

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

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

Migration of brazilian intellectual workers in the international market: identification of enticing employees acts and the legal mechanisms to cease the appropriation of technology and unfair competition practices

José Carlos Vaz e Dias

João Marcelo Sant'Anna da Costa

Sumário

DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO.....	1
EDITORIAL:	
RESULTADOS DA III CONFERÊNCIA BIENAL DA RED DEI	3
Michelle Rattón Sanchez-Badin (em nome da Diretoria da Red DEI), Fábio Costa Morosini e Lucas da Silva Tasquetto (em nome dos organizadores da III Conferência da Red DEI)	
DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO NO BRASIL: QUEM SOMOS E O QUE FAZEMOS? EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DE 1994 A 2014	6
Michelle Rattón Sanchez Badin, Fábio Costa Morosini e Inaê Siqueira de Oliveira	
UM ESPAÇO PARA PENSAR EM ALTERNATIVAS? A ACADEMIA LATINO-AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO FRENTE À ORDEM ECONÔMICA GLOBAL	27
Nicolás Marcelo Perrone	
GRUPO DE ALTO NÍVEL BRASIL - URUGUAI (GAN): UM NOVO PARADIGMA PARA A INTEGRAÇÃO PRODUTIVA NO MERCOSUL	45
Alebe Linhares Mesquita e Vivian Daniele Rocha Gabriel	
O COMÉRCIO DE SERVIÇOS ENTRE BRASIL E URUGUAI: LIBERALIZAÇÃO, DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO SETOR DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC) E SOFTWARES.....	62
Vivian Daniele Rocha Gabriel e Alebe Linhares Mesquita	
CORE LABOR STANDARDS NO REGIME DE PREFERÊNCIAS TARIFÁRIAS NO MERCOSUL: A NECESSIDADE DE HUMANIZAÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL	78
Martinho Martins Botelho e Marco Antônio César Villatore	
ACORDO TRIMS: FLEXIBILIZAÇÃO OU NÃO? POLÍTICA DE CONTEÚDO LOCAL, PROCESSO PRODUTIVO BÁSICO (PPB) E OS DESAFIOS PARA A INDÚSTRIA BRASILEIRA E A INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA	100
Natália Figueiredo	

ESTUDIOS DE CASO DE RECHAZOS EN FRONTERA DE EXPORTACIONES ALIMENTARIAS LATINOAMERICANAS POR MOTIVOS RELACIONADOS CON MEDIDAS TÉCNICAS NO ARANCELARIAS..... 123

Sofía Boza, Juan Rozas e Rodolfo Rivers

AMÉRICA DO SUL EM FACE DOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO: RUMO AO RETORNO DO ESTADO NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS? 133

Magdalena Bas

FUTURO DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE CIENCIA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN EN LA AGENDA ECONÓMICA DE AMÉRICA LATINA: DEFINIENDO CAMBIOS REGULATORIOS O PROTEGIENDO INVERSIONES 146

Rodrigo Corredor

EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES DE CONTROL FINANCIERO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO 157

Jose Miguel Camacho Castro

CONVERGENCIA REGULATORIA EN LA ALIANZA DEL PACÍFICO: UN CAPÍTULO INCONCLUSO 170

Rodrigo Polanco Lazo

O CONSTITUCIONALISMO E A COMUNITARIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: POSSIBILIDADES PARA O COMÉRCIO INTERNACIONAL? 197

Camilla Capucio

ESCASSEZ HÍDRICA E DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO: O BRASIL COMO PROTAGONISTA NA TRANSFERÊNCIA DE ÁGUA PARA REGIÕES ÁRIDAS 215

Douglas de Castro

A SEGURANÇA ENERGÉTICA COMO BASE PARA MAIOR INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA DO SUL: À ESPERA DE UM TRATADO MULTILATERAL 229

Matheus Bassani

OUTROS ARTIGOS..... 246

AS PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA EUROPEU .. 248

Alice Rocha da Silva e Ruth M. P. Santos

DO TRANSNACIONAL PARA O NACIONAL: IOSCO, O MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIRO E ACCOUNTABILITY	268
Salem Nasser, Nora Rachman e Viviane Muller Prado	
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	285
José Carlos Vaz e Dias e João Marcelo Sant'Anna da Costa	
THE EASIER WAY TO HAVE “BETTER LAW”? THE MOST-SIGNIFICANT-RELATIONSHIP DOCTRINE AS THE FALLBACK CONFLICT-OF-LAW RULE IN THE PEOPLE’S REPUBLIC OF CHINA	308
Chi Chung	
REFLEXOS JURÍDICOS DA GOVERNANÇA GLOBAL SUBNACIONAL: A PARADIPLOMACIA E O DIREITO INTERNACIONAL: DESAFIO OU ACOMODAÇÃO	320
Valéria Cristina Farias e Fernando Rei	
MATRIZES POLÍTICAS DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL.....	341
Francisco Rezek	
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO FRENTE A LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL Y ÉTNICA EN ESPAÑA.....	348
Edilney Tomé da Mata e Eduardo Biacchi Gomes Correio	
THE PEACE PROCESS IN SIERRA LEONE: AN ANALYSIS ON MARRIAGES BETWEEN CULTURE AND CRIME	363
Gustavo Bussmann Ferreira	
FUNCIONALIZAÇÃO E EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: O DIREITO PENAL NEGOCIAL	376
Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dermeval Farias Gomes Filho	
PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR E COOPERAÇÃO INTERJURISDICIONAL	396
Héctor Valverde Santana e Sophia Martini Vial	
THE LAND RIGHTS OF INDIGENOUS AND TRADITIONAL PEOPLES IN BRAZIL AND AUSTRALIA....	418
Márcia Dieguez Leuzinger e Kylie Lyngard	

**THE RECEPTION OF EUROPEAN IDEAS IN LATIN AMERICA: THE ISSUE OF THE GERMAN SOURCES
IN TOBIAS BARRETO, A PROMINENT NINETEENTH CENTURY BRAZILIAN LEGAL SCHOLAR.....439**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

NORMAS EDITORIAIS..... 461

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*

Migration of brazilian intellectual workers in the international market: identification of enticing employees acts and the legal mechanisms to cease the appropriation of technology and unfair competition practices

José Carlos Vaz e Dias**

João Marcelo Sant'Anna da Costa***

RESUMO

O objetivo deste artigo é examinar a prática da abordagem exacerbada de empregado da concorrência, também denominada de “aliciamento de empregados”, bem como determinar os seus elementos definidores de forma a distanciar-los do uso coloquial e impreciso utilizado pela imprensa brasileira todas as vezes em que funcionários qualificados de empresas brasileiras são abordados por concorrente estrangeiros. Essa prática é classificada como uma forma especializada para promoção da migração de profissionais qualificados para outros territórios ou empresas afiliadas de multinacionais. Em relação a esse exame, serão explicitados os mecanismos disponíveis na legislação brasileira e possíveis estratégias contratuais utilizadas por empresários e operadores de direito para estancar a “fuga de cérebros” e impedir práticas de concorrência desleal baseadas no aliciamento e recrutamento de trabalhadores intelectuais, bem como apropriação de conhecimentos tecnológicos e confidenciais relevantes. A relevância deste artigo advém do valor inestimável para o desenvolvimento do mercado de inovação tecnológica, pois um dos efeitos de crises econômicas em países subdesenvolvidos é a migração de trabalhadores para mercados economicamente estáveis. A presente crise econômica brasileira vem dando causa a “fuga de cérebros” ou de trabalhadores de alta competência para outros países, o que muitas vezes abafa a prática do “aliciamento de empregados”. Essa “fuga de cérebros” afeta a competitividade de empresários brasileiros e explicita a vulnerabilidade de informações confidenciais e/ou privilegiáveis competitivas divulgadas para concorrentes. Observa-se que a “fuga de cérebro” vem sendo utilizada para apropriar informações tecnológicas e operacionais de empresários e as práticas para essa apropriação vão do aliciamento de trabalhadores e a corrupção de empregados à violação às informações confidenciais. A metodologia dedutiva utilizada, com auxílio do Direito Comparado, permitiu concluir que

* Recebido em 15/04/2016
Aprovado em 07/06/2016

** José Carlos Vaz e Dias é Doutor em Direito da Propriedade Intelectual e Investimento Estrangeiro pela Universidade de Kent –Inglaterra. Professor Adjunto em Direito da Propriedade Intelectual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e sócio do escritório Vaz e Dias Advogados & Associados. E-mail: jose.dias@vdav.com.br.

*** João Marcelo Sant'Anna da Costa é mestreando da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e sócio do escritório J.G. Assis de Almeida & Associados. E-mail: jmasc@aaalaw.com.br.

há mecanismos contratuais para estancar essa “fuga de cérebros” e que tais mecanismos são, igualmente, utilizados nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Palavras-chave: Aliciamento. Corrupção. Concorrência. Desleal. Confidencialidade. Empregado.

ABSTRACT

The objective of this article is to examine the practice based on the intense approach of employees of the competition, also classified as “enticing and recruitment of employees”, as well as to determine the elements that define this practice. Such practice is a manner of promoting the specialized migration of qualified professionals to other regions and affiliated companies of transnationals. This examination highlights the importance to clarify this practice from the common and imprecise use by the Brazilian press every. Every time that a qualified worker of Brazilian companies are approached for recruitment by a foreign competitors, it is alleged the unfair competition and dishonest enticing. When examining this practice, available mechanisms by the Brazilian legislation and possible contractual strategies used by companies and attorneys will be specified to cease the “brain drain” and the unfair competition based on enticement and recruitment of intellectual workers, as well as the appropriation of technological knowledge usually protected by confidentiality. The importance of the article comes from the priceless value of knowledge to the development of the innovation market, since one of the effects of economic crises in underdeveloped countries is the migration of workers to stable markets. The existing economic crises is highlighting the possible “brain drain” or Brazilian workers highly specialized to other countries and its effects. This “brain drain” affects the competitiveness of Brazilian companies and evidences the vulnerability of confidential or privileged competitive information disclosed to competitors. It has been realized that the “brain drain” has been used to appropriate technological and operational information of companies. Among the main practices for this appropriation are enticing away, corruption of workers and the violation of confidential information. Deductive methodology with the aid of Comparative Law may conclude that there are contractual mechanisms to stop this “brain drain” and that such mechanisms are also used in foreign legal systems.

Keywords: Employee. Enticing. Corruption. Competition. Confidential. Information. Unfair Competition.

1. INTRODUÇÃO

Com o agravamento da crise econômica brasileira neste ano de 2016 e as perspectivas nada animadoras de retomada do crescimento para os próximos 5 anos, as preocupações e implicações sobre a “fuga de cérebros” (brain drain) para os países desenvolvidos voltaram a ser parte de matérias jornalísticas.¹

Mesmo reconhecendo que a migração de cérebros para os países desenvolvidos sempre foi uma realidade que acompanhou o desenvolvimento econômico brasileiro, em vista do notório crescimento inconstante e da reconhecida capacidade criativa e empreendedora dos trabalhadores intelectuais brasileiros na solução de problemas empresariais, foi identificado um item adicional que agrava, atualmente, a “fuga de cérebros”: a falta de esperança no futuro do Brasil.² A presente crise econômica traz à tona, mais uma vez, o nefasto efeito das difíceis condições econômicas, sociais e políticas sobre a autoestima dos brasileiros e a falta de esperança no futuro com um conceito muito negativo sobre a sociedade brasileira. Esse elemento pode ser comparado, em um grau maior, ao sentimento prevalecente dos brasileiros dos anos 50, tão chamado “complexo de vira-lata” e da descrença da população nos anos 80 devido à espiral inflacionária.

Esse cenário de preocupação com a “fuga de cérebros” no Brasil explicita uma realidade internacional observada desde os anos 60, em que diversos estudos apontaram para uma verdadeira diáspora de competências de países subdesenvolvidos para aqueles desenvolvidos e os seus efeitos³, chegando-se a mencionar a

1 Veja: Crises econômica e política no Brasil levam brasileiros para o exterior. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2016/01/crises-economica-e-politica-no-pais-levam-brasileiros-para-o-exterior.html>>. Acesso em: 02 abr. 2016. Veja também: Fuga de bons cérebros brasileiros para o exterior tende a aumentar. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2014/08/28/fuga-de-bons-cerebros-brasileiros-para-o-exterior-tende-a-aumentar.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

2 Veja: VÂNIA, Lúcia. Êxodo: cérebros que se vão. Falta de perspectivas de melhorias na situação atual Disponível em: <<http://www.dm.com.br/opiniao/2016/02/exodo-cerebros-que-se-vaio.html>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

3 A partir de 1960, houve uma “inversão de tendência migratória”

existência de um processo de transferência inversa de tecnologia.⁴

Conforme trabalho conjunto realizado pela OCDE e UNDESA para o “Diálogo de Alto Nível das Nações Unidas Sobre Migração e Desenvolvimento” realizado nos dias 03 e 04/10/2013, estima-se que o número de imigrantes nos países da OCDE aumentou 70% na última década, tendo atingido o número de 27 milhões de pessoas no período 2010/2011 e parte significativa era composta por profissionais intelectuais e altamente qualificados.⁵

Esses dados e estudos específicos⁶ evidenciam as

no Brasil, passando a ser polo emissor de emigrantes, principalmente trabalhadores instruídos e detentores de conhecimentos tecnológicos. ZAHREDDINE, Danny; REQUIÃO, Ricardo Bezerra. Brasil e o regime internacional de proteção aos trabalhadores migrantes. In: ANUÁRIO DE DIREITO INTERNACIONAL, 9. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Brasil-e-o-Regime-Internacional-de-Prote%C3%A7%C3%A3o-aos-Trabalhadores-Migrantes.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

4 O termo “transferência de tecnologia” deve ser entendido como o processo de acesso tecnológico junto aos detentores de tecnologia, normalmente em países subdesenvolvidos, tendo como contrapartida o pagamento de remunerações mensais (royalties) pela exploração de tecnologia importada. Esse processo de transferência de tecnologia entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos foi intenso nos anos 70, 80 e 90, o que resultou em diversos conflitos no comércio internacional e retaliações comerciais. Vide: BOSTON COLLEGE LAW SCHOOL. *Brazil's Technology Transfer Policies: at odds with economic goals*. *Boston College Third World Law Journal*, v.4, p. 99-133, 1983. p. 110-111. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. O termo “transferência inversa de tecnologia” foi utilizado, na década de 60, por meio da Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento (CNUCED), como um processo de transferência de conhecimento de países subdesenvolvidos para desenvolvidos, também denominado de “brain drain”. SANTOS, Américo Ramos dos. *Transferência inversa de tecnologia: conceitos e características principais*. Disponível em <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223461920T1jLY7de5Xm57DU0.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2016. p. 101-124.

5 Conforme dados obtidos da publicação, mais de 30% dos imigrantes transferidos para os países da OCDE eram altamente instruídos, sendo que parte significativa era composta por mulheres. Observou-se no estudo que a “fuga de cérebros” ocorreu, principalmente, em países pequenos ou países insulares da África, Caribe e América Latina. Países do BRICs tiveram taxas baixas de emigração de indivíduos altamente qualificados. Não obstante, essa taxa atinge somente 3.5% da população flutuante. Veja a publicação: Migração Mundial em Números. Uma contribuição conjunta do UNDESA e da OCDE para o Diálogo de Alto Nível das Nações Unidas sobre Migração e Desenvolvimento, 3 e 4 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://www.oecd.org/els/mig/PORTUGUESE.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2016

6 Vide trabalho promovido e publicado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), que releva dados específicos sobre migração de trabalhadores, as condições desses trabalhadores e identi-

razões do êxodo de competências e explicitam as implicações econômicas, políticas e sociais relevantes, sendo que a emigração de pessoas altamente qualificadas ou “fuga de cérebros” é um assunto de grande interesse para o comércio internacional. Ela afeta a capacidade produtiva de empresários⁷ assim como a continuidade no desenvolvimento econômico de países, principalmente aqueles com desenvolvimento menor ou precário.⁸

Em relação a esses estudos acima referenciados, é notória a influência das crises econômicas sobre “fuga de cérebros”, bem como a vulnerabilidade das competências intelectuais face à abordagem e recrutamento de mão de obra qualificada por empresários estrangeiros através da oferta de benefícios sociais e financeiros irrecusáveis. Tal vulnerabilidade afeta os empresários brasileiros que empregam e formam trabalhadores intelectuais. Em vista da competitividade extensiva das empresas ou sociedades empresárias brasileiras, esses trabalhadores passam a ser detentores de tecnologias competitivas ou a possuir conhecimentos técnicos ou operacionais do empresário.

ficação de política a serem adotadas pelos países integrantes da OIT. Essas políticas têm por base a dignidade humana e a oportunidade para trabalhadores migrantes e seus familiares nos países imigrados. Trabalhadoras e Trabalhadores migrantes: Alcançar a Igualdade de Direitos e Oportunidades. Trabalho Digno. Um Mundo Melhor Começa Aqui. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/gender_december.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2016.

7 As palavras “empresário” e “sociedade empresária” são utilizadas como referência ao termo coloquial “empresa”. O uso dessas palavras neste texto jurídico decorre da prevalência da Teoria da Empresa no direito comercial, que compreende as relações comerciais dentro de uma concepção maior denominada atividade empresária. Conforme o Código Civil de 2002, o empresário ou a sociedade empresária é o sujeito de direito que executa a atividade econômica, profissional e organizada (essa atividade é chamada de empresa). COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007. V.1. p.16-28.

8 A emigração de trabalhadores, principalmente composta por profissionais altamente qualificados, pode ser benéfica para países com economia menor através de remessas de fundos para o seu país de origem, seja para a manutenção de família ou para o acúmulo de valores para aposentadorias para investimentos futuros em negócios próprios. Acredita que no ano de 2007, as remessas para os países em via de desenvolvimento alcançaram a cifra de US\$ 240 milhões de dólares americanos. Vide publicação da OCDE de 2009 denominada “Migração Internacional: A Face Humana da Globalização”. Sumário em Português, disponível em: <<http://www.oecd.org/insights/43568967.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2016. Veja: “Fuga de Cérebros é maior na América Latina, diz Estudo”. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/06/090622_braindrain_pu.shtml>. Acesso em: 03 abr. 2016.

A contratação de trabalhadores intelectuais por correntes no mercado internacional põe em risco a confidencialidade e a exclusividade das informações secretas, proprietárias e competitivas de empresários brasileiros. Uma grande parte de conhecimentos tecnológicos está expressa na forma não escrita, ou seja, mantidos dentro dos cérebros de empregados específicos. Nesse raciocínio, a contratação desses empregados pode facilitar a divulgação e a transferência de informações competitivas essenciais, principalmente para empresários estrangeiros, interferindo, assim, no diferencial competitivo do empresário detentor de tecnologia e influenciando a concorrência em áreas tecnológicas sensíveis.

A vulnerabilidade pode ocorrer até mesmo quando a abordagem, a oferta e o recrutamento são realizados por filiais ou subsidiárias de multinacionais no território brasileiro. Nesses casos, os trabalhadores intelectuais abordados são mantidos no Brasil, mas o seu conhecimento competitivo é transferido à matriz estrangeira de forma desautorizada⁹. Mais ainda, a transferência ocorre sem que haja o pagamento de royalties para a empregadora brasileira, detentora desses direitos.

O recrutamento de profissionais altamente qualificados de empresas ou sociedades empresárias brasileiras por empresas estrangeiras, com a proposta de apropriação de conhecimento, vem ocorrendo, constantemente, no Brasil, o que se acredita ocorrer, também, em outros países subdesenvolvidos. Pode-se afirmar que o recrutamento desse tipo de trabalhador pode ser um meio fraudulento empresarial para aquisição tecnológica, pois a intenção é o acesso às informações confidenciais e/ou privilegiadas da concorrência.

Mesmo afetando a competitividade empresarial no mercado internacional, o recrutamento ou denominado “aliciamento de empregados” ou de profissionais qualificados por concorrentes é um tema pouco explorado pela doutrina jurídica e internacional.¹⁰ Por essa falta de

estudo, existe, apenas, uma percepção de que o “aliciamento de empregados” não é um propulsor da migração em massa no mercado internacional.

No entanto, entende-se que essa prática é impactante empresarialmente, na medida em que subtrai ativos intangíveis de empresários brasileiros – os trabalhadores ou profissionais altamente qualificados – e podem afetar economia de países. Conhecimentos tecnológicos competitivos são transferidos para o concorrente, principalmente aqueles situados nos países desenvolvidos. Dessa forma, nesse tipo de prática empresarial, não se fala em fluxo migratório em massa, mas em fluxo migratório especializado e impactante na competitividade empresarial.

Indaga-se, nessa perspectiva, se existem instrumentos legais para impedir o êxodo de trabalhadores intelectuais brasileiros para outros mercados ou mesmo para empresários estrangeiros ou “empresas estrangeiras”, uma vez que inexistem convenções internacionais específicas sobre a matéria, principalmente quando a migração decorre de abordagem desleal de trabalhadores intelectuais com o intuito de apropriação indevida de conhecimentos tecnológicos.

Face à relevância do tema, “o aliciamento de empregados” ou a migração de profissionais especializados para outras empresas possui luz própria e será abordado neste artigo sob a perspectiva dos instrumentos jurídicos e contratuais existentes na legislação brasileira.

Nessa perspectiva, o presente trabalho tem por foco o estudo dos elementos formadores do “aliciamento de empregados”, assim entendido como oferecimento de proposta financeira indecentemente satisfatória a trabalhador de outrem por um concorrente, que seja capaz de convencê-lo a rescindir o atual contrato de trabalho para unir-se a um concorrente no Brasil ou no exterior, efetivando a “fuga de cérebro”. Este trabalho procurará abordar quais são os comportamentos vedados ou permitidos sob esse tipo e também quais são os instrumentos jurídicos e contratuais que podem ser utilizados pelos empresários para reduzir a vulnerabilidade decorrente de crises econômicas, o êxodo de trabalhadores intelectuais e frear a apropriação indevida de informações competitivas confidenciais decorrente da contratação de trabalhadores intelectuais relevantes.

9 Veja: As demissões na EMBRAER e a Questão Política. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/as-demissoes-na-embraer-questao-politica/>>. Acesso em: 04 abr. 2015. Veja também: Bombardier Leva Cérebros da EMBRAER. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,bombardier-leva-cerebros-da-embraer,320070>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

10 Os estudos realizados sobre migração de trabalhadores especializados focam essencialmente no impacto desse tipo de migração, ou seja, o fenômeno do “brain drain” nos países que recebem esse tipo de empregados ou em políticas trabalhistas para recepcionar os imigrantes intelectuais. Veja o livro publicado pela OCDE: OR-

GANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Policy coherence for development 2007: migration and developing countries*. Paris: OECD, 2007.

Atenção especial será concedida ao exame das formas de recrutamento de trabalhadores no Brasil, seja para fins de emigração ou mesmo para a transferência em outras localidades do Brasil. Tal prática é denominada diferentemente em legislações brasileiras esparsas, sendo classificada como “aliciamento de empregados” ou “aliciamento de trabalhadores” no Código Civil e Código Penal e como “corrupção de empregado” pela Lei da Propriedade Industrial.

Tendo em vista que o “aliciamento de empregados” pressupõem, necessariamente, atos de sedução e convencimento de empregados para trabalhar, necessariamente, para a concorrência, essas práticas serão examinadas dentro de um cenário de intensa competição do mercado brasileiro e também internacional.

Após a análise da prática de “aliciamento de trabalhador” e abordagem da legislação aplicável, será assegurado um exame peculiar dos mecanismos legais e contratuais que empresários brasileiros podem utilizar, no seu dia a dia, para restringir o aliciamento de trabalhadores intelectuais, principalmente para empresas estrangeiras.

2. A CONSTRUÇÃO DO ALICIAMENTO DE TRABALHADOR SOB A PERSPECTIVA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL, CONCORRÊNCIA E RESTRIÇÃO À EMIGRAÇÃO

O conceito de “aliciamento de trabalhador” vem sendo construído no direito brasileiro essencialmente sob 2 (duas) perspectivas independentes, mas que possuem um íntimo relacionamento jurídico. A primeira encontra-se baseada no combate à deslealdade na concorrência e no comércio internacional. A segunda, na proteção das relações trabalhistas.

Essas perspectivas podem ser, claramente, observadas pelo desenvolvimento histórico da matéria, pois o Código Comercial Brasileiro de 1850¹¹ já abordava o aliciamento em concepções distintas e determinava os elementos para a sua caracterização, logicamente atreladas às atividades comerciais e à intensidade do comércio internacional prevaletentes à época.

11 Esse Código determina o direito de qualquer pessoa, que não esteja vedada, a comerciar no território brasileiro e regula diversas atividades negociais, tais como o escambo, a locação comercial, os juros comerciais, dentre outros.

Por meio do exame do artigo 500 do Código Comercial de 1850¹², ainda em vigor face ao disposto no art. 2045 do Código Civil, observa-se a preocupação com os efeitos da perda de empregados/prestadores nas atividades marítimas e comércio internacional, pois se impõe uma vedação ao capitão de embarcação brasileira em seduzir e descaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação. Essa disposição evidencia, também, a prevenção aos atos desonestos na concorrência, pois a capacitação profissional relevada (marinheiros) apresenta qualificações: mão de obra abordada é específica às atividades de carga marítima e necessárias para as embarcações e comércio internacional.

A justificativa para esse regramento incidente às embarcações decorre do fato de essa prática de aliciamento afetar e desvirtuar o comércio marítimo brasileiro. Assim, a sedução e o descaminho de marinheiro matriculado, por meio de promessas e benefícios, podem ser classificados como atos que afetam a justa e leal concorrência nas atividades marítimas. A referida disposição encontra-se explicitada da seguinte forma:

Art. 500. O capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com multa de cem mil-réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, a bordo do seu navio, e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias de demora.

Já o art. 244 do referido Código Comercial,¹³ revogado pelo Código Civil de 2002, determinava uma vinculação trabalhista prévia e regular para a prática do aliciamento, na medida em que vedava os comerciantes de aliciarem empregados ou operários de outras fábricas, quando se encontrarem contratados por escrito, como segue:¹⁴

12 O Código Comercial Brasileiro é entendido pela Lei no. 556, de 25 de junho de 1850. O art. 1º. A 459 dessa Lei foram revogados pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, também denominada Código Civil. O Código Comercial regula o direito de qualquer pessoa, que não esteja vedada, a comerciar no território brasileira e especifica as diversas atividades negociais nas transações marítimas internacionais, tais como o escambo, a locação comercial, as embarcações e os seguros marítimos, os naufrágios e salvador, dentre outros.

13 Esse artigo foi revogado pelo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

14 Deve ser observado que o art. 244 insere-se no Título X “Da Locação Mercantil”, que também tratava da locação de serviços ou contratação temporária de uma pessoa para execução de serviços específicos. A presença do art. 244 com expressa referência aos empregados de fábrica, deve ser apreendida sob a perspectiva da ausência àquela época de leis trabalhistas uniformizadas.

Art. 244. 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 escrito, serão multados no valor do jornal dos aliciados, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, a benefício da outra fábrica

O objetivo desse regramento era evitar a apropriação indevida de ativo, indiscutivelmente, importante à época: trabalhador treinado e formado dentro de uma empresa.

Não obstante as diferentes concepções explicitadas (comércio internacional/concorrência e trabalhista), existem elementos específicos formadores dos tipos jurídicos e de intersecção para evitar a prática de concorrência desleal, seja no comércio internacional ou nas relações trabalhistas. Dentre eles está a qualificação do ato praticado, qual seja o de seduzir e convencer pessoa física da concorrência mediante oferecimento de promessas e benefícios financeiros. Além disso, requer-se que a pessoa seduzida esteja vinculada, contratualmente, com terceiro para a execução de serviços específicos. Presume-se, também, que as funções exercidas pelo empregado ou prestador de serviços seduzido tenham compatibilidade com as atividades comerciais exercidas pelo empresário sedutor. Isso significa que o sedutor e a empresa ou embarcação da pessoa seduzida atuam em mesma atividade comercial.

Cumpra salientar, também, que o Código Penal de 1890¹⁵ continha regramento específico sobre o aliciamento de trabalhador, ressaltando-se que o tipo penal se baseou na sedução e recrutamento de trabalhadores para deixarem os seus postos de trabalho e associarem à concorrência, mediante promessas ou coação, como segue:

Art. 205. Seduzir, ou alliciar, operários e trabalhadores para deixarem os estabelecimentos em que forem empregados, sob promessa de recompensa, ou ameaça de algum mal:

Penas - de prisão celular por um a três meses e multa de 200\$ a \$500.

O aliciamento de trabalhador dentro de uma concepção de combate à concorrência desleal no comércio atrelado à proteção do trabalhador como ativo comercial relevante, nos termos do Código Penal de 1890, pode ser reforçado pelo fato desse tipo penal ter sido

tratado como crime “Contra o Livre Gozo e Exercício dos Direitos Individuais”, na epígrafe “Dos Crimes Contra a Liberdade de Trabalho”. Nessa concepção, procura-se privilegiar os bens jurídicos de interesse individual incluindo a defesa contra atos desleais.¹⁶

A conexão do aliciamento às relações trabalhistas e a prevenção à emigração de trabalhadores para outras localidades brasileiras e no exterior ganhou contornos mais incidentes somente com a prevalência da concepção filosófica e política intervencionista do Estado na economia, a partir da Constituição Federal de 1937. Classificada como constituição econômica, a Constituição de 1937 abriu portas para o dirigismo estatal e o uso de diversos institutos jurídicos para a implementação de políticas baseadas no equilíbrio social e econômico.

Esse dirigismo também pode ser visto na área empresarial que, seguindo a nova estruturação do Código Penal de 1940¹⁷, estabeleceu uma nova abordagem ao “aliciamento de trabalhadores”. Essa prática passou a ser concebida como um delito e crime contra a organização do trabalho,¹⁸ segundo as rubricas laterais do

16 Deve-se mencionar que esse entendimento da proteção da lealdade da concorrência não poderia ser diferente em vista da prevalência à época do liberalismo econômico e filosófico e da garantia dos direitos para cada indivíduo explorar atividades comerciais e assegurar o lucro sem relesar a ordem social e o interesse público. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva. 2001. V.7. p. 3-10. Ainda, nas palavras de Nelson Hungria em relação ao pensamento e econômico prevalente à época do Código Comercial de 1890: “Não pode haver geral bem-estar econômico e não se reconhece a cada indivíduo o direito de ser o árbitro exclusivo do seu próprio interesse. Este, o cânon fundamental da economia liberal. Segunda esta, os interesses individuais em contraste acabem sempre por acomodar-se, servindo inconscientemente ao bem-estar coletivo. Qualquer ingerência do Estado para constringer a ação individual em um rumo diverso daquele em que se teria orientado, se deixada a si mesma, resultará contrária ao interesse geral. O Estado só deve intervir quando se torne absolutamente necessária a remoção de algum obstáculo à livre expansão das atividades industriais”. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1959. V.8. p. 17.

17 Decreto-lei nº.2.848, de 7 de dezembro de 1940.

18 A ideologia da interferência estatal na sociedade e na produção, durante o período entre 1930 a 1945, é denominada Corporativismo, que se caracterizava pela ordem e obediência de cada indivíduo, trabalhador e comerciante a uma estrutura hierárquica definida. A sociedade é encarada como orgânica e promotora do bem comum, e cada indivíduo possui uma função ou papel específico a cumprir. Veja ERIKSON, Kenneth Paul. *Sindicalismo no processo político do Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1979. p. 36. Ainda, conforme expresso pelo Ministro do Trabalho Francisco Campos, em 1940, na Exposição de Motivos de 04/11/1940: “A proteção jurídica já não é concedida à liberdade o trabalho propriamente, mas à organização do trabalho, inspirado não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses em jogo, mas, também, e principalmente no

15 Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, revogado pelo Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (denominado Código Penal de 1940).

“aliciamento para o fim de emigração” (arts. 206) e do “aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional” (art. 207). Pela leitura dos referidos artigos na esfera penal, observa-se que foram adicionados novos elementos ou qualificações à prática do “aliciamento de trabalhadores”, ou seja, estendendo o conceito do “aliciamento”, qual seja a proposta de impedir a emigração ao exterior ou a outra localidade no Brasil. O art. 206 do CP chama atenção pela relevância do tipo subjetivo, que é o recrutamento com a intenção de levar o trabalhador para outro território estrangeiro, senão vejamos: “Art. 206. Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro”.

Para a configuração do crime, o recrutamento deve se conformar à rubrica lateral, qual seja, o “aliciamento para o fim de emigração”. Assim, exige-se na ação nuclear desse tipo penal a sedução, o convencimento e a atração de trabalhadores vinculados contratualmente a outro empregador. Isso significa que a pessoa física desvinculada a um empresário, na concepção trabalhista, descaracteriza o tipo penal.

Ainda, a sedução e o recrutamento devem ser realizados mediante fraude.¹⁹ Isso significa que o tipo penal do art. 206 não veda a sedução, o convencimento por meio de ofertas e promessas para trabalho no exterior, pois são práticas comumente adotadas para contratação de empregados. A análise e aceitação de oferta por melhores condições de trabalho integram o direito do trabalhador, bem como de empresários realizarem novas contratações e melhorarem o seu quadro de funcionários.

A “fraude” como elemento determinante para caracterização do tipo penal foi inserida somente em 1993, pela Lei n.º. 8.683, de 15/07/1993) e entende-se que essa inserção decorreu da necessidade de adequar

sentido superior do bem comum de todos. Atentatória, ou não, da liberdade individual, toda ação perturbadora da ordem jurídica, no que concerne ao trabalho, é ilícita e está sujeita a sanções repressivas, seja de direito administrativo, seja de direito penal. Daí, o novo critério adotado pelo projeto, isto é, trasladação dos crimes contra o trabalho, do setor dos crimes contra a liberdade individual para uma classe autônoma, sob a já referida rubrica.”

19 Vide: JT condena todos os envolvidos no aliciamento de mão de obra para trabalho no exterior sem autorização legal. Disponível em: <<http://www.pelegrino.com.br/noticias/ver/2012/12/06/jt-condena-todos-os-envolvidos-no-aliciamento-de-mao-de-obra-para-trabalho-no-externo-sem-autorizacao-legal>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

a norma penal à dinâmica da globalização de mercado. Com a globalização, houve uma flexibilização do processo de contratação de mão de obra no exterior, bem como uma maior oportunidade para trabalhadores buscarem desenvolver-se profissionalmente e socialmente, por meio de melhores condições de trabalho e salariais.²⁰ Portanto, oferecimento de melhores condições de trabalho, sem a caracterização de meio ardil ou fraudulento, não é classificado “aliciamento para o fim de emigração”.

No entanto, o delito se caracteriza se essa prática ocorrer fora dos costumes de cada setor e evidenciar a deslealdade e a adoção de meios fraudulentos e enganadores para seduzir empregados. Mesmo inexistindo decisões judiciais ou divagações doutrinárias sobre o conceito de fraude no aliciamento para fins de emigração ao exterior, pode-se inferir que ocorreria aliciamento mediante fraude quando (i) houver desrespeito às leis que regulamentam a transferência de mão de obra brasileira ao exterior (Lei 7.064/82 e decreto regulador); (ii) oferecer promessa que não pode ser cumprida em vista das condições ofertadas; (iii) enviar trabalhadores para outros países com visto de turista para arrematá-los às leis trabalhistas desses países ou mesmo não realizar o pagamento dos direitos trabalhistas no Brasil ou no local do envio dos técnicos; (iv) convencer a execução de trabalho no exterior embasadas em confabulações catastróficas da condições econômicas do Brasil.²¹

Justifica-se esse tipo penal pela tutela do trabalhador brasileiro ou estrangeiro, aqui residente, para assegurar a promoção das atividades empresariais locais, a ordem econômica brasileira e o bem-estar social.

Em complemento ao art. 206, deve-se relevar o disposto no art. 207 do CP, denominado “*aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional*”, que tipifica a seguinte conduta ilícita: Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-lo a outro local no Brasil. Inicialmente, é importante ressaltar que o tipo penal previsto nes-

20 Em complemento à vedação do aliciamento de empregados mediante fraude, foram promulgadas a Lei 9.099, de 26/09/2014 e o Decreto n. 5017, de 12/03/2004, que impedem o tráfico de menores e estabelecem medidas de fronteira para reprimir o tráfico de pessoas. Essas regras e do art. 206 CP devem ser analisados dentro de uma política governamental para prevenção, repressão e punição de tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças.

21 Consultar caso *Embraer versus Gulfstream*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/mercados,embraer-processa-a-gulfstream-por-funcionarios,20060912p16999>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

se artigo não trata de violação à concorrência ou afronta ao comércio internacional, não sendo esse o bem tutelado. Na verdade, ele objetiva preservar o equilíbrio populacional nas regiões brasileiras, evitar o desajuste econômico e impedir a exploração do trabalhador hipossuficiente²².

Para análise desse dispositivo legal, deve se ter em mente que o Brasil era extremamente rural e agrícola nas décadas que antecederam a promulgação do Código Penal, em 1940. Assim, interessava ao Legislador infraconstitucional impedir que trabalhadores rurais de uma fazenda fossem aliciados para trabalhar em fazenda de outra região do país, o que poderia prejudicar a economia altamente dependente, por exemplo, do ciclo do café,²³

Além disso, a manutenção desse dispositivo se justificou ao longo dos anos seguintes, pois o Brasil passou por uma transformação industrial que gerou forte êxodo rural, com deslocamento do centro econômico do campo para os centros urbanos.²⁴ Em termos regionais, o Brasil experimentou um aumento da desigualdade entre regiões, com a concentração de riqueza na região Sudeste, o que gerou o deslocamento de mão de obra, por exemplo, da região Nordeste para a região Sudeste. Além disso, o próprio Governo Federal incentivou durante anos a ocupação da região Norte, seja por conta da exploração de minério, seja por conta da exploração agrícola ou seringueira da floresta amazônica. Esse foi outro fator de fomento ao êxodo interno, sempre descontrolado.

Atualmente, o art. 207 do Código Penal se concreti-

za quando interpretado em conjunto com seu parágrafo primeiro, incluído pela Lei nº 9.777/98, que expõe que “*incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem*”. Ou seja, o bem tutelado pelo caput do art. 207 ainda é a organização do trabalho e os efeitos dela para economia e organização territorial. Entretanto, o aliciamento de trabalhadores passa a ser vedado, também, sempre que houver emprego de fraude ou aproveitamento da condição de hipossuficiência do trabalhador e violação a direitos humanos²⁵.

Vê-se com clareza, portanto, que a vedação à conduta de aliciamento de trabalhador prevista no Código Penal teve seu escopo ampliado. Ela objetiva, também, impedir fraudes, assegurar a manutenção de atividade produtiva, resguardar o trabalhador e proteger o bem maior da valorização do trabalho humano para uma existência digna. Tais objetivos foram reafirmados por julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), que procuram explicar as circunstâncias fáticas em que o art. 207 é plenamente aplicável:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO E DE ALICIAMENTO DE TRABALHADORES. DESNECESSIDADE DE VIOLÊNCIA FÍSICA PARA A OCORRÊNCIA DO DELITO. PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO BASTA A REITERADA OFENSA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR, VULNERANDO SUA DIGNIDADE COMO SER HUMANO. PRESCRIÇÃO QUANTO AO DELITO DE FRUSTRAÇÃO DE DIREITO TRABALHISTA. DENUNCIADO COM IDADE SUPERIOR A SETENTA ANOS. RECEBIMENTO PARCIAL DA DENÚNCIA. [...]

22 Veja reportagem publicada em: <<http://www.infonet.com.br/cidade/ler.asp?id=156250>>. Acesso em: 21 mar. 2016. Conforme explicitado por Rodrigo Colnago, o bem jurídico tutelado é a manutenção dos trabalhadores em seus locais de origem, de forma a impedir a escassez de mão de obra e o despovoamento de regiões específicas. COLNAGO, Rodrigo. Direito Penal: parte Especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 156.

23 GRAU-KUNTZ, Karin. Da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 9, p. 502, jan. 2002. Existe, também, o dirigismo estatal na economia para a promoção industrial. A manutenção de empregados de fábricas em cidades e regiões específicas facilitava a organização do trabalho.

24 Um dos fundamentos da industrialização brasileira, durante a Política de Substituição de Importação, a partir de 1940, foi a organização do trabalho em bases racionais, que permitia o estabelecimento da normalidade da ordem social e política e buscava reduzir os conflitos no ambiente de trabalho. MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. *O estado e a burocratização do sindicato no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1989. p. 24-26.

25 Para informações mais concretas ver: Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/terceirizada-da-petrobras-condenada-por-aliciar-estocar-trabalhadores-para-obra-da-estatal-em-sp-2897001>>. Acesso em: 21 mar. 2016. Ainda, constitui forte indicio de aliciamento, nos parâmetros do art. 207 do Código Penal o recrutamento para trabalho em outra localidade por meio de transporte irregular e pela não formalização de registro de empregados. Veja: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1985. p. 389-390. Damásio S. de Jesus classifica como aliciamento o recrutamento de mulheres para trabalho em outro país como garçonetes, sob a afirmação de altos salários, mas na verdade existe a intenção de disponibilizá-las como prostitutas. JESUS, Damásio E de. *Código penal anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 664-666.

III – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende ser desnecessário haver violência física para a configuração do delito de redução à condição análoga à de escravo. É preciso apenas a coisificação do trabalhador, com a reiterada ofensa a direitos fundamentais, vulnerando a sua dignidade como ser humano (Inq 3.412, Redatora p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/11/2012). IV – Presentes os indícios de materialidade e autoria, a denúncia foi parcialmente recebida para os crimes de redução a condição análoga à de escravo e de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional, tipificados nos arts. 149 e 207, caput e § 1º, ambos do Código Penal.²⁶

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO, FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA, ALICIAMENTO DE TRABALHADORES DE UM LOCAL PARA OUTRO DO TERRITÓRIO NACIONAL E DEIXAR DE PROMOVER AS MEDIDAS NECESSÁRIAS DE PROTEÇÃO À SAÚDE DO EMPREGADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL E PELO STJ. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS EXTINTO PELA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. [...]

3. In casu, a) o paciente foi denunciado e teve sua prisão preventiva decretada, em 27/8/2013, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 203, caput e § 2º (frustração de direito assegurado por lei trabalhista); art. 207 (aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional); art. 149, caput, (redução a condição análoga à de escravo), todos do Código Penal e art. 16 da Lei 7.802/1989 (deixar de promover as medidas necessárias de proteção à saúde dos empregados), na forma do art. 69, todos do Código Penal. b) Segundo a denúncia, o paciente que é agricultor, frustrou direitos trabalhistas mediante fraude; aliciou trabalhadores de um local para outro do território nacional para trabalhar em fazenda de sua propriedade; sujeitou os trabalhadores à condição degradante de trabalho; submeteu-os à excessivas jornadas de trabalho; deixou de promover as medidas necessárias de proteção à saúde e ao meio ambiente no tocante à exposição de trabalhadores adultos e menores a produtos agrotóxicos sem o fornecimento de equipamentos de proteção; explorou o trabalho infantil de crianças de 13 a 16 anos de idade em condições vedadas pela legislação trabalhista. As condições a que eram submetidos

os trabalhadores foram objetos de diversas notificações em fiscalizações realizadas por fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego. c) A prisão preventiva restou devidamente fundamentada nas hipóteses legais, sobretudo para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, em razão das reiteradas condutas ilícitas cometidas, da gravidade em concreto do crime e do grande poder de influência que o paciente exerce sobre as vítimas. [...]”²⁷

Cumprido relevar, também, nesse ponto, que o aliciamento de trabalhadores no Código Penal, seja para fins de emigração ou não, é classificado como crime comum, na medida em que qualquer pessoa pode praticar esse delito. Não obstante, pode-se afirmar, na realidade, a tentativa de impedir a prática incessante dos atravessadores ou “gatos” (intermediários com influência junto aos trabalhadores em uma atividade específica), o que, conseqüentemente, atinge os empresários ou concorrentes interessados no recrutamento ilícito. Dessa forma, existe, subsidiariamente, uma intenção em vedar a prática da concorrência desleal e a apropriação indevida de conhecimentos tecnológicos por meio da abordagem com fraude para levar trabalhar a outra localidade (incluindo território internacional) mesmo sendo o bem jurídico a ser tutelado aquele interesse do estado em manter os trabalhadores em seus locais de origem.

Não obstante a relevância dos arts. 206 e 207 do CP face à garantia dos direitos fundamentais, previstos pela Magna Carta de 1988, deve-se relevar que a adição do propósito do aliciamento na lei penal atual – fins de emigração ou levar trabalhadores de um local para outro no território nacional – pode acarretar a confusão quanto ao conceito conhecido nas atividades empresariais como “aliciamento de trabalhador”.

Como poderá ser observado adiante, o aliciamento de trabalhadores (também de prestadores de serviços), na esfera criminal, envolve necessariamente 5 elementos determinantes: (i) a preexistência de uma relação trabalhista ou de prestação de serviço (locação de serviço ou empreitada); (ii) o terceiro aliciador, normalmente concorrente do empregador ou do contratante dos serviços, sujeito ativo do aliciamento, (iii) o empregado ou prestador aliciado, sujeito passivo da conduta praticada; (iv) o empregador do aliciado, prejudicado pelo aliciamento e (v) a transferência do empregado aliciado de

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito. Inq 3564. Segunda Turma. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de agosto de 2014.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 119645. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 18 de fevereiro de 2014.

uma localidade para outra, principalmente para o exterior.

No entanto, a identificação desses elementos não é suficiente para definir com precisão os parâmetros do “aliciamento de trabalhadores”, pois se torna necessário adicionar contornos concorrenciais e de práticas do comércio internacional.

3. OS LIMITES DO RECRUTAMENTO DE TRABALHADOR NO ÂMBITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para a análise do conceito de aliciamento de trabalhador, é necessário compreender, primeiramente, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) esforçou-se para proteger os direitos sociais de segunda geração, tal como o direito ao trabalho. Já em seu art. 1º, inciso IV, a CRFB/88 deixou claro que Estado brasileiro tem como fundamento “*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”.

Como corolário desse fundamento, o art. 5º da CRFB/88 incluiu entre os direitos individuais e coletivos dos cidadãos o direito ao “*livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. Ainda no Título sobre Direitos e Garantias Fundamentais, a CRFB/88 destacou o art. 7º para conferir *status* constitucional a direitos dos trabalhadores e, para instrumentalizar e ratificar esses direitos, a CRFB/88 optou pelo “*reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho*”.

Em seguida, a CRFB/88 deixou claro, no Título relativo à ordem econômica e financeira, que a ordem econômica teria como alicerces a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, bem como teria como finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, nunca perdendo de vista o direito de aventurar-se em atividades comerciais, incluindo de comércio internacional, bem como o princípio da livre concorrência.²⁸

28 Coube ao legislador infraconstitucional encontrar uma forma de harmonizar esses dois valores máximos do Estado brasileiro. Se por um lado não seria possível restringir o direito do cidadão ao trabalho, de outro lado, tampouco, seria possível impor óbices desnecessários à livre concorrência ou à livre iniciativa. Assim, o equilíbrio entre esses dois princípios foi encontrado sob a forma de exigência de condutas que respeitassem a lealdade e a boa-fé

Acredita-se que seja dentro dessa perspectiva constitucional e construção legislativa que o aliciamento deve ser conceituado, sendo compreendido como a prática empresarial composta pelo conjunto de atos previamente ordenados por um concorrente com o propósito de persuadir um empregado ou prestador de serviço a deixar o seu emprego/contrato de serviço para passar a laborar para o concorrente, de forma direta ou indireta. Dentre esses atos ordenados, estão a sedução, a provocação, a incitação e o convencimento, que ocorre necessariamente pela promessa de recompensa, melhores condições de vida e benefícios pecuniários.²⁹

Entende-se que a abordagem pontual por um empresário ou seu preposto ao trabalhador na concorrência, para o propósito de recrutamento, não é, necessariamente, considerado aliciamento. Essa assertiva decorre da livre iniciativa e livre trabalho, previstos pela Magna Carta de 1988, que asseguram a qualquer cidadão a possibilidade de buscar melhorias no trabalho e em sua vida social por meio do recebimento, análise, negociação, recusa ou aceitação de proposta da concorrência. Pode-se afirmar que a concorrência é salutar para o mercado, seja para os consumidores ou trabalhadores, pois assegura o exercício do livre arbítrio e a procura por melhores condições de trabalho, o que necessariamente atrela a ascensão social dos trabalhadores.

Em relação a essa mesma concepção constitucional, o recrutamento de trabalhador deve ser examinado casuisticamente e com cautela, relevando os fatos que envolvem a abordagem com promessa, ponderando-se as peculiaridades dos atos de intermediários (aliciadores) e de trabalhadores (aliciados), os seus efeitos no mercado relevante e as práticas costumeiras. Recomenda-se

nas relações sociais e jurídicas. Foi exatamente com esse intuito que se criou a proibição ao aliciamento de trabalhadores, que tem o propósito de subtrair conhecimento tecnológico de concorrente. BARROS, Cássio de Mesquita. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. *Revista do Instituto dos Advogados*, São Paulo, v. 8, p. 322-336, jul./dez. 2001.

29 Entende-se que o aliciamento é a prática de “seduzir, incitar com promessas, enganar quase sempre por o fim ilícito”. Vide: ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito. São Paulo, 1978. V. 6. p. 39. Podem ser inseridos no conceito desse ilícito a contratação com o propósito de apropriação indevida de informação tecnológica ou negocial do concorrente, o recrutamento por meio do adiantamento de pequena parte em dinheiro ao trabalhador emigrante, para atender de imediato às suas necessidades, mas com obrigação de reembolso etc. O simples ato preparatório da emigração, da transferência para outro território e para outro concorrente é incriminado como aliciamento na lei civil e penal. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1959. V.8. p. 51-52.

que seja examinado inclusive o grau de concorrência do mercado em exame e as suas necessidades, tal como a escassez ou abundância temporária de mão de obra.

Mesmo com a recomendação de análise casuística dos fatos envolvendo o alegado aliciamento, não seria incorreto afirmar que ele passa necessariamente por atos de sedução³⁰ contínuos ou esporádicos, mas sempre deliberados para convencer ou perverter um trabalhador/prestador de serviço a adotar um comportamento específico que, normalmente, não seria adotado. Portanto, o comportamento comissivo do aliciamento envolve um conjunto de abordagens e propostas indecentemente satisfatórias para o empregado-aliciado,³¹ independentemente de propostas de melhoria de vida ser verdadeira ou não ou de prática de fraude.

Nesse mesmo sentido, o aliciamento pode assumir uma roupagem mais específica quando enquadrada como um tipo penal, nos termos do art. 206 e 207 do CP ou mais ampla conforme previsto no Código Civil, em que o aliciamento passa a ser uma a conduta de um indivíduo que tenta persuadir outro indivíduo a praticar um ato, que já havia sido acordado com um terceiro, não mais para aquele terceiro, mas para si (o indivíduo persuasivo).

O Código Civil, por exemplo, apesar de não tratar de trabalhador, traz em seu art. 608 uma disposição similar à da proibição de aliciamento de trabalhadores³², na medida em que veda a sedução de prestadores de serviços que já tenham se obrigado, por contrato escrito, a prestar os mesmos serviços a outrem. Trata-se de dispositivo que extrai fundamento do princípio da boa-fé e da função social do contrato, institutos que o Código Civil pretendeu preservar de forma abrangente.³³

Veja-se que o Código Civil resguarda a liberdade do prestador de serviço, uma vez que ele não estará

impedido de desfazer o ajuste, e ainda o exime de responsabilidade extracontratual por eventual reparação de danos. Com efeito, o Código Civil especifica que o terceiro prejudicado terá direito à reparação, mas estabelece que caberá ao aliciador, como consequência de seu ato, pagar o uma indenização prefixada equivalente à remuneração que o prestador de serviço receberia durante dois anos pelo pacto desfeito com o terceiro. Note-se ainda que, como a indenização é prefixada, não há necessidade de o terceiro lesado demonstrar em um primeiro momento a extensão do dano.

Importante destacar, porém, que não é qualquer pessoa que pode ser considerada aliciadora para fins do Código Civil. A *ratio* desse dispositivo é proibir a figura do “terceiro cúmplice”³⁴, ou seja, para ser considerado como aliciador, o indivíduo persuasivo deverá ter (i) conhecimento prévio do contrato anterior e (ii) vontade manifesta de aliciar³⁵. Pode-se agregar a esses critérios o caráter concorrencial, pois a abordagem, o aliciamento e o recrutamento de mão de obra alheia pressupõe, normalmente, o conhecimento dos serviços executados e a valia para as suas necessidades e atividades.

Silvio Venosa relata que vários aspectos devem ser analisados para a caracterização do aliciamento de mão de obra alheia (chamamos de espécie de aliciamento de trabalhador), dentre elas a verificação da prestação exclusiva ou não dos serviços, como segue:³⁶

Há, no entanto, aspectos que devem ser considerados no caso concreto: a especialidade ou não da prestação; o grau de especialização do sujeito; a exclusividade nessa prestação de serviços etc. Se não há cláusula de exclusividade e o prestador continua a atender eficazmente a ambos contratantes, por exemplo, não haverá, em tese, possibilidade de indenização. Há prestação de serviço cuja atividade é precipuamente atender

30 Etimologicamente “seduzir” vem do latim “seduction” ou de ação exercida por meio de pressões sociais ou biológicas para o convencimento. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Sedu%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

31 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte especial. 9. ed. Niterói: Impetus, 2013. V. 3. p. 424-426.

32 Dispositivo similar existia no art. 1.235, do Código Civil de 1916, que se preocupava com as atividades rurais, que eram essenciais para o desenvolvimento econômico brasileiro à época.

33 Não obstante essa disposição, existem autores que defendem que o aliciamento de mão de obra alheia, conforme prevista no art. 608 do Código Civil, deveria estar disposta no capítulo da responsabilidade aquiliana, por ser mais ampla e não mais específica às atividades agrícolas. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: contratos em espécie. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. V.3. p. 191-192.

34 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, n. 919, mar. 2004.

35 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. V.2. p. 339-341

36 O aliciamento de técnicos e a indenização prevista no art. 608 pode não se concretizar quando não são especializados e a atividade do prestado consiste essencialmente em atender vários contratados ou clientes. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. V.2. Páginas sobre comentários ao art. 608 C.C.

a vários clientes. No entanto, imagine-se a situação de técnico, de alta especialização, que se vincula com exclusividade para a manutenção de um equipamento perante um dono do serviço. O aliciamento por terceiro, concorrente no mesmo mercado, nesse caso, gerará dever de indenizar.

Cabe ressaltar, ainda, que o aliciamento não se presume, ele deve ser provado e, nesse particular, as regras de distribuição do ônus da prova são plenamente aplicáveis³⁷. Por mais que, em determinadas situações, o dano possa ser presumido, o aliciamento é uma prática positiva e comissiva, direta ou por preposto, sobre o empregado de um concorrente, e como tal deve ser devidamente provada em vez de limitar-se a especulações.

A conclusão a que se chega é a de que a prática de aliciamento de empregado é vedada no ordenamento jurídico quando ela for individualizada e quando houver risco de concorrência desleal. A abordagem e sedução de pessoas indeterminadas, de forma abrangente e genérica, não devem ser consideradas aliciamento de trabalhador ou empregado. Há que, necessariamente, ocorrer uma atitude de convencimento específica a um empregado importante (não qualquer empregado), a sedução e o oferecimento de vantagem superior ao do empregador concorrente³⁸.

Nesse raciocínio, buscou-se identificar os elementos essenciais da prática do aliciamento de trabalhadores e, conseqüentemente a sua definição, por meio da pontuação das diferentes legislações infraconstitucionais aplicáveis à matéria. No entanto, o efetivo enquadramento passa pela análise casuística das peculiaridades de cada abordagem, sedução e recrutamento de trabalhadores ou de mão de obra alheia.

Não obstante esses pontos conclusivos preliminares, releva-se o disposto nos arts. 206 (principalmente) e 207 do Código Penal, que buscam pontuar condutas específicas e tipificadas com o propósito de tutelar bem jurídico com forte natureza de interesse público, como é a proteção da ordem econômica e desenvolvimento brasileiro baseado na vedação da emigração de mão de obra especializada.

4. O ALICIAMENTO NO AMBIENTE CONCORRENCIAL

A análise do aliciamento sobre a concepção dos atos de concorrência desleal, além da compreensão como crime contra a organização do trabalho, ocorre face à realidade concorrencial intensa do mercado brasileiro e presença maciça das afiliadas das sociedades estrangeiras³⁹, em que os agentes econômicos utilizam quaisquer instrumentos comerciais para buscar um diferencial competitivo, muitas vezes de natureza desleal. Nesse raciocínio, a concorrência desleal terá como base o recrutamento de empregado detentor de conhecimento tecnológico relevante e privilegiável de um concorrente, para fins ou não de migração, uma vez que o aliciamento visa, nesse sentido, à apropriação indevida de conhecimento tecnológico relevante e competitivo.

Nessa perspectiva, a identificação dos elementos formadores da prática de aliciamento de trabalhadores e o tratamento jurídico ganham contornos adicionais em vista do aumento da concorrência no território brasileiro e a dependência da competitividade empresarial no desenvolvimento de novas tecnologias.

Em um ambiente competitivo, empresários buscam utilizar todos os instrumentos para a atração de clientela e o aumento do lucro. Assim, eles não medem esforços para eliminar concorrentes e tornarem-se a única opção aos consumidores em um mercado relevante.⁴⁰ Neste contexto, os empresários encontram-se resguardados pela Constituição Federal de 1988 e pelas legislações ordinárias a exercerem os seus recursos competitivos para expandir-se no mercado. No entanto, quando adotam atos que desvirtuam a lealdade concorrencial ou expressem a apropriação fraudulenta de intangíveis e clientela (também chamada de 'dirty tricks')⁴¹, as legislações de combate à concorrência desleal são chamadas para a correção e a retomada da ética concorrencial.

39 Art. 1099 do Código Civil "Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la."

40 Quando o êxito de um empreendedor no mercado decorre da eficiência, mesmo que esse sucesso restrinja a concorrência, incluindo a implementação de estratégias de precificação e a valorização da marca, exsurge um resultado positivo para a coletividade. Com tal êxito, todos os empresários passam a receber estímulos constantes para aperfeiçoar a sua capacidade competitiva. O consumidor converte-se em destinatário final dos benefícios da regularidade desse processo. DIAS, José Carlos Vaz e. Enquadramento e tratamento da prática de preço predatório no Brasil. *Revista de Propriedade Intelectual: Direito Contemporâneo e Constituição*, v. 1, p. 249-278, 2014.

41 DELMANTO, Celso. Crimes de concorrência desleal. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975. p. 3-30.

37 Nesse sentido, ver processo n. 0000149-95.2014.5.02.0075 do TRT-SP.

38 Ver caso *Embraer versus Gulfstream*: Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/mercados,embraer-processa-a-gulfstream-por-funcionarios,20060912p16999>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

Podem ser coletados da doutrina e jurisprudência, os pressupostos para a constatação da concorrência desleal, valendo-se ressaltar os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, que identificou os seguintes elementos caracterizadores de atos desleais: (i) constatação de ato contrário à concorrência, relevando-se a agressividade competitiva e peculiaridade de cada mercado; (ii) a existência de colisão de interesses em função de concorrência territorial e mercadológica; (iii) a comprovação de clientela, mesmo aquela em potencial e (iv) a constatação da negligência, imprudência e imperícia do concorrente desleal.⁴²

Face aos pressupostos de formação acima especificados, a prática do aliciamento de trabalhadores pode ser também enquadrada como ato de concorrência desleal e utilizada para evitar a migração de trabalhadores para outros países, bem como para impedir o recrutamento para afiliadas de empresas estrangeiras quando explicitada a tentativa de usurpação de intangíveis utilizados na concorrência.

Relembra-se, nesse ponto, que o aliciamento é um conjunto de atos contínuos e deliberados para convencer o empregado a romper a sua relação com terceiro e unir-se ao concorrente-aliciador. A concatenação direcionada de atos de sedução é ensejadora da caracterização da conduta de antijuridicidade, principalmente por envolver astúcia, e atos ardilosos, sendo importante relevar, no entanto, que a oferta comum de trabalho para empregado da concorrência é classificada em um primeiro momento um ato lícito,⁴³ sendo necessário o exame casuístico da situação ensejadora do aliciamento.⁴⁴

42 BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria prática da concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 49

43 Conforme decisão judicial emitida pela 4ª. Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a oferta de melhores salários a funcionários altamente qualificados da concorrência não é classificado crime de concorrência desleal, como segue: CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INDUSTRIAL – Concorrência Desleal – Descaracterização – Agente que passa a integrar quadro de funcionários de empresa concorrente e oferece melhores salários e condições de trabalho a empregados do seu ex-empregador – Conduta característica do próprio mercado de trabalho e da livre concorrência – Interpretação do art. 195, IX, da Lei 9.279/96”. SER 1.113.859/2 – 4ª.Câm. – j. 20.10.1998 – rel. Juiz Devienne Ferraz. Publicado na Revista dos Tribunais. Ano 88, v. 761. p. 631-633, São Paulo.

44 Em acórdão emitido pela 5ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os desembargadores se debruçaram sobre vários aspectos relacionados à alegação de aliciamento de empregados, dentre elas está o afastamento do alicia-

Ainda, é dispensável a comprovação do dolo ou fraude por parte do concorrente, sendo, apenas, necessária a atitude ativa ou passiva de causação de dano a terceiro. Essa assertiva mostra-se coerente com a Teoria da Responsabilidade Civil e Teoria dos Atos Ilícitos, que regem o combate dos atos de concorrência desleal em face da ausência de lei cível específica sobre a matéria.

As ações de sedução, convencimento e recrutamento de empregado/prestadores de serviços são direcionadas para a subtração de ativo competitivo do concorrente, qual seja o empregado individualizado, e, normalmente, acompanhadas de artimanhas. Assim, não se pode falar em concorrência desleal no caso de aliciamento de empregado irrelevante para as atividades empresariais do empregador. Portanto, a relevância do empregado aliciado para as atividades empresariais do empregador deve ser comprovada, seja em face de seu conhecimento sobre determinada tecnologia competitiva ou procedimento operacional, seja face às peculiaridades de sua função dentro da empresa ou do mercado relevante. Isso significa que a gradação do trabalhador aliciado é importante elemento para a caracterização do ilícito concorrencial sob a rubrica do aliciamento de trabalhador.⁴⁵

Inserese nessa gradação o empregado intelectual, que é aquele contratado por um empresário para o desenvolvimento de conhecimentos tecnológicos, nos termos do art. 88 a 93 da Lei n. 9279/96 (Lei da Propriedade Industrial)⁴⁶ ou detentor de informações técnicas privilegiáveis e confidenciais de um empresário. Assim, a abordagem e a tentativa de recrutamento de empregado detentor de conhecimentos técnicos ou operacionais de um empresário devem ser realizadas com muita cautela, pois podem ser enquadradas como artifício, atitude ardilosa e astuta da concorrência para usurpar e

mento em vista da política de redução do quadro de funcionários adotado pelo empresário/empregador do trabalhador aliciado. Essa política de redução permitiu que empresários pudessem ofertar melhores condições de trabalho para os empregados do empregador aliciado. Acórdão em Apelação Cível no. 197.899.4/0 – Araraquara. Julgamento em 27 de maio de 2009.

45 O recrutamento de uma atendente de telefone ou de funcionária que serve café aos empregados não seria classificado como prática ilícita, pela ausência de importância na competitividade de um empresário. Não obstante, o conhecimento notório da atendente de telefone da listagem de clientes de um empresário pode ser alegado, por exemplo, para justificar a ilicitude na abordagem e sedução da concorrência.

46 Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.

ter acesso às informações privilegiáveis competitivas ou destruir atividades tecnológicas existentes.⁴⁷

Cumpra relevar que o combate de aliciamento de trabalhador intelectual conta com suporte de dispositivos legislativos auxiliares, como é o caso dos incisos XI e XII da Lei 9.279/96, que vedam a violação às informações classificadas como confidenciais da seguinte forma:

Art. 195. Comete Crime de Concorrência quem: [...]

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

Releva ressaltar a ilicitude dos atos praticados mediante fraude, que pode incluir o aliciamento de trabalhadores com o propósito de acesso às informações confidenciais de concorrente. As informações confidenciais são dados, conhecimentos, técnicas utilizáveis nas atividades industriais e operacionais que atendem a 3 (três) requisitos básicos, quais sejam: (a) as informações devem preencher o requisito da novidade e, portanto, não podem integrar o conjunto de conhecimentos já encontrado no mercado (“estado da técnica”); (ii) as informações devem relacionar-se às atividades empresárias e, assim, não envolvem informações profissionais ou de natureza pessoal; (iii) elas devem ser confidenciais e não divulgadas e (iv) devem ser tratadas como informações confidenciais, sendo importante evidenciar as barreiras

47 Essas atividades destrutivas podem ocorrer quando a contratação de empregados intelectuais objetiva dificultar ou comprometer a continuidade de pesquisas tecnológicas que garantirão um diferencial na concorrência. Conforme determinado por José Henrique Pierangeli: “O artifício distingue-se do ardil. O artifício caracteriza-se pelo emprego de um aparato que, pelo menos aparentemente, modifica o aspecto material da coisa valendo como exemplo o documento falso, o disfarce, a modificação por aparelhos mecânicos ou elétricos, enquanto o ardil caracteriza-se pela astúcia, manha, sutileza, artimanha, ardileza, e que apresenta, prioritariamente, um aspecto mais intelectual e que dirige diretamente à psique da vítima, servindo de exemplo a conversa enganosa que, às vezes, pode se caracterizar pela mentira, desde que hábil a enganar”. PIERANGELI, José Henrique. Crimes de Concorrência Desleal: Lei 9.279, de 14.05.1996 – Art. 195. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 86. v. 738, 1997. p. 477.

existentes para o acesso a terceiros não autorizados.⁴⁸

Chega-se, enfim, à expressa proibição de aliciamento de trabalhadores contida na Lei nº 9.279/96. O art. 195 da referida Lei tipifica crimes de concorrência desleal e, em seus incisos IX e X, dá exemplos de condutas relativas ao aliciamento de trabalhadores que passam a ser expressamente vedadas pelo ordenamento jurídico. O inciso IX trata da conduta ativa do indivíduo que “dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem”. Já o inciso X trata da conduta passiva do empregado 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”.

Revela-se, portanto, que o empregado aliciado, quando aceita a vantagem advinda do aliciamento, age como sujeito passivo da conduta de aliciamento, em prejuízo ao seu empregador, terceiro prejudicado. Dessa forma, o estudo da prática de aliciamento de trabalhador para fins da Lei de Propriedade Industrial encontra-se, intrinsecamente, ligado ao estudo dos atos de concorrência desleal, podendo, inclusive, ser compreendido que a prática de aliciamento de trabalhador só repercutirá no âmbito do Direito da Propriedade Industrial se, por meio da mesma conduta, também se verificar a prática de concorrência desleal.

Isto porque, no âmbito da propriedade industrial, principalmente em questões de inovação e alta tecnologia, se estará a tratar, via de regra, de profissionais capacitados e com grau elevado de especialização. Por isso, é necessário se atentar para o fato de que o mercado de trabalho para tais profissionais é restrito – mantendo-se, obviamente, dentro da área de sua regular atuação – sendo razoável e até mesmo esperado que, desgostoso com seu atual trabalho, o empregado procure melhor colocação em sociedade empresária concorrente.

Assim, é imprescindível que, nessa seara, seja constatado mais do que uma abordagem intensa de trabalhador. Deve-se verificar se esse ato, também, resultou em

48 FISCHER, Georges Charles. Trade Secrets Protection in Brazil. *Les Nouvelles*, p. 169-171, dez. 1987. Veja: PIERANGELI, José Henrique. Crimes de Concorrência Desleal: Lei 9.279, de 14.05.1996 – Art. 195. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 86. v. 738, p. 488-492 1997. As informações privilegiáveis (mas não secretas) são aquelas cujo acesso é restrito a um pequeno número de pessoas, que se comprometem a não divulgá-las mediante acordos específicos de não divulgação. Essas informações são comumente denominadas “know-how”.

um ato de concorrência desleal, gerando, por exemplo, perda de clientela ou utilização de informações confidenciais. A título de ilustração, veja-se o seguinte julgado:

EMPRESARIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. Ex-empregados de empresa fabricante de equipamentos de construção civil altamente especializados e destinados a grandes obras que constituem sociedade empresária de representação comercial de concorrente da ex-empregadora. Não provados emprego de meio fraudulento para desvio de clientela nem apropriação de *know how* - sendo, aliás, um dos ex-empregados inventor do aludido equipamento - não se caracteriza concorrência desleal. Apelo conhecido e desprovido. Unânime⁴⁹.

No caso acima mencionado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu lícita a saída de empregados, altamente especializados, para operar para um concorrente do antigo empregador, por intermédio de pessoa jurídica criada por eles. Isso porque, no entender dos ilustres desembargadores, não restou caracterizada a prática de ato de concorrência desleal, na medida em que não teria sido provada a utilização de meio fraudulento para desvio de clientela, tampouco apropriação de *know-how*.

Diante disso, pode-se apontar mais uma característica do conceito de aliciamento de trabalhador. Na medida em que não é qualquer empregado que tem capacidade de desviar clientela, apropriar-se de *know-how* ou, por exemplo, ter acesso a informações confidenciais ou segredo de negócio, o aliciamento de trabalhador só será vedado se o empregado aliciado for justamente um indivíduo capaz de causar esse tipo de lesão ao seu antigo empregador e, conseqüentemente, ato de concorrência desleal. Inclua-se, aí, o trabalhador intelectual.

Quanto ao particular, vale mencionar discussão ocorrida no CADE durante o julgamento do Ato de Concentração nº 08012.000777/2005-60. O seguinte trecho do voto vencedor proferido pelo Conselheiro Relator Ricardo Villas Boas Cueva é elucidativo:

No presente caso, a limitação à “não contratação/não aliciamento”, conforme consta da cláusula 3.5 “b”, é perfeitamente razoável, já que sua existência, de regra, não implica em ofensa ao livre exercício do trabalho. Da cláusula se extrai que os vendedores (pessoas físicas que alienaram suas participações) se comprometem a não aliciar ou contratar empregados da DIXIE por um período

temporalmente delimitado em 05 (cinco) anos [...]. Neste caso, a cláusula em questão trata de situação na qual o alienante do negócio se compromete a não aliciar ou contratar empregados da sociedade alienada, não se vislumbrando ofensa à liberdade ao trabalho. Pelo contrário, há de se perceber que tal cláusula, devidamente limitada por razoável período (cinco anos), não implica em ofensa ou óbice a eventual livre exercício do trabalho ou profissão.

Como se vê, o voto vencedor compreendeu que a existência de cláusula de não contratação/não aliciamento de trabalhadores em favor de sociedade alienada, inserido em contrato de compra e venda de participação societária, não ofende a liberdade de trabalho e não ofende a concorrência, principalmente, se delimitada no tempo.

No entanto, o voto-vista proferido pelo Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe, proferido no mesmo julgamento acima referido, foi mais além:

No Contrato de Compra e Venda de Ações firmado pelas requerentes, a (sic) cláusula de não aliciamento/não contratação impede que quaisquer empregados da sociedade transacionada sejam aliciados ou contratados pela empresa vendedora ou que de alguma forma transformem-se em seus concorrentes, por período limitado.

Entendo 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.

Pelos motivos expostos, portanto, voto pela aprovação da operação, determinando a exclusão da expressão “empregados” da cláusula de não aliciamento/não contratação (3.5 “b”) [...]

O excerto colacionado expõe o entendimento que se defende nesse trabalho. A vedação ao aliciamento de trabalhadores, por cláusula contratual ou por aplicação de um dos dispositivos legais acima elencados, não pode ser interpretada de forma genérica ou muito abrangente, sob pena de violar a liberdade do exercício da profissão e, por conseqüente, os direitos fundamentais do trabalhador. Por isso, referida vedação só faz sentido se se limitar ao aliciamento ou à contratação de profissionais especializados ou que, por cargo ocupado, tenham grau maior de informação e, por essa razão, sejam capazes de concorrer deslealmente com a sociedade que deixariam para trás.

Esse entendimento coaduna-se com o atual estágio de desenvolvimento econômico brasileiro e de globali-

49 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Civil n. 2006.001.10375*. Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Foch Lemos. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 2006.

zação de mercado (e até mesmo de inovação aberta)⁵⁰, em que empresas buscam, nos diversos mercados internacionais, competências específicas atreladas às suas necessidades empresariais. Portanto, é legítima, em um primeiro momento, a abordagem consistente e a apresentação e proposta para trabalhador da concorrência, mas será ilegítima se a abordagem for desproporcional e/ou evidenciar o interesse em apropriar conhecimento alheio ou até mesmo a execução de atividades que visem à destruição de atividades de produção tecnológica, como é o caso de inovação.

5. MECANISMOS PARA PREVENIR OU IMPEDIR A PRÁTICA DO RECRUTAMENTO ILÍCITO

Como exposto até aqui, o aliciamento de trabalhador é uma conduta que beira a prática de ato de concorrência desleal e, a depender da gradação ou importância do empregado aliciado ou de outras circunstâncias fáticas, pode até mesmo ultrapassar o limite da livre manifestação de vontade e infringir a livre concorrência. Desse modo, é relevante analisar se o ordenamento jurídico brasileiro oferece instrumentos, ainda que de inspiração internacional, capazes de impedir essa prática e se esses mesmos instrumentos jurídicos podem conferir segurança às relações que se desenvolvem entre concorrentes e seus empregados.

A identificação desses mecanismos serve, inclusive, para pontuar como empresas ou sociedades brasileiras podem se portar na proteção contra o aliciamento de seus empregados por empresas estrangeiras, principalmente quando envolver a migração de trabalhadores para outros países.

Note-se que existem riscos para todos os sujeitos envolvidos nessa relação jurídica. De um lado, o empregador precisa ter segurança de que não vai perder repentinamente, para uma sociedade concorrente, um empregado especializado e importante, como um alto executivo, no qual ele investiu em formação, apresentou a clientes e confidenciou informações sigilosas. A seu turno, o empregado precisa ter garantido o seu direito ao livre exercício da profissão para a qual tanto se preparou e deve ter garantido o seu direito de ser justamen-

te retribuído pelo emprego de sua força de produção. Por fim, também o concorrente precisa ter a segurança de que não está a violar um direito objetivo de seu concorrente ao contratar um profissional especializado que se apresenta aberto a propostas perante o mercado.

Para um país, deve-se assegurar que a perda relevante de trabalhador em um processo produtivo para outros países não afete a competitividade do mercado. Essa questão é de tal forma relevante para a competitividade da economia de um país, que o Parlamento Europeu, em 25 de Março de 2010, editou Resolução para tratar dos efeitos da crise financeira e econômica mundial nos países em desenvolvimento e na cooperação para o desenvolvimento. Na referida Resolução, o Parlamento Europeu declarou que tomava nota, com apreensão, que uma nova deterioração do bem-estar econômico dos países em desenvolvimento poderia levar a níveis inaceitáveis de desemprego e ao aumento da migração econômica. Por meio da mesma Resolução, o Parlamento Europeu assinalou que tais fluxos migratórios podem levar à fuga de cérebros das nações em desenvolvimento e prejudicar o seu futuro crescimento econômico⁵¹.

Dessa forma, um dos instrumentos jurídicos que se apresenta para prevenir ou impedir a prática de aliciamento de trabalhadores é a cláusula de não concorrência. Essa cláusula é largamente utilizada no Brasil de forma consensual e, conseqüentemente, inserida no contrato de trabalho celebrado entre empregador e empregado (ou nos contratos de prestação de serviços, como nos casos de executivos que se valem de pessoas jurídicas para receberem suas remunerações). A referida cláusula também é largamente adotada em outros países, como, por exemplo Portugal, que chegou a positivá-la no seu Código de Trabalho, reformado no final da primeira década do terceiro milênio. No Brasil, tal cláusula não possui expressa previsão legal, porém, por imposição doutrinária e jurisprudencial, deve atender a requisitos para que seja reputada como válida⁵².

Em primeiro lugar, a obrigação de não fazer imposta pela cláusula de não concorrência deve ser limitada no tempo, isto é, o prazo pelo qual o empregado não

50 KAPCZYNSKI, Amy. The access to knowledge mobilization and the new politics of intellectual property. *Yale Law Journal*, v. 804. p. 803-885, 2007. p. 820-850.

51 C.f.: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0089&language=PT&ring=A7-2010-0034>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

52 DELBIN, Gustavo Normanton; RIBEIRO, André de Melo. Empréstimo de atletas e a cláusula de não-concorrência. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 13, p. 600, out./dez. 2009.

poderá trabalhar para um concorrente de seu antigo empregador não pode ser eterno, tampouco ser demasiado, caso contrário violaria o direito ao livre exercício da profissão⁵³. Normalmente, o prazo das cláusulas de não concorrência varia de 40 dias (motivo pelo qual essa cláusula é também conhecida por “cláusula de quarentena”) a 2 anos. Nada impede, contudo, que, diante de circunstâncias fáticas especiais, um prazo maior seja considerado necessário.

Em segundo lugar, a cláusula deve expor com clareza o exato escopo ou tipo de trabalho que o empregado não pode desenvolver. Dessa forma, se um empregado atua como engenheiro químico coordenando testes de novos produtos em uma indústria alimentícia, ele não feriria o dever de lealdade e boa-fé se, encerrado seu vínculo empregatício, passasse a trabalhar como diretor de administração (recursos humanos, contabilidades etc.) em uma indústria do mesmo ramo ou se ele passasse a trabalhar como engenheiro químico coordenando testes em indústria farmacêutica, pois, nessas hipóteses, presume-se não haver risco de concorrência desleal.

Em terceiro lugar, a cláusula deve conferir ao empregado uma justa remuneração pelo prazo de duração da obrigação de não fazer. Essa remuneração não é o salário, ainda que alto, já pago ao empregado durante a existência do vínculo. Essa remuneração também não se confunde com o “bônus” a que o empregado faria jus por cumprimento de metas ou outras condições pactuadas previamente com o empregador. A remuneração tratada neste artigo tem que ser específica e proporcional ao período em que o empregado terá que cumprir a “quarentena”. A ausência de previsão de remuneração específica e proporcional, bem como o seu não pagamento tempestivo são causas de anulabilidade da cláusula de não concorrência, pois apenas essa justa remuneração justificaria a restrição ao direito de livre exercício da profissão.

Em quarto lugar, a cláusula deve limitar geograficamente o território no qual a obrigação de não fazer deve ser cumprida e essa limitação geográfica deve se coadunar com a área territorial de atuação do empregador. Logo, se o empregador é uma sociedade com atuação regional, a cláusula não pode limitar o exercício da profissão pelo empregado em outra região do país, mesmo em sociedade do mesmo ramo de atuação do

empregador, pois, neste caso, não haveria concorrência entre as duas sociedades. Mais uma vez, trata-se de não permitir ampla e desnecessária limitação de um direito constitucional.

Questão curiosa diz respeito ao limite geográfico de cláusula de não concorrência em casos de multinacionais. Ou seja, se o empregado trabalha para uma multinacional na Ásia e se transfere para uma multinacional concorrente na América Latina, isso representaria concorrência desleal?

A resposta pode estar na abrangência do mercado de atuação do empregador do empregado aliciado e na abrangência do mercado de atuação do aliciador. Se a abrangência competitiva é internacional, como é o caso da EMBRAER, BOMBARDIER, SAAB dentre outras envolvidas na produção de aviões, a cláusula de não concorrência seria plenamente aplicável, válida e eficaz.

Para os que entendem que essa transferência pode ser vedada pela cláusula de não concorrência, pesa questões como confidencialidade, segredo de negócios e apropriação de *know-how*. Para os que discordam, há o argumento de que o empregado não fará concorrência desleal na medida em que não haverá apropriação de clientela, por se tratar de regiões distintas. Inevitavelmente, essa discussão dependerá da análise das circunstâncias fáticas, mas parece-nos que, no Brasil, a presunção, relativa, seria pela ausência de qualquer violação ao dever de não concorrência, transferindo ao empregador o ônus de provar o contrário, haja vista a garantia constitucional ao livre exercício da profissão.

Por fim, a cláusula de não concorrência deve ser pactuada preferencialmente no próprio contrato de trabalho, que estabelece o vínculo contratual e as obrigações a serem assumidas pelas partes contratantes. De todo modo, ainda que seja pactuada em documento apartado, deve ser ajustada no início da relação empregatícia, sob pena de ser reputada inválida. Entende-se que, se ela for ajustada após o início da relação de trabalho, o empregado já está vulnerável e o seu consentimento será sempre viciado pelo receio de demissão. Vale informar, ainda, que o documento assinado com data retroativa poderá ser facilmente impugnado pelo empregado⁵⁴, haja vista que a Justiça do Trabalho julga com base na verdade real e primazia da realidade.

53 Consultar: TRT-2ª Região, Ac. 20040281579, Processo 02243200038102009, Rel. Des. Sérgio Pinto Martins.

54 Vide acórdão do TST: RR nr. 1948-28.2010.5.02.0007, 1ª Turma, julgamento em: 21 maio 2014.

Deve ser ressaltado ainda que o art. 482 da CLT estabelece que o empregado que praticar atos de concorrência com o empregador ou violar segredo de empresa poderá ser demitido pelo empregador por justa causa. Em virtude desses atos, o empregado pode, inclusive, perder direito ao bônus eventual que estivesse esperando (esse bônus é diferente do bônus por cumprimento de metas). Todavia, mesmo nesses casos, o empregador poderá exigir o cumprimento da cláusula de não concorrência pelo empregado, haja vista que a cláusula permanecerá hígida após o encerramento do vínculo empregatício.

Na verdade, após ser livremente pactuada pelas partes, a cláusula confere ao empregador a faculdade de exigir o seu cumprimento ou dispor desse direito subjetivo. Da mesma forma, a qualquer momento, o empregador pode renunciar ao direito de exigir do empregado o seu cumprimento e, por consequência, ficar livre da obrigação financeira retributiva.

Não obstante, ainda que a cláusula de não concorrência preencha todos os requisitos acima listados, a análise da sua violação pelo empregado depende da verificação, em concreto, de circunstâncias fáticas específicas⁵⁵. Com efeito, deve ser verificado se a nova atividade exercida pelo empregado é capaz de causar prejuízo concreto (não genérico) ao empregador, se o concorrente para o qual o empregado foi trabalhar pode efetivamente colocar em risco a atividade do empregador original, se esse risco é específico à atividade empresarial ligada às funções anteriormente exercidas pelo empregado.

Por exemplo, deve ser analisado se o empregado terá contato com clientela que ele conheceu por conta da atividade desempenhada no antigo empregador, como também se utilizará informações específicas sobre o empregador ou *know-how* particularmente típico do empregador que se colocado em prática por outra do mesmo ramo poderá causar prejuízo àquele. Ato seguinte, deverá ser apurado ainda o real prejuízo ao antigo empregador, que deverá ser demonstrado e avaliado no caso concreto.

Além da cláusula de não concorrência, existe outra forma de o empregador reduzir os riscos de exposição após o término do contrato de trabalho de um empregado. Trata-se da cláusula de não solicitação ou

não aliciamento, igualmente não positivada em Lei, mas consensualmente ajustável. Por meio dessa cláusula, o empregador pode ajustar com o empregado outra obrigação de não fazer, qual seja, a de não aliciar, solicitar, convidar, persuadir ou seduzir outros empregados, clientes e fornecedores.

É que o empregado que rescinde seu contrato de trabalho para atuar em sociedade concorrente pode tentar aliciar outros empregados de seu antigo empregador a fazerem o mesmo, como também se valer de contatos feitos enquanto empregado para desviar clientela e fornecedores. É provável que o empregado em questão saiba quais empregados, clientes e fornecedores são importantes para competitividade do seu antigo empregador e, valendo-se de conhecimento obtido internamente, alicie tais pessoas, ferindo o dever de lealdade, boa-fé e praticando ato de concorrência desleal.

Apesar de não estar positivada, entende-se que essa cláusula deve observar os mesmos requisitos exigidos para a cláusula de não concorrência, à exceção da justa remuneração. A justificativa para tanto não poderia ser diferente: observância aos ditames da boa-fé e lealdade. Entende-se ainda que essa cláusula de não solicitação não pode servir de impeditivo para o desenvolvimento de novas sociedades, não podendo criar óbice à livre concorrência. Logo, a depender das circunstâncias do caso concreto, como em um mercado muito especializado, ela poderá ser atacada sob o argumento de estar a impedir a contratação de empregados por uma nova sociedade concorrente e de estar a gerar reserva de mercado para a sociedade empregadora original.

Outra cláusula usual na relação de emprego e que importa ao tema deste trabalho é a cláusula de confidencialidade. O dever de confidencialidade do empregado encontra-se expresso no art. 482 da CLT, acima mencionado, e no art. 195, XI, da Lei 9.279/96, que considera crime de concorrência desleal a divulgação, exploração ou utilização, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que o empregado teve acesso mediante relação empregatícia, mesmo após o término do contrato. No mesmo sentido, é possível mencionar o art. 154 do Código Penal.

Apesar da previsão expressa em Lei, é usual que os contratos de trabalho de altos executivos e empregados

55 A título de curiosidade, ver processo: n. 2002.002.11602 do TJ/RJ.

especializados contenham cláusula de confidencialidade a especificar que tipo de informações ou dados são confidenciais durante e após o contrato de trabalho, bem como o período pelo qual tais informações ou dados devem ser mantidos em sigilo. Essa cláusula é perfeitamente válida diante do ordenamento jurídico brasileiro, apenas exigindo-se que tais informações ou dados tenham sido obtidos pelo empregado única e exclusivamente a serviço do empregador, que o prazo de duração seja razoável e compatível com a relevância de tais informações e que as informações sejam realmente confidenciais ou constituam segredo de negócio.

Deve ser registrado, contudo, que a obrigação de manter segredo e confidencialidade com relação às informações de fórmulas e invenções nos produtos industrializados ou comercializados pelo empregador abrange a qualquer empregado, independente de constar de forma expressa ou não em seu contrato de trabalho.

Ressalte-se que os requisitos listados como exigência de validade para as cláusulas especiais acima especificadas foram construídos a partir de um esforço doutrinário e jurisprudencial. Para tanto, ambas as fontes de Direito, valeram-se do Direito Comparado, pois diversos países estão à frente do Brasil nessa questão e já possuem entendimento consolidado sobre a validade de diversas cláusulas especiais laborais. Além da Organização Internacional do Trabalho, França, Itália, Espanha e Estados Unidos também já se pronunciaram a favor da validade, por exemplo, da cláusula de não concorrência.

Em virtude da globalização e maior interação dos mercados, é natural que países com maior interação econômica verifiquem a necessidade de aproximação das normas trabalhistas com vistas a permitir o deslocamento de empresas e empregados, sem prejuízo da economia integrada. Na Comunidade Europeia, por exemplo, o Parlamento Europeu editou a Diretiva 96/71/CE, de 1996, através da qual regulamentou o destacamento de trabalhadores entre seus Estados-Membros e, para preservar os direitos sociais dos trabalhadores, determinou que os Estados-Membros adotassem normas básicas sobre condições de trabalho e emprego.

Em 2001, o Conselho Europeu editou a Diretiva 2001/23/CE relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos. Recentemente, já em

2016, a Comissão Europeia aprovou proposta de revisão da Diretiva 96/71/CE, de 1996, o que demonstra a preocupação recorrente com as condições de trabalho e emprego para o desenvolvimento do mercado comum.

Em adição, a Comissão das Comunidades Europeias editou, em 2006, o Livro Verde para modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI⁵⁶. Com a edição do aludido Livro Verde, a Comissão lançou o debate público na União Europeia, a fim de perspectivar a evolução do direito do trabalho em consonância com o objetivo da estratégia de Lisboa, de 2000, sobre o crescimento sustentável com mais e melhores empregos

Na esteira desse debate sobre a evolução do Direito do Trabalho, Portugal promulgou, já na segunda década do século XXI, seu novo Código do Trabalho. Em seu art. 136, o aludido diploma legal estipula os requisitos que devem ser observados para que o “pacto de não concorrência” seja considerado válido, a saber, o limite temporal de dois anos (ampliado para três se for empregado em cargo de confiança com acesso a informações sensíveis à competitividade do empregador), a necessidade de ser ajustado por escrito, tratar-se de atividade que possa causar prejuízo ao empregador e haver compensação financeira (sobre a qual podem ser descontadas despesas do empregador com a formação do empregado).

O mesmo Código do Trabalho de Portugal entende inexistir limitação excessiva à liberdade de trabalho no chamado “pacto de permanência”. Segundo o art. 137, “*as partes podem convencionar que o trabalhador se obriga a não denunciar o contrato de trabalho, por um período não superior a três anos, como compensação ao empregador por despesas avultadas feitas com a sua formação profissional*”. Hipóteses como a regulamentada pelo referido artigo português são recorrentes no Brasil, por exemplo, como auxílio pago pelo empregador para os estudos do empregado no exterior. Todavia, diferente do país lusitano, doutrina e jurisprudência brasileiras entendem que esse pacto de permanência não é válido, na medida em que consiste em limitação excessiva ao livre exercício da profissão, devendo eventual litígio se resolver em perdas e danos, jamais em obrigação de não fazer.

Por outro lado, o Código do Trabalho de Portugal possui previsão legal expressa a declarar nula a cláusula

56 C.f.: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52006DC0708>>. Acesso em 06 jun. 2016.

de não solicitação. Seu art. 138, que trata da “limitação da liberdade de trabalho” *estabelece ser “nulo o acordo entre empregadores, nomeadamente em cláusula de contrato de utilização de trabalho temporário, que proíba a admissão de trabalhador que a eles preste ou tenha prestado trabalho, bem como obrigue, em caso de admissão, ao pagamento de uma indemnização”*. Nesse sentido, o Código do Trabalho de Portugal compreende que a cláusula de não solicitação gera uma limitação excessiva ao livre exercício da profissão, entendimento que não é seguido no Brasil.

Em outras palavras, nota-se que a comunidade europeia tem avançado no debate dos instrumentos jurídicos que podem ser utilizados no contrato de trabalho para prevenir ou impedir a prática de aliciamento de trabalhadores. Além de estimular o debate sobre a possibilidade de diferentes tipos de relações contratuais, bem como de direitos aplicáveis a todos os trabalhadores, a Comunidade Europeia tem criado bases mínimas comuns a serem adotadas por legislação ou convenção coletiva em seus Estados-Membros de modo a reduzir as desigualdades, inclusive salariais, entre os países e reduzir o poder de sedução de determinados empregadores. O objetivo, por óbvio, é favorecer a criação de empregos locais e beneficiar tanto trabalhadores como empresas, facilitando as transições no mercado do trabalho, mas também apoiando a aprendizagem ao longo da vida laboral e o desenvolvimento da criatividade de toda a mão de obra comunitária.

A conclusão a que se chega é que existem instrumentos jurídicos e contratuais adequados para impedir a prática do aliciamento de empregados, principalmente quando ela tem por escopo a absorção ilícita de conhecimentos tecnológicos da concorrência ou atividades destrutivas, como pesquisa técnica concorrente.

Não obstante ser questionável a abrangência territorial dessas cláusulas, sendo imprescindível, portanto, a análise casuística de cada abordagem exacerbada de trabalhador pela concorrência, é importante que o Brasil lance mão de tais expedientes sob pena de permanecer enfraquecido perante outras economias estrangeiras, inclusive já organizadas em blocos econômicos para se protegerem contra essa prática de aliciamento.

Tendo em vista que, no Brasil, esses instrumentos jurídicos ainda são utilizados essencialmente por livre iniciativa dos empresários, pode-se vislumbrar a exploração por parte do governo brasileiro para a elaboração de políticas mais consistentes para impedir o aliciamento

de empregados, tal como ocorreu no caso do art. 206 do Código Penal. É importante lembrar que, em relação a essa abordagem criminal, é clara a deliberação do Estado para impedir o uso de meios ardis e fraudulentos para apropriação de mão de obra alheia que efetive a transferência de mão de obra brasileira para o exterior. Entretanto, é preciso que o Brasil vá além. Se o mundo, principalmente a União Europeia, tem estimulado o debate sobre tais instrumentos e seus impactos na flexibilização da economia, o Brasil não pode fechar os olhos para essas possibilidades, sob pena de facilitar a migração de trabalhadores e de empresas para outros mercados, dificultar o desenvolvimento da economia local, porém globalizada, e impedir o desenvolvimento nacional e manutenção da mão de obra especializada no país, principalmente do empregado altamente especializado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem exacerbada de trabalhadores altamente qualificados por concorrentes, para fins de contratação vem integrando matérias jornalísticas para explicitar a vulnerabilidade de algumas empresas ou sociedades brasileiras na possível perda de seus ativos intelectuais detidos por seus trabalhadores. Mesmo reconhecendo o impacto para a competitividade da indústria brasileira, inexistem estudos sobre essa abordagem ou da prática, também, denominada “aliciamento de empregados” ou que venham a definir e identificar os seus elementos.

Mesmo não parecendo ser promotora de fluxos migratórios em massa ou inexistindo registro de quantos casos migratórios decorrem dessa prática, o “aliciamento de empregados” ou mesmo a prática realizada na concorrência ou para fins migratórios podem ser nefastos. A subtração de empregados altamente qualificados pode ser acompanhada de conhecimentos competitivos do concorrente, normalmente na forma de informações confidenciais. Isso significa que a integração do empregado aliciado na concorrência parece ser um passo anterior à apropriação de conhecimentos competitivos.

Por outro lado, indaga-se se quais seriam as abordagens de empregados com oferecimento de melhores condições de trabalho classificadas como “aliciamento de empregado” e/ou envolvendo a deslealdade comercial. A fixação dos elementos formadores do aliciamento

to de trabalhadores e, conseqüentemente, a sua definição tornaram-se relevantes em vista das imprecisões decorrentes do uso corriqueiro desta prática e exploração na mídia impressa. Além disso, inexistem convenções, acordos ou protocolos internacionais específicos sobre a matéria.

Pelo trabalho exposto, o “aliciamento de empregados” apresenta diversas definições e interpretações decorrente da abordagem diferenciada outorgada pelo Código Penal, Código Comercial e Código Civil. Cada legislação aborda o aliciamento sob uma perspectiva diferente. As legislações infraconstitucionais, principalmente os tipos penais presentes nos arts. 206, 207, incisos IX e X do art. 195 da Lei 9.279/96 explicitam esses elementos, as características, bem como a configuração de finalidades específicas exigidas pela lei. Não obstante, não são capazes de preencher as lacunas e imprecisões no tratamento do aliciamento de empregado, face ao atual nível de competitividade dos empresários e concorrência no mercado brasileiro. Quanto mais intensa a concorrência, mais imprecisos os elementos caracterizadores e mais relevante passa a ser a análise casuística dos fatos alegados e apresentados para a caracterização do aliciamento.

Torna-se indispensável, assim, que a abordagem exacerbada de empregados seja analisada casuisticamente, relevando questões relacionadas à concorrência, ética ou moral comercial e costumes do comércio internacional, principalmente quando empregado altamente qualificado for aliciado por empresas brasileiras afiliadas de empresas estrangeiras.

Não obstante, foi possível identificar no presente trabalho os elementos essenciais e formadores do “aliciamento de empregados”. Conclui-se, também, que o aliciamento de trabalhadores pode ser classificado como uma nova forma de apropriação de informações confidenciais e privilegiáveis de empresas, principalmente aquelas situadas nos países subdesenvolvidos. Por meio do assédio, sedução e recrutamento de empregados intelectuais e detentores de Informações confidenciais, empresários estrangeiros, principalmente as multinacionais podem adquirir conhecimentos relevantes e comprometer a competitividade de concorrentes. Portanto, o aliciamento de trabalhadores é um tema relevante no comércio internacional e concorrência.

Com a definição da prática, foi concedida atenção especial para os instrumentos jurídicos e aqueles meca-

nismos contratuais auxiliares, que podem ser utilizados pelos empresários para reduzir a vulnerabilidade decorrente do “aliciamento de empregado” e frear a apropriação indevida de informações competitivas confidenciais por meio da contratação de trabalhadores intelectuais relevantes. Neste ponto, ressaltam-se as obrigações de confidencialidade assumidas pelo empregado altamente qualificado, o pacto de não concorrência e a “cláusula de não solicitação”. Este último mecanismo jurídico é encontrado no Código do Trabalho de Portugal, não tendo sido testado no território brasileiro, por meio de negociações entre empregador/empregados e dos pactos contratuais.

Acredita-se que esse trabalho serve como ponto de partida para um estudo mais aprofundado sobre o “aliciamento de empregado” como elemento relevante para identificar os motivos de processos migratórios de mão de obra especializada, principalmente nesse ambiente de mercado globalizado em que vivemos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Patricia Maria da Silva. *Uso de marcas como indicadores estatísticos de ciência e tecnologia: estudo de casos das marcas coletivas no Brasil*. Disponível em: <<http://nbcgib.uesc.br/nit/ig/app/papers/0315093107138519.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

BARROS, Alberto da Rocha. *Origens e evolução da legislação trabalhista*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.

BARROS, Cássio de Mesquita. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. *Revista do Instituto dos Advogados*, São Paulo, v. 8, p.326, jul./dez. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva. 2001. V.7.

BROWNE, Benny. Brain-power: Use it or lose it! *Les Nouvelles*, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria prática da concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

COLNAGO, Rodrigo. *Direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELBIN, Gustavo Normanton; RIBEIRO, André de Melo. Empréstimo de atletas e a cláusula de não-concorrência. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 13, p. 600, out./dez. 2009.

- DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975.
- ERIKSON, Kenneth Paul. *Sindicalismo no processo político do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1979.
- FISCHER, Georges Charles. Trade Secrets Protection in Brazil. *Les Nouvelles*, dez. 1987.
- GODINHO, Manuel Mira; MENDONÇA, Sandro; PEREIRA, Tiago Santos. Trademarks as an indicator of innovation and industrial change. *Research Policy*, v. 33, n. 9, p. 1385, 2004.
- GRAU-KUNTZ, Karin. Da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 9, p. 502, jan. 2002.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 9. ed. Niterói: Impetus, 2013. v. 3.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 8.
- JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARTINS, Heloisa Helena Teixeira de Souza. *O estado e a burocratização do sindicato no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1989.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1985.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Policy coherence for development 2007: migration and developing countries*. Paris: OECD, 2007.
- PIERANGELI, José Henrique. Crimes de concorrência desleal: Lei 9.279, de 14.05.1996, Art. 195. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 86. v. 738, 1997.
- REALE JUNIOR, Miguel. Concorrência desleal e interesse difuso no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, n. 49, p. 5-13, 1993.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 821, n. 919, mar. 2004.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SANTOS, Américo Ramos dos Santos. *Transferência inversa de tecnologia: conceitos e características principais*. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/docmentos/1223461920T1jLY7de5Xm57DU0.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2016.
- SCHRICKER, Gerhard. Twenty-five years of protection against unfair competition. *International Review of Competition Law*, v. 26, n. 6, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.2.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v.3.
- XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KAPCZYNSKI, Amy. The access to knowledge mobilization and the new politics of intellectual property. *Yale Law Journal*, v. 804. p. 803-885, 2007.
- ZAHREDDINE, Danny; REQUIÃO, Ricardo Bezerra. Brasil e o regime internacional de proteção aos trabalhadores migrantes. In: ANUÁRIO DE DIREITO INTERNACIONAL, 9. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Brasil-e-o-Regime-Internacional-de-Prote%C3%A7%C3%A3o-aos-Trabalhadores-Migrantes.pdf>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.