores ou varejistas que restringem a contratação por parte de empresas a jusante, o que limita a concorrência por mão de obra e, conseqüentemente, suprime os salários dos trabalhadores a jusante (HAFIZ, 2022, pp. 61-62).

Para melhor ilustrar esse cenário, confira na figura a seguir:

#### **Figura 4 – Acordos de Não Contratação Verticais**



Fonte: Elaboração Própria

No que diz respeito aos efeitos dos acordos de não contratação, as restrições devem ser avaliadas no mercado relevante em que ocorrem (OCDE, 2019, p. 4), de modo que não deveria ser uma análise para verificar efeitos pró-competitivos no mercado do produto, mas sim de apurar os supostos efeitos pró-competitivos gerados no mercado de trabalho onde a restrição ocorre efetivamente (POLDEN, 2020, pp. 607-608).

Dessa forma, algumas “condutas podem ser consideradas como de natureza vertical e serem justificadas por razões pró-competitivas, como a proteção de know-how, de investimento, de treinamento, além de prevenir o efeito carona.” (CADE, 2021, p. 19).

Não obstante, há aqueles que ressaltem os efeitos pró-competitivos no mercado do produto como suficientes para caracterizar a verticalidade do acordo. São por exemplo argumentos de que haveria um aumento na concorrência intermarca, aumento na produção no mercado do produto, entre outros (POLDEN, 2020, pp. 607-608).

Até o momento, a existência de acordos de não contratação verticais foi defendida sobretudo em casos das redes de franquia. No entanto, a questão ainda é controversa em função dos efeitos horizontais gerados no mercado de trabalho a jusante. Conforme exemplifica Fernanda Martins, ao se referir à discussão dos acordos das redes de franquia:

“os acordos podem, então, ser considerados verticais, por tratarem da relação franqueado e franqueador. No entanto, podem também ser interpretados como restrições horizontais, situação em que as eficiências pró-competitivas ficam “prejudicadas”. Nessa perspectiva, a regra per se não é completamente descartada no caso de *no-poaching agreements* no âmbito das franquias.” (MARTINS, 2021, p. 326).

### 3.3.1. Acordos de não contratação verticais com efeitos horizontais

Os acordos de não contratação também geram dúvidas quanto ao tipo quando estabelecidos em acordos verticais em relação ao mercado dimensão trabalho. Isso porque, ao

mesmo tempo que estão previstos no âmbito de uma relação vertical no próprio mercado dimensão de trabalho, podem gerar efeitos horizontais, diretos à concorrência no mercado.

Embora os acordos de não contratação verticais sejam previstos entre partes que não são concorrentes no mercado dimensão trabalho, os acordos têm o potencial de suprimir a concorrência entre empregadores que concorrem diretamente no mercado a jusante, motivo pelo qual deveriam ser classificados como acordos horizontais em vez de verticais (STURM, 2022, p. 4)<sup>72</sup>. De acordo com Polden, ainda que seja uma restrição vertical, ela é implementada em benefício dos empregadores do mercado a jusante que possuem um relacionamento horizontal entre si (POLDEN, 2020, p. 601).

Além disso, alguns autores acrescentam que acordos de não contratação demandam *enforcement* em nível horizontal (CAPOBIANCO, 2019, p. 441; EDGAR, 2021, p. 1583)<sup>73</sup>. Capobianco explica que se não houver cooperação entre os concorrentes no mercado de trabalho a jusante, o acordo de não contratação vertical tem pouco efeito prático (CAPOBIANCO, 2019, p. 441). É necessário que os outros empregadores concorrentes cumpram os respectivos acordos de não contratação verticais deixando de contratar o funcionário dos outros concorrentes, isto é, executando o acordo horizontalmente (CAPOBIANCO, 2019, p. 441). Por esse motivo, essa restrição vertical no mercado de trabalho seria diferente de uma restrição vertical no mercado dimensão produto/serviço, conforme esclarece Capobianco:

“enquanto um varejista possa ser legalmente obrigado a seguir determinado controle vertical de preços por parte de um distribuidor, o varejista não tem obrigação horizontal inerente de cumprimento em relação a um concorrente que vende o mesmo produto.”<sup>74</sup> (CAPOBIANCO, 2019, p. 441).

Tendo em vista que a distinção entre horizontal e vertical é relevante somente na medida em que ajuda a identificar os efeitos à concorrência (IADEVAIA, 2020, pp. 175-176; EDGAR, 2021, p. 1583), Iadevaia entende que, na medida em que o acordo de não contratação faça parte de uma restrição vertical e, ao mesmo tempo possua efeitos horizontais no mercado de trabalho, ele pode estar sujeito à análise por meio da regra *per se* caso seja considerado uma restrição pura à concorrência (IADEVAIA, 2020, p. 176).

---

<sup>72</sup> Sturm, Michael L. "Franchise Anti-Poaching Provisions: After Four Years, What Have We Learned?." Franchise Lawyer, vol. 25, no. 1, Winter 2022, pp. 3-7. HeinOnline.

<sup>73</sup> CAPOBIANCO, John A. "In Restraint of Wages: The Implications of No-Poaching Agreements." Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy, vol. 33, no. 2, 2019, pp. 419-452. HeinOnline

<sup>74</sup> Tradução livre: “[...] while a retailer may be legally required to follow certain vertical price controls by a distributor, the retailer has no inherent horizontal enforcement obligations to a competitor retailer that sells the same product.”

Além disso, acordos verticais com a produção de efeitos horizontais suscitaram o surgimento de argumentos de que os acordos de não contratação verticais seriam, na verdade, conspirações do tipo “*hub-and-spoke*”. Uma coordenação do tipo *hub-and-spoke* envolve uma rede de acordos verticais que são utilizados para viabilizar ou facilitar uma restrição à concorrência a nível horizontal, similar a um acordo horizontal (EDGAR, 2021, p. 1584). Em analogia à roda de uma bicicleta, um agente econômico verticalmente posicionado seria o “*hub*”, o centro do acordo, e utilizaria as relações verticais com outros agentes da cadeia produtiva, os “*spokes*” (raios) para possibilitar a colusão horizontal, que seria o aro da roda (“*rim*”), conectando os agentes que concorrem entre si (ISHIHARA, 2020, p. 178)<sup>75</sup>.

Em referência aos acordos de não contratação utilizados por redes de franquia, Molly Edgar defende que, mesmo que haja relutância em caracterizar os acordos de não contratação verticalmente posicionados como puramente horizontais, é possível que eles sejam caracterizados como conspirações *hub-and-spoke* (EDGAR, 2021, p. 1584). Embora os acordos sejam verticais, a autora explica que a cláusula de não solicitação e não contratação não rege a relação vertical entre as partes do acordo, mas sim a atividade de concorrentes, sendo executada a nível horizontal (EDGAR, 2021, p. 1584).

Em vista disso, os acordos de não contratação verticais com efeitos horizontais podem ser ilustrados da seguinte forma:

**Figura 5 – Acordos de Não Contratação Verticais com Efeitos Horizontais**



Fonte: Elaboração Própria

Logo, os autores que defendem essa posição entendem que os acordos de não contratação deveriam ser analisados por meio da regra *per se*, independentemente do elemento vertical, em função dos efeitos horizontais ocasionados ao mercado de trabalho.

<sup>75</sup> ISHIHARA, Júlia Namie M. P. Parâmetros de Análise do Cartel Hub-and-Spoke no Direito Brasileiro. Revista de Direito da Concorrência, Vol. 8, n° 2. Dezembro 2020, pp. 177-207.

#### **4. A DISCUSSÃO SOBRE ACORDOS DE NÃO CONTRATAÇÃO COM ELEMENTOS VERTICAIS: UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA NO ÂMBITO DE REDES DE FRANQUIA, DE EMPRESAS DE TERCEIRIZAÇÃO E DE LOJAS DE DEPARTAMENTO, E DA BREVE DISCUSSÃO SOBRE O ASSUNTO NO BRASIL**

Como visto, os acordos de não contratação de trabalhadores têm sido objeto de análise pelas agências antitruste ao redor do mundo há mais de uma década. No entanto, ao longo do desenvolvimento do instrumental de defesa da concorrência nos mercados de trabalho, os tribunais estadunidenses têm se deparado com um impasse referente à metodologia de análise antitruste a ser aplicada (MARTINS, 2022, p. 325). Esse impasse ocorre em especial pela dificuldade em determinar os tipos de acordo de não contratação e os efeitos deles decorrentes quando apresentam elementos verticais e horizontais em sua composição.

Tendo em vista que a definição dos tipos de acordos de não contratação é relevante para ajudar a identificar os efeitos à concorrência decorrentes do acordo (AREEDA, HOVENKAMP, 2020, p. 1503 *apud* EDGAR, 2021, p. 1583; IADEVAIA, 2020, pp. 175-176), a presença de elementos verticais poderia suscitar argumentos acerca da existência de potenciais justificativas para as restrições (TRIPLETT, 2019, pp. 393-394), tal como supostos efeitos pró-competitivos provenientes da restrição.

Conforme esclarece Amanda Triplett, a distinção entre acordos de não contratação horizontais e verticais é importante, tendo em vista que acordos verticais em geral ensejam uma análise mais branda da regra da razão em função das possíveis eficiências pró-competitivas geradas (TRIPLETT, 2019, p. 394). Em consonância ao exposto no Capítulo anterior, acordos de não contratação entre concorrentes acessórios a negócios legítimos entre as partes estão sujeitos à análise por meio da regra da razão, assim como os acordos de não contratação verticais (POSNER, VOLPIN, p. 2).

Ocorre que a dificuldade na análise está nas implicações horizontais dos acordos de não contratação, uma vez que não é possível saber se há de fato efeitos pró-competitivos decorrentes da conduta ou se as restrições em sua grande maioria não possuem atributos que promovem a concorrência (POLDEN, 2020, pp. 601-602).

O que se tem observado é que a mera existência de acordos de não contratação no contexto de um acordo vertical no mercado dimensão produto/serviço não o torna pró-competitivo automaticamente.

Conforme visto, um acordo de não contratação horizontal pode incluir empresas verticalmente relacionadas em determinados mercados dimensão produto/serviço, dado que também são concorrentes no mesmo mercado de trabalho (TRIPLETT, 2019, p. 457), sendo infrações concorrenciais independentemente de haver relação de concorrência entre as partes no mercado dimensão produto/serviço.

Além disso, Iadevaia ressalta que não é o simples fato de um acordo de não contratação estar inserido no âmbito de um acordo principal e acompanhado de outras cláusulas que o torna uma restrição acessória, por exemplo (IADEVAIA, 2020, p. 177). Similarmente, mesmo que o acordo de não contratação esteja previsto no âmbito de uma restrição vertical ao mercado de trabalho, há aqueles que defendam que ele ainda poderia ser considerado como uma restrição pura à concorrência porque gera efeitos horizontais no mercado de trabalho (IADEVAIA, 2020, p. 176).

Por sua vez, no que diz respeito aos efeitos pró-competitivos alegados no âmbito de acordos com elementos verticais e horizontais, tem-se que as restrições devem ser avaliadas no mercado relevante em que ocorrem (OCDE, 2019, p. 4). Assim, Polden ressalta que não se trata de uma análise para verificar efeitos pró-competitivos no mercado do produto, mas sim de apurar se os efeitos pró-competitivos são gerados no mercado de trabalho onde a restrição ocorre efetivamente (POLDEN, 2020, pp. 607-608).

De acordo com Alexander e Salop, uma restrição que configura um ilícito *per se* em geral somente se qualificaria como uma restrição acessória quando os objetivos pró-competitivos da colaboração são direcionados ao mercado em que a restrição se dá (ALEXANDER, SALOP, 2023, p. 289). Dessa forma, os autores entendem que uma restrição aos trabalhadores somente deve ser considerada acessória se o acordo beneficia de forma plausível os trabalhadores (ALEXANDER, SALOP, p. 313).

Não obstante tais considerações, tem-se observado uma contradição nos julgados no momento de se determinar o tipo de acordo de não contratação em função da suposta existência de efeitos pró-competitivos quando o elemento vertical está presente. A exemplo disso, ressaltam-se as discussões sobre a existência de elementos verticais e horizontais em acordos de não contratação no âmbito dos acordos das redes de franquias, agências de recrutamento e seleção e lojas de departamento de luxo (POSNER, VOLPIN, 2023, pp. 2-3)<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> No artigo “*No-poach agreements: an overview of EU and national case law*”, os autores também citam que o tipo de restrição acessória também foi suscitado no âmbito de acordos de não contratação em um julgado envolvendo um empréstimo entre empregado e empregador. Tendo em vista que se trata de uma situação bastante

Com base nesse contexto, cumpre analisar em que medida os tribunais estadunidenses têm diferenciado e considerado os acordos de não contratação como restrições acessórias à concorrência ou como acordos verticais em função dos supostos efeitos pró-competitivos alegados.

Por esse motivo, o presente trabalho visa analisar a discussão sobre a existência de elementos horizontais e verticais nos Estados Unidos em acordos de não contratação de trabalhadores em redes de franquia, empresas de terceirização de mão de obra e lojas de departamento de luxo, verificando os efeitos à concorrência considerados em cada situação.

Além disso, embora não tenha nenhuma condenação de acordos de não contratação até o momento ou qualquer pronunciamento oficial sobre o tema pelo CADE, entende-se importante verificar as breves considerações realizadas pelo CADE sobre acordos de não contratação com elementos verticais no Brasil no *Caso MedTech* e no âmbito do controle de estruturas.

#### **4.1. Acordos de Não Contratação em Redes de Franquia**

Com o desenvolvimento das investigações contra condutas anticompetitivas no mercado de trabalho, descobriu-se que diversos casos envolvem acordos de não contratação usados por franquias.

Em uma rede de franquia, uma única franqueadora celebra acordos contratuais com vários franqueados locais para distribuir o produto da franqueadora e aproveitar a marca registrada e outras propriedades intelectuais da franqueadora (OCDE, 2019, p. 10). Como exemplo, tem-se a rede de franquias do McDonald's.

Collin explica que um modelo de negócio em formato de franquia impõe diversas obrigações calculadas para prevenir em avanço e proteger a reputação da marca do franqueador (COLLIN, 2021, p. 148)<sup>77</sup>. No modelo de negócios de franquia, o franqueador vende o modo de fazer negócios para os seus franqueados (COLLIN, 2021, p. 152). Portanto, a franquia inclui não só o produto, serviço e a marca, mas também todo o formato de negócio em si – a estratégia de marketing, operação de manuais e padrões da franquia, controle de qualidade, além de incluir fornecimento e inspeções (COLLIN, 2021, p. 152). Em síntese, todo o modelo de negócio

---

específica, o presente trabalho teve como foco casos em comum nos Estados Unidos em que havia a existência de elementos horizontais e verticais no contexto dos acordos de não contratação de trabalhadores. Por esse motivo, o referido caso não será detalhado na presente ocasião.

<sup>77</sup> COLLIN, Thomas J. No-Hire Clauses – Ancillary Restraints for Protection of Brand Goodwill. *Franchise Law Journal*, vol. 41, n. 1, outono de 2021, pp. 143-171.

vendido e o sucesso das redes de franquia depende justamente da reputação da marca (COLLIN, 2021, p. 148)<sup>78</sup>.

Dessa forma, a rede de franquia é tipicamente organizada por uma corporação (a franqueadora), que concede licenças de propriedade intelectual e muitas vezes aluga propriedades, além de vender suprimentos e serviços, para empresas independentes (os franqueados), que prestam um serviço comercial comum aos clientes (POSNER, VOLPIN, 2023, p. 2). Nesse sentido, a franqueadora controla o sistema, mas os franqueados individuais são propriedades separadas da franqueadora e operados como pequenas empresas independentes (HOVENKAMP, 2021, p. 2).

Em retorno pela concessão da licença de uso da marca e participação na rede de franquias, o licenciado deve adequar sua conduta aos requisitos do franqueador para o uso da marca (por ex.: cumprimento das cláusulas de não contratação) (COLLIN, 2021, p. 149).

Em adição às modalidades de acordo de não contratação vistas anteriormente (como acordo de não solicitação/não aliciamento ou acordo de não contratação), os autores Piper e Ruda acrescentam que a obrigação de não contratação de funcionários em contratos de franquia pode apresentar variações como ser: (i) unilateral/multilateral (se a obrigação se aplica tanto ao franqueador quanto ao franqueado ou a somente uma das partes); (ii) pelo tipo de funcionário (se é do nível gerencial ou qualquer empregado); (iii) pelo tipo de franquia (se é qualquer franquia da rede ou somente as franquias controladas pelo franqueador); (iv) limitada temporal e geograficamente (se se aplica somente durante o contrato de trabalho ou se há a extensão por período posterior ao fim do contrato; e em qualquer lugar ou dentro de um raio específico); e (v) pela forma de execução da cláusula (se somente pode ser executada pelo franqueador ou por terceiros beneficiários do acordo) (PIPER, RUDA, 2018, p. 186)<sup>79</sup>.

Outro aspecto importante ressaltado pela autoridade de defesa da concorrência portuguesa foi a abrangência de acordos de não contratação entre diversas marcas dentro de uma mesma rede de franquia. Conforme observa a AdC, algumas redes de franquia detêm mais do que uma marca (por ex.: a Yum! Brands, Inc., controlava e operava as marcas KFC, Taco Bell, Pizza Hut e Habit Burger Grill em 2021) (ADC, 2021, p. 32). Neste contexto, uma cláusula

---

<sup>78</sup> Collin acrescenta ainda outros tipos de modelo de negócio de franquia, denominados de “franquia-produto”, como franquias automobilísticas e postos de gasolina (COLLIN, 2021, p. 153). Nesses casos, o próprio franqueador produz os bens e o franqueado somente promove a venda desses produtos (COLLIN, 2021, p. 153). O modelo de negócio de franquia principal se diferencia porque, naquele caso, a reputação da marca é proveniente da operação individual dos franqueados para produzir e vender o produto e depende da uniformidade da operação e entrega dos produtos com qualidade consistente (COLLIN, 2021, p. 154).

<sup>79</sup> Piper, Josh M., and Erik Ruda. "Employee No-Poaching Clauses in Franchise Agreements: An Assessment in Light of Recent Developments." *Franchise Law Journal*, vol. 38, no. 2, Fall 2018, pp. 185-206. HeinOnline.



de não contratação no âmbito de uma rede de franquia poderia abranger diferentes marcas de uma mesma rede.

#### **4.1.1. Perspectivas e debates na doutrina sobre os elementos verticais no âmbito das redes de franquia**

Polden explica que a razão predominante para entender os acordos de não contratação das redes de franquia como acordos verticais é o fato de que as partes relacionadas verticalmente têm interesses alinhados em maximizar as vendas por meio da cooperação e, em certa medida, uma subordinação de seus respectivos interesses próprios para alcançar as vendas, e esse fator demandaria a aplicação da regra da razão (POLDEN, 2020, p. 602). No entanto, o autor provoca

“nesses casos, as restrições ocorrem em um único mercado, o mercado intramarca, e não em dois mercados. No contexto das relações de franquia, **os franqueados e a franqueadora têm um interesse comum no produto da franquia (por exemplo, hambúrgueres para franquias de fast food), mas esse produto não é fungível ou intercambiável com os funcionários que preparam os hambúrgueres; os mercados de hambúrgueres e funcionários são distintos.**”<sup>80</sup> (POLDEN, 2020, p. 602) (Grifos nossos)

Ou seja, embora a restrição vertical seja decorrente da relação entre franqueador e franqueado no mercado do produto, deve-se lembrar que os acordos de não contratação fazem referência ao mercado de trabalho, de modo que pouco importa se as partes estão relacionadas verticalmente se os efeitos pró-competitivos não são observados nele.

Polden continua a explicar que, nessas situações, a intenção do franqueado é aumentar a competitividade intermarca no preço no mercado do seu produto (por ex.: mercado de produção de hambúrgueres fast food, em que McDonald's e Burger King são marcas concorrentes) ao restringir a concorrência em um mercado distinto (por ex.: trabalhadores que fazem hambúrgueres) e, a partir disso, possibilitam que os franqueados eliminem a concorrência no mercado de trabalho (POLDEN, 2020, p. 604).

A partir dessa perspectiva, cumpre analisar o que alguns autores entendem da existência de elementos horizontais e verticais no âmbito dos acordos de não contratação das redes de franquia, ressaltando-se, sobretudo, as diferenças entre os efeitos pró-competitivos e anticompetitivos verificados.

---

<sup>80</sup> Tradução livre: “in those cases the restraints occur in a single market, the intra-brand market, and not in two markets. In the context of franchise relationships, the franchisees and franchisor have a common interest in the franchise product (e.g., hamburgers for fast food franchises) but that product is not fungible or interchangeable with the employees who make the burgers; the markets for hamburgers and employees are distinct.”

Com relação aos efeitos pró-competitivos ressaltados, pode-se dividir, de um lado, argumentos associados ao mercado do produto (ex.: o incremento à competição intermarca, aumento da produtividade no mercado do produto e redução nos preços para consumidores), e, de outro lado, argumentos relacionados em tese ao mercado de trabalho (ex.: proteção aos investimentos e prevenção do efeito carona entre franquias)<sup>81</sup>.

No que diz respeito aos efeitos no mercado do produto, tem-se argumentos acerca da competição intramarca e intermarca. As franqueadoras em geral argumentam que a restrição à mobilidade dos trabalhadores é pró-competitiva porque gera uma melhoria à marca da franquia (IADEVAIA, 2020, p. 174). A partir da melhoria da marca em si, isso também acarretaria um incremento à competição intermarcas (IADEVAIA, 2020, p. 174).

Collin argumenta que os efeitos pró-competitivos das restrições decorrentes de um acordo de licenciamento de marca são os mesmos seja em modelos de negócio de fornecedores e distribuidores, seja no modelo de negócio de franquias (COLLIN, 2021, p. 154). Dessa forma, as restrições teriam a capacidade de reforçar o marketing e a venda de produtos ou serviços contra concorrentes intermarca (COLLIN, 2021, p. 154). Além disso, as restrições à mobilidade dos empregados teriam em tese o potencial de reduzir os preços aos consumidores pela redução na concorrência entre empregadores (IADEVAIA, 2020, p. 175).

Por sua vez, quanto aos argumentos relacionados ao mercado de trabalho em si, as franqueadoras argumentam que as cláusulas de não contratação ajudam a proteger os investimentos realizados em treinamento e capacitação de funcionários e, conseqüentemente, previne o efeito carona entre franquias. A teoria seria a de que uma franquia poderia se aproveitar dos custos despendidos em treinamento e capacitação por outra franquia ao contratar funcionários já treinados, configurando o efeito carona (IADEVAIA, 2020, p. 174). Como resultado, isso poderia reduzir os treinamentos realizados pela franquia (IADEVAIA, 2020, p. 174). Logo, as cláusulas de não contratação impediriam as franquias de tirar vantagens dos treinamentos fornecidos por outras (efeito carona) e possibilitariam que cada franquia retenha os investimentos realizados nos funcionários (IADEVAIA, 2020, p. 174).

Por outro lado, há autores mais críticos à prevalência da natureza vertical dos acordos de não contratação nas redes de franquia.

Embora os acordos de não contratação verticais sejam previstos entre partes que não são concorrentes no mercado dimensão trabalho, os acordos têm o potencial de suprimir a

---

<sup>81</sup> Conforme destacado no tópico sobre os acordos de não contratação verticais, também se observa nas redes de franquia argumentos com relação à existência de efeitos pró-competitivos relacionados à proteção de ativos intangíveis da empresa, como a proteção de segredos de negócio e know-how.

concorrência entre empregadores que concorrem diretamente no mercado a jusante, motivo pelo qual deveriam ser classificados como acordos horizontais em vez de verticais (STURM, 2022, p. 4). Segundo Polden, a restrição de não contratar é implementada em benefício dos empregadores do mercado a jusante que possuem um relacionamento horizontal entre si, ainda que seja uma restrição vertical no mercado de trabalho (POLDEN, 2020, p. 601).

De acordo com Hafiz,

“[a]cordos de não concorrência podem agravar os efeitos aos salários a jusante ao fortalecer o poder de franqueadores e franqueados individuais de impor salários sobre os trabalhadores a jusante. **Essas cláusulas [de não contratação] funcionam como um incentivo para franqueados, indicando que eles podem reduzir custos trabalhistas que podem ser calculados em seus retornos esperados na franquia.**”<sup>82</sup> (HAFIZ, 2022, p. 61) (grifos nossos).

Além disso, conforme mencionado anteriormente, entende-se que acordos de não contratação demandam *enforcement* em nível horizontal (CAPOBIANCO, 2019, p. 441; EDGAR, 2021, p. 1583). É necessário que os outros empregadores concorrentes cumpram os respectivos acordos de não contratação verticais deixando de contratar o funcionário dos outros concorrentes, isto é, executando o acordo horizontalmente (CAPOBIANCO, 2019, p. 441).

O professor Hebert Hovenkamp, por exemplo, defende que esses acordos previstos no âmbito das redes de franquia consistem, na verdade, em cartéis *hub-and-spokes*, em que o único motivo para existir seria para que as franquias ficassem livres da concorrência na demanda por funcionários (HOVENKAMP, 2021, p. 3). Para sustentar esse entendimento, Hovenkamp explica que seriam acordos de não contratação entre um grupo de concorrentes horizontais (franqueados) gerenciados por um fornecedor em comum (franqueadora) ou outro parceiro comercial (HOVENKAMP, 2021, p. 3).

De modo similar e em contraposição ao entendimento do DOJ, Polden entende que não haveria diferença entre os efeitos horizontais dos acordos de não contratação seja quando o franqueador detém franquias próprias seja quando não detém. De acordo com o autor, nos casos em que o franqueador não detém franquias próprias (ou seja, está posicionado verticalmente), a restrição é implementada em benefício dos franqueados que estão em relação horizontal entre si no mercado do produto da marca franqueada (POLDEN, 2020, p. 601). O impacto pretendido pela restrição ao mercado de trabalho é sentido em um nível horizontal similarmente à situação em que há concorrência entre franqueado e franqueador (POLDEN, 2020, p. 601).

---

<sup>82</sup> Tradução livre: “No-poaching agreements can compound wage effects downstream by strengthening franchisors' and individual franchisees' wage-setting power over downstream workers. Such provisions operate as an incentive for franchisees, signaling that they can achieve reduced labor costs that they can calculate into their expected returns on the franchise.”

Por sua vez, Iadevaia contra-argumenta a tese das franqueadoras de que os acordos de não contratação não seriam restrições puras à concorrência porque fazem parte de um contrato maior (IADEVAIA, 2020, p. 177). De acordo com as franqueadoras, a cláusula de não contratação seria somente mais um dos deveres previstos no âmbito do acordo vertical principal. Iadevaia defende que, por mais que os contratos de franquia contenham outras cláusulas contratuais além do acordo de não contratação, isso isoladamente não seria suficiente para estabelecer que as cláusulas de não contratação deveriam ser consideradas como acessórias ao acordo vertical (IADEVAIA, 2020, p. 177).

Com efeito, o argumento do autor corrobora a definição de acordo de não contratação da autoridade de defesa da concorrência do Canadá que prevê expressamente que acordos de não contratação podem ser tanto acordos isolados, quanto podem ser acordos inseridos no contexto de um acordo principal (COMPETITION BUREAU, 2023, p. 23). Isto é, o simples fato de a restrição de não contratação estar prevista no âmbito de um acordo diverso não retira o caráter de ilicitude do acordo por si só.

Não obstante, o argumento uníssono contra a existência de efeitos pró-competitivos de acordos de não contratação em redes de franquia é o fato de que a grande maioria são restrições à mobilidade de trabalhadores de baixa renda e pouca qualificação no mercado de trabalho, motivo pelo qual argumentos de proteção aos investimentos em capacitação e contra o efeito carona não se justificariam.

Conforme explica Eric Posner,

“[a]cordos de não contratação para trabalhadores de baixa qualificação quase certamente são prejudiciais socialmente. **Os empregadores investem pouco em trabalhadores de baixa qualificação e provavelmente podem contar com as fricções normais do mercado de trabalho para proteger os investimentos que fazem.** Enquanto isso, os trabalhadores, mal remunerados, vulneráveis e com baixa probabilidade de ter acesso a aconselhamento jurídico, são prejudicados, e a produção é reduzida.”<sup>83</sup> (grifos nossos) (POSNER, 2021, p. 59).

É com fundamento nessa premissa que a maior parte dos autores discorda dos efeitos pró-competitivos gerados pelos acordos de não contratação das redes de franquia, sobretudo quando não restritos no escopo em relação ao funcionário atingido pela cláusula.

De acordo com Steven Salop, o treinamento para funcionários no início da carreira é mínimo e inevitável, além de não reduzir o efeito carona entre franquias rivais da forma como escritos (SALOP, 2020, p. 16 *apud* IADEVAIA, 2020, p. 174). Além disso, Iadevaia destaca

---

<sup>83</sup> Tradução livre: “No-poaching agreements for low-skill workers are almost certainly socially harmful. Employers invest little in low-skill workers and probably can depend on ordinary labor market frictions to protect the investments they do make. Meanwhile, the workers—poorly paid, vulnerable, and unlikely to have access to legal counsel—are harmed, and production is reduced.”

que os supostos efeitos pró-competitivos parecem ser suspeitos na medida em que as cláusulas de não contratação abrangem todos os funcionários, não só funcionários do nível gerencial, os quais de fato recebem treinamento significativo (IADEVAIA, 2020, p. 174).

No mesmo sentido, Hovenkamp também questiona essa amplitude por não haver distinção de nível de carreira dos funcionários ao qual a restrição se aplica (OCDE, 2019, p. 12). Para o autor, o fato de todos os contratos de franquia conterem disposições praticamente idênticas seria um grande indicativo de que teriam, na verdade, efeito horizontal, na medida em que afeta a concorrência entre franqueados (OCDE, 2019, p. 12). Nesse caso, seria difícil defender justificativas de que as cláusulas estariam sendo inclusas para proteção do investimento significativo em treinamento realizado nos funcionários e prevenção do efeito carona ou para proteção de segredos de negócio (OCDE, 2019, p. 12).

“Como regra geral, a rede de franquias é desenvolvida para criar um sistema no qual todas as lojas de um determinado franqueador sejam mais ou menos iguais. Portanto, não se esperaria encontrar que um franqueado específico, por exemplo, do McDonald’s, tivesse segredos de negócios comerciais ou treinamento especializado que não fossem comunicados a todos os franqueados.”<sup>84</sup> (OCDE, 2019, p. 12).

Tendo em vista que redes de franquia são desenvolvidas para criar um sistema no qual todas as lojas sejam mais ou menos iguais, é improvável que uma franquia tenha segredos de negócio ou treinamento exclusivo que precisa proteger de outras franquias similares (HOVENKAMP, 2021, p. 3). Dessa forma, o autor conclui que a verdadeira justificativa para que esses acordos de não contratação tenham um escopo tão amplo e abrangam todos os funcionários não é a proteção do aprendizado, mas sim uma supressão cartelizada dos salários (OCDE, 2019, p. 13).

Na mesma linha, Eric Posner ressalta a necessidade de que as cortes fiquem atentas a acordos de não contratação que não são restritos no escopo quanto ao nível de qualificação e responsabilidade do funcionário e se aplicam indiscriminadamente a qualquer nível de empregados, até mesmo aos de pouca qualificação (POSNER, 2021, p. 59). De acordo com Posner, as cláusulas até poderiam se justificar se fossem restritas a funcionários do nível gerencial que têm acesso a informações sobre o método de negócio da franquia ou que receberam treinamento intensivo (POSNER, 2021, p. 59). Nos outros casos, contudo, quando as obrigações de não contratação são aplicáveis a funcionários abaixo do nível gerencial, elas deveriam ser consideradas automaticamente ilícitas *per se* (POSNER, 2021, p. 59).

---

<sup>84</sup> Tradução livre: “As a general matter franchising is developed in order to create a system where all the stores of a particular franchisor are more or less the same. As a result, one would not expect to find that a particular franchisee of, say, McDonald’s had trade secrets or specialised training that was not communicated to all franchisees.”

Por fim, Posner indaga se os efeitos pró-competitivos alegados realmente são alcançados com o acordo de não contratação ou se era somente um impedimento à concorrência por mão de obra entre as franquias (POSNER, 2021, p. 59). Isso porque, se o argumento pró-competitivo era evitar o efeito carona quanto à capacitação e treinamento dos funcionários, não deveria se aplicar a membros mais antigos que já haviam sido treinados e os investimentos recuperados (POSNER, 2021, p. 59). Da mesma forma, não deveria ser aplicável a empregados de baixa qualificação, uma vez que requerem menor nível de treinamento e não guardam qualquer tipo de informação sigilosa, a ponto de justificar tamanha restrição (POSNER, 2021, p. 59).

#### **4.1.2. Panorama dos casos de acordos de não contratação com elementos verticais nas redes de franquia**

Os acordos de não contratação em redes de franquia nos Estados Unidos ficaram em evidência após a publicação do artigo “*Why Aren’t Paychecks Growing? A Burger-Joint Clause Offers a Clue*”, no New York Times, no qual se denunciou a amplitude dos acordos de não contratação que restringem a mobilidade dos trabalhadores em cargos de baixa especialização e baixa remuneração. Esses acordos de não contratação afetavam mais de 70.000 restaurantes nos Estados Unidos (NEW YORK TIMES, 2017)<sup>85</sup>. Entre as redes de franquia que previam a existência de tais cláusulas, pode-se mencionar as redes McDonald’s, Burger King, Domino’s, Five Guys, entre outras redes.

Com base em dados de um relatório de 2016, um estudo econômico demonstrou que 58% dos contratos de redes de franquia possuíam cláusulas de não contratação de funcionários de outras franquias da mesma rede, sobretudo em franquias de *fast food*<sup>86</sup>. Desde 2017, portanto, foram ajuizadas as primeiras ações privadas questionando as cláusulas de não contratação em contratos de franquia à luz da legislação antitruste estadunidense.

Após essas denúncias, em janeiro de 2018, o DOJ juntou esforços para investigar a existência de tais cláusulas em redes de franquia em geral, não se limitando a redes de *fast food* (WASHINGTON, 2019)<sup>87</sup>. A investigação resultou em acordos com 66 franqueadores, os quais

---

<sup>85</sup> ABRAMS, Rachel. Why Aren’t Paychecks Growing? A Burger-Joint Clause Offers a Clue. New York Times, 2017.

<sup>86</sup> KRUEGER, Allen B.; ASHENFELTER, Orley, Theory and Evidence on Employer Collusion in the Franchise Sector 24 tbl. 1b (Nat’l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 24831, 2018).

<sup>87</sup> Press Release, Wash. State Office of the Attorney General, AG Ferguson’s Initiative Ends No-Poach Clauses at Four More Corporate Chains Nationwide (Aug. 8, 2019), <https://www.atg.wa.gov/news/news-releases/agferguson-s-initiative-ends-no-poach-clauses-four-more-corporate-chains>.

continham cláusulas de não contratação em contratos de franquias que abrangiam cerca de 135.500 estabelecimentos. Os acordos previam a obrigação de não contratação de funcionários dentro da mesma rede de franquia. Nos acordos firmados pelas empresas, elas se comprometeram a remover ou não executar as cláusulas de não contratação já existentes. A partir disso, diversas outras ações de reparação de danos foram ajuizadas contra essas franquias.

Após os esforços iniciais para afastar as cláusulas de não contratação dos contratos de franquia, o DOJ emitiu em 2019 Declarações de Interesse em ações privadas<sup>88</sup> entendendo que a regra *per se* não deveria ser aplicada aos acordos de não contratação das redes de franquia considerando que são acordos verticais.

O entendimento externado pelo órgão foi o de que a maioria dos acordos de não contratação entre franqueadores e franqueados são geralmente considerados restrições verticais. Em síntese, entendeu-se que por serem acordos entre franqueador e franqueado, tais condutas podem ser consideradas como restrições verticais e serem justificadas por razões pró-competitivas, como a proteção de know-how, de investimento, de treinamento, além de prevenir o efeito carona. Além disso, o aumento da concorrência intermarcas poderia compensar as reduções da concorrência intramarcas geradas pelas restrições.

No entanto, o acordo de não contratação entre franqueador e franqueado pode ser considerado horizontal se restringir a concorrência entre dois agentes interrelacionados. Assim, os acordos das redes de franquia podem ser considerados como alocações horizontais de mercado e, portanto, sujeitos à análise *per se*, quando: (i) forem concluídos por franqueados independentes da mesma rede, ou seja, acordos firmados sem a intervenção do franqueador; (ii) forem concluídos por franqueados pertencentes a diferentes redes e efetivamente ou potencialmente competindo por funcionários (ex.: franqueados do McDonald's e Burger King); (iii) forem concluídos pelo franqueador e pelo franqueado quando são concorrentes por funcionários no mesmo mercado de trabalho geográfico, ainda que não sejam concorrentes no mercado onde vendem seus bens ou serviços.

Por sua vez, com relação aos argumentos de que os efeitos horizontais dos acordos de não contratação verticais das franquias seriam similares a uma conduta *hub-and-spoke*, o DOJ argumentou que as partes haviam falhado em demonstrar o “aro da bicicleta”. Isto é, falharam em demonstrar a coordenação a nível horizontal por parte dos franqueados. Além disso, o DOJ acrescentou que, mesmo se houvesse de fato essa coordenação a nível horizontal, os contratos

---

<sup>88</sup> ESTADOS UNIDOS (EUA). U.S. District Court for the Eastern District of Washington, *Stigar v. Dough, Inc.*, No. 2:18-CV-00244- SAB (Auntie Anne's).

de franquia configuram colaborações legítimas. Portanto, os acordos de não contratação se qualificariam como restrições acessórias se fossem razoavelmente necessários ao acordo de franquia e não muito abrangentes (U.S. DOJ, 2019, p. 16).

Tendo em vista a grande variedade de ações ajuizadas contra os acordos de não contratação das redes de franquia nos Estados Unidos, a fim de exemplificar a discussão sobre os elementos verticais, este trabalho pretende se debruçar sobre dois acordos principais: os casos *Deslandes v. McDonald's* e *Butler v. Jimmy Johns*, em adição ao caso supracitado em que o DOJ apresentou declarações de interesse sobre acordos de não contratação verticais.

#### 4.1.2.1. *Deslandes v. McDonald's*

A ação ajuizada contra o McDonald's por violação à legislação antitruste foi o primeiro caso a envolver acordos de não contratação no âmbito de relações verticais. Dessa forma, é também um dos casos que possui mais decisões que podem ser analisadas acerca da discussão sobre elementos verticais.

Em síntese, em junho de 2017, Leilane Deslandes ajuizou uma ação privada contra o McDonald's perante a District Court de Illinois<sup>89</sup>. A requerente trabalhava há alguns anos em uma franquia do McDonald's em Illinois, nos EUA, com salário inicial de USD \$7,00/hora, tendo conseguido chegar ao cargo de gerência na franquia, passando a auferir USD \$12,00/hora e o próximo passo seria receber treinamento para gerentes na Universidade do Hamburger (EUA, 2018, pp. 1-5). No entanto, a autora narra em sua inicial que o treinamento foi cancelado após ter ficado grávida (EUA, 2018, p. 5).

Após esse acontecimento, Deslandes tentou se candidatar para um cargo melhor remunerado em uma franquia McDonald's concorrente que pagava USD \$ 13,75/hora nos primeiros três meses e depois aumentava para USD \$ 14,75, mas foi impedida de ser contratada em função de um acordo de não contratação entre as franquias do McDonald's (EUA, 2018, p. 1). O gerente da franquia havia se interessado no currículo da autora, mas ela foi informada posteriormente que não poderia ser contratada sem o aval do atual empregador, o qual recusou porque ela era “muito valiosa” (EUA, 2018, p. 5). Ela continuou na franquia por um tempo, até que foi trabalhar em outra rede por um salário inferior (USD \$ 10,25/hora).

---

<sup>89</sup> ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. Caso nº 17 C 4857. Partes: Leilani Deslandes v. McDonald's USA, LLC, McDonald's Corporation. Processo Instaurado em: 06/2017. Data de julgamento: 25/06/2018. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/illinois/ilndce/1:2017cv04857/341680/53/>. Acesso em: 28 de setembro de 2023.



Conforme narra a decisão sobre o modelo de negócios da rede McDonald's, diversos restaurantes da rede são detidos e gerenciados por Empresas Operadas pelo McDonald's (McOpCos), que são subsidiárias diretas ou indiretas da McDonald's Corporation. Além disso, o McDonald's também adota o modelo de negócios de franquia para os restaurantes da rede, sendo as franquias independentes e gerenciadas pelos franqueados. A partir disso, o McDonald's recebe o lucro das franquias sob a forma de aluguel, royalties e taxas.

Os restaurantes detidos pelas McOpCos competem diretamente com as franquias do McDonald's, que também concorrem entre si na venda dos produtos da rede para clientes.

O McDonald's firma contratos de franquia padrão com cada franqueado. O contrato prevê que cada franquia é um negócio independente, responsável pela operação dos restaurantes respectivos. Por exemplo, cada franquia negocia de forma independente os respectivos contratos de fornecimento, tal como o preço pelos insumos, com os fornecedores autorizados pela franqueadora.

Além disso, as franquias são responsáveis também pelo dia a dia das operações em seus restaurantes, incluindo questões relativas à contratação de funcionários. Cada franquia, portanto, faz decisões independentes quanto à contratação, desligamento, salários e promoções de funcionários. As contratações, por sua vez, deveriam observar a cláusula de não contratação prevista no contrato de franquia padrão, utilizada pela rede até 2017<sup>90</sup>. Repetidas violações à obrigação de não contratar poderiam levar até mesmo à rescisão do contrato de franquia.

Em vista desse contexto, no âmbito do pedido de arquivamento do processo feito pelo McDonald's, a District Court deu início à análise de mérito entendendo que, embora a cláusula de não contratação possua elementos verticais, trata-se ao mesmo tempo de uma restrição horizontal, na medida em que restringe a concorrência por funcionários entre concorrentes diretos (as franquias e os McOpCos) (EUA, 2018, p. 11). Logo, as cláusulas de não contratação impostas nos contratos de franquia também serviam para que o McDonald's protegesse os seus próprios restaurantes da concorrência por empregados (EUA, 2018, p. 11).

No caso, a própria autora da ação entendeu na inicial que a cláusula de não contratação era uma restrição acessória ao contrato de franquia, porque aumentava a produção de hambúrgueres e batatas fritas e assim seria pró-competitivo. Assim, a District Court manteve o entendimento de que seria uma restrição acessória, apesar de discordar que a cláusula em si

---

<sup>90</sup> A cláusula previa que: “[i]nterferência nas Relações Trabalhistas de Outros. Durante a vigência deste Contrato de Franquia, o Franqueado não pode empregar ou intencionar empregar qualquer pessoa que está no momento da contratação trabalhando em um restaurante do McDonald's, ou de qualquer outra forma aliciar, direta ou indiretamente, determinada pessoa a deixar o emprego. Essa cláusula não deve ser violada se o empregado tiver se desligado de qualquer um restaurante do McDonald's por período inferior a seis (6) meses.”

umentava a produção de lanches. Inclusive, a corte menciona que o fato de o McDonald's conseguir continuar a firmar contratos de franquia após parar de incluir tais cláusulas em 2017 sugeriria que o acordo de não contratação **não era necessário** para encorajar as franquias a assinarem o contrato (EUA, 2018, p. 13) (grifos nossos).

Dessa forma, ao reputar o acordo de não contratação como uma restrição acessória, a autora da ação acabou por afastar a análise da restrição pela regra *per se*. Não obstante, a District Court entendeu, de forma preliminar, que o caso apresentava aspectos que poderiam ensejar a aplicação da metodologia de análise *quick look*.

Em breve síntese, o *quick look* se trata de uma regra intermediária entre a regra *per se* e a regra da razão, em que se verifica a existência de efeitos anticompetitivos tão evidentes que não requerem uma análise tão detalhada quanto a regra da razão, mas que exigem, de outra forma, a análise das justificativas e efeitos pró-competitivos da conduta, sem precisar recorrer à análise de poder de mercado do agente econômico. Caso não existam justificativas plausíveis, a conduta é então considerada um ilícito antitruste.

Para chegar a essa conclusão, a District Court explica:

**“Mesmo uma pessoa com um entendimento rudimentar de economia entenderia que se concorrentes concordarem em não contratar os funcionários um do outro, os salários dos funcionários ficarão estagnados. A própria autora experimentou a estagnação de seus salários.** Um supervisor de um restaurante McDonald's concorrente disse à autora que gostaria de contratá-la para um cargo semelhante ao da autora, mas que pagaria \$1,75-2,75 a mais por hora do que ela estava ganhando. Infelizmente para a autora, o acordo de não contratação impediu a McOpCo de oferecer o emprego à autora. Quando a autora pediu ao seu empregador atual para liberá-la, foi informada de que era muito valiosa. O Tribunal concorda que um funcionário que trabalha por um salário abaixo do mercado seria extremamente valioso para seu empregador.”<sup>91</sup> (ILLINOIS, 2018, p. 14). (Grifos nossos)

Como argumento pró-competitivo, o McDonald's afirma que a cláusula promoveria a concorrência intermarcas por meio da cooperação entre as franquias e as McOpCos. Além disso, haveria a promoção da concorrência intramarca ao encorajar que as franquias treinassem os funcionários para cargos de gerência.

A District Court afasta o suposto efeito pró-competitivo, lembrando que não se trata da concorrência para a venda de hambúrgueres para consumidores, mas sim da concorrência

---

<sup>91</sup> Tradução livre: “Even a person with a rudimentary understanding of economics would understand that if competitors agree not to hire each other's employees, wages for employees will stagnate. Plaintiff herself experienced the stagnation of her wages. A supervisor for a competing McDonald's restaurant told plaintiff she would like to hire plaintiff for a position that would be similar to plaintiff's position but that would pay \$1.75-2.75 more per hour than she was earning. Unfortunately for plaintiff, the nohire agreement prevented the McOpCo from offering plaintiff the job. When plaintiff asked her current employer to release her, plaintiff was told she was too valuable. The Court agrees that an employee working for a below-market wage would be extremely valuable to her employer.”

por funcionários no mercado de trabalho, no qual as franquias e as McOpCos eram concorrentes diretas e horizontais. Com relação ao segundo argumento, a District Court novamente discorda, afirmando que a restrição era aplicada a todos os funcionários, independentemente de treinamento específico.

**“A restrição, no entanto, não estava limitada aos funcionários em cargo de gerência que haviam recebido treinamento custoso na Universidade do Hambúrguer. A restrição se aplicava até mesmo para funcionários de cargos iniciais sem qualquer treinamento gerencial. A restrição também não estava limitada a um período razoável (por ex.: seis meses) após o funcionário ter recebido o treinamento na Universidade do Hambúrguer.** Em qualquer situação, um empregador teme perder os funcionários que capacitou. Esse medo, contudo, não justifica escritórios de advocacia concordarem em não contratar os advogados associados umas das outras, por exemplo. Empregadores possuem muitas outras formas de encorajar os funcionários a ficar sem precisar recorrer a divisão de mercado ilícita. Essas opções incluem pagar salários maiores [...]”<sup>92</sup> (grifos nossos) (EUA, 2018, p. 15)

A District Court fez observações pertinentes com relação à amplitude das cláusulas de não contratação. Os acordos de não contratação se aplicavam tanto a funcionários de pouca qualificação quanto de nível gerencial, além de ser aplicável a funcionários cujo treinamento ocorreu há bastante tempo quanto àqueles que o treinamento foi recente. Além disso, a District Court nota que a obrigação se mantinha após seis meses do término do contrato de trabalho, o que seria capaz de afetar ainda mais pessoas de baixa renda.

“Tendo em vista que a maioria dos indivíduos no mercado de trabalho de baixa qualificação não possui o luxo de ficar desempregado por escolha por seis meses, a cláusula de não contratação efetivamente impediu franquias do McDonald’s (bem como restaurantes detidos pelo McDonald’s) de competirem por funcionários de pouca qualificação com experiência.”<sup>93</sup> (EUA, 2018, pp. 1-2).

Contudo, apesar de ter entendido preliminarmente ser caso de aplicação da regra *quick look*, a District Court solicitou que a autora emendasse a inicial para incluir aspectos como definição de mercado relevante, poder de mercado do McDonald’s, entre outros, para caso se viesse entender de forma contrária ao longo do processo. A autora, por sua vez, não emendou a inicial para incluir um pedido de análise pela regra da razão.

---

<sup>92</sup> Tradução livre: “The restraint, though, is not limited to management employees who had received expensive training at Hamburger University. The restraint applies even to entry-level employees with no management training. Nor was the restraint limited to a reasonable period of time (say six months) after the employee had received the expensive training at Hamburger University. In any case, every employer fears losing the employees it has trained. That fear does not, however, justify, say, law firms agreeing not to hire each other’s associates. Employers have plenty of other means to encourage their employees to stay without resorting to unlawful market division. Those options include paying higher wages/salaries [...]”

<sup>93</sup> Tradução livre: “Given that most individuals in the low-skill employment market do not have the luxury of being unemployed by choice for six months, the no-hire provision effectively prevented competing McDonald’s franchises (as well as the company-owned stores) from competing for experienced, low-skill employees.”

Em 2021, em continuidade ao julgamento do processo, com a adição de Stephanie Turner no polo ativo em razão da conexão entre as causas, a District Court analisou o pedido das autoras de conversão da ação individual em ação coletiva para que os efeitos pudessem abranger todos os funcionários do McDonald's que trabalharam em franquias ou empresas da companhia entre 2013 e 2018<sup>94</sup>. A District Court não deu provimento ao pedido, mas na ocasião fez diversas observações com relação aos efeitos pró-competitivos alegados pelo McDonald's, vindo a concluir que a análise do caso pela regra da razão era a mais adequada no caso em questão.

A District Court concluiu isso com base em duas premissas (i) que em algumas localidades o McDonald's não competia diretamente com as franquias por meio das McOpCos, o que tornariam os acordos verticais em algumas regiões; e (ii) com base nos efeitos pró-competitivos relacionados ao efeito carona alegado pela rede de franquia.

Para corroborar os efeitos pró-competitivos alegados, o McDonald's explica a racionalidade econômica das cláusulas de não contratação nas redes de franquia.

Conforme esclarece, o benefício da marca para o consumidor está na consistência das compras que realiza no local e na redução dos custos de procura. Em modelos de franquia, a marca é eficaz quando os franqueados oferecem produtos e experiências similares. No entanto, os franqueados têm incentivos para cortar custos (seja na qualidade dos alimentos ou no atendimento ao cliente) a fim de aumentar seus lucros, o que pode prejudicar a marca. Por esse motivo, as redes de franquia a impõem restrições e controle de qualidade, limpeza e serviço para manter a reputação da marca.

Nesse contexto, o McDonald's impõe diretrizes de treinamento bastante estritas, sendo necessário que cada restaurante McDonald's seja gerenciado por uma pessoa que realizou o treinamento de uma semana na Universidade do Hambúrguer. A franquia precisa pagar os custos e despesas da viagem e remunerar o funcionário enquanto estiver em treinamento.

Segundo o McDonald's, a restrição de contratação incentiva os franqueados a treinar seus funcionários sem o receio de que outras franquias tirem vantagem desse treinamento ao contratar funcionários já treinados. Além disso, também promove a cooperação entre os franqueados. Por exemplo, antes de assinar um contrato de franquia, os franqueados devem concluir um treinamento significativo, o qual às vezes pode ser realizado em um restaurante de

---

<sup>94</sup> Estados Unidos (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. Caso nº 17 C 4857. Partes: Leilani Deslandes v. McDonald's USA, LLC, McDonald's Corporation. Processo Instaurado em: 06/2017. Data de julgamento: 28/07/2021. Disponível em: <https://casetext.com/case/deslandes-v-mcdonalds-usa-llc> . Acesso em: 28 de setembro de 2023.

franquia existente. Sem a restrição de não contratação, franqueados pré-estabelecidos hesitariam em permitir que os potenciais franqueados treinassem em seus restaurantes com medo de que aproveitassem a oportunidade para recrutar funcionários.

Além disso, argumenta que a restrição de contratação aumenta a produção no mercado de hambúrgueres, porque encoraja o próprio treinamento que traz incremento à reputação da marca.

Em vista desses argumentos, a District Court entendeu que se tratava de caso de análise pela regra da razão. Assim, em continuidade ao processo, em decisão no ano de 2022<sup>95</sup>, a District Court arquivou o processo sob a alegação de que a ação estava inepta porque não descrevia como o McDonald's e suas franquias coletivamente detinham poder de mercado capaz de causar efeitos anticompetitivos, isto é, não estava adequada para uma análise à luz da regra da razão. As autoras recorreram da decisão.

Em vista disso, no dia 25 de agosto de 2023, a Court of Appeals do Sétimo Circuito julgou o recurso<sup>96</sup>, determinando a reforma da decisão em julgamento muito relevante para os casos das franquias como um todo.

Em primeiro lugar, a Court of Appeals entendeu que a District Court afastou a possibilidade de o acordo ser considerado um ilícito *per se* muito cedo. Tendo em vista que o McDonald's opera diversos restaurantes ele mesmo ou por meio de subsidiárias, e que ele executava a cláusula nos restaurantes, isso configura um acordo horizontal.

Em análise ao argumento de que a cláusula de não contratação seria uma restrição acessória porque aumentava a produção de hambúrgueres e batatas fritas, a Court of Appeals julgou esse entendimento bastante problemático.

“O problema dessa proposta é que trata benefícios aos consumidores (aumento da produção) como justificativa aos efeitos anticompetitivos causados aos trabalhadores (preço de monopsonio). Isso não está certo; é o equivalente a dizer que o direito antitruste não se importa com a concorrência no mercado por insumos [...]” (grifos nossos)<sup>97</sup> (EUA, 2023, p. 5)

---

<sup>95</sup> Estados Unidos (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. Caso n° 17 C 4857. Partes: Leilani Deslandes v. McDonald's USA, LLC, McDonald's Corporation. Processo Instaurado em: 06/2017. Data de julgamento: 28/06/2022. Disponível em: <https://casetext.com/case/deslandes-v-mcdonalds-us-llc> . Acesso em: 28 de setembro de 2023.

<sup>96</sup> Estados Unidos (EUA). UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SEVENTH CIRCUIT. Caso n° 22-2333 & 22-2334 (Appeal from 17 C 4857 & 19 C 5524). Partes: Leilani Deslandes e Stephanie Turner v McDonald's USA, LLC e McDonald's Corporation. Data de julgamento: 25/08/2023. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/22-2333/22-2333-2023-08-25.html> . Acesso em: 28 de setembro de 2023.

<sup>97</sup> Tradução livre: “One problem with this approach is that it treats benefits to consumers (increased output) as justifying detriments to workers (monopsony pricing). That's not right; it is equivalent to saying that antitrust law is unconcerned with competition in the markets for inputs [...]”

Além disso, a Court of Appeals aponta que a restrição causada pela cláusula em si pode não ter nada a ver com a produção de hambúrgueres. Mencionando a doutrina de Philip Areeda e Hebert Hovenkamp, destaca que uma restrição não se qualifica como acessória somente porque está dentro de outro acordo que é em si legítimo. Ainda, a Court of Appeals conjectura “[h]á alguma razão para considerar que uma cláusula de não contratação promove a produção de comida em um restaurante? Talvez ela só tire vantagem dos custos irrecuperáveis dos trabalhadores e ajude os resultados financeiros de cada negócio, sem acrescentar nada à produção.” (EUA, 2023, p. 5).

Em uma análise econômica do mercado de trabalho, a Court of Appeals explica que as pessoas que escolhem trabalhar em um McDonald’s ou em uma das franquias adquirem habilidades específicas do negócio. Funcionários podem escolher trabalhar por menos que o valor de seu produto marginal para compensar o empregador pelo treinamento. Em um mercado competitivo, trabalhadores recuperam esses investimentos conforme os salários sobem ao longo do tempo, em resposta à maior produtividade deles. No entanto, se o McDonald’s especifica um número limitado de trabalhadores que são promovidos, isso pode atrasar a compensação e frustrar a habilidade dos trabalhadores em recuperar os investimentos deles em treinamento.

Nesse sentido, a Court of Appeals continua a explicar que uma das formas de se obter um aumento de salário, após pagar pelo próprio treinamento por meio de salários mais baixos, é procurar emprego em negócios similares onde as habilidades podem ser utilizadas com um salário compatível com o mercado de trabalho. No entanto, se a cláusula de não contratação impede que trabalhadores recuperem os ganhos das novas habilidades adquiridas por meio de salários mais baixos durante o emprego, então a restrição não promove a produção. Ela promove lucro para as franquias, que capitalizam em cima dos custos irrecuperáveis dos trabalhadores. Contudo, ela não pode ser associada à promoção de produção hambúrgueres, logo, e não pode vir a ser denominada acessória no sentido utilizado no direito antitruste.

A Court of Appeals questiona também qual seria a função da cláusula de não contratação; porque tinha um escopo geográfico tão amplo (nacional) se os mercados são locais; porque o escopo temporal abrangia todo o contrato de trabalho (além de seis meses adicionais), em vez de estimar o tempo que a franquia precisaria para recuperar os investimentos em treinamento, entre outras questões.

Por fim, a Court of Appeals destaca a necessidade de se ater a questões como escopo e duração da restrição. “Se a restrição não pode ser justificada em função do escopo ou duração,

é difícil entender como ela pode ser razoavelmente necessária ao alcance dos objetivos pró-competitivos do acordo de franquia”<sup>98</sup> (EUA, 2023, pp. 9-10).

Logo, a Court of Appeals determina que haja uma reanálise da definição da cláusula de não contratação como uma restrição acessória, questionando-se se a cláusula é, ao mesmo tempo, (i) subordinada e colateral a uma colaboração legítima; e (ii) razoavelmente necessária para alcançar os objetivos pró-competitivos do contrato de franquia.

Dessa forma, o processo aguarda atualmente nova decisão da District Court, em observância às considerações realizadas pela Court of Appeals.

#### 4.1.2.2. *Butler v. Jimmy John's*

Em janeiro de 2018, um ex-entregador e funcionário da rede de franquia Jimmy John's ajuizou uma ação coletiva em nome próprio e de outros funcionários, contestando as cláusulas de não contratação nos contratos de franquia da Jimmy John's e os acordos de não concorrência impostos aos funcionários da Jimmy John's.

O acordo de franquia da Jimmy John's de 2016 até o momento do ajuizamento da ação estabelecia que cada franqueado não “solicitaria ou iniciaria a contratação de qualquer pessoa então empregada, ou que esteve empregada nos doze (12) meses anteriores, pela [Jimmy John's], qualquer uma das afiliadas da [Jimmy John's] ou outro franqueado da Jimmy John's.”<sup>99</sup> As penalidades contratuais para violações dessa cláusula eram maiores se o funcionário estivesse em uma posição de gerência em um restaurante. Além disso, no contrato de franquia padrão, os franqueados eram considerados “terceiros beneficiários” das cláusulas de não solicitação e não recrutamento.

Em 31 de julho de 2018, o tribunal negou o pedido de anulação da ação feito pela rede de franquia Jimmy John's<sup>100</sup>.

Em primeiro lugar, o tribunal notou que os franqueados da Jimmy John's são partes contratantes independentes que podem enfrentar explicitamente a concorrência de outros franqueados, mas que, ao mesmo tempo, as cláusulas de não solicitação em questão eram

---

<sup>98</sup> Tradução livre: “If the restriction cannot be justified because of its scope and duration, it is difficult to see how it can be reasonably necessary to the achievement of the procompetitive objectives of the franchise agreement.”

<sup>99</sup> Tradução livre: “solicit or initiate recruitment of any person then employed, or who was employed within the preceding twelve (12) months, by [Jimmy John's], any of [Jimmy John's] affiliates, or another Jimmy John's Restaurant franchisee.”

<sup>100</sup> Estados Unidos (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. Caso n° 18-cv-0133-MJR-RJD. Partes: Syllas Butler v. Jimmy John's Franchise, LLC. Processo Instaurado: 24/01/2018. Data de julgamento: 31/07/2018. Disponível em: <https://casetext.com/case/butler-v-jimmy-johns-franchise-llc>. Acesso em: 30 de setembro de 2023.

incluídas expressamente em benefício dos próprios franqueados. Essa questão influenciou a própria definição do tipo dos acordos de não contratação.

O tribunal analisou as cláusulas de não contratação a fim de verificar se eram verticais, horizontais ou uma combinação dos dois. A questão apresentada foi ligeiramente diferente do caso McDonald's, porque quase todos os restaurantes Jimmy John's são de propriedade de franqueados, e, portanto, o caso não apresentava concorrência horizontal entre franqueados e o franqueador.

Enquanto a rede de franquia Jimmy John's alegava que eram acordos puramente verticais, o autor argumentava de forma contrária. De acordo com Butler, tratava-se de um acordo horizontal em sentido estrito entre os franqueados, em que o franqueador Jimmy John's intermediava o acordo para que franqueados não contratassem funcionários uns dos outros. Assim, nas palavras de Butler, embora o contrato fosse vertical, os efeitos eram sentidos efetivamente em nível horizontal entre os franqueados. Segundo Butler, os efeitos horizontais ficavam ainda mais evidentes em vista da cláusula que permitia que terceiros beneficiários (outros franqueados) poderiam executar a obrigação prevista em contratos de outras franquias.

Em face dessas alegações, o tribunal decidiu que o autor havia cumprido sua obrigação de alegar a existência de um acordo horizontal como uma conspiração *hub-and-spoke*. Neste caso, o Jimmy John's era o "hub" e os franqueados eram os raios. Para chegar a essa conclusão, o tribunal considerou sobretudo a cláusula contratual em benefício de terceiros que permitia que cada franqueado aplicasse as cláusulas de não contratação contra outros franqueados.

No final, o tribunal determinou que não poderia decidir no estágio inicial do processo se haveria a aplicação da regra *per se*, "*quick look*" ou da regra da razão. No entanto, reconheceu que Butler tinha alegado uma violação antitruste plausível no âmbito da Seção 1 do Sherman Act.

Conforme explicam Piper e Ruda, há duas implicações-chave na decisão do tribunal. Em primeiro lugar, o tribunal decidiu que o autor havia alegado suficientemente um acordo horizontal, apesar da falta de acordo direto entre os franqueados da Jimmy John's e sem referência à concorrência entre franqueados e restaurantes de propriedade corporativa (PIPER, RUDA, 2018, p. 196). O tribunal foi persuadido, em grande parte, pelo fato de que as cláusulas de não contratação em questão foram explicitamente projetadas para beneficiar todos os outros franqueados como terceiros beneficiários (PIPER, RUDA, 2018, p. 196).

Em segundo lugar, o tribunal decidiu que o autor havia alegado uma teoria válida de ilegalidade *per se*, embora tenha se recusado a decidir definitivamente que a regra *per se* se aplicaria definitivamente (PIPER, RUDA, 2018, p. 196), não houve, contudo, discussão sobre



a acessoriedade de tal cláusula. A determinação final do tribunal dependeria do grau de independência dos franqueados (em particular, o grau de competição entre eles) (PIPER, RUDA, 2018, p. 196).

Em 2021, no entanto, as partes do processo chegaram em um acordo, de modo que não houve decisão de mérito sobre a questão.

#### **4.2. Acordos de não contratação no âmbito de empresas de terceirização de mão de obra**

Posner e Volpin notam que também há discussões envolvendo elementos horizontais e verticais em acordos firmados por empresas de terceirização de mão de obra ou agências de recrutamento e seleção (POSNER, VOLPIN, 2023, p. 2).

Essas empresas atuam como intermediárias entre os trabalhadores e as empresas que precisam de serviços temporários ou permanentes. Elas atuam na prospecção, seleção e contratação de trabalhadores qualificados para exercer determinada função, fornecendo mão de obra qualificada para atender às necessidades específicas de seus clientes. Assim, as agências empregam trabalhadores, o quais são contratados por outras empresas (POSNER, 2023, p. 2).

De acordo com Posner, é possível que essas agências utilizem cláusulas de não solicitação e não contratação para prevenir que as empresas com quem contratam abordem seus funcionários diretamente (POSNER, 2023, p. 2).

Adicionalmente, Mutchnik explica que em determinadas situações é possível que essas empresas colaborem entre si a fim de atender as demandas adicionais de seus clientes e no contexto da colaboração incluam restrições à contratação de funcionários. Assim, exemplifica com relação ao setor de contabilidade que “[p]ara atender às vezes à demanda de seus clientes, essas agências colaboram umas com as outras para trocar talentos a fim de atender a necessidades específicas dos clientes finais. Como parte dessa troca, as empresas concordam em não contratar os contadores de seus concorrentes.”<sup>101</sup> (MUTCHNIK, 2022, p. 37)<sup>102</sup>.

Não obstante, tendo em vista a existência de elementos verticais e horizontais nessas relações, cabe analisar algumas situações em que as cláusulas e acordos firmados foram

---

<sup>101</sup> Tradução livre: “To sometimes meet the demand of their clients, these agencies collaborate with each other to exchange talent to meet specific needs for end clients. As part of that exchange, the companies agree to not hire away their competitors’ accountants.”

<sup>102</sup> Mutchnik, James H., et al. "The Evolution of DOJ's Views on No-Poach Litigation." *Antitrust*, vol. 36, no. 3, Summer 2022, pp. 35-42. HeinOnline.

questionados, havendo decisões diversas com relação ao tipo de acordo de não contratação e os efeitos deles decorrentes.

#### **4.2.1. *Aya Healthcare v. AMN Healthcare***

O caso *AYA Healthcare v. AMN Healthcare* consiste em uma ação antitruste ajuizada por empresas do grupo Aya Healthcare contra a AMN Healthcare e suas subsidiárias por suposta violação às seções 1 e 2 do Sherman Act.

A Aya e a AMN atuavam na oferta de serviços médicos itinerantes para hospitais, em especial no fornecimento de serviços de enfermeiros e técnicos. A expressão “enfermeiros itinerantes” pode ser definida como enfermeiros licenciados e técnicos de saúde que viajam para diferentes localidades para realizar trabalhos temporários em hospitais com falta de pessoal (“enfermeiros itinerantes”).

Portanto, os funcionários filiados às empresas prestavam serviços temporários em hospitais em que havia escassez de enfermeiros e outros funcionários do setor de saúde. Os hospitais não contratam diretamente os enfermeiros itinerantes e utilizam os serviços de empresas de terceirização na área de saúde para isso. Essas empresas empregam recrutadores para prospectar, avaliar e recrutar enfermeiros qualificados e aptos a viajar, além de coordenarem as relações com esses enfermeiros e com outros funcionários da empresa, especialmente gerentes de contas, para atribuir os enfermeiros itinerantes a trabalhos temporários nos hospitais.

A AMN Healthcare e suas subsidiárias eram as principais fornecedoras de enfermeiros itinerantes nos Estados Unidos e subcontratavam outros fornecedores do serviço para demandas que exigiam uma maior quantidade de enfermeiros itinerantes. Assim, a AMN também operava uma grande rede de fornecedores subcontratados nos Estados Unidos.

Em adição, a AMN Healthcare e suas subsidiárias também operavam duas plataformas de software onde os clientes podiam contratar enfermeiros itinerantes associados a outros fornecedores.

As autoras processaram a AMN devido à imposição de acordos unilaterais de não solicitação aos subcontratados, que os proibiam de propor ofertas de emprego ou de solicitar os enfermeiros do quadro da AMN. Essas restrições não possuíam termo final e eram uma condição para receber atribuições adicionais ou acesso às plataformas de software da AMN.

Elas aderiram a essas restrições de 2010 a 2015, ano em que decidiram parar de cumprir tais acordos de não solicitação. Em função disso, como forma de retaliação, as rés ajuizaram

ações infundadas contra as autoras perante o tribunal estadual da Califórnia, encerraram os contratos de subcontratação com a Aya e temporariamente retiraram o acesso das autoras a uma das plataformas de software. As rés então ofereceram abandonar o processo contra as autoras se, em troca, a Aya concordasse com um acordo para não contratar funcionários específicos por um período de cinco anos.

Assim, a Aya alega que a AMN propõe os acordos de não solicitação, monitora e executa cada um desses acordos. Por meio do *enforcement* dos acordos de não solicitação, a Aya alega que as rés prejudicaram a concorrência, impedindo que concorrentes oferecessem termos de serviço inovadores e que desenvolvessem suas próprias redes de enfermeiros itinerantes para competir com a AMN no mercado dimensão produto/serviço.

Além disso, também alegam o estabelecimento de acordos de exclusividade e outras práticas de fechamento de mercado com os hospitais como uma tentativa de monopolização no mercado do produto/serviço pela AMN. Não obstante, para fins do presente trabalho, a análise irá focar na conduta dos acordos de não solicitação.

Em vista desse contexto, a primeira análise do mérito da conduta ocorreu em junho de 2018, no âmbito do pedido de arquivamento do processo pela AMN<sup>103</sup>. Assim, para avaliar a plausibilidade da suposta conduta anticompetitiva, a corte passou à análise do tipo de acordo entre as partes e da restrição. De acordo com a District Court, o tipo do acordo em questão impacta na regra de análise aplicável (EUA, 2018, p. 10).

Assim, para definir se seria uma restrição pura à concorrência, um acordo vertical ou acessório a uma colaboração legítima, a Corte começou analisando o tipo (i) dos acordos de subcontratação (acordo principal); e (ii) das restrições de não solicitação (restrição prevista no âmbito do acordo de subcontratação principal).

Assim, a District Court entendeu que a definição do tipo do acordo de subcontratação é importante para determinar se (i) consiste em um acordo horizontal, isto é, entre concorrentes diretos que competem entre si; (ii) consiste em um acordo vertical, no qual há uma relação comercial entre as partes; ou (iii) se trata de uma *joint venture*, em que empresas firmam um acordo para cooperar na produção de algum insumo que, de outra forma, elas teriam produzido individualmente, adquirido no mercado ou dispensado a produção.

---

<sup>103</sup> Estados Unidos (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. Caso n° 17-205-MMA. Partes: AYA Healthcare Services, Inc., Aya Healthcare Inc. v. AMN Healthcare Service, Inc., AMN Services, LLC, Medefix, Inc, and Shiftwise, Inc. Processo Instaurado em: 02/02/2017. Data de julgamento: 19/06/2018. Disponível em: <https://casetext.com/case/aya-healthcare-servs-inc-v-amn-healthcare-inc-1> . Acesso em: 10 de outubro de 2023.

Dessa forma, analisando o caso dos autos, entendeu-se que os acordos de subcontratação eram *joint ventures* entre as partes. Isso porque, diferentemente de acordos verticais, as partes competem entre si no mercado dimensão serviço.

Nesse sentido, a District Court explicou que, em se tratando de questionamentos sobre a criação da *joint venture* em si, a regra da razão deveria ser aplicável. No entanto, destacou que cláusulas ou práticas da *joint venture* podem estar sujeitas à análise pela regra *per se* caso sejam condutas tradicionalmente tratadas como ilícitos *per se* (como é o caso dos cartéis) ou não seja razoavelmente necessária ao alcance dos efeitos pró-competitivos da colaboração conjunta entre as partes.

No caso em questão, a atividade principal da colaboração (o atendimento à demanda dos hospitais por enfermeiros itinerantes) era legítima, sendo isso reconhecido tanto pelas partes quanto pela District Court.

Não obstante, ressaltou-se que não poderia considerar que as restrições de não solicitação deveriam ser analisadas pela regra da razão pelo simples fato de estarem previstas no âmbito de uma *joint venture* (EUA, 2018, p. 12). Na verdade, a análise deve ir além a fim de determinar o tipo de colaboração entre as partes e o papel da restrição nesse contexto.

Com relação ao tipo dos acordos de não solicitação, em sua análise no estágio inicial do processo, entendeu-se que as autoras alegaram suficientemente a existência de uma suposta restrição horizontal que poderia estar sujeita à análise pela regra *per se*. Isso porque, os acordos de não solicitação não seriam restrições razoavelmente relacionadas à colaboração principal porque impediam, de forma permanente, que todos os concorrentes diretos da AMN nos Estados Unidos abordassem qualquer um dos funcionários da grande rede da AMN.

A partir disso, portanto, a District Court passou a analisar se as obrigações de não solicitação eram associadas ao acordo principal, isto é, se eram restrições acessórias aos objetivos pró-competitivos da *joint venture*. Conforme explica, um acordo entre empregadores concorrentes para não solicitar funcionários são ilícitos se forem independentes ou não razoavelmente necessários para uma colaboração legítima entre empregadores. Ainda, a District Court reforça que se a restrição for tão ampla que passa a suprimir a concorrência sem criar eficiências, ela não consiste em uma restrição acessória. Portanto, o objetivo da análise seria diferenciar restrições que são voltadas à promoção das eficiências da colaboração entre as partes daquelas restrições que simplesmente não estão relacionadas.

A análise da razoabilidade da restrição deve ser endereçada de acordo com o contexto do acordo principal, ressaltando que um acordo de não solicitação amplo é diferente de um acordo estritamente delimitado material, temporal e geograficamente (EUA, 2018, p. 15).

Em vista disso, alguns aspectos do acordo indicariam que não era razoavelmente necessário à colaboração principal, como o fato de que as restrições: (i) têm duração ilimitada, mantendo-se após o fim da relação entre as partes; (ii) impedem os rivais a qualquer tempo de solicitar, abordar funcionários da AMN, incluindo recrutadores, funcionários corporativos e enfermeiros itinerantes; e (iii) se aplicam em qualquer momento, mesmo quando os funcionários não estivessem em trabalho temporário para algum cliente da AMN. Além disso, observou que a restrição abrange qualquer funcionário, mesmo que o escopo dos acordos de subcontratação seja somente o fornecimento de enfermeiros itinerantes aos clientes da AMN.

No entanto, a corte considerou que nesse estágio inicial do processo não era capaz de determinar com certeza se eram restrições puras à concorrência ou acessórias e, conseqüentemente, a regra de análise aplicável (EUA, 2018, p. 18). Essa definição deveria ser realizada com base em fatos e provas relacionados à criação do acordo de não solicitação e ao tipo de acordo. Por fim, o pedido de arquivamento do processo foi negado considerando que as autoras conseguiram alegar suficientemente uma restrição possivelmente sujeita ao tratamento *per se*.

Em maio de 2020, analisando a possibilidade de haver um julgamento sumário do processo, a corte mudou o entendimento inicial<sup>104</sup>. Na ocasião, a corte entendeu que a cláusula de não solicitação consistia em uma restrição acessória e analisou as condutas alegadas por meio da regra da razão.

Nos termos da decisão, as disposições de não solicitação previstas nos acordos de subcontratação não são restrições horizontais puras à concorrência para alcançar um fim manifestamente anticompetitivo, mas, pelo contrário, são reconhecidamente parte de um acordo de colaboração para atender à demanda de hospitais por enfermeiros itinerantes. Assim, teriam o objetivo de proteger as empresas contra riscos inerentes ao acordo de subcontratação. Na ausência das cláusulas, os riscos que poderiam vir a impedir que as agências colaborassem para fornecer serviços de enfermeiros itinerantes que os hospitais demandam.

Segundo a District Court, as disposições de não solicitação não impedem que as partes sujeitas às restrições publiquem as ofertas e vagas de emprego disponíveis, às quais os funcionários da AMN poderiam se candidatar, ou de contratar funcionários da AMN. Nessas

---

<sup>104</sup> Estados Unidos (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. Caso n° 17-205-MMA. Partes: AYA Healthcare Services, Inc., Aya Healthcare Inc. v. AMN Healthcare Service, Inc., AMN Services, LLC, Medefix, Inc, and Shiftwise, Inc. Processo Instaurado em: 02/02/2017. Data de julgamento: 12/05/2020. Disponível em: <https://casetext.com/case/aya-healthcare-servs-v-amn-healthcare-inc-1>. Acesso em: 10 de outubro de 2023.

circunstâncias, a corte não pôde concluir que as cláusulas de não solicitação eram acordos entre concorrentes com o objetivo de restringir a concorrência e diminuir a produção.

Em seguida, em junho de 2020, a corte concedeu o julgamento sumário à AMN analisando as condutas alegadas por meio da regra da razão<sup>105</sup>. Nesse sentido, a corte avaliou se os acordos geravam efeitos negativos à concorrência, causando prejuízos ao bem-estar do consumidor no mercado dimensão produto/serviço.

Embora a Aya tenha definido como mercados separados os mercados dimensão serviço (definindo estes como mercados regionais de vendas de serviços de enfermagem para hospitais) e os mercados dimensão trabalho (mercados de trabalho regionais para a aquisição dos serviços de enfermeiros itinerantes; e mercados de trabalho regionais para a aquisição dos serviços de recrutadores de enfermeiros itinerantes), a District Court entendeu que a Aya não conseguiu comprovar a existência de efeitos anticompetitivos aos consumidores no mercado dimensão serviço em função da ausência de demonstração de poder de mercado por parte da AMN.

Em grau de recurso, a Court of Appeals do Nono Circuito confirmou a decisão da primeira instância<sup>106</sup>. O tribunal concluiu que, embora a cláusula de não solicitação fosse um acordo horizontal, era uma restrição acessória e, assim, deveria ser avaliada pela regra da razão.

O tribunal definiu que o acordo de não solicitação era do tipo horizontal porque restringia empregadores concorrentes na aquisição de serviços de trabalhadores no mercado de trabalho, apesar de estar previsto no âmbito de uma relação entre subcontratante-subcontratado (EUA, 2021, p. 11). Esse acordo horizontal impedia que outros fornecedores competissem com a AMN na contratação de seus funcionários, solicitando-os e ofertando-lhes vagas de emprego (EUA, 2021, p. 11).

Para determinar se o acordo horizontal era uma restrição pura à concorrência ou uma restrição acessória, o acordo deveria ser subordinado a uma transação legítima independente e razoavelmente necessário para alcançar os propósitos pró-competitivos da colaboração. Em vista disso, o tribunal concordou que ele era razoavelmente necessário para garantir que a AMN não perdesse seus funcionários durante a colaboração.

---

<sup>105</sup> Estados Unidos (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. Caso n° 17-205-MMA. Partes: AYA Healthcare Services, Inc., Aya Healthcare Inc. v. AMN Healthcare Service, Inc., AMN Services, LLC, Medefix, Inc, and Shiftwise, Inc. Processo Instaurado em: 02/02/2017. Data de julgamento: 22/06/2020. Disponível em: Aya Healthcare Servs. v. Amn Healthcare, Inc., Case No.: 17cv205-MMA (MDD) | Casetext Search + Citator . Acesso em: 11 de outubro de 2023.

<sup>106</sup> Estados Unidos (EUA). UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. Caso n° 20-55679. Partes: AYA Healthcare Services, Inc., Aya Healthcare Inc. v. AMN Healthcare Service, Inc., AMN Services, LLC, Medefix, Inc, and Shiftwise, Inc. Data de julgamento: 19/08/2021. Disponível em: <https://casetext.com/case/aya-healthcare-servs-v-amn-healthcare-inc-2> . Acesso em: 11 de outubro de 2023.

O propósito da colaboração era fornecer enfermeiros itinerantes para hospitais, e a cláusula de não solicitação era necessária para evitar a perda de funcionários da AMN. A intenção era proteger investimentos e firmar acordos de subcontratação somente com agências que concordassem em não prejudicar a colaboração, abordando ativamente funcionários da AMN, seus subcontratados ou sua clientela de hospitais. Sem essa restrição, a AMN seria menos propensa a negociar com outras agências, prejudicando hospitais com escassez de enfermeiros.

O tribunal considerou a colaboração entre Aya e AMN como pró-competitiva e legítima porque beneficiava os clientes no mercado de fornecimento de serviços de enfermagem para hospitais. O acordo de não solicitação seria capaz de promover a competitividade na indústria de agências de saúde, com mais hospitais recebendo mais enfermeiros itinerantes em função do acordo de não solicitação.

Com relação à duração ilimitada do acordo, apesar de considerar um argumento forte para a Aya, o tribunal entendeu contraditoriamente que esse não deveria ser um ponto de preocupação, uma vez que a restrição passou a promover a colaboração empresarial e a produtividade desde o momento em que foi adotada. Dessa forma, a duração do acordo não seria argumento suficiente para caracterizar o acordo horizontal como uma restrição pura à concorrência.

O tribunal também argumentou que a AMN não precisaria demonstrar que não havia meios menos restritivos para alcançar os efeitos pró-competitivos associados à colaboração a fim de comprovar que o acordo de não solicitação era uma restrição acessória. De acordo com o tribunal, a demonstração de meios menos restritivos seria parte, na verdade, da análise pela regra da razão e não para definir o tipo de restrição como acessória.

Em vista disso, o tribunal aderiu às conclusões da District Court da Califórnia, pois não se verificou a existência de efeitos anticompetitivos aos consumidores no mercado de aquisição de serviços de enfermagem pelos hospitais.

#### **4.2.2. *State of Illinois v. Elite Staffing***

Em 2020, o Estado de Illinois, nos Estados Unidos, ajuizou uma ação antitruste contra três empresas de terceirização de mão de obra – Elite Staffing, Metro Staff e Midway Staffing (em conjunto, “Empresas de Terceirização”) – e contra uma cliente em comum, a Colony Display, por supostas violações à legislação antitruste de Illinois.

A Colony projeta, fabrica e instala luminárias, exposições e displays personalizados para melhorias da casa, varejo e hotelaria. A Colony depende de trabalhadores temporários para realizar essas atividades, os quais compõem a maior parte de sua força de trabalho. As Empresas de Terceirização são empresas de trabalho temporário que recrutam, selecionam e contratam funcionários para fornecer a clientes temporariamente. No caso em questão, a Colony havia contratado as três empresas para realizar esses serviços em duas de suas instalações.

As Empresas de Terceirização também eram responsáveis pelo gerenciamento contínuo dos funcionários temporários. Entre as atividades, as empresas deveriam designar supervisores para ficar no local das instalações da Colony, realizar o pagamento de salários e benefícios dos funcionários temporários, e detinham autoridade exclusiva sobre a contratação, atribuição e demissão dos funcionários temporários designados para a Colony.

O Estado de Illinois alega na ação que, durante o trabalho realizado para a Colony desde março de 2018, as Empresas de Terceirização haviam concordado em não recrutar, solicitar, contratar ou abordar funcionários temporários uns dos outros nas instalações da Colony e que a Colony havia supostamente facilitado o acordo das empresas, atuando como intermediária na troca de informações entre as empresas. Além disso, a Colony ajudava a monitorar e executar o acordo de não contratação das Empresas de Terceirização notificando cada empresa se a outra descumpria o acordo, conforme alega o Estado de Illinois na ação.

Em adição, o Estado de Illinois também denuncia suposta conduta de fixação de salários abaixo do preço de mercado que teria sido determinada pela Colony. Aqui também a presente análise irá focar nas condutas relativas ao acordo de não contratação.

No estágio inicial do processo, as rés pediram o arquivamento do processo sob a alegação de que a legislação antitruste de Illinois não seria aplicável a questões trabalhistas. A Circuit Court de Cook County negou o pedido, esclarecendo que não há qualquer imunidade antitruste para práticas no mercado de trabalho que envolvam a fixação de salários e acordos de não contratação de funcionários entre empregadores<sup>107</sup>.

Após a corte negar o pedido de arquivamento do processo pelas rés, estas interpuseram um recurso (*interlocutory appeal*) para consultar a Corte de Apelações de Illinois sobre questões de direito controversas no caso<sup>108</sup>. Na ocasião, as rés formularam duas perguntas ao

---

<sup>107</sup> Estados Unidos (EUA). UNITED STATES CIRCUIT COURT OF COOK COUNTY. Caso n° 2020-CH-5156. Partes: The State of Illinois v. Elite Staffing, Inc., Metro Staff, Inc.; Midway Staffing, Inc., and Colony Display LLC.

<sup>108</sup> Estados Unidos (EUA). UNITED STATES APPELLATE COURT OF ILLINOIS FIRST DISTRICT. Caso n° 1-21-0840 Partes: The State of Illinois v. Elite Staffing, Inc., Metro Staff, Inc.; Midway Staffing, Inc., and Colony Display LLC. Data da decisão:



tribunal: (i) se a exclusão do trabalho individual do escopo da lei antitruste do estado também exclui os serviços de fornecimento de mão de obra e relacionados a trabalho prestados por empresas de terceirização, isentando-as da aplicação da lei<sup>109</sup>; e (ii) se a regra *per se* aplicável a colusões entre concorrentes se estende a supostos acordos horizontais facilitados por um agente vertical, não concorrente (EUA, 2022, pp. 2-3).

Com relação à primeira pergunta, o tribunal respondeu que os serviços fornecidos por agências de recrutamento em geral não estão isentos do escopo da Lei Antitruste de Illinois. Tendo em vista que a análise estava mais relacionada a termos específicos da legislação estadual, a presente análise irá focar nas considerações realizadas no âmbito da segunda pergunta.

Para responder se a regra *per se* também se aplica a acordos horizontais facilitados por um agente vertical, o tribunal recorre à distinção dos tipos de acordo.

Enquanto o Estado de Illinois alega a existência de dois acordos horizontais que constituem ilícitos *per se* de acordo com a subseção 3(1) da Lei Antitruste de Illinois, as rés afirmam que os supostos acordos de não contratação e de fixação salarial não consistem em acordos puramente horizontais em função da existência de um elemento vertical. De acordo com as rés, o envolvimento da Colony na suposta conduta tornaria os acordos verticais em sua natureza. Por esse motivo, os acordos não seriam acordos entre “concorrentes”, afastando a aplicação do dispositivo e ensejando uma análise da conduta pela regra da razão.

Considerando que os dispositivos disputados refletem os dispositivos do Sherman Act, legislação federal, o tribunal aplicou interpretação similar àquela aplicável para condutas anticompetitivas no âmbito federal.

Em geral, o primeiro passo adotado pelos tribunais é determinar se as restrições são do tipo horizontal ou vertical. No entanto, o tribunal observa que a definição do tipo de restrição é complexa e que a classificação depende da conduta em questão (EUA, 2022, p. 7).

O tribunal destaca que a coordenação de uma restrição horizontal entre concorrentes por meio de um agente vertical não necessariamente transforma um acordo horizontal em um acordo vertical (EUA, 2022, p. 7). Para o tribunal, a questão principal é a existência de provas de conduta anticompetitiva coordenada entre concorrentes, independentemente da presença ou participação de uma parte vertical (EUA, 2022, p. 7).

Não obstante, o tribunal acrescenta que, embora restrições horizontais sejam tipicamente analisadas por meio da regra *per se*, é possível que a restrição seja acessória a uma

---

<sup>109</sup> O tribunal adaptou a pergunta formulada pelas rés para evitar interpretações equivocadas.

colaboração legítima entre concorrentes. Por sua vez, quando a restrição horizontal não possui qualquer propósito senão o prejuízo à concorrência, ela é entendida como uma restrição pura à concorrência.

Portanto, o tribunal responde à segunda pergunta entendendo que:

**“[A] classificação de uma conspiração como horizontal ou vertical não é determinada pela presença de uma parte situada verticalmente, mas sim pela existência ou ausência de ação horizontal coordenada, e se a regra *per se* é aplicável a tal conspiração horizontal depende se a restrição em questão é uma restrição pura à concorrência ou uma restrição acessória, sendo a primeira considerada um ilícito *per se* e a regra da razão aplicável à segunda.”**<sup>110</sup> (grifos nossos) (EUA, 2022, p. 9).

#### **4.2.3. Crítica sobre os julgados no âmbito dos acordos de não contratação entre empresas de terceirização**

Considerando as decisões proferidas no âmbito de acordos de não solicitação e não contratação firmados por empresas de terceirização, alguns autores fizeram considerações sobre os entendimentos dos tribunais acerca das condutas. Por exemplo, Posner e Volpin notam o contraste entre algumas decisões envolvendo empresas de terceirização (POSNER, VOLPIN, 2023, pp. 2-3).

Com relação à análise dos elementos horizontais e verticais dos acordos de não solicitação e não contratação, Polden entende que a abordagem adotada na primeira decisão da District Court da Califórnia no caso *Aya Healthcare v. AMN Healthcare* na análise do pedido de arquivamento do processo foi bastante instrutiva para analisar a existência dos acordos de não contratação, não solicitação e similares no âmbito de acordos de colaboração entre concorrentes (POLDEN, 2020, p. 595). Isso porque, na decisão preliminar, a corte realizou uma análise cuidadosa do tipo de acordo e caracterização das cláusulas de não solicitação no âmbito da colaboração entre concorrentes no mercado de fornecimento de serviços de enfermeiros itinerantes e pessoal técnico associado (POLDEN, 2020, p. 595).

Ocorre que, posteriormente, houve bastante alteração no entendimento com relação às cláusulas, conforme visto. As decisões subsequentes foram bastante criticadas por alguns autores pela ausência de análise da razoabilidade da restrição e por considerar somente os efeitos gerados no mercado dimensão produto.

---

<sup>110</sup> Tradução livre: “the classification of a conspiracy as horizontal or vertical is not determined by the presence of a vertically situated party, but rather by the existence or absence of concerted horizontal action, and whether the *per se* rule applies to such a horizontal conspiracy depends on whether the restraint at issue is naked or ancillary, with *per se* consideration given to the former and the rule of reason applied to the latter”.

Os autores Alexander e Salop entendem que os tribunais falharam ao entender que as cláusulas de não solicitação eram restrições acessórias ao acordo principal, uma vez que as consideraram suficiente a existência de efeitos pró-competitivos no mercado dimensão serviço e não houve a análise se a restrição era razoavelmente necessária para alcançar os efeitos do acordo.

Na visão dos autores, uma restrição horizontal ao mercado de trabalho somente poderia ser considerada como uma restrição acessória se for subordinada e razoavelmente necessária a uma colaboração legítima que possui efeitos pró-competitivos no mercado de trabalho no qual é aplicada (ALEXANDER, SALOP, 2023, p. 314).

No entanto, no caso *Aya Healthcare v. AMN Healthcare* o tribunal considerou que a colaboração entre Aya e AMN gerava efeitos pró-competitivos aos consumidores no mercado de fornecimento de serviços de enfermagem e que o acordo de não solicitação promoveria essa competitividade, pois evitava que a AMN perdesse funcionários durante a colaboração, garantindo que mais hospitais recebessem mais enfermeiros itinerantes em função do acordo. Dessa forma, as cortes se limitaram a analisar os possíveis benefícios gerados aos compradores no mercado do produto/serviço a jusante, preterindo os danos concorrenciais causados aos trabalhadores no mercado de trabalho a montante (ALEXANDER, SALOP, p. 314).

Em análise ao que seriam possíveis efeitos pró-competitivos no mercado de trabalho, os autores entendem que a cláusula de não solicitação poderia ser justificada se tivesse como objetivo impedir a contratação de enfermeiros fornecidos pela Aya, porque a colaboração teria o condão de permitir que eles acessassem oportunidade de emprego que de outra forma não estariam disponíveis para eles (ALEXANDER, SALOP, p. 316).

Em segundo lugar, as cláusulas de não solicitação não eram razoavelmente necessárias ao alcance dos efeitos pró-competitivos da colaboração.

Os autores Alexander e Salop notam que a Aya não estava tentando se aproveitar dos esforços de recrutamento da AMN (efeito carona) ao contratar enfermeiros da AMN que estavam trabalhando nos projetos relacionados ao acordo de subcontratação ou enfermeiros que a AMN havia apresentado à Aya (ALEXANDER, SALOP, p. 316). Pelo contrário, a Aya estava tentando contratar enfermeiros da AMN que não possuíam qualquer relação com os contratos, mas que eram enfermeiros que trabalhavam para a AMN em outras situações (ALEXANDER, SALOP, p. 316). Por esse motivo, entende-se que

“[a] falta de conexão entre o acordo de não solicitação e a colaboração supostamente pró-competitiva deveria ter sido suficiente para rejeitar o argumento de restrição acessória invocado [pela AMN]. Do ponto de vista econômico, a restrição se aplicava completamente fora da joint venture. **Essa é a distinção antitruste padrão entre**

**uma restrição aplicada ao produto da colaboração e uma restrição aplicada a produtos fora da colaboração.**<sup>111</sup> (ALEXANDER, SALOP, p. 316) (grifos nossos)

Dessa forma, não sendo razoavelmente necessárias aos acordos de subcontratação, seriam restrições puras à concorrência assim como nos acordos de não solicitação e não contratação do Vale do Silício (ALEXANDER, SALOP, p. 316). Em adição, embora os autores não mencionem o período de duração da cláusula de não solicitação, a duração ilimitada da cláusula também serviria para questionar se era razoavelmente necessária para o alcance dos efeitos pró-competitivos da colaboração, uma vez que ultrapassavam a própria vigência dos acordos de subcontratação.

Por fim, Alexander e Salop questionam ainda a própria existência de efeitos pró-competitivos provenientes dos acordos de subcontratação, uma vez que não se poderia afirmar que os hospitais teriam ficado em pior situação com o fornecimento independente do serviço pela Aya e AMN (ALEXANDER, SALOP, p. 314).

Em vista disso, o entendimento de que as cláusulas de não solicitação da AMN eram restrições acessórias à colaboração principal é controverso no entendimento de alguns autores.

#### **4.3. Acordos de não contratação da Loja de Departamento de Luxo Saks Fifth Avenue**

Para finalizar o grupo de casos que tem gerado dúvidas quanto ao tipo de acordo, tem-se o caso envolvendo lojas de departamento de luxo e marcas de luxo. Embora até o momento só tenha sido objeto de investigação os acordos de não contratação das lojas de departamento de luxo Saks Fifth Avenue com diversas marcas de luxo (Caso *Giordano v. Saks*), trata-se de julgado bem relevante para os fins da presente pesquisa, o qual merece ser analisado em maior detalhe.

Em síntese, trata-se de ação ajuizada por quatro funcionárias que trabalharam nas lojas de departamento de luxo Saks e foram afetadas por acordos de não contratação firmados entre a Saks e as marcas de luxo Louis Vuitton, Loro Piana, Gucci, Prada e Brunello Cuccinelli (em conjunto, “Marcas de Luxo”).

A Saks Fifth Avenue é uma loja de departamento de luxo que atua nos EUA, Canadá, Cazaquistão e no Reino do Bahrein. No interior de seus estabelecimentos, é possível encontrar diversas marcas de designers de luxo. As Marcas de Luxo podem tanto vender seus itens por

---

<sup>111</sup> Tradução livre: “The lack of connection between the no-poach agreement and the arguably procompetitive collaboration should have been sufficient to defeat Aya’s ancillary restraint argument. As an economic matter, the restraint applied wholly outside the joint project. This is the standard antitrust distinction between a restraint applied to the product of the cooperation and a restraint applied to products outside the cooperation.”

meio de lojas próprias, por meio das lojas de departamento Saks Fifth Avenue, como podem ter concessões dentro das próprias lojas de departamento onde possuem maior independência com relação à venda.

Enquanto em situações em que a venda é realizada pela própria loja de departamento, ela opera tudo na loja (incluindo a gestão de funcionários, a publicidade e a disposição das peças), isso ocorre de maneira diferente quando a venda é realizada por meio de concessões dentro das lojas de departamento.

A concessão é essencialmente uma loja em miniatura operada pela própria Marca de Luxo e localizada dentro de uma loja maior, *in casu*, a loja de departamento. Nesse modelo, a marca paga aluguel e/ou uma porcentagem das vendas à loja maior para ocupar o espaço na loja de departamento.

Na ação, as autoras alegam que a Rede Saks e as Marcas de Luxo haviam concordado em não competir por funcionários no mercado de trabalho de varejo de luxo, por meio da conduta de não contratar funcionários do setor que tivessem trabalhado na Saks nos últimos seis meses, a não ser que os gerentes de ambas as companhias concordassem em fazer uma exceção ao acordo, resultando na supressão da remuneração de funcionários do setor de varejo de luxo e impedindo que as autoras mudassem de emprego e progredissem na carreira.

Com relação às operações das Rés, tem-se que as Marcas de Luxo retratam sua autenticidade como marcas moldadas por herança cultural e história, e por promoverem suas marcas como enraizadas em tradições de longo prazo, em vez de se embasarem em moda em constante mudança. Para isso, as Rés usam o atendimento ao consumidor prestado pelos funcionários para ajudar a manter essa impressão.

Assim, afirmam que funcionários do segmento de varejo de luxo possuem treinamento e habilidades substanciais e são essenciais para manter a aura de autenticidade necessária para a identidade das marcas de luxo. As marcas de luxo são reconhecidas pelos produtos particulares que cada marca produz e/ou vende, bem como as tendências atuais que lançam. Destaca-se sobretudo que as marcas criam relações duradouras com os clientes assíduos. Tendo em vista que funcionários do segmento de luxo são essenciais para as marcas, as Rés fazem esforços significativos para fornecer treinamento especializado a eles<sup>112</sup>.

Apesar de a Saks Fifth Avenue e as Marcas de Luxo competirem entre si, essas empresas também atuam em colaboração. As Marcas de Luxo podem vender os seus produtos por meio

---

<sup>112</sup>Por exemplo, cita-se no processo que a Prada ensina os funcionários sobre a marca e os treina em técnicas de venda na “Academia da Prada” e a Saks possui um treinamento de funcionários robusto e enfatiza a relação com o consumidor para os seus funcionários.

de lojas de departamento (sendo a Saks uma delas) e por meio de “concessões” (incluindo concessões em lojas da Saks).

Em vista desse contexto, cumpre passar pela análise realizada pela District Court.

#### **4.3.1. Análise do caso pela District Court**

Em primeiro lugar, cumpre destacar que houve a discussão de uma prejudicial de mérito relacionada à prescrição. Tendo em vista que se trata de questão processual diversa em comparação ao Brasil, reserva-se o direito de sintetizar e informar que a corte reconheceu a prescrição em relação a três das quatro autoras. Dessa forma, a análise de mérito prosseguiu somente com relação ao pedido de Beachum.

Beachum havia trabalhado na Saks de Michigan de fevereiro a setembro de 2016 e do verão de 2018 a dezembro de 2019. Enquanto estava trabalhando na Saks, Beachum realizava a venda de marcas como Chanel e Prada e desenvolveu conhecimento de outras marcas também vendidas na loja de departamento. A funcionária tinha conhecimento do acordo de não contratação com as marcas que possuíam concessões na própria Saks, de modo que não se candidatou à vaga na concessão da Louis Vuitton que havia na loja de departamento. No entanto, a funcionária se candidatou a uma vaga em loja boutique da Louis Vuitton separada, localizada no mesmo shopping, mas nunca obteve retorno quanto à aplicação. Por fim, a autora deixou o setor de varejo de luxo porque não conseguia obter outro emprego como vendedora de varejo de luxo.

Nesse caso, as autoras argumentam que se trata de um acordo horizontal e, portanto, distinto dos acordos verticais das redes de franquia.

A District Court reconhece que o caso em questão era similar aos acordos das redes de franquia por haver tanto elementos horizontais quanto elementos verticais na conduta. No entanto, reconhece que se trata de duas situações fáticas diferentes, uma vez que os acordos entre a Saks e as Marcas de Luxo se dava no âmbito das concessões.

No caso, a District Court entendeu que não era uma restrição pura à concorrência e, por conseguinte, não deveria ser tratada pela regra *per se*, ressaltando dois pontos mencionados pelas autoras da ação. Em primeiro lugar, o fato de que as Marcas de Luxo atuam nas lojas de departamento Saks Fifth Avenue por meio de concessões. Em segundo lugar, a District Court cita que as próprias autoras reconheceriam que “ausente o acordo de não contratação, haveria um risco contínuo que as Marcas de Luxo utilizariam as concessões nas lojas da Saks para recrutar funcionários” (EUA, 2022, p. 18). Isto é, a restrição de não contratação estaria

associada a uma colaboração legítima entre a Saks e as Marcas de Luxo (i.e, as concessões) e seria razoavelmente necessária para viabilizar esse negócio principal.

Por esse motivo, a District Court utiliza a regra da razão para analisar o acordo de não contratação por ser uma restrição acessória a uma colaboração legítima. Em conclusão, a corte afirma que não poderia concluir que os acordos de não contratação em questão teriam um efeito anticompetitivo nos clientes e nos mercados, por fazerem parte de uma colaboração comercial legítima entre a Saks e as Marcas de Luxo.

Como efeito pró-competitivo, considerou-se que os acordos de não contratação possibilitam que as lojas de departamento Saks existam e que as Marcas de Luxo possam vender seus produtos por meio de uma rede nacional de varejo. Além disso, reforça-se a questão do risco contínuo de que as Marcas de Luxo se utilizassem das concessões para contratar funcionários:

“A tentativa de Giordano de buscar emprego com a Marca Loro Piana ilustra o risco que a Saks enfrentaria na ausência do acordo de não contratação. Giordano alega que, enquanto estava empregada na Saks, trabalhou na concessão da Loro Piana e, depois de “ter aprendido os detalhes dos produtos e da base de clientes” da Loro Piana, ela acreditava agora estar “altamente qualificada” para uma posição em uma boutique Loro Piana. (Am. Compl. ¶¶ 156-60.) Giordano abordou o gerente de uma loja da Loro Piana em busca de emprego, mas foi informada que ela não poderia ser considerada para uma posição, porque ela estava trabalhando na Saks no período.”<sup>113</sup> (EUA, 2022, pp. 19-20)

Seria, portanto, um caso para analisar a razoabilidade do acordo de não contratação por meio da regra da razão.

Ao realizar a análise pela regra da razão, contudo, a corte conclui que as autoras não conseguiram demonstrar a ocorrência efetiva de efeitos anticompetitivos no mercado relevante pelos acordos entre as Rés. Assim, a District Court não deu provimento à ação de Beachum.

#### **4.3.2. Apelação para a Court of Appeals**

Em face da decisão da District Court, as quatro ex-funcionárias recorreram para a Court of Appeals. Embora o tribunal ainda não tenha emitido nenhuma decisão no âmbito do processo, o DOJ resolveu intervir no feito como *amicus curiae* para reforçar alguns pontos relevantes na análise de acordos de não contratação com elementos verticais e horizontais.

---

<sup>113</sup> Tradução livre: “Giordano's [sic] attempt to seek employment with Brand Defendant Loro Piana illustrates the risk that Saks would face absent the no-hire agreement. Giordano alleges that while employed at Saks, she worked at the concession of Loro Piana, and, after having “learned the ins-and-outs of Loro Piana's product lines and customer base,” believed she was now “keenly qualified” for a position at a Loro Piana boutique. (Am. Compl. ¶¶ 156-60.) Giordano approached the manager of a Loro Piana store to seek employment, but was informed that she could not be considered since she was a current Saks employee.”

O DOJ entendeu ser necessário intervir no feito como *amicus curiae* para fazer considerações a fim de garantir a correta aplicação da lei<sup>114</sup>. A declaração de interesses do DOJ se baseou em dois argumentos principais: (i) a District Court aplicou de forma equivocada a doutrina das restrições acessórias; e (ii) a District Court aplicou de forma equivocada a lei que rege o prazo de prescrição aplicável. Para os fins do presente trabalho, a análise será voltada somente ao primeiro argumento.

Em primeiro lugar, o DOJ explica que o Sherman Act condena certas restrições como ilícitos *per se* com base na “natureza e caráter” inerentemente anticompetitivos dessas restrições (U.S. DOJ, 2023, p. 9). Assim, acordos horizontais entre empregadores (compradores da força de trabalho) para alocar empregados, recusando-se a contratá-los ou solicitá-los, também serão ilícitos *per se* quando configurarem restrições puras à concorrência. Assim, esses acordos são ilícitos *per se*, a menos que os réus estabeleçam que são restrições acessórias.

De acordo com o DOJ, a District Court falhou em verificar a existência dos dois requisitos para caracterizar a acessoriedade no caso em questão, isto é, se os acordos de não contratação estavam subordinados e eram razoavelmente necessários ao alcance dos efeitos pró-competitivos da colaboração entre a Saks e as Marcas de Luxo.

O DOJ ressalta que o requisito razoabilidade-necessidade distingue entre aquelas restrições que são voltadas à promoção de eficiências de uma colaboração daquelas que estão simplesmente desassociadas. Assim, mesmo que a restrição “facilite” um acordo pró-competitivo, ela não é qualificada como acessória automaticamente (U.S. DOJ, 2023, p. 14).

Para ser razoavelmente necessária, a restrição deve ser condizente com os objetivos pró-competitivos da colaboração principal (U.S. DOJ, 2023, p. 18). Dessa forma, as rés devem demonstrar que a restrição questionada é razoavelmente necessária para alcançar o aumento de eficiência gerado pela colaboração, incluindo aspectos como duração e abrangência da restrição (U.S. DOJ, 2023, p. 18).

Com base nisso, o DOJ considerou que as rés falharam em demonstrar a conexão entre a restrição de não contratação e o negócio entre as empresas, além de não demonstrar como as restrições eram razoavelmente necessárias aos acordos.

Em primeiro lugar, o DOJ nota que os acordos de não contratação se aplicavam até mesmo para marcas que não possuíam concessões nas lojas de departamento da Saks Fifth Avenue, como é o caso da marca Bruno Cucinelli. Assim, os acordos proibiam a contratação

---

<sup>114</sup> DOJ, Corrected Brief for the United States of America as *amicus curiae*, on Appeal from the United States District Court for the Eastern District of New York No. 1:20-cv-00833-MKB-CLP (Hon. Margo K. Brodie), No. 23-600.



de funcionários da Saks por qualquer marca vendida nas lojas de departamento, independentemente de haver concessão ou não. Ou seja, não estaria comprovado o primeiro requisito de que a restrição era subordinada a uma colaboração legítima.

Além disso, o DOJ nota que os acordos de não contratação não eram necessários aos alcances dos efeitos pró-competitivos dos modelos de negócio entre a loja de departamento de luxo e as marcas. Enquanto as restrições de não contratação passaram a ser previstas a partir de 2014, o DOJ observa que a relação comercial entre as partes por meio de concessões já existia muito antes disso. Isto é, elas não serviam para viabilizar a colaboração.

De acordo com o DOJ, isso também seria uma indicação de que o acordo não é um componente subordinado às relações comerciais. Dessa forma, os supostos riscos de que as Marcas de Luxo se aproveitariam das concessões para contratar funcionários, acarretando prejuízos ao sucesso das concessões nas lojas de departamento na ausência das cláusulas de não contratação não existiriam no caso concreto, ao contrário do que entendeu a District Court.

O DOJ entende que os acordos de não contratação eram excessivamente amplos, com escopo muito abrangente em relação aos interesses legítimos alegados. Os acordos não apenas restringiam as Marcas de Luxo de usar concessões para recrutar funcionários da Saks ou contratá-los para trabalhar nas concessões dentro das lojas da Saks, mas também proibiam as Marcas de Luxo de contratar qualquer funcionário da Saks, mesmo quando os próprios funcionários abordassem recrutadores de forma independente ou se candidatassem, sem qualquer tipo de solicitação, a empregos nas boutiques autônomas, fora da loja de departamento Saks, das Marcas de Luxo.

Em adição, o DOJ destaca que os acordos duram por todo o período em que os funcionários trabalham na Saks, mais seis meses após o fim da relação de emprego. Na medida em que os réus afirmam que a restrição é uma tentativa de reter funcionários nos quais investiram, o DOJ entende que a duração da restrição contradiz o argumento dos réus, dado que a restrição se estende a um período mais longo que o necessário para recuperar esses investimentos.

Assim, o DOJ defende que as rés não conseguiram cumprir seu ônus de estabelecer a necessidade razoável, pois a suposta conspiração se aplica a um número maior de funcionários e marcas por um período de tempo mais longo do que razoavelmente necessário para abordar qualquer risco que a District Court considerou existir.

Por todas essas razões, o DOJ opina que os acordos não podem ser considerados acessórios, tornando-os restrições puras à concorrência, sujeitas a análise pela regra *per se*.

#### **4.4. Breves considerações do CADE sobre acordos de não contratação com elementos verticais**

Conforme mencionado anteriormente, no direito da concorrência brasileiro, é possível que uma conduta seja considerada uma infração por objeto anticompetitivo ou infração por efeitos anticompetitivos, consoante ao art. 36 da Lei 12.529/2011. Enquanto no primeiro caso a conduta em si recebe uma presunção de ilicitude por ter objeto anticompetitivo, no segundo a conduta somente configura uma infração se forem verificados efeitos anticompetitivos líquidos no mercado. Diante dessa classificação, é possível haver uma associação também com a regra de análise a ser utilizada, conforme observa a professora Ana Frazão (2017, p. 294), em função dos efeitos à concorrência causados pela conduta.

Nesse contexto, a definição do tipo de acordo também é importante no Brasil, uma vez que evidenciam os efeitos produzidos para a concorrência (FORGIONI, 2018, p. 349). Assim, tendo em vista que nos Estados Unidos a divisão entre acordos verticais e horizontais, os quais se segmentam entre restrições puras à concorrência e restrições acessórias, consiste em uma delimitação relevante para acordos de não contratação (ANDERSON, 2021, pp. 1124-1125), essa classificação poderia ajudar a identificar condutas que têm como finalidade restringir a concorrência, as quais são similares no Brasil às infrações por objeto, daquelas que são necessárias para viabilizar um acordo principal, ou que são verticais, situações em que podem apresentar eficiências pró-competitivas e seriam similares, por sua vez, a infrações por efeito anticompetitivo.

Embora o CADE já tenha feito considerações com relação à ilicitude de acordos de não contratação, até o momento não houve condenação de práticas anticompetitivas relacionadas a acordos entre empregadores para impedir a solicitação ou contratação de funcionários uns dos outros. Por conseguinte, o CADE também não teve oportunidades de se manifestar efetivamente sobre acordos de não contratação associados a elementos verticais.

Não obstante, em algumas ocasiões o CADE se manifestou de forma breve sobre acordos de não contratação com elementos verticais, sem haver, no entanto, análise de mérito definitiva no âmbito do controle de condutas da autarquia. Por esse motivo, as considerações realizadas pelo CADE até o momento podem servir somente de ponto de partida de como a questão poderia vir a ser tratada no Brasil, conforme observa-se abaixo.

Durante a análise do Caso MedTech, mencionado anteriormente, o CADE menciona que os acordos de não contratação no âmbito das redes de franquia e no caso de alienações de empresa poderiam vir a ser duas possíveis exceções à ilicitude por objeto (CADE, 2021, p. 19).

Apesar disso, na Nota Técnica também se reconhece a controvérsia existente com relação aos acordos de não contratação das redes de franquia, de modo que o tratamento do assunto ainda não é pacífico na doutrina e na jurisprudência, conforme tratado no decorrer deste Capítulo.

Em consonância com os argumentos sobre os elementos verticais dos acordos mencionados anteriormente, o CADE explica que os acordos de não contratação das redes de franquia podem ser considerados como acordos verticais por estarem previstos em acordos entre franqueador e franqueado e podem ser “justificad[o]s por razões pró-competitivas, como a proteção de know-how, de investimento, de treinamento, além de prevenir o efeito carona” (CADE, 2021, p. 19). Além disso, o aumento da concorrência intermarca poderia compensar as restrições à concorrência intramarca (CADE, 2021, p. 20).

Embora tenha reconhecido possíveis efeitos pró-competitivos gerados pela restrição, o CADE destaca os argumentos de autores como Polden, Marinescu, Posner e Hovenkamp que criticam um tratamento moderado aos acordos de não contratação das redes de franquia em função dos efeitos horizontais ocasionados no mercado a jusante (CADE, 2021, pp. 20-21).

Dessa forma, o CADE concorda com as críticas tratadas neste Capítulo, opinando que “relegar tais práticas a uma análise de regra de razão simplesmente porque o franqueador está em uma relação vertical com o impacto da fixação de salários ignora o fato de que os acordos são claramente anticompetitivos na maioria dos cenários” (CADE, 2021, p. 20). O CADE é bastante crítico sobretudo no que diz respeito à aplicação dessas restrições a setores de baixa remuneração, pois não se justificariam os argumentos pró-competitivos, conforme se observa abaixo.

“Um dos aspectos que reforça esse argumento é a constatação [sic] de que, como já visto neste tópico, tais cláusulas de não contratação em franquias são mais frequentemente utilizadas em indústrias de baixos salários e que empregam profissionais pouco qualificados. Assim, não se sustentam os argumentos de que tais acordos seriam justificados pela proteção de know how, de investimentos e de treinamento de funcionários.” (CADE, 2021, p. 20).

Ainda que não tenha se pronunciado sobre o alcance das eficiências alegadas de modo menos restritivo ao mercado de trabalho (por ex.: acordos com os próprios empregados para proteger os investimentos em capacitação realizado), o CADE reconhece que a questão acerca do tipo de acordos de não contratação verticais de franquias ainda é controversa e carece de análise sobre os verdadeiros efeitos ocasionados.

Por sua vez, no exercício do controle de estruturas, o CADE já fez considerações sobre a inclusão de obrigações de não aliciamento no contexto de operações notificadas à autarquia.

Conforme mencionado na seção sobre acordos de não contratação do tipo acessórios, o CADE entende que restrições ao recrutamento de funcionários no âmbito de operações podem ser lícitas em determinadas ocasiões com o objetivo de proteger o fundo de comércio, nos termos do art. 1.147 do Código Civil. Tendo em vista que eram consideradas necessárias para viabilizar a operação, as considerações feitas no controle de estruturas podem servir somente como ponto de partida para a análise de acordos de não aliciamento e não contratação que possuem elementos verticais e horizontais.

Em vista disso, a análise da razoabilidade das cláusulas de não aliciamento pelo CADE pode ser dividida com base no bem constitucional tutelado pela autoridade antitruste. No primeiro grupo, o CADE analisou a razoabilidade com fundamento nos princípios que regem a atividade econômica, como a valorização do trabalho e do pleno emprego, momento em que se questionou a competência da autoridade concorrencial para impor restrições às cláusulas. No segundo grupo, tem-se decisões intermediárias que analisam a cláusula somente com base no princípio da razoabilidade. Por fim, no terceiro grupo, tem-se decisões em que a análise se voltou à proteção da livre concorrência entre os empregadores, apesar de não mencionar expressamente que a concorrência se dá no mercado de trabalho.

Como expoente do primeiro grupo, pode-se citar o ato de concentração n° 08012.000777/2005-60<sup>115</sup>. Em síntese, na análise da razoabilidade da cláusula de não aliciamento/não contratação<sup>116</sup>, houve uma divergência no tribunal com relação à competência do CADE para restringir uma cláusula com fundamento na liberdade de trabalho.

No caso em questão, a Procuradoria Federal Especializada do CADE (ProCADE) havia feito uma sugestão para suprimir a expressão “empregados” da cláusula de não-aliamento, de modo a restringir os funcionários atingidos pela restrição com base na proteção constitucional à liberdade de trabalho. Em face da sugestão, o Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva entendeu não ser necessário, uma vez que “a tutela do CADE deve incidir sobre eventuais infrações à legislação antitruste, e não à legislação trabalhista” (CADE, 2005, fls. 169).

---

<sup>115</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ato de Concentração n° 08012.000777/2005-60. Partes: Bemis Company Inc. e Dixie Toga S.A.. Processo instaurado em 21/01/2005.

<sup>116</sup> A cláusula previa que: “Cláusula 3.5 (b) - Não aliciamento/ não contratação: Cada vendedor, neste ato, compromete-se, a partir desta data e por um período subsequente de 05 (cinco) anos, direta ou indiretamente, a não aliciar ou promover o aliciamento ou a contratação ou empregar ou promover a contratação de qualquer dos conselheiros, diretores ou empregados da Sociedade ou de qualquer de suas Afiliadas, para fins de mantê-los sob vínculo empregatício ou, de outro modo, usufruir de seus serviços (...).”

O entendimento do Relator corrobora a marginalização do mercado de trabalho na análise antitruste, conforme explicado na seção introdutória. No período, não se verificava de que modo poderia haver uma restrição à concorrência pela cláusula de não aliciamento em si.

Não obstante, em seu voto-vista, o Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe considerou que a proibição de contratar empregados afetaria a ordem econômica indiretamente. Nesse sentido, além de prezar pela defesa da concorrência no Brasil, também seria função do CADE garantir os princípios gerais da atividade econômica, como a valorização do trabalho e a busca pelo pleno emprego previstas no art. 170, *caput* e inciso VIII, da Constituição Federal. Dessa forma, o Conselheiro votou pela exclusão do termo “empregados” da cláusula, entendendo que

**“a preservação do acordo por meio desses dispositivos só teria sentido se a restrição fosse delimitada a empregados especializados, a conselheiros ou diretores da sociedade,** porque são cargos que representam conhecimentos mais aprofundados a respeito dos segredos da empresa. Não há motivos para que abarque todos os trabalhadores, de forma generalizada.” (grifos nossos) (CADE, 2005, fls. 178).

Assim, o tribunal, por maioria, acompanhou o voto-vista, condicionado a aprovação da operação à exclusão do termo “empregados” da cláusula de não aliciamento/não contratação. Nesse caso, a cláusula somente seria considerada razoável se delimitasse estritamente a restrição de não aliciar/não contratar aos funcionários relacionados às finalidades que visava proteger, como aqueles que possuem acesso a segredos da empresa.

Apesar de estar fundamentada na proteção à liberdade de trabalho a princípio, as alterações impostas pelo tribunal do CADE também se relacionam diretamente com a proteção da concorrência no mercado de trabalho, consoante aos casos mencionados acima. Uma vez que as cláusulas de não aliciamento/não contratação têm o potencial de restringir a concorrência entre empregadores pela aquisição do serviço dos trabalhadores, é necessário que estejam estritamente delimitadas no escopo e associadas aos efeitos pró-competitivos que visam promover para que sejam justificáveis. A partir disso, poder-se-ia afastar os argumentos de incompetência do CADE para restringir a inclusão de tais cláusulas.

No segundo grupo, por sua vez, pode-se citar os atos de concentração nº 08012.002243/2005-78, 08012.013851/2007-70 e 08012.012440/2007-67, todos de Relatoria do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos.

A primeira vez em que esposou seu entendimento com relação à razoabilidade das cláusulas de não aliciamento/não contratação foi no âmbito do ato de concentração nº

08012.002243/2005-78<sup>117</sup>. Na ocasião, a cláusula de não concorrência dos empregados<sup>118</sup> foi considerada pelo Conselheiro como muito ampla e desassociada aos fins que objetivava alcançar, em função da inclusão de termos como “qualquer funcionário” e “futuros empregados”. Conforme explica o Conselheiro,

“[...] tais cláusulas destinam-se à proteção de informações de negócios e são consideravelmente mais importantes naquelas indústrias intensivas em capital humano nas quais parte significativa de seus ativos são intangíveis e, portanto, carecem de proteção adequada. Entretanto, **os termos gerais com os quais tal cláusula é redigida transborda tal finalidade**, estendendo o critério de não concorrência a todos os funcionários ou empregados da compradora. **As cláusulas de não concorrência de empregados devem estar restritas aqueles [sic] que detêm informações sigilosas ou segredos comerciais dos negócios da empresa objeto da operação.**” (CADE, 2005, fls. 466).

No caso em questão, a restrição imposta com relação ao escopo da cláusula não foi acompanhada pelo tribunal, o qual restringiu somente o prazo de duração, condicionando-o à data de assinatura do contrato em vez do prazo indefinido estipulado “a contar da data de fechamento da operação”.

Não obstante, esse entendimento passou a ser adotado posteriormente, em que a análise da razoabilidade da cláusula passou a verificar se a restrição estava associada às finalidades que visava atingir. A exemplo disso, no ato de concentração nº 08012.012440/2007-67, o Relator considerou que não foi demonstrada a necessidade de proteção de ativos intangíveis. Além disso, a cláusula de não aliciamento era muito ampla, uma vez que afetava qualquer empregado independentemente de sua função, e possuía um prazo muito longo. Dessa forma, condicionou a aprovação da operação à restrição da cláusula aos funcionários que detinham informações sigilosas ou segredos de negócios e à redução do prazo de duração.

Nas decisões desse grupo, as cláusulas de não aliciamento passaram a ser adaptadas seguindo esse critério de razoabilidade, conforme se observa abaixo:

“Foi estabelecida uma cláusula de não-concorrência e não aliciamento entre as partes, vigente por cinco anos. Da análise do contrato verifica-se que a cláusula em questão está em consonância com o entendimento tradicional do CADE a respeito desse assunto, pois **é acessória ao negócio principal, seu âmbito geográfico coincide**, ao menos à primeira vista, **com a dimensão geográfica do mercado afetado** pela

<sup>117</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ato de Concentração nº 08012.002243/2005-78. Partes: Novartis Ag e Hexal Ag. Processo instaurado: 09 de março de 2005.

<sup>118</sup> A cláusula previa que: “Os Vendedores comprometem-se a partir da data deste instrumento até um período de cinco anos a contar da Data do Fechamento, sem o consentimento prévio por escrito da Compradora, não causar nem influenciar ativamente qualquer funcionário, agente ou consultor (exceto advogados, banqueiros de investimento, contadores públicos certificados e consultores fiscais) na data deste instrumento ou no futuro empregados ou contratados por qualquer das Empresas Hexal, a trabalhar de qualquer forma para qualquer dos Vendedores para um empreendimento em que qualquer dos Vendedores possuam uma participação ou para um concorrente ou rescindir uma relação existente com qualquer das Empresas Hexal. Isso não se aplicará a nenhuma atividade de qualquer dos Vendedores para a Empresa Hexal”.

operação, **está limitada a 5 anos, e é diretamente relacionada com a viabilidade da operação**”<sup>119</sup> (CADE, 2007, fls. 248) (grifos nossos).

No terceiro grupo, por fim, pode-se citar os atos de concentração n° 08012.004299/2003-03, 08012.0004902/2010-78 e 08012.013200/2010-85.

A primeira vez que a razoabilidade da cláusula de não aliciamento foi considerada à luz da livre concorrência foi no âmbito do ato de concentração n° 08012.004299/2003-03<sup>120</sup>, apesar de o entendimento não ter prevalecido à época. O Conselheiro Relator Fernando de Oliveira Marques ressaltou que a restrição à concorrência entre a compradora e a vendedora seria uma forma de garantir que a compradora não tivesse que competir com o empregado que possui o *know how* do negócio adquirido e tem acesso a carteira de clientes.

“No caso concreto, as Requerentes argumentaram que a cláusula em questão não pode ser entendida como uma cláusula de não-concorrência e, sim, de não aliciamento de empregados. O fato é que, ainda que a cláusula em questão trata [sic] apenas de não aliciamento de empregados, **a sua aplicação, claramente, implica a vedação de contratar empregados da concorrente, o que acaba por limitar a Concorrência.**” (grifos nossos) (CADE, 2004, fls. 287).

Na ocasião, embora o Relator tenha considerado que a cláusula em si estava em harmonia com o princípio da razoabilidade, ele verificou que a restrição seria capaz de causar efeitos nocivos à concorrência em função do prazo de duração de 10 anos. Apesar disso, o tribunal, por maioria, considerou que não haveria prejuízos à concorrência, aprovando o ato de concentração sem restrições à cláusula.

Posteriormente, quase dez anos depois do caso citado, no julgamento dos atos de concentração n° 08012.0004902/2010-78 e 08012.013200/2010-85<sup>121</sup>, a cláusula de não aliciamento prevista no âmbito dos contratos de compra e venda firmados entre o Grupo Amil e os Hospitais Samaritano e Pró-Cardíaco teve de ser modificada com fundamento na defesa da concorrência.

Conforme explica o Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro,

“não é possível impedir que outros empresários possam desenvolver os seus próprios negócios por meio de vedação à contratação de trabalhadores qualificados. **A competição entre empresas implica em disputa pela obtenção dos melhores profissionais, restringir a possibilidade de ingresso de empregados bem habilitados em negócios geridos por concorrentes é criar assimetria nas**

<sup>119</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ato de Concentração n° 08012.007341/2006-82. Partes: Orteng Equipamentos e Sistemas Ltda. e Areva Transmissão & Distribuição de Energia Ltda. Processo instaurado em: 13 de abril de 2007.

<sup>120</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ato de Concentração n° 08012.004299/2003-03 (Requerentes: Shattdecor do Brasil Ltda e Pertech do Brasil Ltda). Conselheiro Relator Fernando de Oliveira Marques. Voto fls. 284-290. Data de Julgamento: 16/07/2004.

<sup>121</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ato de Concentração n° 08012.013200/2010-85. Partes: Hospital das Clínicas de Niterói Ltda e Clínica Médico Cirúrgica Botafogo S.A. Processo instaurado em: 30 de dezembro de 2010.

**condições de recrutar e, portanto, de empreender.”** (grifos nossos) (CADE, 2013, fls. 1185).

De acordo com o Relator, a cláusula de não concorrência tem como objetivo a proteção do fundo de comércio, sendo que a capacidade profissional dos funcionários não constitui patrimônio do dono do negócio. Nesse sentido, a boa reputação do empregado, individualmente considerado, é patrimônio do próprio empregado, não sendo possível a empresa dispor desse patrimônio, restringindo “a liberdade dos empregados de usufruírem da possibilidade de nova colocação” (CADE, 2013, fls. 1185) como se fosse a proprietária disso.

Contudo, o Relator entende que a restrição à mobilidade dos funcionários pode ser razoável quando visar proteger o patrimônio da empresa, isto é, seus ativos intangíveis como segredos de negócio ou informações sigilosas. Em relação ao voto em referência, Fernanda Martins observa que toda essa análise foi feita “mesmo sem adentrar especificamente na análise da concorrência pela perspectiva do mercado de trabalho ou no poder de monopólio que pode ser formado a partir daquela operação” (MARTINS, 2022, p. 371).

Assim, restringindo o escopo da cláusula para alcançar somente os funcionários que detêm parte do ativo intangível da empresa, o Relator votou pela aprovação. Por fim, a operação foi aprovada pelo Tribunal do CADE, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, condicionada ao ajuste das cláusulas de não concorrência e de não aliciamento.

#### **4.5. Conclusão**

Em vista do exposto, pode-se perceber que a distinção entre acordo horizontal e vertical tem ocorrido conforme as discussões doutrinárias, tanto na definição do tipo do acordo principal quanto do acordo de não contratação. No entanto, observa-se que os tribunais têm agido com cautela para definir os tipos de acordo logo de início, dado que essa definição reflete na metodologia de análise adotada.

Assim, primeiro se define se o acordo principal no qual a restrição de contratação está prevista é um acordo entre concorrentes no mercado dimensão produto/serviço, mesmo que as partes estejam verticalmente relacionadas na situação. Trata-se, portanto, de definir se é um acordo horizontal ou vertical, e, sendo um acordo horizontal, se possui como escopo uma colaboração legítima entre as partes (ex.: *joint ventures*).

Em segundo lugar, passa-se à análise do tipo do próprio acordo de não contratação previsto no âmbito do acordo principal. Nessa etapa, observa-se que os acordos de não contratação têm sido definidos como acordos horizontais quando há concorrência entre as partes no mercado de trabalho, independentemente de haver concorrência ou não no mercado



dimensão produto/serviço. Por sua vez, os acordos de não contratação somente são considerados como acordos verticais quando não há qualquer relação de concorrência entre as partes no mercado de trabalho.

Observa-se, contudo, que os acordos de não contratação verticais ainda carecem de estudos sobre os efeitos anticompetitivos e pró-competitivos gerados a fim de delimitar se os efeitos horizontais ocasionados no mercado de trabalho seriam suficientes para caracterizá-lo como uma restrição horizontal. Para os casos das redes de franquia, a forma de execução da cláusula também foi levada em consideração, isto é, se somente pode ser executada pelo franqueador ou por terceiros beneficiários do acordo nessa delimitação.

Não obstante, observa-se em alguns casos que não somente a ausência de concorrência no mercado de trabalho foi considerada, mas também os efeitos horizontais dos acordos foram ressaltados para definir os efeitos à concorrência de tais acordos. A exemplo disso, nos casos *Butler v. Jimmy John's* e *State of Illinois v. Elite Staffing* restou demonstrado que a existência de coordenação a nível horizontal importa na delimitação dos efeitos à concorrência de tais acordos e, conseqüentemente, na regra de análise aplicável.

No que diz respeito às restrições puras à concorrência e às restrições acessórias, observa-se que ainda há um longo caminho para delimitar a diferenciação de acordos de não contratação como restrições puras à concorrência ou como restrições acessórias quando o elemento vertical está presente. Isso porque, similarmente aos acordos verticais, há dificuldades para verificar os efeitos pró-competitivos gerados pelo acordo.

Em primeiro lugar, para distinguir restrições puras de restrições acessórias, é importante que os tribunais verifiquem se (i) o acordo de não contratação está associado a uma colaboração legítima entre as partes; e (ii) se ele é razoavelmente necessário para o alcance das eficiências pró-competitivas promovidas pelo acordo principal. Isto é, se o acordo de não contratação contribui para viabilizar o acordo principal.

Na definição do binômio razoabilidade-necessidade, têm sido consideradas questões como (i) os funcionários atingidos pela cláusula (i.e, se há a delimitação dos funcionários atingidos em conformidade com as eficiências pró-competitivas suscitadas, isto é, se contribuem para alcançar a finalidade visada com o acordo principal); (ii) se o acordo de não contratação é necessário para viabilizar a colaboração entre as partes ou se essa pode existir sem a restrição à mobilidade dos trabalhadores; e (iii) critérios como delimitação da abrangência da restrição de não contratação em termos geográficos (ex.: se a restrição se aplica a todo o território nacional ou fica restrita à área de influência da colaboração) e de duração da restrição (ex.: se a restrição é imposta somente no tempo necessário para recuperar

investimentos; se é imposta por todo o período da colaboração; ou se ultrapassa o período da colaboração ou não possui prazo final).

Em vista disso, a aplicação de restrições à contratação em mercados de trabalho que os funcionários possuem baixa remuneração e pouca qualificação, efeitos pró-competitivos suscitados relacionados aos investimentos em treinamento e capacitação e prevenção ao efeito carona não prevaleceram.

Não obstante, para verificar a existência de efeitos pró-competitivos gerados pelo acordo, ainda há divergências se poderiam ser considerados os efeitos gerados no mercado dimensão produto/serviço ou se deveriam ser demonstrados efeitos no mercado dimensão trabalho, onde a restrição efetivamente ocorre.

Dessa forma, embora já existam critérios que podem ser utilizados para nortear a definição dos acordos de não contratação com elementos verticais, conclui-se que é necessário haver maior consolidação e uniformização na doutrina e jurisprudência para definir corretamente tais restrições de acordo com os efeitos à concorrência gerados, sobretudo no que diz respeito à definição se são restrições puras à concorrência ou restrições acessórias. Além disso, nessa uniformização, seria interessante que as autoridades de defesa da concorrência levassem em consideração a existência de meios menos restritivos para alcançar os efeitos pró-competitivos alegados, uma vez que podem ser pactuados com o próprio trabalhador, o qual é atingido pela restrição.

Em conclusão, os tipos de *no-poaching agreements* analisados nos julgados dos Estados Unidos que foram objeto do presente trabalho poderiam ser discriminados conforme indicado na tabela abaixo, considerando o estágio atual de cada um dos processos:

**Tabela 1 – Tipos de *No-Poaching Agreements* nos julgados dos Estados Unidos**

<b>Caso</b>	<b>Tipo de Acordo</b>	<b>Subclassificação</b>	<b>Mercado Afetado</b>	<b>Resultado do Julgamento</b>
Deslandes v. McDonalds	Acordo Horizontal	Possível Restrição Pura à Concorrência	Mercado de trabalho de serviços de funcionários de restaurantes de <i>fast food</i> /serviço rápido	Em análise pela District Court
Butler v. Jimmy John's	Acordo Vertical	Acordo Vertical com Efeitos Horizontais	Não houve análise.	Acordo Extrajudicial
Aya Healthcare v. AMN Healthcare	Acordo Horizontal	Restrição Acessória	Mercado de fornecimento de serviços de	Arquivamento

			enfermagem para hospitais <sup>122</sup>	
State of Illinois v. Elite Staffing	Possível Acordo Vertical	Possível Acordo Vertical com Efeitos Horizontais	Não houve análise.	Em análise pela District Court
Giordano v. Saks	Acordo Horizontal	Restrição Acessória	Mercado de trabalho de serviços de funcionários do setor de varejo de luxo	Em fase recursal
Giordano v. Saks (Opinião do DOJ)	Acordo Horizontal	Possível Restrição Pura à Concorrência		

No que diz respeito às breves considerações feitas pelo CADE até o momento, pode-se observar que já houve pronunciamentos feitos pela autarquia, embora a discussão sobre elementos verticais tenha sido tangenciada.

Na ocasião da análise do Caso MedTech, observa-se que o CADE diferenciou corretamente o tipo dos acordos de não contratação previstos no âmbito das cláusulas do contrato de franquia. Assim, o CADE entendeu que seria um acordo horizontal quando o franqueador também concorre com os franqueados, seguindo os argumentos apresentados pelo DOJ, e vertical quando não há concorrência entre franqueado e franqueador no mercado de trabalho.

Por outro lado, diferentemente do que defendem alguns doutrinadores, o CADE ressaltou a promoção de efeitos pró-competitivos no mercado dimensão produto/serviço, em detrimento da demonstração de eficiências no mercado em que a restrição ocorre (i.e., no mercado dimensão trabalho).

Também em linha com o presente trabalho no âmbito do controle de estruturas, pode-se afirmar que as cláusulas de não aliciamento, não concorrência e não contratação nas operações foram consideradas restrições acessórias à operação principal, contribuindo para viabilizar a operação. Nesses casos, o CADE analisou a razoabilidade considerando (i) os funcionários atingidos pela cláusula; (ii) se a restrição estava associada ao negócio principal e se era necessária para atingir a sua finalidade (e.g., proteger os ativos intangíveis da empresa e, por conseguinte, manter o valor do bem adquirido); e (iii) a delimitação material, temporal e geográfica da restrição.

Cumprido reforçar, contudo, que essas cláusulas somente são reconhecidas na jurisprudência do CADE como restrições acessórias por força do art. 1.147 do Código Civil,

<sup>122</sup> Conforme explicado anteriormente, a Aya definiu os mercados afetados separadamente, contudo, o tribunal considerou sobretudo os efeitos do acordo no mercado dimensão serviço.

sobretudo no que diz respeito ao prazo máximo de 5 anos. Conforme visto ao longo desta pesquisa, não é qualquer restrição de não aliciar e não contratar que será considerada acessória ao negócio principal entre concorrentes e nem qualquer prazo será considerado razoável para atingir as finalidades da restrição.

Dessa forma, as considerações feitas no âmbito do controle de estruturas podem servir somente como ponto de partida para a análise das restrições, de modo que é necessário aguardar também por um pronunciamento oficial da autoridade concorrencial brasileira ou pela consolidação da jurisprudência sobre o assunto para definir os critérios que tornam as restrições razoáveis ou não.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante ao demonstrado ao longo do presente de trabalho, os acordos de *no-poach* apresentam desafios para a distinção entre acordo horizontal e vertical no direito da concorrência.

Como visto, os empregadores concorrem no lado da demanda no mercado de trabalho, evidenciando os efeitos do poder de monopólio de forma colusiva. Em função disso, os acordos de *no-poach* podem configurar ilícitos anticompetitivos mesmo que não haja concorrência entre as partes no mercado dimensão produto/serviço.

Por esse motivo, é possível que os acordos de não contratação e não solicitação estejam previstos no âmbito de relações verticais no mercado dimensão produto/serviço, apresentando elementos horizontais e verticais. Exemplo disso é a previsão de cláusulas de não solicitação/não contratação em contratos de fornecimento de determinado produto ou serviço, que restringem as partes contratuais de apresentarem ofertas de emprego ou contratar funcionários da contraparte. Em adição, observa-se a pactuação de acordos de não contratação e não solicitação mesmo em casos em que as partes não concorrem pela aquisição no mercado de trabalho, mas que têm o potencial de restringir a contratação de empregados no mercado a jusante.

Nas situações em que o elemento vertical está presente, alega-se a existência de efeitos pró-competitivos para justificar as restrições à mobilidade dos trabalhadores, situação em que os acordos de não contratação ensejariam uma análise pela regra da razão para verificar a ocorrência de efeitos anticompetitivos líquidos no mercado a fim de configurar o ilícito concorrencial.

Em vista desse contexto, a delimitação dos tipos de acordo de não contratação é relevante na medida em que ajuda a identificar os efeitos à concorrência causados pelo acordo.

Considerando que restrições à concorrência entre empregadores pela aquisição de serviços de trabalhadores já estiveram previstas na própria legislação em diversas jurisdições, como o exemplo da Inglaterra, dos Estados Unidos e do Brasil, é possível que isso tenha legitimado a existência de tais práticas anticompetitivas. Dessa forma, embora haja acordos de não contratação previstos no âmbito de relações verticais, é possível que não tenham atributos que promovem a concorrência, mas sim que foram restrições à concorrência legitimadas no decorrer da história. Além disso, o presente trabalho também demonstrou a existência de medidas menos restritivas para alcançar os supostos efeitos pró-competitivos alegados, de modo que os acordos de não contratação não seriam necessários.

Logo, a definição do tipo de acordo e, por conseguinte, dos efeitos à concorrência gerados por ele, é relevante para evitar que restrições à mobilidade dos trabalhadores sejam consideradas lícitas somente por estarem no âmbito de uma relação vertical, sem que haja uma correta verificação dos efeitos anticompetitivos ocasionados pelo acordo.

Por isso, no decorrer da análise de acordos de não contratação, desenvolveu-se um método para identificar os tipos de acordo. Primeiro, verifica-se se o acordo de não contratação consiste em um acordo horizontal ou vertical no mercado de trabalho. Sendo um acordo horizontal entre empregadores concorrentes no mercado de trabalho, o acordo pode ser classificado como uma restrição pura à concorrência, a qual não possui justificativas senão restringir a concorrência, ou como uma restrição acessória a uma colaboração legítima entre as partes, em que a restrição contribuiria para viabilizar a colaboração e promover os efeitos pró-competitivos do acordo principal.

Para que o acordo seja considerado uma restrição acessória, primeiro é necessário demonstrar que está associado a uma colaboração legítima entre as partes. Além disso, o acordo de não contratação deve atender ao binômio da razoabilidade-necessidade. Isto é, deve ser necessário para viabilizar a colaboração principal e promover os efeitos pró-competitivos, como também deve ser razoável para alcançar os propósitos visados. Portanto, não basta que a restrição de contratar esteja prevista em um acordo principal sem função específica, ela precisa ser necessária para a colaboração entre as partes.

Por sua vez, quando o acordo de não contratação é classificado como um acordo vertical no mercado de trabalho (i.e., em que as partes não concorrem pela aquisição de trabalhadores), também suscita-se a existência de elementos verticais e horizontais. Isso porque, ainda que sejam acordos verticais, eles geram efeitos horizontais no mercado de trabalho, motivo pelo qual se questiona a existência de benefícios à concorrência.

Assim, a fim de verificar as características consideradas para classificar os acordos horizontais como restrições puras à concorrência ou como restrições acessórias, ou, ainda, como acordos verticais, o presente trabalho analisou a discussão sobre os elementos verticais nos Estados Unidos, sobretudo em casos que trataram sobre acordos de não contratação no âmbito de redes de franquia, empresas de terceirização e lojas de departamento de luxo.

No caso das redes de franquia, além da discussão doutrinária, analisou-se os casos *Deslandes v. McDonald's*, *Butler v. Jimmy John's* e as declarações de interesse do DOJ no âmbito de ações privadas. Por sua vez, no caso das empresas de terceirização, analisou-se as decisões prolatadas no âmbito no caso *Aya Healthcare v. AMN Healthcare* e no caso *State of*

*Illinois v. Elite Staffing*. Por fim, no que diz respeito às lojas de departamento de luxo, analisou-se a decisão no caso *Giordano v. Saks* e a declaração do DOJ como *amicus curiae* no caso.

Para distinguir restrições puras à concorrência de restrições acessórias nos casos supracitados, foram considerados alguns aspectos para caracterizar as restrições como razoavelmente necessárias, tais como (i) a delimitação dos funcionários atingidos pela cláusula; (ii) se o acordo de não contratação é necessário para viabilizar a colaboração entre as partes ou se essa pode existir sem a restrição à mobilidade dos trabalhadores; e (iii) critérios como delimitação da abrangência da restrição de não contratação em termos geográficos e temporais de duração da restrição.

Em adição, para definir os acordos como verticais, houve uma peculiaridade. Observa-se que não somente a ausência de concorrência no mercado de trabalho foi considerada, mas também os efeitos horizontais dos acordos foram ressaltados para definir os efeitos à concorrência de tais acordos. A exemplo disso, nos casos *Butler v. Jimmy John's* e *State of Illinois v. Elite Staffing* restou demonstrado que a existência de coordenação a nível horizontal importa na delimitação dos efeitos à concorrência de tais acordos e, conseqüentemente, na regra de análise aplicável.

Não obstante, há ainda divergências com relação ao mercado em que devem ser verificados os efeitos pró-competitivos gerados pelo acordo, se somente no mercado onde a restrição é gerada ou se serviriam benefícios à concorrência no mercado do produto/serviço. Como exemplo de decisões com entendimentos contrários, tem-se os casos *Deslandes v. McDonald's* e *Aya Healthcare v. AMN Healthcare*.

Por fim, o presente trabalho também fez um breve ensaio para verificar em que medida essa discussão sobre elementos verticais já foi suscitada no Brasil pelo CADE. Embora o CADE já tenha se manifestado em algumas ocasiões sobre a ilicitude dos acordos de não contratação, definindo-os como ilícitos por objeto, sujeitos à análise per se, não houve até o momento qualquer análise de mérito sobre essas condutas anticompetitivas.

Assim, tendo em vista que os estudos sobre acordos de não contratação ainda são bastante incipientes no país, identificou-se que o CADE somente se manifestou sobre a existência de acordos de não contratação com elementos verticais no âmbito do Caso MedTech, bem como no âmbito da análise de cláusulas de não aliciamento presentes em atos de concentração. Desse modo, conclui-se que os pronunciamentos realizados até o momento servem somente de ponto de partida para a classificação desses acordos no Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS, Rachel. Why Aren't Paychecks Growing? A Burger-Joint Clause Offers a Clue. **New York Times**, 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/09/27/business/pay-growth-fast-food-hiring.html> . Acesso em 15 de setembro de 2023.

ANDERSON, Mitchell. Avoiding No-Poach Liability: Making Reasonable Choices to Qualify for the Rule of Reason. **Arizona Law Review**, vol. 63, no. 4, 2021, pp. 1111-1136. HeinOnline.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a Experiência Brasileira. In: **Direito Econômico Concorrencial**. SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinicius Marques de. CORDOVIL, Leonor (coord.). Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 199 – 244.

ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SOUZA, Nayara. O improvável encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste. **Revista do IBRAC**, vol. 24, n. 2, p. 65-93, 2018.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (ADC). **Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência**. Autoridade da Concorrência, Lisboa, 21 de setembro de 2021. Disponível em: [https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/Relat%C3%B3rio\\_Acordos%20no%20Mercado%20de%20Trabalho%20e%20Pol%C3%ADtica%20de%20Concorr%C3%Aancia.pdf](https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/Relat%C3%B3rio_Acordos%20no%20Mercado%20de%20Trabalho%20e%20Pol%C3%ADtica%20de%20Concorr%C3%Aancia.pdf). Acesso em: 14 de setembro de 2023.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (ADC). **Guia de Boas Práticas – Prevenção de Acordos Anticoncorrenciais nos mercados de trabalho**. Autoridade da Concorrência, Lisboa, 21 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/guias-promocao-da-concorrenca/Guia%20de%20Boas%20Praticas%20de%20Preven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Acordos%20Anticoncorrenciais%20no%20Mercado%20de%20Trabalho.pdf>. Acesso em: 14 de setembro de 2023.

BANSAL, Dee; BRINTON, Julia; GRISE, Jacqueline; MEJIA, Beatriz, The “No-Poach” Approach: Update on the Antitrust Agencies’ Enforcement of Employment Agreements. **CPI Antitrust Chronicle**, Maio de 2022.



BOMFIM, Daniela Santos. **A fundamentação jurídica da oponibilidade dos contratos perante terceiros**. Orientador: Alessandro Hirata. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13112020-164630/publico/9257952\\_Tese\\_Parcial.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-13112020-164630/publico/9257952_Tese_Parcial.pdf) . Acesso: 25 de outubro de 2023.

BRASIL. **Decreto nº 2.827, de 15 de março de 1879**. Dispondo o modo como deve ser feito o contrato de locação de serviços. [S. l.], 15 mar. 1879.

BRASIL. SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. **Introdução ao Direito da Concorrência**. Brasília, SEAE, 2014. Disponível em: [https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrencia/4-seae\\_introducao\\_direito\\_concorrencia.pdf](https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrencia/4-seae_introducao_direito_concorrencia.pdf) . Acesso em 14 de setembro de 2023.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. O dia em que o STJ salvou o artigo 608 do Código Civil. **Revista Consultor Jurídico**, 25 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-25/direito-civil-atual-dia-stj-salvou-artigo-608-codigo-civil/#:~:text=25%2F10%2F2022>. Acesso em: 19 out. 2023.

CAPOBIANCO, John A. In Restraint of Wages: The Implications of No-Poaching Agreements. **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**, vol. 33, no. 2, 2019, pp. 419-452. HeinOnline.

COLLIN, Thomas J. No-Hire Clauses – Ancillary Restraints for Protection of Brand Goodwill. **Franchise Law Journal**, vol. 41, n. 1, outono de 2021, pp. 143-171.

COMPETITION BUREAU. Guia, 30 de maio de 2023. **Enforcement Guidelines on wage-fixing and no poaching agreements**, Canadá, 30 maio 2023. Disponível em: <https://ised-isde.canada.ca/site/competition-bureau-canada/en/how-we-foster-competition/education-and-outreach/enforcement-guidelines-wage-fixing-and-no-poaching-agreements>. Acesso em: 15 set. 2023.

COMPETITION COMMISSION. **Competition Commission Advisory Bulletin**. Competition concerns regarding certain practices in the employment marketplace in relation to hiring and terms and conditions of employment. Hong Kong, Competition Commission, 09 abr. 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Nota Técnica nº 54/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE. **Processo Administrativo nº 08012.003021/2005-72**. Partes: Ministério da Educação – MEC, Sindicato das Empresas de Serviços de Informática do Distrito Federal – SINDESEI (...). Processo instaurado em 05/04/2005.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Processo administrativo nº 08012.002812/2010-42**. Processo instaurado em: 18 jan. 2010.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08012.000777/2005-60**. Partes: Bemis Company Inc. e Dixie Toga S.A.. Processo instaurado em 21/01/2005.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08012.002243/2005-78**. Partes: Novartis Ag e Hexal Ag. Processo instaurado: 09 de março de 2005.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08012.007341/2006-82**. Partes: Orteng Equipamentos e Sistemas Ltda. e Areva Transmissão & Distribuição de Energia Ltda. Processo instaurado em: 13 de abril de 2007.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08012.004299/2003-03** (Requerentes: Shattdecor do Brasil Ltda e Pertech do Brasil Ltda). Conselheiro Relator Fernando de Oliveira Marques. Voto fls. 284-290. Data de Julgamento: 16/07/2004.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08012.013200/2010-85**. Partes: Hospital das Clínicas de Niterói Ltda e Clínica Médico Cirúrgica Botafogo S.A. Processo instaurado em: 30 de dezembro de 2010.

DIAS, José Carlos Vaz e; COSTA, João Marcelo Sant'Anna da. Migração de trabalhadores intelectuais brasileiros para o mercado internacional: identificação de atos de aliciamento de empregados e mecanismos legais para impedir a apropriação tecnológica e concorrência desleal. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 1, 2016 p. 284-306.

EDGAR, Molly. The DOJ's Role in the Franchise No-Poach Problem. **Hastings Law Journal**, vol. 72, no. 5, May 2021, pp. 1573-1604.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. FEDERAL TRADE COMMISSION. **Antitrust Guidance for HR Professionals**. Washington: D.C., 2016. Disponível em: <https://www.ftc.gov/public-statements/2016/10/antitrust-guidance-human-resource-professionals-department-justice>. Acesso em: 11 de setembro de 2023.

ESTADOS UNIDOS (EUA). NORTHERN DISTRICT COURT OF CALIFORNIA. **In re High-Tech Employee Antitrust Litigation**, 856 F. Supp. 2d 1103, 2012 Trade Case. (CCH) 77866 (N.D. Cal. 2012). Disponível em: <https://casetext.com/case/in-rehightech-emp-antitrust-litig>. Acesso em 18/09/2023.

ESTADOS UNIDOS (EUA). NORTHERN DISTRICT COURT OF CALIFORNIA. **State of California v. Ebay Inc.**, Case No.: 5:12-CV-05874-EJD (N.D. Cal. Aug. 29, 2014). Disponível em: <https://casetext.com/case/california-v-ebay-1>. Acesso em 18/09/2023.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES CIRCUIT COURT OF COOK COUNTY. **Caso n° 2020-CH-5156**. Partes: The State of Illinois v. Elite Staffing, Inc., Metro Staff, Inc.; Midway Staffing, Inc., and Colony Display LLC.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES APPELLATE COURT OF ILLINOIS FIRST DISTRICT. **Caso n° 1-21-0840**. Partes: The State of Illinois v. Elite Staffing, Inc., Metro Staff, Inc.; Midway Staffing, Inc., and Colony Display LLC. Data da decisão:

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. **Caso n° 20-55679**. Partes: AYA Healthcare Services, Inc., Aya Healthcare Inc. v. AMN Healthcare Service, Inc., AMN Services, LLC, Medefix, Inc, and Shiftwise, Inc. Data de julgamento: 19/08/2021. Disponível em: <https://casetext.com/case/aya-healthcare-servs-v-amn-healthcare-inc-2> . Acesso em: 11 de outubro de 2023.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. **Caso n° 17 C 4857**. Partes: Leilani Deslandes v. McDonald's USA, LLC, McDonald's Corporation. Processo Instaurado em: 06/2017. Data de julgamento: 25/06/2018. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/illinois/ilndce/1:2017cv04857/341680/53/> . Acesso em: 28 de setembro de 2023.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. **Caso n° 17 C 4857**. Partes: Leilani Deslandes v. McDonald's USA, LLC, McDonald's Corporation. Processo Instaurado em: 06/2017. Data de julgamento:

28/07/2021. Disponível em: <https://casetext.com/case/deslandes-v-mcdonalds-usa-llc> . Acesso em: 28 de setembro de 2023.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. **Caso n° 17 C 4857**. Partes: Leilani Deslandes v. McDonald's USA, LLC, McDonald's Corporation. Processo Instaurado em: 06/2017. Data de julgamento: 28/06/2022. Disponível em: <https://casetext.com/case/deslandes-v-mcdonalds-us-llc> . Acesso em: 28 de setembro de 2023.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. **Caso n° 22-2333 & 22-2334 (Appeal from 17 C 4857 & 19 C 5524)**. Partes: Leilani Deslandes e Stephanie Turner v McDonald's USA, LLC e McDonald's Corporation. Data de julgamento: 25/08/2023. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca7/22-2333/22-2333-2023-08-25.html> . Acesso em: 28 de setembro de 2023.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE EASTERN DISTRICT OF WASHINGTON, **Stigar v. Dough, Inc.**, No. 2:18-CV-00244- SAB (Auntie Anne's).

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. **Caso n° 17-205-MMA**. Partes: AYA Healthcare Services, Inc., Aya Healthcare Inc. v. AMN Healthcare Service, Inc., AMN Services, LLC, Medefix, Inc, and Shiftwise, Inc. Processo Instaurado em: 02/02/2017. Data de julgamento: 19/06/2018. Disponível em: <https://casetext.com/case/aya-healthcare-servs-inc-v-amn-healthcare-inc-1> . Acesso em: 10 de outubro de 2023.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. **Caso n° 17-205-MMA**. Partes: AYA Healthcare Services, Inc., Aya Healthcare Inc. v. AMN Healthcare Service, Inc., AMN Services, LLC, Medefix, Inc, and Shiftwise, Inc. Processo Instaurado em: 02/02/2017. Data de julgamento: 12/05/2020. Disponível em: <https://casetext.com/case/aya-healthcare-servs-v-amn-healthcare-inc-1> . Acesso em: 10 de outubro de 2023.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. **Caso n° 17-205-MMA**. Partes: AYA Healthcare Services, Inc.,

Aya Healthcare Inc. v. AMN Healthcare Service, Inc., AMN Services, LLC, Medefix, Inc, and Shiftwise, Inc. Processo Instaurado em: 02/02/2017. Data de julgamento: 22/06/2020. Disponível em: Aya Healthcare Servs. v. Amn Healthcare, Inc., Case No.: 17cv205-MMA (MDD) | Casetext Search + Citator . Acesso em: 11 de outubro de 2023.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. **Caso n° 20-55679**. Partes: AYA Healthcare Services, Inc., Aya Healthcare Inc. v. AMN Healthcare Service, Inc., AMN Services, LLC, Medefix, Inc, and Shiftwise, Inc. Data de julgamento: 19/08/2021. Disponível em: <https://casetext.com/case/aya-healthcare-servs-v-amn-healthcare-inc-2> . Acesso em: 11 de outubro de 2023.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE (U.S. DOJ), Corrected Brief for the United States of America as amicus curiae, on Appeal from the United States District Court for the Eastern District of New York No. 1:20-cv-00833-MKB-CLP (Hon. Margo K. Brodie), No. 23-600.

ESTADOS UNIDOS (EUA). UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF ILLINOIS. **Caso n° 17 C 4857**. Partes: Leilani Deslandes v. McDonald’s USA, LLC, McDonald’s Corporation. Processo Instaurado em: 06/2017. Data de julgamento: 28/06/2022. Disponível em: <https://casetext.com/case/deslandes-v-mcdonalds-us-llc> . Acesso em: 28 de setembro de 2023.

FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 138.

IADEVAIA, Michael. Poach-No-More: Antitrust Considerations of Intra-Franchise No-Poach Agreements. **ABA Journal of Labor and Employment Law**, vol. 35, no. 1, 2020, pp. 151-182.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFESA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI). **Guía informativa sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas en el ámbito laboral**. Peru, junho de 2020. Disponível em: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4753518/Gu%C3%ADa+Informativa+-+Competencia+en+%C3%81mbito+Laboral/>. Acesso em 14 de setembro de 2023.

ISHIHARA, Júlia Namie M. P. Parâmetros de Análise do Cartel Hub-and-Spoke no Direito Brasileiro. **Revista de Direito da Concorrência**, Vol. 8, nº 2. Dezembro 2020, pp. 177-207.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. **Report of Study Group on Human Resource and Competition Policy**. Tokyo, Japan Fair Trade Commission, 15 fev. 2018. Disponível em: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2018/February/180215.html>. Acesso em: 15 setembro 2023.

KRUEGER, Allen B.; ASHENFELTER, Orley, Theory and Evidence on Employer Collusion in the Franchise Sector. **National Bureau of Economic Research**, Working Paper No. 24831, 2018.

LAMOUNIER, Maria Lúcia. Da escravidão ao trabalho livre: a lei de locação de serviços de 1879. Campinas-SP: Papyrus, 1988.

MUNHOZ, João Ricardo Oliveira; GUIMARÃES, Olavo Severo; COUTO, Victor Cavalcanti. Os Fundamentos do Antitruste para Mercados de Trabalho. **Revista do IBRAC**, n. 1, 2022, pp. 110-132.

MUTCHNIK, James H., et al. The Evolution of DOJ's Views on No-Poach Litigation. **Antitrust**, vol. 36, no. 3, Summer 2022, pp. 35-42.

NAIDU, S.; POSNER, E. A.; WEYL, E. G. Antitrust Remedies for Labor Market Power. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, 23 fevereiro 2018. Disponível em: Antitrust Remedies for Labor Market Power by Suresh Naidu, Eric A. Posner, E. Glen Weyl :: SSRN. Acesso em: 14 de setembro de 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), **Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law**. Julho, 1993. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> . Acesso em: 15 de novembro de 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Competition Issues in Labour Markets – Note by Brazil**. OCDE, Paris, 05 de junho de 2019. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)51/en/pdf#:~:text=In%20Brazil%2C%](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)51/en/pdf#:~:text=In%20Brazil%2C%)

20the%20antitrust%20analysis,the%20creation%20of%20preventive%20and Acesso em: 14 de setembro de 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Competition Issues in Labour Markets – Note by Japan**. Paris, OCDE, 05 jun. 2019, p. 4.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Competition Policy for Labour Markets – Note by Herbert Hovenkamp**. OCDE, Paris, 17 set. 2020. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)67/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)67/en/pdf). Acesso em: 12 de setembro de 2023.

POLDEN, Donald J. Restraints on Workers' Wages and Mobility: No-Poach Agreements and the Antitrust Laws. **Santa Clara Law Review**, vol. 59, no. 3, 2020, pp. 579-614.

POSNER, Eric A., VOLPIN, Cristina, No-poach agreements: An overview of EU and national case law, 4 Maio 2023, **e-Competitions** No-poach agreements, Art. N° 112194.

POSNER, Eric. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford University Press. Edição do Kindle.

PIPER, Josh M.; RUDA, Erik. Employee No-Poaching Clauses in Franchise Agreements: An Assessment in Light of Recent Developments. **Franchise Law Journal**, vol. 38, no. 2, Fall 2018, pp. 185-206.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

STARR, Evan, The Use, Abuse, and Enforceability of Non-Compete and No-Poach Agreements: A Brief Review of the Theory, Evidence, and Recent Reform, ECON. INNOVATION GROUP 8- 9 (Feb. 20, 2019).

STURM, Michael L. Franchise Anti-Poaching Provisions: After Four Years, What Have We Learned?. **Franchise Lawyer**, vol. 25, no. 1, Winter 2022, pp. 3-7.

SUPIOT, Alain. **El derecho del trabajo**. Trad. Patricia Rubini-Blanco. Buenos Aires: Helista, 2008.

TRIPPLET, Amanda. No More No-Poach: An Antitrust Plaintiff's Guide. **Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice**. Vol. 6, Issue 1, pp. 381-459, 2019.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. São Paulo: **IBRAC**, 2022, p. 9.

Disponível em:

[https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/10\\_Anos\\_da\\_Lei\\_de\\_Defesa\\_da\\_Concorr%C3%Aancia.pdf?utm\\_source=Manesco,+Ramires,+Perez,+Azevedo+Marques+Sociedade+de+Advogados&utm\\_campaign=f8d5a192fa-](https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/10_Anos_da_Lei_de_Defesa_da_Concorr%C3%Aancia.pdf?utm_source=Manesco,+Ramires,+Perez,+Azevedo+Marques+Sociedade+de+Advogados&utm_campaign=f8d5a192fa-)

EMAIL\_CAMPAIGN\_4\_29\_2020\_14\_45\_COPY\_01&utm\_medium=em. Acesso em: 12 set. 2023.