

Novas (inter)seções entre o Direito do Trabalho e o Direito da Concorrência a partir do Direito da União Europeia: *Ouroboros, no-poach agreements e wage-fixing agreements*

João Zenha Martins

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa/NOVA School of Law

SUMÁRIO: I. ENQUADRAMENTO. II. O DIREITO DO TRABALHO EM METAMORFOSE. III. CONCORRÊNCIA E TRABALHO. IV. OS *NO-POACH AGREEMENTS* E OS *WAGE-FIXING AGREEMENTS* SOB ESCRUTÍNIO. V. O CASO PARTICULAR DOS *NON COMPETE AGREEMENTS*. VI. A POTENCIAL INOCUIDADE DO ARTIGO 138.º DO CÓDIGO DO TRABALHO. VII. O CAIXILHO DA COMISSÃO EUROPEIA. VIII. CONCLUSÃO.

I. ENQUADRAMENTO

Ouroboros é uma criatura mítica do antigo Egípto, simbolizada numa serpente que, devorando continuamente a própria cauda, se vai recriando a cada instante. A escolha desta figura para ilustrar a reconfiguração permanente do Direito do Trabalho e, a propósito dos *no-poach agreements*, *wage-fixing agreements* e outros tipos de acordos que tenham impacto na força de trabalho enquanto *input* de produção, para identificar a sua ligação ao Direito da Concorrência tem o propósito de assinalar a forma como esta categoria de acordos é recebida pelo sistema laboral e o intento de identificar as correções que, embora com alguma flutuação, o Direito da Concorrência, também em recreação finalística, tem vindo a introduzir.

II. O DIREITO DO TRABALHO EM METAMORFOSE

O Direito do Trabalho vem conhecendo alterações profundas. Alguma permeação, embora com oscilações, às exigências da economia implicou que, em latitudes diferentes e com dimensões desiguais, se desenvolvesse, tantas vezes sem assunção formal, um processo de adaptação a uma realidade crescentemente infixa e heterogênea: o contrato de trabalho e outros instrumentos contratuais têm reganhado importância^[1] e, desvanecendo-se a valoração deste ramo do Direito como um “Direito social e distributivo”, assiste-se a uma redefinição do mosaico de relações entre fontes^[2].

Vislumbra-se a propensão para olhar para o Direito do Trabalho como um “Direito da produção”, como uma área de encontro entre capital e trabalho, onde os instrumentos de gestão da empresa têm de ser mais operativos^[3]: em recuperação de um conceito de mercado de trabalho enquanto metáfora tirada da imagem do *mercado de uma vila*^[4], sobrelevam feições de promoção da eficiência económica e de *favorecimento de uma concorrência leal e regulada*^[5].

Tem, por isso, vindo a acentuar-se a existência de novas necessidades de repartição do risco^[6], sabendo-se que o contrato de trabalho é, como qualquer contrato, um instrumento de organização e um instrumento de gestão dos riscos, que, por definição, na sua

[1] Já o assinalava há mais duas décadas CRUZ VILLALÓN, *Estatuto de los Trabajadores Comentado*, Madrid: Tecnos, 2003, p. 80.

[2] UMBERTO ROMAGNOLI, “El Derecho del Trabajo ante la crisis”, *Revista de Derecho Social*, 2012, n.º 58, p. 23 (pp. 13-29).

[3] ALBERTO RUSSO, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Milão: Giuffrè, 2004, pp. 2-4.

[4] A afirmação e a alegoria são de FRANÇOIS GAUDU, *Droit du Travail*, 2.ª ed., Paris: Dalloz, 2007, p. 56.

[5] Sobre esta corrente de pensamento: LORD WEDDERBURN, “Common Law, labour law, global law”, *Social and labour Rights in a global Context – International and Comparative Perspectives*, (ed. Bob Hepple) Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 27 (pp. 19-55), e ADRIÁN GOLDIN, “Global Conceptualizations And Local Constructions of the Idea of Labour Law”, *The Idea of Labour Law*

(ed. Guy Davidov & Brian Langille) Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 73.

[6] Acentuando este aspecto, PIETRO ICHINO, *Il Contratto di Lavoro. I*, Milão: Giuffrè, 2000, pp. 17-18, associa a limitação à faculdade de desvinculação dos sujeitos a uma “distribuzione migliore del rischio” com um dos eixos políticos frequentemente avançados para uma otimização da regulação do mercado de trabalho, embora, adiante, se polarize na impossibilidade de desvinculação atuável pelo empregador.

relação com o mercado, põe em «jogo uma certa constituição económica que estabelece os pressupostos estruturais deste e regula o seu modo de funcionamento»^[7]. O risco, que aqui encontra correspondência nas utilidades expectáveis que se perderam em resultado de uma atividade ou de um evento, comuta, por via negocial ou através de comportamentos concludentes, os efeitos indesejáveis em utilidades subjetivas, mediante análises de custos-benefícios desenvolvidos pelas empresas^[8].

Isso tem envolvido uma personalização das relações de trabalho cuja intensificação tem operado a partir das diferenças ligadas a uma multiplicidade de situações subjetivas^[9], num contexto em que, por um lado, se visa reduzir encargos atuais ou mitigar custos expectáveis, e em que, por outro, se visa reduzir a estocasticidade subjacente a intervenções futuras, sendo, para tanto, necessário realocar, mediante novas fórmulas, o risco entre todos os sujeitos, movimento que, como é bom de ver, procura carrear, dentro das margens legalmente consentidas, parte substancial do risco para os trabalhadores.

Em tradução do ideário de que «o futuro coloniza o presente»^[10], as limitações sobre a liberdade de trabalho generalizaram-se^[11] e, em dissipação do princípio da *unicidade do mercado de trabalho* e

[7] Conforme salienta JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 12.

[8] Classicamente: ALAN RANDALL, *Risk and Precaution*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 46 e ss.

[9] UMBERTO ROMAGNOLI, "Las desigualdades en el mundo del trabajo", *Revista de Derecho Social*, 2010, n.º 52, p. 18.

[10] Seguimos ULRICH BECK, *Risk Society: Towards a New Modernity* (trad. Mark Ritter), Londres/Nova Deli: Sage Publications, 1992, p. 11 e ss.: a gestão do risco é a característica principal da nova ordem global; por meio do avanço da ciência e da tecnologia surgiram novas situações de risco diferentes das existentes em décadas anteriores e acentuaram-se os processos de individualização. Nesse sentido, a forma como os riscos são percebidos socialmente e o modo como se reage diante dos mesmos também se modi-

ficou, acentuando-se a confeção de mecanismos de prevenção do risco, do conflito e do dano, que, em arco analítico mais alargado, passam pela criação de sistemas de emprego estáveis, caracterizáveis pela segurança e pelo combate às desigualdades sociais.

[11] Assim: PAUL-HENRI MOUSSERON, "La fidélisation du personnel", *Droit Social*, 1989, n.º 6, p. 479.