



CONCORRÊNCIA

Acordos de não contratação: o antitruste e o direito do trabalho

O acordo de não contratação é lícito?

AMANDA ATHAYDE
JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES
NAYARA MENDONÇA

17/04/2019 06:09



Imagem: Pixabay

Em 16 de março de 2019, noticiou-se uma investigação em vários estados dos EUA que descortinou “acordos de não-contratação” entre franqueados de quatro cadeias de fast-food americanas (*Dunkin’, Arby’s, Five Guys, e Little Caesars*)ⁱ. Um acordo celebrado com as autoridades obrigou as redes a reformular seus contratos de

franquia para retirar cláusulas que impedissem que as franqueadas pudessem contratar funcionários de outras lojas da mesma franquia.

De acordo com as notícias veiculadas, as redes de franquia impediam que houvesse mobilidade de empregados entre as franqueadas. O acerto visava evitar que os salários dos trabalhadores das redes fossem “inflacionados” pelo assédio de franqueados concorrentes, que se aproveitariam da expertise dos trabalhadores na franquia em questão para suas lojas. Normalmente, os trabalhadores – que já têm um salário reduzido – sequer são informados sobre a existência desse tipo de acordo e, da mesma forma, desconhecem seus impactos negativos.

+JOTA: Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque!

Da notícia, podemos extrair duas grandes reflexões jurídicas que podem ser transportadas para a realidade brasileira: i) seria juridicamente legítimo o acordo entre as redes de franquia para reduzir a mobilidade de seus funcionários? e ii) supondo que a resposta seja negativa, caso esse tipo de acordo ocorresse dentro das franquias no Brasil, haveria alguma forma de os empregados afetados pelo acordo buscarem reparação ou ressarcimento à luz do direito brasileiro?

Situações análogas, em outros mercados, passaram a ser enfrentadas nos EUA pelas autoridades de defesa da concorrência. Os casos americanos motivam reflexões no Brasilⁱⁱⁱ unindo o direito antitruste e o direito trabalhista.

Nos EUA, os acordos entre empresas que geram a redução de mobilidade de seus empregados (i.e. em razão do acordo firmado entre elas) são conhecidos como “no-poach agreements”. Tratam-se de pactos de não contratação de mão-de-obra de empresa concorrente (tais como os acordo entre franqueados). O acordo ocorre no mesmo mercado relevante na dimensão trabalhoⁱⁱⁱ, ainda que o produto ofertado pelas empresas seja diferente.

Pois bem, mas tais acordos são ilegais ou são aceitos do ponto de vista jurídico?

Nos EUA, tais acordos são vistos de forma negativa e estão sujeitos a persecução penal e antitruste pelas autoridades, por reduzirem a concorrência e, ao mesmo

tempo, por resultarem em salários menores do que aqueles que seriam recebidos pelo trabalhador em um ambiente concorrencialmente saudável^{iv}.

Apesar de não trivial, chamamos a atenção para a interdisciplinaridade entre o Direito do Trabalho e o Direito Antitruste. Nos EUA, por exemplo, em 2010, seis empresas de tecnologia (Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Pixar) foram investigadas por celebrarem acordos bilaterais. Tais acordos impediriam as empresas de tecnologia envolvidas de contratar funcionários extremamente qualificados no setor de tecnologia umas das outras.^v Segundo a acusação, não haveria qualquer justificativa razoável para a existência de pacto de não-assédio (natural em qualquer mercado onde existam profissionais qualificados) entre as empresas sem o conhecimento de seus empregados. A jurisprudência americana já sinalizava à época que os acordos resultariam em diminuição de salários e de oportunidades^{vi}. Como era esperado, foi exatamente este o entendimento no caso de carreiras dos profissionais de alta tecnologia.

Em 2012, a eBay também foi processada por acordos de “no-poach” celebrados com a Intuit^{vii}. No acordo informal realizado entre executivos sêniores, entre 2006 e 2011, as empresas decidiram, de forma velada, não recrutar empregados uns dos outros, mesmo se procurados pelos funcionários da concorrente.^{viii} Após as ações propostas pelo DOJ (Departamento de Justiça norte-americano), diversas ações privadas de reparação de danos contra as citadas empresas de tecnologia se seguiram. Vale destacar que os funcionários tiveram sucesso em suas demandas sob o entendimento de que os acordos secretos prejudicaram a competição entre empregados qualificados dessas empresas, diminuindo sua mobilidade.^{ix}

Tomando por base as decisões de casos semelhantes nos EUA, é possível que condutas que reduzam a mobilidade de empregados entre empregadores existam e também sejam condenadas no Brasil. Portanto, considerando a abrangência de algumas redes de franquia no mercado brasileiro, é preciso atentar para a possível atuação do CADE. Ainda que nacionalmente não se vislumbre a persecução dos acordos anticompetitivos entre empregadores, é possível verificar a existência de alguns processos administrativos nos quais o CADE tratou o tema de modo coadjuvante^x. Vale dizer que não há garantias de que nossa autoridade antitruste (CADE) não venha a investigar os impactos de acordos anticoncorrenciais no “mercado relevante na dimensão trabalho” no futuro.

Com isso respondemos a primeira questão: não parece ser legítimo, do ponto de vista do direito antitruste, a existência de acordo para reduzir a mobilidade de funcionários.

Hipoteticamente, caso o CADE venha a analisar um acordo semelhante ao das franquias nos EUA, este poderia ser enquadrado como conduta tipificável no artigo 36, incisos I ou III. O inciso III – “aumento arbitrário de lucros” – poderia ser justificado pela diferença existente entre o valor justo que deveria ser pago de salário aos funcionários das franqueadas e o valor efetivamente pago, fruto do arranjo entre concorrentes. Já o enquadramento no inciso I deveria considerar que o mercado em que a livre concorrência é afetada é o mercado de trabalho dos trabalhadores de franquias. Também devemos considerar a possibilidade de que a prática seja vista como uma conduta comercial concertada, nos termos do inciso II do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529.

Quanto à segunda questão que emerge (i.e. se haveria alguma forma dos funcionários afetados pelo acordo buscarem reparação ou ressarcimento à luz do direito brasileiro) vale dizer que, com base no artigo 927 do Código Civil e no artigo 47 da Lei 12.529/2011, aqueles que se sentirem lesados pelo acordo podem buscar a reparação de danos pelas consequências negativas à carreira. Entretanto, o Direito brasileiro requer demonstração de nexos causal entre o dano e a conduta condenável, o que pode ser de difícil comprovação, já que não é possível a obtenção de um contrafactual de como seria a carreira do profissional caso inexistisse o acordo.

Os casos estudados nos EUA trazem à tona uma importante discussão trabalhista e concorrencial para o Brasil, além de demonstrar a aplicabilidade de alguns dos conceitos exógenos sobre o tema também no nosso País. Com efeito, a existência de acordos de não-contratação nos demonstra que tanto os advogados quanto os profissionais precisam estar atentos aos temas que envolvem o direito concorrencial, inclusive aqueles que lidam com Recursos Humanos das empresas brasileiras, já que podemos estar diante de um ilícito antitruste.

ⁱ US. Times Leader. Shapiro: Four fast-food chains agree to end use of no-poach clauses. Fonte: <<https://www.timesleader.com/news/736752/shapiro-four-fast-food-chains-agree-to-end-use-of-no-poach-clauses>> . Acesso em: 07 de abril de 2019.

ⁱⁱ As implicações concorrenciais dos acordos entre empregadores no Brasil e nos EUA é tratada de forma mais abrangente pelas autoras no artigo “O Improvável Encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste”, um dos vencedores do Prêmio IBRAC-TIM 2018.

- iii O mercado de empresas que compete por empregados com o mesmo tipo de especialização. As autoridades dos EUA já perceberam a existência desses “upstream labor markets” (mercados de trabalho a montante), que se opõem à tradicional análise dos “downstream good markets” (mercados relevantes de produtos a jusante). DEVLIN, A.; JACKSON, K. R. Employee compensation and due diligence: is there new cause for concern? ABA Antitrust Spring Meeting. Washington, D.C.: [s.n.]. 2018.
- iv U.S. DOJ; FTC. Antitrust Guidance for HR Professionals. Site do U.S Department of Justice, Washington, D.C., 2016. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>>. Acesso em: 09 de abril de 2019.
- v U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA. United States v. Adobe Systems, Inc., et al. Site do U.S. Department of Justice, 17 março 2011. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-adobe-systems-inc-et-al>>. Acesso em: 09 de abril de 2019.
- vi Em 1957, o caso Union Circulation Company v. FTC condenou pela primeira vez o “congelamento da oferta de trabalho” resultado de um acordo entre empregadores da indústria de venda de revistas para desencorajar a mobilidade dos empregados (os ex-vendedores de concorrentes não eram contratados durante um ano – conduta chamada de “no-switching”) e aumentar o poder de mercado, sem qualquer justificativa pró-competitiva. Fonte: TORPEY, S. P.; FAHEY, R. D. Human Resources: The Next Antitrust Frontier? Antitrust & Trade Regulation Report, 10 setembro 2015.
- vii U.S. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. United States v. eBay, Inc. Site do U.S. Department of Justice, 2 setembro 2014. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-ebay-inc>>. Acesso em: 09 de abril de 2019.
- viii U.S. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. United States v. eBay, Inc. Site do U.S. Department of Justice, 2 setembro 2014. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case/us-v-ebay-inc>>. Acesso em: 09 de abril de 2019.
- ix Intuit, Lucasfilm e Pixar celebraram acordos no valor de 20 milhões de dólares, e as demais empresas fizeram acordo no montante de 415 milhões de dólares para a reparação de danos causados pelas condutas praticadas. LINDSAY, M.; STILSON, J.; BERNHARD, R. Employers Beware: The DOJ and FTC Confirm that Naked Wage-Fixing

and “No-Poaching” Agreements Are Per Se Antitrust Violations. The Antitrust Source, dezembro 2016.

× Processos Administrativos n. 08012.003021/2005-72; n. 08012.002812/2010-42; e Inquérito Administrativo n. 08700.03187/2017-74. Na perspectiva do controle de concentrações econômicas envolvendo o Direito Trabalhista no Brasil, as análises com base na teoria clássica e guias de análise tendem a definir os mercados relevantes na dimensão produto e geográfico, mas não costumam verificar a criação de monopsônios ou oligopsônios no mercado relevante na dimensão trabalho e seus possíveis efeitos adversos. Da mesma maneira, são muito mais comuns as condutas anticompetitivas e os atos de concentração analisados tenham como foco principal o bem-estar social ligado aos efeitos ao consumidor, sobretudo verificando a variação dos preços dos produtos, do que a salários de empregados ou a sua possibilidade de mudança de empregador. Por fim, vale recordar que o CADE considera em seu Guia de Gun Jumping a remuneração de funcionários como uma hipótese de troca de informações ilícita entre concorrentes no âmbito de atos de concentração.

AMANDA ATHAYDE – Diretora do Departamento de Defesa Comercial da Secretaria de Comércio Exterior. Profa. Doutora Adjunta de Direito Empresarial na Universidade de Brasília (UnB) e de Direito Econômico e da Concorrência no Instituto de Direito Público Brasiliense (IDP). Cofundadora da rede Women in Antitrust (WIA).

JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES – Profa Doutora de Direito Econômico e de Direito Antitruste da FDRP/USP. Foi Visiting Scholar na Georgetown University com pesquisa de pós-doutorado patrocinada pela Seção de Antitruste da American Bar Association (2018). Cofundadora da rede Women in Antitrust (WIA). Advogada e Consultora.

NAYARA MENDONÇA – Advogada. Pós-graduanda em Direito dos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio.

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.