

**FGV DIREITO SP**  
**MESTRADO PROFISSIONAL**

**Non-poach agreements: Impactos no mercado de trabalho brasileiro**

Mariana Piva Zadra David

Projeto de pesquisa apresentado ao  
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 16.10.2020

**1. Tema, contexto e modelo de pesquisa predominante**

Nos últimos anos, as crises política e financeira enfrentadas pelo Brasil, com a queda dos índices de emprego e ocupação podem ter sido a causa da concentração de empregadores, estagnação dos salários e do mercado de trabalho. Alguns empregadores passaram a deter condições de restringir salários e mobilidade dos trabalhadores no mercado de trabalho através das cláusulas de não concorrência, concentração de poder de compra de mão-de-obra (poder de monopólio) ou acordos de não contratação de trabalhadores (*no poach agreements*).

Fora do contexto nacional, as autoridades antitrustes estrangeiras vêm atuando de forma a demonstrar que práticas de Recursos Humanos podem ser objeto de investigações antitruste. Ainda tais investigações, por vezes, são propulsoras de questionamentos judiciais por parte dos empregados lesados pelas mencionadas práticas.

Nos Estados Unidos, o caso *United States v. Adobe Systems, Inc., et al*, exemplifica a atuação do Departamento de Justiça (DOJ) em uma série de investigações contra empresas do Vale do Silício, que firmavam acordos que impediam a contratação de trabalhadores-chave das concorrentes, os chamados *high-tech employees*.

As investigações mirando as práticas de Recursos Humanos nos Estados Unidos culminaram, em 2016, com a edição do “*Antitrust Guidance for HR Professionals*” (Guia Antitruste para profissionais de Recursos Humanos), documento através do qual se reconhece a importância da análise das práticas de Recursos Humanos e seus impactos no direito antitruste e trabalhista.

Diante da importância do debate, a pesquisa profissional ora proposta, orientada pelo trabalho exploratório, tem por objetivo verificar os possíveis impactos de práticas de non-poach no mercado de trabalho brasileiro e a possibilidade de escrutínio antitruste, fiscalizações e ações de reparação de danos na esfera trabalhista.

## **2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso**

Diante do tema e contexto expostos acima, a pesquisa objetivará elucidar os seguintes quesitos:

**1. Práticas de *no-poach* adotadas pelos Departamentos de Recursos Humanos 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, podem embasar potenciais investigações de condutas anticompetitivas e ações de reparação de danos no Brasil?**

F.1.1 Textos doutrinários.

F.1.2 Artigos específicos.

F.1.3 TCCs, teses e dissertações.

**2. O que diz a legislação brasileira sobre o mercado de trabalho e manutenção do nível de emprego no âmbito da aplicação de remédios antitruste e na esfera trabalhista?**

F.2.1 Textos doutrinários.

F.2.2 Artigos específicos.

**3. Qual o real potencial de risco de questionamento pelas Autoridades de Antitruste e Judiciário Brasileiros na análise das referidas práticas de Recursos Humanos?**

F.3.1 Textos doutrinários.

F.3.2 Artigos específicos.

F.3.3 TCCs, teses e dissertações.

F.3.4 Decisões.

**4. As diretrizes do Guia Antitruste para profissionais de Recursos Humanos (U.S. DOJ; FTC, 2016), publicado pelo Department of Justice (“DOJ”) e o Federal Trade Commission (“FTC”) do Estados Unidos, pode servir como base para a investigação de condutas anticompetitivas adotadas por empregadores e ações de reparação de danos no Brasil?**

F.4.1 Textos doutrinários.

- F.4.2 Artigos específicos.
- F.4.3 TCCs, teses e dissertações.

### **5. Que lições do caso *United States v. Adobe Systems, Inc., et al* devem ser apreendidas na elaboração e adoção de políticas de recrutamento e seleção dos empregadores brasileiros?**

- F.5.1 Textos doutrinários.
- F.5.2 Artigos específicos.
- F.5.3 Doutrina estrangeira.

### **6. Quais são as melhores práticas para mitigar riscos de questionamentos futuros pelas autoridades de antitruste e ações propostas por indivíduos e/ou entidades possivelmente lesadas?**

- F.6.1 Textos doutrinários.
- F.6.2 Artigos específicos.
- F.6.3. Decisões.

## **3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto**

No Brasil, o debate sobre temas de intersecção entre o direito trabalhista e antitruste é bastante preliminar, embora nos últimos anos as questões relacionadas às práticas de *no-poach*, em especial, tenham sido apontadas pelo CADE como tema de impacto relevante para discussões futuras.

No âmbito prático, há poucos estudos sobre as efetivas repercussões jurídicas relacionadas às práticas adotadas pelos Recursos Humanos que possam restringir salários e a mobilidade dos trabalhadores no mercado de trabalho.

Portanto, em razão da importância do debate, ausência de discussões aprofundadas e possível desconhecimento dos profissionais de Recursos Humanos brasileiros sobre o tema e seus impactos jurídicos, o estudo e indicação de diretrizes poderá auxiliar as empresas na mitigação de riscos de questionamentos futuros.

## **4. Familiaridade do pesquisador com o objeto da pesquisa**

Atuo exclusivamente na advocacia corporativa trabalhista desde o início de minha carreira profissional. Sempre trabalhei para grandes escritórios e tive a oportunidade de desenvolver trabalhos com enfoque no contencioso, consultoria e auditoria trabalhistas.

Nos últimos dez anos, trabalho exclusivamente na advocacia contenciosa e acompanhamento de ações judiciais trabalhistas individuais e coletivas, quanto procedimentos administrativos instaurados pelo Ministério Público do Trabalho e Secretarias de Inspeção do Trabalho.

Dentro da área trabalhista corporativa, há grande interface entre os advogados trabalhistas e os profissionais da área de Recursos Humanos. Esse contato proporciona o estudo de temas afetos às políticas de Recursos Humanos e seus impactos no âmbito jurídico.

Por outro lado, o trabalho desenvolvido pelas áreas trabalhistas dos grandes escritórios, além de muitas vezes ser acessório ao de outras áreas, implica a atuação conjunta de setores com interesses correlatos. Assim, ao longo da minha carreira, tive a oportunidade de atuar com as áreas de direito societário, falência e recuperação judicial, planejamento sucessório, previdenciário, penal empresarial, *compliance* e mais recentemente com a área de antitruste.

No que se refere às interfaces do direito trabalhista e antitruste, além de ter atuado diretamente em ações individuais trabalhistas com pedidos indenizatórios relacionados a acordos de leniência, em contato com colegas da área tive conhecimento das recentes discussões relacionadas aos acordos de não contratação de trabalhadores (*no poach agreements*) e sobre a necessidade de estudo e aprofundamento do tema.

## 5. Bibliografia preliminar

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

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

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

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

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

CADE. **GUIA PRÁTICO DO CADE - A defesa da concorrência no Brasil**. Site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 2007. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/guia\\_cade\\_3d\\_100108.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/guia_cade_3d_100108.pdf)

COUNCIL OF ECONOMIC ADVISERS. **Labor market monopsony: Trends, consequences, and policy responses**. Outubro de 2016. Disponível em

<[https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/page/files/20161025\\_monopsony\\_labor\\_mrkt\\_cea.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/page/files/20161025_monopsony_labor_mrkt_cea.pdf)>.

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

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

HELTZER, G. E. et al. **THE LATEST: Employee “No-Poaching” Agreements Remain in the Antitrust Crosshairs**. Antitrust Alert, 16 fevereiro 2017. Disponível em: <HTTPS://WWW.ANTITRUSTALERT.COM/2017/02/ARTICLES/UNCATEGORIZED/THE-LATEST-EMPLOYEE-NO-POACHING-AGREEMENTS-REMAIN-IN-THE-ANTITRUST-CROSSHAIRS/>

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

HOVENKAMP, H. J. (2018), **Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled?**, Faculty Scholarship Repository University of Pennsylvania Law School, [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1985](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1985)

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

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

MANNING, Alan. **Monopsony in motion: imperfect competition in labor markets**. Princeton University Press. 2003.

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](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3129221)

OECD (2020), **Competition in Labour Markets** <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>

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



- no Brasil não tem nada na lei e nem guia específico sobre questões trabalhistas (non poach / wage fixing), mas eles podem ser investigados como um cartel.

- até o momento não tem nenhuma decisão de cartel que verse exclusivamente sobre estes tópicos, mas há casos em que este foi uma questão subsidiária (ver cartel de recargas de celulares e de empresas de TI).

- veja o caso do Nubank na pag 218 em que as concorrentes alegaram que houve assédio dos empregados. O assunto não prosseguiu no CADE, mas lembro da Paty ter comentado que foi um ponto que a equipe trabalhista tinha uma opinião diferente (esse caso foi o contrário de non poach).

- Inspiração estrangeira é US (Europa tb nao traz mta coisa), diga a ela q vc vai focar mais ai.

LEONOR

FOCAR NA PARTE DE CONDUAS (NON POACH, NÃO CONTRATAÇÃO, FIXAÇÃO DE SALÁRIOS, TROCA DE INFORMAÇÕES) CONDUAS ACORDOS E IMPACTOS NA ESFERA TRABALHISTA

INVESTIGAÇÃO COM SINDICATOS – USO DA CCT PARA PRÁTICAS DE ILÍCIOS ANTITRUSTE.