

Novos rumos para o mercado de trabalho e a concorrência no Brasil

A interdisciplinaridade é uma forte característica do Direito da Concorrência, que frequentemente utiliza conceitos da ciência econômica na análise das infrações à ordem econômica. Além disso, também são incorporados rotineiramente às análises antitruste diversos conceitos e normas oriundos de outros ramos e o Regulatório.



Mauricio Maia
ex-conselheiro do Cade

Nos últimos anos, porém, novas relações vêm sendo travadas entre o

Direito da Concorrência e áreas que, à primeira vista, poderiam parecer não ter uma conexão tão clara. É este o caso do encontro do Direito da Concorrência com o Direito do Trabalho, que até pouco tempo, ao menos em solo brasileiro, não costumavam caminhar juntos.

Essa relação entre o Direito Concorrencial e o Direito Trabalhista vem sendo cada vez mais explorada por autoridades de defesa da concorrência de diversas jurisdições, como a do Japão, que estuda o tema desde 2015 [\[1\]](#), a dos Estados Unidos, que já julgou empresas por condutas relativas ao mercado de trabalho em algumas oportunidades na última década [\[2\]](#) e publicou, em 2016, o *"Antitrust Guidance for HR Professionals"* ("Guia Antitruste para Profissionais de Recursos Humanos") do *Department of Justice* (DOJ) e do *Federal Trade Commission* (FTC) [\[3\]](#), além das autoridades de Canadá, França, Espanha, Hong Kong e, mais recentemente, do Brasil, com a publicação de documento para a OCDE intitulado de *"Competition Issues in Labour Markets"* [\[4\]](#), em 2019.



Como justificativas para a ampliação dessa discussão nos âmbitos regulatório e jurídico podem ser citadas a verificação do crescimento da concentração dos empregadores e do mercado de trabalho, além da estagnação dos salários de trabalhadores de diversos setores [5]. Diante desses fatos e do desenvolvimento dos estudos sobre o tema, o Direito Antitruste passou a considerar que alguns empregadores têm condições de diminuir e de estagnar os salários e benefícios de seus empregados por meio da utilização de cláusulas de não concorrência, pelo poder de monopólio na compra de mão-de-obra e também por meio de acordos anticompetitivos entre empregadores que criam artificialmente o poder de monopólio, prejudicando, assim, a concorrência no mercado de trabalho, os empregados e os consumidores e, conseqüentemente, podendo infringir a legislação que protege a ordem econômica [6].

No que diz respeito às condutas colusivas entre empregadores no mercado de trabalho, destacam-se: 1) os cartéis para fixação de salários e remuneração (*wage-fixing cartels*), 2) as trocas de informações sensíveis entre concorrentes sobre termos e condições de trabalho; e 3) os acordos de não contratação de trabalhadores (ou acordos de não aliciamento de trabalhadores, em inglês, *no-poach, non-soliciting* ou ainda *cold calling agreements*).

As trocas de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes sobre termos e condições de trabalho, diferentemente dos acordos citados acima, deverão ser analisadas pela regra da razão [7], nos termos do já mencionado "Guia Antitruste para Profissionais de Recursos Humanos" do DOJ/FTC, tendência que deve ser observada também pela autoridade antitruste brasileira. Dessa forma, as trocas de informação serão consideradas ilícitas somente quando resultarem na diminuição do salário e remuneração ou causarem outros prejuízos aos trabalhadores, sem benefícios líquidos positivos ou ao menos neutros em decorrência dessa prática.

Já os cartéis de fixação de remuneração, ainda de acordo com o supracitado guia, são acordos firmados entre empregadores para fixar os salários e benefícios dos empregados, mesmo que dentro de uma faixa salarial e não por meio da definição de um valor exato [8]. Esse tipo de acordo gera, entre outros danos, o controle do preço da mão-de-obra por parte dos empregadores envolvidos no conluio. Destacamos que, assim como ocorre com cartéis em outros mercados, o guia do DOJ/FTC determina que os *wage-fixing cartels* também são ilícitos por objeto.

No Brasil, esse tipo de conduta também deverá ser analisada dessa forma, por haver um nítido acordo colusivo entre concorrentes para estabelecer preços de um importante insumo de seus produtos: a mão-de-obra. Isso ocorrerá mesmo quando o preço do produto em si (aquele comercializado pelas empresas envolvidas no conluio) não seja objeto das negociações do cartel, tal qual ocorreria, por exemplo, em um cartel de compras, como no caso do "cartel das graxarias" (ou "cartel dos resíduos animais") [9], no qual o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) está apurando a conduta colusiva de empresas na compra desses insumos.

Já os acordos de *no poach* são aqueles celebrados entre empregadores que concorrem pelo mesmo mercado de trabalho e cujo objetivo é eliminar a competição por funcionários. Aqui, também haverá violação da lei antitruste mesmo quando os empregadores não concorram no mesmo mercado de produtos ou serviços, bastando que o acordo resulte em diminuição da remuneração e da mobilidade dos empregados. Ou seja, ainda que tais agente econômicos não atuem no mesmo mercado de produtos/serviços, se o insumo mão-de-obra estiver inserido em um mesmo mercado de trabalho, poderá haver violação de natureza concorrencial.

Cabe ressaltar que tais acordos podem ser lícitos e muitas vezes impostos pela autoridade concorrencial como mecanismo temporário de proteção de ativos a serem desinvestidos em um pacote de remédios em um acordo em controle de concentração. A despeito dessa hipótese de imposição, em que os acordos de *no poach* serão considerados legítimos no contexto do controle de concentrações, nos EUA esse tipo de acordo vem sendo reconhecido como ilícito *per se*, assim como os *wage-fixing cartels*.

Pela ótica dos empregadores, o propósito desse tipo de acordo seria proteger os investimentos feitos pelas empresas para a capacitação dos seus funcionários. Além disso, a prática visaria evitar que funcionários revelassem segredos comerciais da antiga empresa ao migrarem para uma nova [\[10\]](#).

Ocorre que, sob a perspectiva concorrencial, tais acordos podem, do lado dos empregadores concorrentes, ocasionar a elevação de barreiras à entrada e dos custos de rivais, enquanto que do lado dos consumidores pode haver redução do bem-estar através da diminuição da mobilidade dos empregados e da diminuição dos seus salário e benefícios [\[11\]](#).

Com base nessa possibilidade de efeitos deletérios à concorrência causados por ações desta natureza é que o Cade instaurou, em março deste ano, sua primeira investigação sobre condutas anticompetitivas no mercado de trabalho, entre departamentos de recursos humanos [\[12\]](#).

O caso envolve grandes empresas da indústria farmacêutica e fornecedores de serviços e equipamentos médico-hospitalares, bem como seus respectivos funcionários, que supostamente teriam trocado informações sensíveis ao mercado de trabalho, relativas aos reajustes salariais, benefícios oferecidos aos funcionários e condições de contratação. De acordo com o Cade, também há indícios de celebração de acordos de fixação de salários e outras variáveis da remuneração de profissionais e acordos de não concorrência.

As condutas foram enquadradas nos artigo 36, incisos I a IV, c/c seu §3º, inciso I, alíneas "a", "b" e "c", e incisos II e VIII da Lei nº 12.529/2011. Caso venham a ser condenadas, as empresas investigadas poderão sofrer multas severas, que variam de 0,1% a 20% do seu faturamento bruto. Os executivos poderão ter que pagar multas que podem variar de R\$ 50 mil a R\$ 2 bilhões e os administradores poderão ser punidos com valores correspondentes a 1% a 20% da multa aplicada às empresas.

Esta investigação do Cade pode ser compreendida como um sinal de aderência à tendência internacional de se levar em conta a relação interdisciplinar entre o Direito da Concorrência e o Direito Trabalhista nas análises concorrenciais. Até então, o Cade só havia tratado o tema de forma secundária e episódica [\[13\]](#).

Tendo em vista a importância do trabalho como insumo fundamental para diversos mercados — como nos casos dos mercados de tecnologia, que demandam intensa e contínua capacitação dos profissionais para o desempenho das atividades das empresas



—, espera-se que essa primeira ação do Cade de expresso reconhecimento da inter-relação entre as áreas concorrencial e trabalhista seja apenas o início do enfrentamento de condutas anticompetitivas relacionadas ao Direito do Trabalho. Igualmente, imagina-se que, assim como no caso dos EUA, o tema possa ser desenvolvido e ganhe cada vez mais importância na agenda da autoridade brasileira, especialmente a ponto de termos em um futuro não tão distante a edição de um guia capaz de trazer delineamentos mínimos sobre essa matéria, de modo a fornecer previsibilidade e segurança jurídica aos agentes econômicos.

[1] ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira e SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste. Revista do IBRAC, Volume 24 – Número 2 – 2018, p. 66. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/322682014.pdf> >.

[2] Podemos citar como exemplos o caso *United States v. Lucasfilm Ltd.*, em 2010 e *U.S. v. eBay, Inc.*, em 2012. Mais recentemente, em 2020, o DOJ instaurou sua primeira acusação criminal envolvendo acordo de fixação de salários (*Case 4:20-cr-00358-ALM-KPJ – USA v. Neeraj Jindal*).

[3] U.S. DOJ; FTC. Antitrust Guidance for HR Professionals. Site do U.S Department of Justice, Washington, D.C., 2016. Disponível em: < <https://www.ftc.gov/public-statements/2016/10/antitrust-guidance-human-resource-professionals-department-justice> >. Acesso em 20 outubro 2021.

[4] Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)51/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)51/en/pdf)>.

[5] NAIDU, S.; POSNER, E. A.; WEYL, E. G. Antitrust Remedies for Labor Market Power. Harvard Law Review, Cambridge, MA, 23 fevereiro 2018. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3129221 >. Acesso em: 20 outubro 2021.

[6] OECD, 2019 "Competition Concerns in Labour Markets – Background Note", DAF/COMP(2019).

[7] ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira e SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste. Revista do IBRAC, Volume 24 – Número 2 – 2018, p. 88.

[8] U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3.

[9] Processo Administrativo nº 08700.004404/2016-62.

[10] LOBO, Catarina, PICCOLI, Júlia. Acordos de não-aliciamento de trabalhadores e suas implicações antitruste. Jota. 2021. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordos-de-nao-aliciamento-de-trabalhadores-e-suas-implicacoes-antitruste-22032021> >



>. Acesso em 19 outubro 2021.

[11] LOBO, Catarina, PICCOLI, Júlia, 2021.

[12] Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61.

[13] Não exaustivamente, citamos: Processo Administrativo nº 08012.003021/2005-72, no qual o Cade analisou uma conduta similar à prática de "*No Poach Agreements*" e Processo Administrativo nº 08012.002812/2010-42, em que houve alegação de existência de acordo de não contratação empregados de empresas concorrentes.

Date Created

25/10/2021