

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

LEDA BATISTA DA SILVA DIÔGO DE LIMA

**O MERCADO DE TRABALHO VISTO PELALENTE DO DIREITO DA
CONCORRÊNCIA**

JOÃO PESSOA - PB

2023

LEDA BATISTA DA SILVA DIÓGO DE LIMA

**O MERCADO DE TRABALHO VISTO PELA LENTE DO DIREITO DA
CONCORRÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Econômico. Linha de Pesquisa: Estado, Mercado e Sujeitos Sociais: Economicidade e Juridicidade.

Orientadora: Prof. Dra. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa.

JOÃO PESSOA - PB

2023



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

ATA DE DEFESA DE MESTRADO

Ata da Banca Examinadora da Mestranda LEDA BATISTA DA SILVA DIÔGO DE LIMA candidata ao grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Às 09h00 do dia 19 de dezembro de 2023, em ambiente virtual (<https://meet.google.com/uav-xmxs-gxa>), reuniu-se a Comissão Examinadora formada pelos seguintes Professores Doutores: Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa (Orientadora PPGCJ/UFPB), Ana Paula Basso (Avaliadora Interna PPGCJ/UFPB) e Juliana Oliveira Domingues (Avaliadora Externa/USP), para avaliar a dissertação de Mestrado da aluna Leda Batista da Silva Diôgo de Lima, intitulada: **“O MERCADO DE TRABALHO VISTO PELALENTE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA”**, candidata ao grau de Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direito Econômico. Compareceram à cerimônia, além da candidata, professores, alunos e convidados. Dando início à solenidade, a professora Matia Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa (Orientadora PPGCJ/UFPB) apresentou a Comissão Examinadora, passando a palavra à mestranda, que discorreu sobre o tema, dentro do prazo regimental. A candidata foi a seguir arguida pelas examinadoras na forma regimental. Ato contínuo, passou então a Comissão, em caráter secreto, à avaliação e ao julgamento do referido trabalho, concluindo por atribuir-lhe o conceito APROVADO, o qual foi proclamado pela Presidência da Comissão, achando-se a candidata legalmente habilitada a receber o grau de Mestre em Ciências Jurídicas, cabendo à Universidade Federal da Paraíba providenciar, como de direito, o diploma de Mestre a que a mesma faz jus. Nada mais havendo a declarar, a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, Wily Annie Feitosa Barbosa, Assistente em Administração do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, lavrei a presente ata, que assino juntamente com os demais membros da banca, para certificar a realização desta defesa, assim como também a participação dos membros acima descritos na comissão examinadora. João Pessoa, 19 de dezembro de 2023. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

M.ª Luiza Alencar M. Feitosa

Prof.ª. Dra. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa
(Orientador PPGCJ - UFPB)

Assinado Digitalmente – SIPAC/UFPB

Prof.^a Dra. Ana Paula Basso

(Avaliadora Interna PPGCJ - UFPB)

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Prof.^a Dra. Juliana Oliveira Domingues

(Avaliadora Externa PPGCJ - UFPB)

Emitido em 19/12/2023

ATA Nº 1/2023 - PPGCJ (11.01.46.04)
(Nº do Documento: 1)

(Nº do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO)

(Assinado digitalmente em 10/01/2024 13:29)
WLLY ANNIE FEITOSA BARBOSA
ASSISTENTE EM ADMINISTRACAO
2385717

(Assinado digitalmente em 12/01/2024 23:19)
ANA PAULA BASSO
PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR
1058740

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sipac.ufpb.br/documentos/> informando seu número: **1**,
ano: **2023**, documento (espécie): **ATA**, data de emissão: **10/01/2024** e o código de verificação: **1901d44a01**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

L732m Lima, Leda Batista da Silva Diôgo de.

O mercado de trabalho visto pela lente do direito da concorrência / Leda Batista da Silva Diôgo de Lima. - João Pessoa, 2023.

152 f.

Orientação: Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa.

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Mercado de trabalho. 2. Direito concorrencial - Expansão. 3. Responsabilidade social - Empresas. 4. Direito da concorrência. I. Feitosa, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. II. Título.

UFPB/BC

CDU 331.5(043)

DEDICATÓRIA

Ao Antônio, com amor.

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta Dissertação marca uma jornada acadêmica significativa e enriquecedora. Neste momento, manifesto meus sinceros agradecimentos por todos aqueles que estiveram ao meu lado nesses anos e contribuíram para o desenvolvimento desta pesquisa.

Primeiramente, agradeço à Universidade Federal da Paraíba por fornecer-nos um ambiente acadêmico frutífero, propício para o aprendizado, que foi fundamental no desenvolvimento desta Dissertação. Agradeço à confiança da minha orientadora, Professora Doutora Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa, na construção deste trabalho e expreso a minha mais profunda gratidão pela liberdade que ela me conferiu para explorar o assunto e expor as minhas ideias.

Aos Professores Doutores Juliana Oliveira Domingues e Marcilio Toscano Franca Filho, que compuseram a banca da minha qualificação, obrigada pela leitura cuidadosa do texto preliminar e pelas oportunas observações que, juntamente com as da minha orientadora, me ajudaram a aprimorar as minhas ideias na construção deste trabalho.

Agradeço aos meus professores do Mestrado que fomentaram discussões estimulantes e me instigaram a pensar além sobre Direito e Desenvolvimento. Muitos dos textos estudados nas disciplinas fazem parte da bibliografia desta Dissertação e, em especial, me fizeram refletir sobre a necessidade de alinhar crescimento econômico e desenvolvimento humano. Com base nessas reflexões, pude aprimorar o problema de pesquisa e estudar como o Direito da Concorrência pode contribuir na harmonização deste binômio crescimento-desenvolvimento e, mais particularmente, como as regras concorrenciais podem auxiliar no desenvolvimento sustentável das relações de trabalho.

Aos meus pais, Silvia e Joaquim, agradeço imensamente pelo apoio, incentivo e amor dedicado não apenas ao longo desta jornada acadêmica, mas de toda uma vida. Agradeço à vida que vocês me deram e que hoje estendo para o Antônio, a quem dedico esta Dissertação com todo o meu amor. É interessante perceber agora, enquanto escrevo essas linhas, que o Mestrado conheceu três versões de mim: a minha versão antes do meu filho, a minha versão grávida, e a minha versão mãe.

Ao meu marido, André, que acredita em mim e na minha capacidade (por vezes, até mais do que eu mesma). A parceria com você faz a vida ficar mais leve.

A todos os amigos e familiares que contribuíram de diversas maneiras, meu muito obrigada.

We rarely hear, it has been said, of the combinations of masters, though frequently of those of workmen. But whoever imagines, upon this account, that masters rarely combine, is as ignorant of the world as of the subject. Masters are always and everywhere in a sort of tacit, but constant and uniform, combination, not to raise the wages of labor above their actual rate.

- Adam Smith, *The Wealth of Nations* (1776)

RESUMO

Concorrência e trabalho foram tradicionalmente vistos como mundos à parte, e pouquíssima interdisciplinaridade existia entre essas disciplinas. Contribuía para essa distância a percepção de que representavam valores completamente distintos (de um lado, a valorização do trabalho enquanto veículo de promoção da dignidade humana; de outro, o livre mercado e a livre concorrência) e a presunção de que mercados de trabalho eram altamente competitivos. Contudo, estudos conduzidos especialmente a partir de 2010 começaram a colocar em xeque várias premissas tidas até então como verdadeiras: percebeu-se que os mercados de trabalho não são tão competitivos como se imaginava, que os salários não acompanharam o aumento da produtividade nos últimos anos, e que a existência de assimetrias de informação e custos atrelados à busca por um novo emprego tornam empregados mais vulneráveis e com baixo poder de barganha. Embora o senso comum tenha disseminado uma percepção negativa acerca da correlação entre trabalho e concorrência, sendo esta vista por vezes pejorativamente como fomentadora de um crescimento econômico ilimitado, esta Dissertação apresenta reflexões a respeito da seguinte questão: o Direito Concorrencial pode auxiliar no desenvolvimento sustentável das relações de trabalho ao ser aplicado para coibir potenciais efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho? A resposta a essa pergunta passará por três etapas. Primeiro, objetiva-se situar o problema de pesquisa e discutir por que é importante analisar dinâmicas no mercado de trabalho sob a ótica concorrencial, abordando o papel do Direito da Concorrência no binômio crescimento econômico-desenvolvimento humano ao identificar os efeitos negativos gerados pelo poder de monopólio às condições do trabalhador e ao sistema como um todo. Em seguida, por meio de uma revisão bibliográfica, intenciona-se mapear a evolução temática em perspectiva comparada e analisar a jurisprudência relevante local com a finalidade de posicionar o estado da arte da discussão, constatando-se que sua inserção é relativamente rara. A partir dos resultados, objetiva-se sistematizar quais dinâmicas trabalhistas podem ser pertinentes ao estudo do Direito da Concorrência e problematizar que o reconhecimento da competência das autoridades concorrenciais brasileiras para analisar determinadas dinâmicas no mercado de trabalho passa por reflexões a respeito da expansão do Direito Concorrencial tradicional, da responsabilidade social da empresa e dos efeitos da atribuição de tal competência. Metodologicamente, a pesquisa instrumentaliza-se pelo método de abordagem hipotético-dedutivo, por meio da técnica de pesquisa documental indireta, abastecida de extensa revisão bibliográfica. O tema foi escolhido por sua relevância jurídica e social, dado que a ausência de previsão legal e de jurisprudência consolidada abre espaço para abusos que podem impactar negativamente a situação do empregado, particularmente agravada pela desigual realidade brasileira.

Palavras-chave: concorrência e mercado de trabalho; expansão do direito concorrencial; responsabilidade social da empresa.

ABSTRACT

Antitrust and labor market were traditionally seen as worlds apart until very recently. Contributing to this distance was the perception that they represented completely different values (on the one hand, human labor as a vehicle for promoting human dignity; on the other, free market and free competition) and the presumption that labor markets were highly competitive. However, studies conducted especially from 2010 onwards began to call into question several of these assumptions: it was noticed that labor markets are not as competitive as imagined, that wages have not accompanied the increase in productivity of recent years, that information asymmetries and search costs highly contribute to the vulnerability of workers with low bargaining power. Although common sense has disseminated a negative perception about the correlation between competition and labor, with the former often pejoratively seen as promoting unlimited economic growth, this Dissertation reflects on the following question: can Competition Law aid the sustainable development of labor relations when applied to curb potential anticompetitive effects in the labor market? The answer to this question goes through three stages. First, it will aim to situate the problem and discuss why it is important to review labor market dynamics from a competition standpoint, discussing the role of Competition Law in the binomial economic growth-human development by identifying the negative effects caused by monopsony power. Then, through a bibliographic review, it will map the thematic evolution in a comparative perspective and review relevant local jurisprudence in order to evaluate the state of the art of the discussion, identifying that the application of antitrust to labor market dynamics is relatively rare. Based on these findings, it intends to systematize which labor dynamics may be relevant to the study of Competition Law and it will problematize that recognizing the jurisdiction of Brazilian competition authorities over certain labor markets dynamics involves reflecting upon the expansion of the traditional role of competition, the existence of corporate social responsibility and the effects of such jurisdiction. Methodologically, the research is instrumented through an extensive bibliographical review of the hypothetical-deductive method of approach and the technique of indirect documental research. The theme was chosen for its legal and social relevance, given that the absence of legal provisions and consolidated case law opens up space for abuses that can negatively impact the employee's situation, which is particularly aggravated by the unequal Brazilian reality.

Keywords: antitrust and labor market; expansion of competition law; corporate social responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2 DIÁLOGO ENTRE MERCADO DE TRABALHO E DIREITO CONCORRENCIAL: QUAL O PROBLEMA E POR QUE É IMPORTANTE DISCUTI-LO?.....	23
2.1 MERCADO DE TRABALHO NO FOCO DA ANÁLISE CONCORRENCIAL: O QUE MUDOU?	25
2.2. POR QUE É IMPORTANTE DISCUTIR O MERCADO DE TRABALHO PELO ENFOQUE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: OS EFEITOS ECONÔMICOS DELETÉRIOS DO MONOPSÔNIO NO MERCADO DE TRABALHO.....	38
2.3 COMO ALINHAR METAS DE CRESCIMENTO ECONÔMICO COM DESENVOLVIMENTO HUMANO: LIVRE CONCORRÊNCIA, BUSCA DO PLENO EMPREGO E VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO, PRINCÍPIOS FORMADORES DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA	42
3 O ESTADO DA ARTE NO BRASIL E EM PERSPECTIVA COMPARADA.....	53
3.1 A EVOLUÇÃO DA TEMÁTICA NO MUNDO, EM PERSPECTIVA COMPARADA .	54
3.2 COMO O BRASIL SE POSICIONA NESSE ESPECTRO? ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO E PRECEDENTES	62
3.2.1 Função preventiva: análise de atos de concentração.....	67
3.2.2 Função repressiva: análise de infrações anticompetitivas	82
3.2.3 Função educativa: advocacia da concorrência	91
3.2.4 Reflexos da atuação do CADE no Judiciário: demandas judiciais trabalhistas e o direito da concorrência	93
4 A APROXIMAÇÃO ENTRE O MERCADO DE TRABALHO E O DIREITO CONCORRENCIAL: O QUE ISSO SIGNIFICA NA PRÁTICA?.....	100
4.1 PRÁTICAS TRABALHISTAS E DIREITO CONCORRENCIAL: SISTEMATIZAÇÃO	103

4.1.1 Infrações anticompetitivas: acordos colusivos	104
<i>4.1.1.1 Acordos de fixação de remuneração</i>	<i>105</i>
<i>4.1.1.2 Acordos de não contratação de trabalhadores</i>	<i>106</i>
<i>4.1.1.3 Troca de informações concorrencialmente sensíveis.....</i>	<i>109</i>
4.1.2 Infrações anticompetitivas: práticas unilaterais abusivas	111
<i>4.1.2.1 Cláusulas de não concorrência inseridas em contratos de trabalho</i>	<i>112</i>
<i>4.1.2.2 Outras práticas unilaterais no mercado de trabalho</i>	<i>113</i>
4.1.3 Atos de Concentração: operações que possam aumentar o poder de monopólio ou oligopólio detido pelas empresas envolvidas	114
4.2. ALGUMAS PROBLEMATIZAÇÕES DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DO PAPEL DESEMPENHADO PELO DIREITO CONCORRENCIAL NA BUSCA DE UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO MERCADO DE TRABALHO	117
4.2.1. Expansão do Direito Concorrencial na atualidade.....	118
4.2.2 A responsabilidade social da empresa	126
4.2.3 A competência da autoridade brasileira no tocante ao mercado de trabalho: algumas reflexões e problematizações finais	130
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	135
REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

Direito da Concorrência e Trabalho eram até muito recentemente percebidos pelo senso comum como dois mundos completamente separados. Talvez, em grande parte, por serem tradicionalmente vistos como ferramentas de proteção de valores distintos. De um lado, o Direito Concorrencial (também conhecido como Direito Antitruste, braço do Direito Econômico) com a função básica de assegurar o processo de competição entre os agentes econômicos no mercado e proteger, assim, os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa. Do outro lado, o Direito do Trabalho, tão basilar ao Direito Brasileiro, apresentava-se como instrumento fundamental garantidor dos direitos básicos do trabalhador, preservando a dignidade da pessoa humana ao harmonizar a relação jurídica entre trabalhadores e empregadores.

Tais valores, supostamente incompatíveis, somente poderiam coexistir se um abrisse lugar para o outro. Nessa linha, a isenção concorrencial conferida aos sindicatos de trabalhadores para negociarem coletivamente era utilizada como exemplo dessa distância de valores entre um direito que quer coibir práticas concertadas e uma atividade sindical protegida pela extrema importância da função social que representa. Isso porque, embora a lei concorrencial proíba ações cartelizadas, tais como quaisquer tipos de acordos para aumento de preços, as negociações coletivas realizada por sindicatos de trabalhadores visando, por exemplo, aumento de salários ou melhoria de condições trabalhistas não eram classificadas como um cartel para fins da lei concorrencial, exatamente devido ao fim social que possuem.

Por outro lado, a comunicação entre Direito Concorrencial e Trabalho dava-se, até recentemente, de forma tangencial, quando a fronteira da legalidade conferida aos sindicatos patronais era extrapolada para além das funções legítimas dessas entidades e acabava transbordando para ações além desse objetivo social, tornando-se palco para cartelização entre empresas. De fato, e ao longo dos anos, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), condenou diversos casos em que sindicatos patronais e associações de classe tornaram-se *locus* para discussões ilegais envolvendo, por exemplo, fixação de preços e troca de informações sensíveis de mercado e clientes.

A título ilustrativo, vale lembrar que foi na sede de um sindicato patronal a primeira vez em que as autoridades concorrenciais brasileiras conduziram uma operação de busca e apreensão para obtenção de provas, em 2003. No caso que ficou conhecido como o “Cartel das Britas” e tornou-se paradigmático no ensino da matéria, o sindicato era acusado de operacionalizar o cartel entre as empresas associadas. Os documentos apreendidos

demonstraram ter havido diversas reuniões na sede do sindicato (Sindipedras) destinadas à implementação do acordo com, inclusive, a realização de cursos ministrados por uma consultoria para “ensinar” os associados do sindicato a respeitarem os preços definidos em conjunto, dividirem clientes e fraudarem licitações públicas.

Da mesma forma, na revisão de atos de concentração, os poucos casos existentes no Brasil limitavam-se a discutir o conteúdo de cláusulas contratuais (tais como cláusulas de não-concorrência envolvendo empregados) ou, em algumas operações mais complexas nas quais as aprovações foram condicionadas a alguns compromissos, as discussões limitavam-se a exigir que as empresas envolvidas realizassem esforços para a recolocação e treinamento dos funcionários demitidos em virtude da reorganização societária.

Mas o que não se discutia com profundidade e frequência até muito recentemente eram os impactos concorrenciais de determinadas estruturas de monopsônio ou oligopsônio do mercado de trabalho, como, por exemplo, o risco de combinações entre empregadores para fixar salários de seus funcionários, ou fusões entre empresas que acabassem por criar um contratante com alto poder no mercado de trabalho. Essa discussão é recente – apesar do termo *monopsônio* ter sido cunhado em 1933 por Joan Robinson, uma reconhecida mulher economista, para transmitir a ideia do poder detido pelo empregador no mercado de trabalho. Nessa linha, apontava a autora para o risco de determinadas situações em que, existindo poucos empregadores demandando mão de obra, isso poderia conferir a eles um poder para definir condições empregatícias abaixo de níveis competitivos.

A dinâmica do monopsônio é semelhante à dinâmica do monopólio, mas em elos diferentes da “relação”. Enquanto o monopólio ou oligopólio ocorre quando existe um ou poucos vendedores para um determinado produto ou serviço, fazendo com que os consumidores não tenham opções suficientes no mercado, no monopsônio ou oligopsônio quem concentra o poder é o consumidor – i.e., o empregador, no caso do mercado de trabalho. Isso porque se a mão de obra é o produto ou serviço sendo ofertado no mercado de trabalho, os empregadores são os compradores, enquanto os funcionários, os vendedores.

E é com este recorte que a presente Dissertação irá se desenvolver, qual seja, com um enfoque particular e específico do Direito Concorrencial para analisar efeitos (anti)competitivos no mercado de trabalho, estudando tanto cenários envolvendo infrações anticompetitivas como atos de concentrações entre empresas. Nesse sentido, o objetivo principal do presente estudo será refletir a respeito das dinâmicas concorrenciais que podem afetar o mercado de trabalho, discutindo acerca da seguinte questão: **o Direito Concorrencial pode auxiliar no**

desenvolvimento sustentável das relações de trabalho ao ser aplicado para coibir potenciais efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho?

Em resposta a esta questão, a hipótese que se pretende averiguar diz que as autoridades concorrenciais brasileiras são competentes para analisar e investigar potenciais cenários anticompetitivos no mercado de trabalho, embora se reconheça que determinados recortes à sua atuação possam ser necessários. O Direito Concorrencial desponta, assim, não mais como adversário, mas como vital aliado da manutenção de condições competitivas saudáveis no mercado de trabalho.

Contudo, no passado recente da autoridade concorrential brasileira não havia, pelo menos não substancialmente, discussões e esforços institucionais direcionados a investigar possíveis acordos ilegais entre empregadores para definir salários ou outras condições remuneratórias, por exemplo, de forma que as investigações por condutas anticompetitivas centravam-se nos mercados de atuação das empresas envolvidas, prestando pouquíssima atenção às dinâmicas do mercado de trabalho onde a mão de obra era contratada. Igualmente, na análise de atos de concentração, as autoridades dedicavam seu tempo a averiguar se a operação societária resultaria em concentração nos mercados de produto e/ou serviços das empresas envolvidas (i.e., suas atividades-fim), sem apurar se aquela operação societária ocasionaria efeito de concentração no mercado de trabalho. Ainda, eram raros os atos de concentração que discutiram os efeitos das operações societárias nos níveis de emprego e, mesmo nesses casos, a extensão e competência das autoridades concorrenciais para abordar tal matéria era vista de forma não unânime no próprio órgão.

A separação entre concorrência e trabalho não era particularidade do Brasil, sendo que diversas autoridades concorrenciais ao redor do mundo haviam se pronunciado no passado a respeito da necessidade de desatrelar esses dois mundos tendo em vista os objetivos diversos que os revestiam. A título exemplificativo, têm-se as manifestações das autoridades concorrenciais americana e inglesa durante o Fórum Global sobre Concorrência organizado pela OCDE em 2015 contra a inclusão de questões relativas a emprego como um tema a ser tratado pela política antitruste.

Contudo, especialmente a partir de 2010, começou a despontar um debate global a respeito do papel que as autoridades da concorrência deveriam ter na fiscalização de cenários anticompetitivos no mercado de trabalho. Essa tendência mundial apareceu primeiro nos Estados Unidos da América e foi seguida por diversas jurisdições, incluindo a brasileira. Muito desse debate tem sido provocado pela percepção de que, na realidade, concorrência e trabalho são fenômenos jurídicos transversais, complementares, que se comunicam e se afetam

mutualmente. Essa constatação foi corroborada por estudos recentes que identificaram que os mercados de trabalho são concentrados (ao contrário do que se imaginava inicialmente), que o crescimento da produtividade não encontrou correspondência no aumento dos salários e que os trabalhadores se encontram vulnerabilizados na relação com empregadores. Dados a esse respeito serão apresentados adiante, no corpo do trabalho, em item próprio.

Para explicar os efeitos que a ausência de concorrência pode gerar no mercado de trabalho e os motivos pelos quais essa discussão é importante, a doutrina estudada nos instiga a pensar como o poder detido pelo empregador no mercado de trabalho pode ocasionar redução de salários, produção e nível de emprego. Essa questão ganha contornos ainda mais relevantes quando consideradas algumas dinâmicas da relação de emprego que diferem da dinâmica do mercado tradicional de produtos e serviços. Estudos internacionais recentes, detalhados no texto do trabalho, indicam que empregados não reagem rapidamente a uma redução salarial mudando imediatamente de emprego (como um consumidor mudaria a sua escolha de um produto em decorrência de aumento de preço, por exemplo) e apontam que a reação de funcionários à diminuição de salários é, de forma geral, baixa em diversos países do mundo. Além disso, suspeita-se que o poder de mercado detido por empregadores possa ter sido amplificado pela crescente dessindicalização da força de trabalho que reduziu o poder compensatório de reação dos empregados.

Nessa linha, essas constatações estimularam suposições e debates a respeito da eventual conexão desses fatos com o poder detido por empregadores. Preocupações concorrenciais surgem, exatamente, quando se percebe que há poucas empresas oferecendo determinados cargos, o que conferiria a tais empregadores um poder de mercado que lhes permitiria reduzir as remunerações de seus funcionários aquém de níveis competitivos.

Os últimos anos, especialmente, perceberam um aumento significativo das discussões a respeito do papel e dos limites de atuação das autoridades de defesa da concorrência no tocante ao mercado de trabalho. E, mais especificamente, em que medida as autoridades concorrenciais poderiam atuar para coibir o exercício abusivo desse poder de mercado, seja preventivamente (incluindo no seu processo de análise de atos de concentração os efeitos concentracionistas no mercado de trabalho) seja repressivamente (investigando e punindo infrações anticompetitivas praticadas por empregadores em detrimento de empregados – como cartéis para fixação de salários, por exemplo). Nessa perspectiva, o mercado de trabalho passa a ser enxergado como um mercado em específico, onde o serviço oferecido é a mão de obra, os empregados são os vendedores (posto que ofertam esse serviço) e os empregadores, os compradores da mão de obra.

Apesar de perceptível o aumento da discussão acerca do papel do Direito da Concorrência nesse contexto, a efetiva aplicação das regras concorrenciais às dinâmicas no mercado de trabalho ainda é relativamente rara ao redor do mundo. Nas jurisdições em que investigações por infrações anticompetitivas foram iniciadas, como Estados Unidos e Europa, focou-se principalmente em cartéis clássicos, como aqueles relativos à fixação de salários. No entanto, pouca atenção foi dedicada à investigação contra práticas unilaterais e à análise, em sede de ato de concentração, dos efeitos concentracionistas gerados especificamente no mercado de trabalho.

No Brasil, a Lei nº 8.884/94 previa que, nas análises de atos de concentração complexos, fossem consideradas *alterações no nível de emprego* como elemento fundamental na negociação de acordos. Essa lei foi, contudo, revogada e substituída pela Lei nº 12.529/2011 que, por sua vez, não trouxe referência específica ao mercado de trabalho ou à manutenção do nível de emprego para a aplicação das regras concorrenciais. Se, por um lado, essa mudança pode aparentar, à primeira vista, um retrocesso, o mercado de trabalho nunca esteve tão na mira das autoridades concorrenciais como atualmente. Note-se que em 2021 foi instaurado o primeiro processo administrativo especificamente relacionado ao mercado de trabalho, que averigua suposta coordenação e troca de informações sensíveis do ponto de vista concorrencial, tais como remunerações, reajustes e benefícios salariais, entre departamentos de recursos humanos de 36 (trinta e seis) empresas do setor de saúde. As autoridades concorrenciais brasileiras também já divulgaram que estão elaborando um guia de melhores práticas direcionado para profissionais de recursos humanos.

A lógica por trás desse tipo de investigação reside na preocupação de que determinadas práticas adotadas por empregadores podem afetar a competição no mercado de trabalho enquanto limitam a livre concorrência e a liberdade de atuação do funcionário, podendo afetar valores de salários e oportunidades de emprego. Mas se, por um lado, os efeitos deletérios ao equilíbrio competitivo do mercado de trabalho parecem ser mais perceptíveis nos casos de cartéis entre empresas para fixação de salários e não contratação de funcionários, por outro lado, algumas restrições podem apresentar justificativas razoáveis, como no exemplo do empregado que obteve acesso a informações sensíveis de seu empregador, tais como lista de clientes, estratégias de longo prazo.

Em casos assim, o estabelecimento de uma obrigação de não concorrência após o término do contrato de trabalho, por exemplo, apesar de limitar a liberdade do empregado, pode ser justificada para evitar que ele utilize esses elementos em detrimento do seu antigo empregador. A título de analogia, nota-se que essa lógica é prevista pelo artigo 1.147 do Código

Civil Brasileiro que, ao tratar dos contratos de compra e venda de estabelecimentos, veda o alienante do estabelecimento de concorrer com o adquirente no prazo de cinco anos após a transferência, mediante a lógica de evitar o esvaziamento do valor do estabelecimento adquirido.

Mas por que é importante discutir essa (nova) fronteira entre Direito Concorrencial e Trabalho? As constatações recentes de um descasamento entre produtividade e salários indicam que um aumento global de produtividade não correspondeu a aumento semelhante dos salários, despertando a (não tão recente) discussão a respeito dos confrontos entre crescimento econômico e desenvolvimento humano. No embate entre produtividade e salários, entre crescimento econômico e desenvolvimento humano, o Direito Concorrencial pode desempenhar papel relevante ao estudar em que medida o poder detido por empregadores em mercados de trabalho concentrados pode impactar negativamente a liberdade e remuneração dos trabalhadores.

Essa dinâmica é ainda mais relevante considerando a realidade brasileira. Embora a Constituição Federal tenha recepcionado o ideal de um crescimento econômico harmonizado com o valor do desenvolvimento humano, especialmente ao conectar em seus artigos 1º, 170 e 173 os princípios da livre iniciativa e livre concorrência com aqueles relativos à dignidade, valorização do trabalho humano e busca do pleno emprego, restringindo o exercício abusivo do poder econômico, a realidade prática verifica grande afastamento entre esses princípios. O desemprego, a informalidade e a desigualdade social que assolam o nosso país provocam reflexões a respeito de quais ferramentas – além das tradicionais – poderiam e deveriam ser utilizadas para que crescimento econômico possa caminhar ao encontro do desenvolvimento humano.

Sendo assim, embora o senso comum tenha disseminado uma percepção negativa da correlação entre concorrência e trabalho, sendo a primeira muitas vezes vista pelo público geral pejorativamente, como fomentadora de um crescimento econômico ilimitado, esta Dissertação procurará investigar se o Direito da Concorrência pode contribuir, ao contrário da percepção comum, para um desenvolvimento social e humano, particularmente no tocante à manutenção de relações competitivas saudáveis no mercado de trabalho. Nesse sentido, o próprio Ministério do Trabalho vem associando o conceito de empresa sustentável ao de trabalho decente como um binômio conceitual indissolúvel. Entre as condições para o desenvolvimento de empresas sustentáveis, a competição leal e a boa governança têm sido destacadas pela Organização Internacional do Trabalho, que permite conectar o papel do Direito da Concorrência ao desenvolvimento sustentável das relações de trabalho.

No entanto, olhar para dinâmicas trabalhistas pela lente do Direito Concorrencial não é tarefa livre de dificuldades e complicações. Enxergar o Direito da Concorrência como ferramenta para o desenvolvimento sustentável das relações de trabalho implica discutir, em alguma medida, certa expansão do Direito Concorrencial para além das suas funções tradicionais. Se essa ideia encontra resistência entre aqueles que defendem que a política antitruste deve ter como objeto a eficiência econômica orientada pelo princípio do bem-estar do consumidor, movimento mundial recente demanda uma expansão para serem validadas preocupações outras relativas a problemas sociais, tais como o bem-estar dos trabalhadores.

Nesse contexto, sabe-se que esse novo campo de encontro entre Direito Concorrencial e Trabalho comporta tensões que demandarão respostas que o Direito Concorrencial tradicional não consegue enfrentar. Para além da pergunta-problema que permeia o estudo (i.e., o Direito Concorrencial pode auxiliar no desenvolvimento sustentável das relações de trabalho ao ser aplicado para coibir potenciais efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho?), essa discussão faz surgir questionamentos adicionais como: as normas atuais permitem tal ampliação do escopo tradicional da análise? As autoridades concorrenciais são competentes para realizar tal análise? Existiria algum limite a essa competência? Em que situações a criação ou exercício do poder de mercado pelo empregador pode gerar efeitos anticompetitivos e infringir o Direito Concorrencial? Ou, em outras palavras, quais situações envolvendo o mercado de trabalho podem ser pertinentes ao estudo do Direito Concorrencial? Ainda, que ferramentas o Direito Concorrencial possui para analisar dinâmicas no mercado de trabalho, e quais os desafios práticos do uso de tais ferramentas tradicionais? Que tipo de evidências seriam necessárias para uma possível condenação (i.e., quais práticas poderiam ser justificáveis e, portanto, analisadas sob a regra da razão, sendo necessário demonstrar efeitos prejudiciais ao mercado para condenação, e quais práticas deveriam ser coibidas veementemente, sendo ilegais *per se*)? Estas perguntas inquietam a pesquisadora e compõem o conjunto problematizante do trabalho de Dissertação.

A presente Dissertação instrumentaliza-se essencialmente por meio do método de abordagem hipotético-dedutivo, e da técnica de pesquisa documental indireta, abastecida de extensa revisão bibliográfica. De forma geral, na tentativa de alvitrar respostas aos questionamentos levantados, lançou-se mão de uma sequência desconstrutiva do contexto geral para enfoques particularizados, por meio de reflexões e do cruzamento de informações confiáveis que permitam cientificamente à pesquisa alcançar inferências lógicas, com base em argumentação considerada suficiente. Para tanto, a investigação acerca da aplicação do Direito Concorrencial como ferramenta para coibir eventuais abusos no mercado de trabalho no Brasil

dar-se-á em perspectivas procedimentais empíricas, de vieses históricos, comparativos e exploratórios.

Nessa linha, a pesquisa se debruçará sobre as situações trabalhistas que a doutrina tem classificado como pertinentes ao Direito da Concorrência, quais sejam: (i) acordos colusivos entre empresas, tais como acordos para fixar os valores de salários ou pactos de não contratação de trabalhadores umas das outras, frustrando artificialmente a concorrência no mercado de trabalho; (ii) práticas unilaterais abusivas, por meio das quais um agente econômico abusa da sua posição de poder no mercado de trabalho e estabelece com funcionários restrições ou obrigações com potencial abusivo, tais como obrigações de não concorrência; e (iii) atos de concentração que, em virtude da combinação societária das empresas, possa gerar grandes empregadores que concentrem muito poder no mercado de trabalho podendo, por exemplo, definir remuneração abaixo de níveis competitivos.

Por uma questão de recorte metodológico, a presente Dissertação não abará as investigações concorrenciais por excessos cometidos por sindicatos patronais, como aqueles nos quais empresas utilizaram-se da organização dos sindicatos para tabelar preços ou trocar informações concorrenciais sensíveis nos seus mercados de atuação. Esse tipo de situação acaba por afetar os mercados de atuação das empresas associadas ao sindicato, e não necessariamente o mercado de trabalho específico onde mão de obra é contratada. Isso porque olhar para os excessos cometidos por sindicatos – como o Cartel das Britas mencionado anteriormente que levou à fixação de preços e divisão de clientes no mercado de brita da região metropolitana de São Paulo – é diferente de investigar o poder de monopólio detido por empregadores no mercado de trabalho, encarando esse último como um mercado relevante específico, distinto daquele mercado de produtos e/ou serviço nos quais as empresas atuam.

Assim, o excesso de casos envolvendo condenações de sindicatos patronais por práticas anticompetitivas que não se relacionam diretamente com o mercado de trabalho, objetivo central da pesquisa, poderiam contaminar seus resultados ao misturar assuntos distintos. Da mesma forma, e também por uma questão de recorte metodológico, apesar de debate interessantíssimo, o estudo não abordará em detalhes as normas e jurisprudência específicas do campo do Direito do Trabalho, nem tratará da fragilização da justiça do trabalho. Não obstante, em algumas passagens pertinentes, serão estudadas iniciativas da frente trabalhista quando houver profunda intersecção com o Direito Concorrencial, tal como a recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho que versou sobre um impasse entre o Ministério Público do Trabalho e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica na análise de atos de concentração.

Os próximos parágrafos detalharão em minúcias a seleção do referencial teórico na construção de cada capítulo.

Em resumo, os textos selecionados no Capítulo 2 focam em posicionar a discussão a respeito da aplicação do Direito Concorrencial ao mercado de trabalho e buscam testar o problema de pesquisa, qual seja, averiguar se o Direito Concorrencial pode contribuir no desenvolvimento sustentável das relações de trabalho, e, ao reportar os efeitos econômicos deletérios do monopólio e discutir as disparidades do binômio crescimento econômico-desenvolvimento humano, o Capítulo visa destacar os motivos pelos quais é pertinente discutir concorrência e trabalho enquanto assuntos interdisciplinares. O Capítulo 3 procura reportar o estado da arte das discussões, trazendo a evolução da temática em perspectiva comparada e, por intermédio de textos selecionados, estudar legislação e precedentes relevantes neste contexto para posicionar onde o Brasil se encontra nessa discussão. O Capítulo 4 discutirá os efeitos práticos da aproximação entre o Direito Concorrencial e o mercado de trabalho e assentirá à hipótese da pesquisa, sistematizando quais dinâmicas trabalhistas têm sido apontadas como pertinentes ao Direito da Concorrência, problematizando, contudo, algumas questões importantes que acompanham o reconhecimento da competência das autoridades concorrenciais para versar sobre o mercado de trabalho: a expansão do Direito Concorrencial tradicional, a existência da responsabilidade social corporativa e os efeitos da atribuição de tal competência.

Detalhadamente, no incurso da validação de sua hipótese, a pesquisa contará com quatro seções de pesquisa, construídos com base na Constituição Federal, na legislação e em bibliografia específica sobre o assunto. Após a Introdução, o Capítulo 2 procurará situar o problema de pesquisa ao reportar as discussões que circundam a possibilidade de aplicação do Direito Concorrencial às relações de trabalho. Aqui, será introduzido o tema objeto da Dissertação, ante as peculiaridades do Direito da Concorrência em possível conexão com o mercado de trabalho, introduzindo conceitos concorrenciais no contexto do mercado de trabalho, particularmente o conceito de “monopólio” desenvolvido por Joan Robinson. Randy Stutz, Herbert Hovenkamp, Suresh Naidu, Eric Posner e Glen Weyl abordam em detalhes os motivos pelos quais, tradicionalmente, Direito da Concorrência e Trabalho eram percebidos como mundos separados, muito distantes entre si. Ao discutir as razões para a mudança de enfoque que acabou por aproximar Direito Concorrencial e Trabalho, Randy Stutz e Eric Posner entregam ao leitor importante revisão bibliográfica dos estudos empíricos que pavimentaram o caminho dessa transformação de abordagem.

O Capítulo 2 também buscará abordar os motivos pelos quais é importante olhar para as dinâmicas no mercado de trabalho sob a ótica concorrencial, discutindo o papel do Direito da Concorrência no binômio crescimento econômico-desenvolvimento humano. Suresh Naidu, Eric Posner, Glen Weyl, Ioana Marinescu e Herbert Hovenkamp explicam os efeitos econômicos prejudiciais causados por situações de monopólio e oligopólio, o que contribui para a conscientização da importância de aproximar Concorrência e Trabalho. Em seguida, o Capítulo 2 tratará dos princípios da livre concorrência, da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano e da busca do pleno emprego como alicerces da ordem econômica brasileira, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal brasileira, que, complementados pelo artigo 1º que interligou os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil, vão ao encontro da ideia de um desenvolvimento humano centrado na noção de trabalho decente e da dignidade da pessoa humana, e não apenas de um crescimento econômico considerado em si, crescimento esse limitado pelo exercício abusivo do poder econômico (artigo 173, § 4º).

Este Capítulo assentirá com uma nova abordagem do Direito Concorrencial, propondo enxergá-lo como ferramenta auxiliar que permite fomentar o crescimento econômico ao tempo em que impulsiona o desenvolvimento humano. Nessa linha, propõe que se explore um olhar diferente, “fora da caixa”, daquelas soluções tradicionalmente pensadas para coadunar crescimento e desenvolvimento, qual seja, a perspectiva do Direito da Concorrência como fomentador de um ambiente trabalhista mais inclusivo e competitivo, o que significa vinculá-lo a uma espécie de “função social”. Nessa linha, Ignacy Sachs, Amartya Sen, Celso Furtado, Washington Albino de Souza e Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa contribuem com a discussão ao sugerir um alinhamento entre Direito Econômico e Direito do Trabalho, e entre direito *do* desenvolvimento e direito *ao* desenvolvimento. Ainda, o conceito de “pleno emprego” vem sendo aproximado ao de “trabalho decente” pelo Ministério do Trabalho (MT) e pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), coadunando a quantidade dos postos de trabalho existentes com a qualidade desses trabalhos.

O Capítulo 3 pretenderá analisar a evolução da temática no mundo, em perspectiva comparada, para posicionar o desenvolvimento das discussões sobre a interdisciplinaridade entre Direito da Concorrência e Trabalho internacionalmente. Nesse sentido, Amanda Athayde Linhares Martins Rivera, Juliana Oliveira Domingues, Nayara Mendonça Silva e Souza, Fernanda Lopes Martins e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico entregam relevante leitura e sistematização de precedentes e de outras iniciativas internacionais que trataram sobre o assunto.

O Capítulo 3 também pretenderá mapear a jurisprudência relevante local, posicionando, assim, o estado da discussão acerca da interdisciplinaridade entre Direito da Concorrência e Trabalho no Brasil. Para estudar em que medida o mercado de trabalho tem sido foco de análise das autoridades concorrenciais locais, o Capítulo debruçar-se-á sobre a revisão de atos de concentração, a investigação de infrações anticompetitivas e a função de advocacia da concorrência desempenhada pelas autoridades, discutindo também os reflexos da sua atuação no Poder Judiciário. Nesse sentido, Alberto Lucio Barbosa Junior, Humberto Lima de Lucena Filho, Amanda Athayde Linhares Martins Rivera, Juliana Oliveira Domingues e Nayara Mendonça Silva e Souza entregam relevante leitura e sistematização de precedentes nacionais que trataram sobre o assunto, que demonstram não haver um número significativo de casos no Direito Concorrencial atual envolvendo questões trabalhistas.

Partindo da perspectiva comparada e da evolução histórica do tema, o Capítulo 4 buscará sistematizar quais as dinâmicas trabalhistas podem interessar ao Direito da Concorrência, propondo necessários limites para harmonizar a interlocução entre Direito da Concorrência e Direito do Trabalho. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera, Juliana Oliveira Domingues, Nayara Mendonça Silva e Souza, Ioana Marinescu, Herbert Hovenkamp, Eric Posner, Suresh Naidu, Glen Weyl e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico desempenham papel fundamental nessa investigação.

Ainda, o Capítulo 4 será desenvolvido em cima da proposta levantada pelo Capítulo 2, qual seja, que o Direito da Concorrência – enquanto regulador e protetor do ideal a ser perseguido da livre concorrência – seja encarado como um vetor propulsor para a persecução do princípio constitucional da busca do pleno emprego e trabalho decente, funcionando como uma engrenagem que proporciona o crescimento econômico e o trabalho por meio da manutenção de um ambiente competitivo sadio, e contribuindo na formação de um círculo virtuoso que conjuga produtividade, crescimento econômico e trabalho na busca da valorização do trabalho humano.

O reconhecimento da competência das autoridades concorrenciais para analisar o mercado de trabalho, contudo, leva a alguns desafios, reflexões e ponderações. Herbert Hovenkamp, Lina Khan, Tim Wu, Ioana Marinescu, Eric Posner, Carl Shapiro, Richard Epstein contextualizam a mudança de paradigma com relação aos objetivos da política concorrencial e à correspondente expansão dos seus objetivos tradicionais para abarcar finalidades sociais, tais como o bem-estar dos trabalhadores. Ana Frazão, Angelo Gamba Prata de Carvalho e documentos publicados pelo Ministério Público do Trabalho e pela Organização Internacional do Trabalho tecem considerações importantes no tocante ao reconhecimento da

responsabilidade social da empresa na criação de empresas sustentáveis e relações de trabalho sadias. Por fim, recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho que dispôs sobre interações entre o Ministério Público do Trabalho e o CADE na análise de atos de concentração revelou algumas dificuldades práticas da harmonização desses dois mundos diferentes.

A pesquisa baseia-se principalmente nas seguintes fontes: (i) primárias: Athias, 2016; Avelãs Nunes, 2011; Azar; Marinescu; Steinbaum, 2017; Barbosa Junior, 2016; Barbosa Junior, 2020; Brasil, 2019; CADE, 2021; DOJ; FTC, 2016; Feitosa, 2013; Frazão; Carvalho, 2017; Furtado, 1984; Furtado, 1996; Gaban; Domingues, 2016; Hong Kong Competition Commission, 2018; Hovenkamp, 2019; Japan Fair Trade Commission, 2018; Khan, 2018; Lucena Filho, 2016; Marinescu; Hovenkamp, 2019; Marinescu; Ouss; Pape, 2021; Marinescu; Posner, 2019; Marques, 2021; Martins, 2022; Naidu; Posner; Weyl, 2018; Naidu; Posner, 2019; Posner, 2021; Posner; Volpin, 2020; OCDE, 2020; OCDE, 2015a; OCDE, 2015b; OCDE, 2015c; OCDE, 2015d; Polden, 2019; Polden, 2020; Prol; Haddad; Gretsichskina, 2018; Rivera; Domingues; Silva e Souza, 2018; Rivera; Domingues; Silva e Souza, 2022; Robinson, 1969; Rodrigues; Machado, 2020; Sachs, 2008; Sen, 2000; Souza, 1985; Souza, 2017; Stutz, 2018; Vilanova; Araújo Sá, 2022; Wu, 2020; e (ii) secundárias: Araújo, 2019; Ashenfelter; Farber; Ransom, 2010; Autor; Dorn; Katz; Patterson; Van Reenen, 2017a; Autor; Dorn; Katz; Patterson; Van Reenen, 2017b; Alan, 2003; Azar, 2018; Benmelech; Bergman; Kim, 2018; Bijos; Aguiar; Sousa, 2019; Blair; Harrison., 2010; Boal; Ransom, 1997; Brasil. SDE/DPDE, 2009; Brasil. MTE, 2010; Correa; Clark; Riceputi, 2017; Cruz, 2005; Dickens; Machin; Manning, 1999; Epstein, 2022a; Epstein, 2022b; Franco; Feitosa, 2010; Goiria; Herrera, 2021; Hirsch; Jahn; Schnabel, 2017; Krueger; Ashenfelter, 2021; Krueger; Posner, 2018; Lipsitz; Starr, 2021; OCDE, 2008; OIT, 2009; OIT, 2012; OIT, 2015; Rêgo; Nascimento, 2019; Resende, 2015; Shah; Krotoski, 2018; Shapiro, 2017; Sokolova; Sorensen, 2018; Starr; Prescott; Bishara, 2017; Steinbaum, 2018; Steinbaum; Stucke, 2020; White House, 2016a; White House, 2016b.

A pesquisa e o seu resultado têm relevância científica e expressivo impacto social por fomentar a discussão acerca do tema no Brasil, sob a ótica acadêmica. Tudo é muito recente e, como dito, a jurisprudência no país ainda é escassa, fato que abre espaço para abusos contra o empregado e que podem impactar negativamente na dinâmica de salários, dos benefícios e das condições de emprego – situação ainda mais preocupante considerada a realidade desigual brasileira. Importa, pois, ampliar o conhecimento acerca do tema e chamar a atenção das autoridades competentes para esse papel, ao mesmo tempo, preventivo, repressivo e educativo, relacionado às dinâmicas anticompetitivas no mercado de trabalho.

2 DIÁLOGO ENTRE MERCADO DE TRABALHO E DIREITO CONCORRENCIAL: QUAL O PROBLEMA E POR QUE É IMPORTANTE DISCUTI-LO?

O termo “monopsônio” foi usado pela primeira vez em 1933 por Joan Robinson (1969, p. 215) no texto “The Economics of Imperfect Competition”¹ ao expressar a ideia do poder detido pelo empregador no mercado de trabalho. No texto, Robinson traça um paralelo: da mesma forma que, no monopólio, o ofertante possui poder de mercado² por sua condição de único vendedor de um produto ou serviço, aquele que é o único comprador de mão de obra no mercado de trabalho (o monopsonista) também possui poder de mercado sobre os empregados, poder esse que pode ser usado para reduzir remunerações e empregabilidade e levar a ineficiências econômicas prejudiciais aos empregados.

Um exemplo clássico de monopsônio é o caso das vilas operárias, nas quais uma determinada empresa (uma mineradora, por exemplo) domina as ofertas de emprego e é a única responsável pela contratação de funcionários especializados (um minerador, no exemplo) (Marinescu; Hovenkamp, 2019, p. 1038). Como se pode ver, embora essa discussão não seja necessariamente recente – Adam Smith (1907, p. 213), inclusive, já apontava no Século XVIII para a existência de conluio tácito entre empregadores para reduzir os valores de remuneração – foi apenas recentemente que o assunto ganhou holofote nas discussões concorrenciais.

Direito antitruste³ e mercado de trabalho eram vistos como disciplinas distintas e as leis concorrenciais não costumavam ser aplicadas às dinâmicas do mercado de trabalho (Stutz, 2018, p. 2; Rodrigues; Machado, 2020; CADE, 2021, p. 6). A doutrina lista diversas razões para esse histórico afastamento, que vão desde a suposta distância entre os valores protegidos pelas leis concorrenciais e trabalhista, com interpretação errada a respeito da correlação entre os salários de trabalhadores e seu impacto nos preços finais aos consumidores, até a equivocada

¹ Boal e Ransom (1997, p. 86) e Thornton (2004, p. 257) explicam que o termo criado por Robinson, por sugestão de seu amigo Bertrand Leslie Hallward, um aclamado professor de Cambridge, significa literalmente “um mercado com um único comprador” e deriva de duas palavras gregas: “monos”, que significa “único” e “opsonein”, que significa “ir comprar”. Thornton (2004, p. 257) detalha que, até então, o termo comum para a situação em que havia um único comprador era “monopoly buyer” (algo como “comprador monopolista”, em português), mas que Robinson apontava a falta de lógica desse termo pois, em sua etimologia, significaria literalmente “único vendedor-comprador”. Para mais a respeito da etimologia da palavra e outras alternativas que poderiam ter sido mais fidedignas à tradução grega, ver: Thornton, 2004.

² A respeito da conceituação de *poder de mercado* e suas nuances de diferenciação com o conceito de *poder econômico*, ver: Gaban e Domingues, 1016, p. 102: “[...] poder econômico e poder de mercado não representam sinônimos, mas sim expressões diversas para formas distintas de manifestação do mesmo fenômeno, o poder econômico. Acredita-se que o poder econômico, forma genérica que caracteriza uma posição privilegiada por parte de um agente econômico quando utilizado para a atuação em um segmento específico da economia, isto é, um mercado relevante, deve receber a denominação de poder de mercado, uma vez que verdadeiramente identificado o mercado relevante”.

³ Direito concorrenciais e direito antitruste são sinônimos, e assim serão tratados na presente Dissertação.

presunção de competitividade que existiria no mercado de trabalho (Stutz, 2018; Naidu *et al.*, 2018; Hovenkamp, 2019).

Contudo, notadamente a partir de 2010, estudos empíricos começaram a identificar uma preocupante concentração de mercados de trabalho nas mãos de poucos empregadores de maior peso, apontando para uma perigosa direção: de que a crença existente até então de serem os mercados de trabalho competitivos se traduzia, na realidade, em mercados altamente concentrados e um grande problema de política pública (Stutz, 2018; Prol *et al.*, 2018; Rodrigues e Machado, 2020; Posner, 2021). Nesse sentido, vêm-se discutindo cada vez mais se (e em qual medida) o poder detido por agentes econômicos poderia acabar ocasionando expressiva redução nos salários ou demais condições de emprego para níveis abaixo do competitivo – e qual o papel que autoridades de defesa da concorrência desempenham, ou deveriam desempenhar, na fiscalização de práticas que possam impactar negativamente o mercado de trabalho.

Vale notar que não é apenas sobre o salário que reside o poder do empregador, embora ele acabe sendo utilizado como parâmetro por ser mais facilmente quantificável. O poder do empregador no mercado de trabalho abarca a remuneração trabalhista, em geral, incluindo benefícios monetários e não monetários, tais como contratação de planos de saúde, provimento de alimentação, seguros, entre outros (CADE, 2021, p. 11)⁴⁻⁵. Em outras palavras, encara-se a redução nos níveis remuneratórios como parte de um *poder de mercado* que grandes corporações podem possuir e que lhes confira a possibilidade de pagar menos aos trabalhadores do que pagariam em um cenário de concorrência perfeita, capturando o excedente para si.

Quando o empregador possui poder de contratação sobre potenciais empregados, a esse *poder* o Direito Concorrencial dá o nome de “poder de monopólio”⁶ (OCDE, 2020, p. 7 e 14). As preocupações concorrenciais surgem exatamente nesse contexto, quando se percebe que, por condição natural ou artificial, há poucas empresas oferecendo determinados cargos, o que confere poder ao empregador para definir salários e outras condições remuneratórias abaixo de níveis competitivos (White House, 2016, p. 2).

⁴ Ainda, é possível considerar que um empregador em um mercado de trabalho altamente competitivo, caracterizado por várias empresas contratantes, pode possuir poder de monopólio sobre sua força de trabalho atual se constata-se que recai sobre o trabalhador um alto custo para mudança de emprego, seja pecuniário ou não pecuniário (Ashenfelter *et al.*, 2010, p. 3).

⁵ Vale ressaltar que, para os fins do presente estudo, não se discutirá o princípio da irredutibilidade de vencimentos, que já é vedado pela legislação local. Entende-se aqui a queda do nível remuneratório de forma mais abrangente, como o não acompanhamento da remuneração ao valor que seria caso o mercado estivesse em concorrência perfeita.

⁶ Neste documento, o termo “monopólio” será utilizado de forma geral para também abranger situações de oligopólio, assim como feito pela doutrina estudada, por exemplo, vide Marinescu; Hovenkamp, 2019, p. 1038.

Nessa linha, e como explicam Eduardo Frade Rodrigues e Henrique Felix Machado (2020), embora seja costumeiro pensar o Direito Concorrencial e o Direito do Trabalho como disciplinas completamente distantes e independentes, a mão de obra trabalho (assim como qualquer recurso) é ofertada e demandada em um mercado que pode ser impactado por práticas e estruturas concorrenciais (da mesma forma que qualquer outro mercado). Nessa dinâmica, encarando o mercado de trabalho como qualquer outro, as empresas contratantes são vistas como as consumidoras desse mercado (por demandarem mão de obra), enquanto os trabalhadores são os vendedores (por ofertarem esse serviço).

Esse mercado, contudo, possui peculiaridades diferentes dos mercados de produtos e serviços tradicionais. Além de haver fricções e assimetrias de informação nas interações entre empregadores e empregados, não raramente se percebe que empregados possuem maior dependência de seus trabalhos, o que os torna mais tolerantes a reduções salariais ou outras práticas prejudiciais, com efeitos deletérios de incremento de desigualdade e estagnação de renda (Benmelech; Bergman; Kim, 2018; Marinescu; Hovenkamp, 2019; Rodrigues e Machado, 2020; OCDE, 2020).

Diante do contexto, este Capítulo centrar-se-á em contextualizar a discussão acerca da aplicabilidade do Direito Concorrencial ao mercado de trabalho. Para tanto, discutirá a mudança de abordagem nos últimos anos na relação entre concorrência e trabalho para, em seguida, problematizar os motivos pelos quais é importante discutir as dinâmicas do mercado de trabalho através da lente do Direito da Concorrência, discorrendo sobre os efeitos econômicos decorrentes de um poder monopsonista, extremamente deletérios aos trabalhadores e à economia.

Em seguida, o Capítulo discutirá a convivência do binômio crescimento econômico e desenvolvimento humano no ordenamento jurídico brasileiro, refletido nos postulados constitucionais da valorização do trabalho humano e da busca do pleno emprego que, embora convergentes na teoria, muitas vezes não conseguem se harmonizar diante da realidade brasileira advogando-se, assim, a importância de se enxergar o Direito da Concorrência como ferramenta auxiliadora na construção de relações trabalhistas sadias.

2.1 MERCADO DE TRABALHO NO FOCO DA ANÁLISE CONCORRENCIAL: O QUE MUDOU?

Historicamente, as leis antitruste não costumavam ser aplicadas ao mercado de trabalho, fosse na análise de atos de concentração, fosse na investigação de infrações anticompetitivas

(Stutz, 2018, p. 2; CADE, 2021, p. 6). Assim, embora o texto de Robinson tenha chamado a atenção para o perigo do poder detido por empregadores no mercado de trabalho concentrado, lá na década de 30, essa era uma realidade raramente discutida no contexto do Direito Concorrencial até recentemente. O que pode parecer estranho, dado que os incentivos das empresas para não aumentarem as remunerações do trabalho não era mistério para ninguém – Adam Smith, inclusive, escreveu em 1776 no livro “A Riqueza das Nações” que “[...] empregadores estão sempre e em todo lugar em alguma forma de combinação tácita, mas constante e uniforme, para não aumentar os valores das remunerações acima das suas taxas atuais”⁷ (Smith, 1902, p. 123).

Em resgate histórico e mundial, Athayde, Domingues e Souza (2022, p. 42-43) descrevem que a interdisciplinaridade entre o Direito Concorrencial e o Direito Trabalhista estava centrada, nas décadas de 50 e 60, na concentração do poder econômico nos sindicatos; a década de 70 passou a enxergar os objetivos do mundo concorrencial e do mundo trabalhista como opostos, identificando a existência de sobreposição entre as suas respectivas regras. Apontam as autoras que uma análise interdisciplinar mais específica dessas áreas só começou a ser realizada a partir da década de 90, particularmente nos Estados Unidos da América, mas ainda assim de forma preliminar.

A doutrina tem atribuído alguns motivos para a baixa aplicação do Direito Concorrencial às dinâmicas do mercado de trabalho. Um primeiro motivo apontado relaciona-se à suposta distância entre os valores protegidos pelas leis concorrencial e trabalhista. Para Stutz (2018, p. 2), esse afastamento se justificava pela “[...] crença detida por acadêmicos conservadores que políticas trabalhistas e antitruste devem ser mantidas separadas por serem conceitualmente distintas e representarem uma escolha entre valores concorrentes”⁸. Nessa linha, isenções antitruste⁹ conferidas a determinadas atividades sindicais poderiam parecer, em

⁷ Tradução livre. No original, em inglês: “*We rarely hear, it has been said, of the combinations of masters; though frequently of those of workmen. But whoever imagines, upon this account, that masters rarely combine, is as ignorant of the world as of the subject. Masters are always and everywhere in a sort of tacit, but constant and uniform, combination, not to raise the wages of labor above their actual rate*”.

⁸ Tradução livre. No original, em inglês: “*One explanation is a belief held by conservative scholars that labor and antitrust policy should be kept separate because they are conceptually distinct and pose a choice among competing values*”.

⁹ Como mencionado anteriormente, a negociação coletiva realizada por sindicato (para aumento de salário, por exemplo) não pode ser vista como uma ação cartelizada sujeita à lei antitruste exatamente em vista do objetivo social que possuem. Mas, explica a OCDE (2020, p. 6), que embora os acordos celebrados pelos empregados com o objetivo de melhorar as suas condições de emprego não estejam, via-de-regra, sujeitos à aplicação da lei concorrencial, essa isenção antitruste não é absoluta e não abarca atividades para além desse objetivo social de melhora de condições de trabalho e emprego. Ou seja, se por um lado a negociação coletiva realizada por sindicato não pode ser considerada uma ação cartelizada sujeita à lei antitruste por conta do objetivo social que possuem, fato é que o CADE já condenou diversos casos em que os sindicatos e associações de classe foram usados como palco para discussões que extrapolavam as funções legítimas dessas entidades, tais como troca de informações

leitura superficial, um exemplo desse suposto afastamento entre os valores protegidos pelo Direito do Trabalho e pelo Direito Concorrencial. Muitos justificavam esse afastamento pela noção de que “[...] funcionários não são negócios e, assim, não são objeto da lei concorrencial” (OCDE, 2020, p. 13)¹⁰⁻¹¹.

Um segundo motivo, conexo à (falsa) ideia de que concorrência e trabalho representariam valores concorrentes, diz respeito à interpretação equivocada do princípio do bem-estar do consumidor e à leitura contestável da imperfeita correlação entre salários de trabalhadores e preços dos produtos. Destacam Hovenkamp (2019, p. 14-15) e Stutz (2018, p. 4-5) que muitos supõem – erroneamente – que a redução de salário do empregado em decorrência do exercício de poder pelo empregador levaria a preços menores para os consumidores (enquanto maiores salários causariam preços mais altos). Contudo, o ganho com a supressão dos salários dos trabalhadores não é necessariamente repassado aos consumidores via diminuição de preços. Assim, na realidade, ocorre o inverso, de maneira até contraintuitiva: enquanto as empresas monopsonistas reduzem o valor do salário, elas empregam menos trabalhadores e, por conseguinte, produzem menos, aumentando o preço para os consumidores (repassando, inclusive, o custo marginal total do trabalhador adicional nos preços dos produtos)¹² (Naidu, Posner e Weyl, 2018, p. 558). Esses efeitos econômicos serão abordados em detalhes a seguir.

Nesse campo, detalham Naidu, Posner e Weyl (2018, p. 541-550) como as leis antitruste passaram a focar no princípio do bem-estar do consumidor, especialmente a partir da década de 1960, isso naturalmente acabou por favorecer a aplicação do antitruste na análise de mercados

concorrencialmente sensíveis envolvendo preços, estratégias de mercado, clientes, etc. Vide, por exemplo, um dos casos mais relevantes nesse sentido, conhecido como “Cartel das Britas” (Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14), no qual o sindicato (Sindipedras) foi condenado por ter operacionalizado o cartel entre as empresas associadas, com reuniões destinadas à implementação do cartel tendo ocorrido na sede do sindicato. Para mais a respeito, vide também cartilha elaborada pelo CADE intitulada “Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações: como atuar em conformidade com a Lei de Defesa da Concorrência” (SDE/DPDE, 2009).

¹⁰ Tradução livre. No original: “*Workers are not businesses, and so they are not the subject of competition law*”.

¹¹ Também nesse sentido, ver Stutz, 2018, p. 3 (tradução livre): “[...] [o]s acadêmicos conservadores também argumentam por vezes que as restrições que têm apenas efeitos no mercado de trabalho são insuficientemente “comerciais” para se enquadrarem no âmbito das leis antitruste. No passado, por exemplo, estudiosos conservadores leram exageradamente a primeira frase da Seção 6 do Clayton Act, que estabelece que ‘o trabalho de um ser humano não é uma mercadoria ou artigo de comércio’. Uma vez que as proibições dessa lei são limitadas a ‘qualquer pessoa envolvida no comércio’, tais estudiosos sustentam que ‘as restrições do empregador nos mercados de trabalho são ilegais, se é que o são, devido às suas consequências pretendidas ou reais no mercado de produtos, e não por causa das suas consequências laborais’”.

¹² Posner (2021, p. 2) explica bem essa dinâmica. Em tradução livre: “Muitas pessoas pressupõem que o monopsonio laboral deve ajudar a economia porque reduz os custos laborais. Isto é uma confusão. Quando os custos laborais diminuem devido a um aumento na oferta de mão-de-obra (por exemplo, decorrente de uma imigração), a produção econômica aumenta. Mas como o monopsonista laboral reduz os custos laborais ao contratar menos pessoas, a produção diminui. Devido ao declínio na produção, os consumidores normalmente pagam preços mais elevados pelos bens e serviços vendidos por trabalhadores monopsonista”.

de produtos¹³. Isso porque consumidores são lesados principalmente pelo aumento de preços ocasionado pelo exercício do poder no mercado de produtos, ao passo que trabalhadores são lesados principalmente pelo exercício do poder no mercado de trabalho (ainda que também sejam consumidores). Assim, para os autores, embora a teoria econômica concorrencial trate mercados de produtos e mercados de trabalho de forma similar, a teoria legal acabou por atribuir maior relevância aos mercados de produtos.

Ainda, uma terceira explicação refere-se à equivocada presunção sobre a competitividade existente no mercado de trabalho (Stutz, 2018, p. 6; Naidu *et al* 2018, p. 541-542). A doutrina aponta que os economistas no pós-guerra viam, incorretamente, os mercados de trabalho como razoavelmente competitivos ao inferirem a dinâmica competitiva das áreas urbanas, onde a maioria das pessoas vivia, compostas por várias empresas que competiam por trabalhadores e que, por sua vez, podiam se deslocar pelo país se as vagas por empregos se tornassem mais restritas ou o pagamento diminuísse. Por isso, não se enxergava o poder no mercado de trabalho como um problema social importante. Foi apenas recentemente que essa presunção de competitividade começou a ser questionada.

Nessa linha, a tradicional divisão dos acadêmicos economistas entre a área da organização industrial e a área da economia do trabalho contribuiu para esta “miopia” ao levar a focos diferentes de análises. Enquanto economistas de organização industrial costumam focar suas análises nos problemas concorrenciais criados por fusões e outras ações societárias, os economistas de trabalho focam nas leis de trabalho e emprego¹⁴ (Naidu; Posner; Weyl; 2018, p. 541-542). Assim, em face dessa divisão, nem os economistas de trabalho (e nem as autoridades concorrenciais) acabaram focando suas análises nos impactos do poder concorrencial no mercado de trabalho.

Um quarto motivo identificado pela doutrina para a baixa aplicação do direito concorrencial às práticas no mercado de trabalho diz respeito à falsa percepção dos efeitos danosos de práticas anticompetitivas, que seriam mais perceptíveis no mercado de atuação direta das empresas, onde produtos e serviços são ofertados (Stutz, 2018, p. 5). Soma-se a isso a maior dificuldade de processar litígios concorrenciais contra empregadores, dando a ilusão de

¹³ Tradução livre à expressão “*product markets*” usada pelos autores, que expressa o mercado no qual a empresa oferece seus produtos (ou serviços). Esta Dissertação adotará essa mesma expressão para referir-se ao mercado de produtos e/ou serviços onde costuma se dar a análise tradicional antitruste.

¹⁴ Em inglês, os autores referem-se à “*labor law and employment law*”: enquanto as primeiras são mais restritas, ao governar a relação envolvida em sindicatos e negociações coletivas, as segundas protegem os direitos dos trabalhadores como um todo.

que litígios concorrenciais no mercado tradicional de produtos e serviços seriam mais significativos (Stutz, 2018, p. 5; Naidu *et al.*, 2018, p. 543).

Isso porque custos de litigância concorrencial são altos e acabam sendo mais bem suportados por firmas e consumidores em ações coletivas conexas a litígios concorrenciais tradicionais – ao passo que os trabalhadores dificilmente conseguiriam se organizar em uma ação coletiva dadas as diferentes posições que ocupam (alguns com mais senioridade que outros, com mais benefícios, em qualificações variadas, ou diferença nos termos do contrato empregatício, entre outros motivos) (Stutz, 2018, p. 5; Naidu *et al.*, 2018, p. 543).

Por fim, a doutrina apresenta ainda uma quinta hipótese, igualmente equivocada: a de que a abordagem legal tradicional usada para proteger os trabalhadores (i.e., não conexa ao Direito Concorrencial) seria suficiente (Naidu *et al.*, 2018, p. 542-543). Nesse sentido, os desenhos legais focados em regular negociações coletivas realizadas por sindicatos (vistas como forma de alavancar o poder de negociação dos trabalhadores) e proteger os trabalhadores (prevendo salários-mínimos, jornada máxima, medidas de segurança etc.) eram entendidos como mecanismos suficientes para fazer frente ao poder monopsonista dos empregadores.

Contudo, esses dois tipos de proteção erodiram ao longo dos anos: a atividade sindical viu-se colapsada pela desregulação, competição internacional, táticas antissindicais e um ambiente jurídico permissivo; o salário-mínimo foi devorado pela inflação; outras proteções conferidas aos trabalhadores viram-se suscetíveis a prioridades governamentais e orçamentárias; acrescentando-se também ao contexto a mudança nas práticas empregatícias tradicionais como resultado da “*gig economy*” (Naidu *et al.*, 2018, p. 542-543).

Por todos esses motivos, o afastamento entre o Direito Concorrencial e o mercado de trabalho era suportado até muito recentemente. Era voz ativa comum no Brasil o entendimento de que o CADE¹⁵ não teria competência para analisar dinâmicas pertinentes ao mercado de trabalho. Nesse sentido, e conforme será detalhado ao longo deste trabalho, o próprio CADE já se encontrou dividido quanto à amplitude dos poderes detidos pela autoridade concorrencial para rever aspectos trabalhistas em suas decisões e os limites das suas funções fiscalizatórias: em diversos atos de concentração que analisaram cláusulas contratuais que restringiam o direito

¹⁵ Em linhas gerais, o CADE é composto por três órgãos: o Tribunal Administrativo, a Superintendência Geral e o Departamento de Estudos Econômicos. Processos envolvendo infrações anticompetitivas são iniciados pela Superintendência-Geral do CADE, que é responsável pela instrução e investigação dos casos. Ao final da instrução, a Superintendência-Geral emite um parecer não vinculativo opinando pelo arquivamento do processo ou condenação de todos ou alguns envolvidos. O processo é então enviado ao Tribunal do CADE, órgão colegiado com poder decisório, que poderá determinar novas instruções e, ao final, será responsável pela emissão da decisão final e pela aplicação das penalidades previstas, se for o caso, podendo acolher o parecer da Superintendência-Geral ou não.

dos empregados da empresa alienada de trabalharem em empresa que concorresse com a empresa alienante (i.e., cláusulas de não solicitação ou cláusulas de não concorrência), a opinião a respeito do poder do CADE de limitar a abrangência desse tipo de cláusula não foi unânime, sendo que a própria Procuradoria do CADE chegou a definir como “[...] inoportuno e temerário que o CADE pretenda realizar, no bojo de sua atividade administrativa de controle de atos de concentração, ‘política de emprego’ ”¹⁶.

Nessa linha, Athias (2016) se autodescrevia contrário à possibilidade de o CADE negar uma operação pelo motivo trabalhista (criação de monopólio, no caso), enquanto a autoridade deveria estar focada em proteger o ambiente concorrencial como um todo, não podendo avocar para si a condição de melhor agente para prezar pela manutenção de empregos. Em suas palavras:

Embora a questão trabalhista seja delicada e de extrema importância, parece, ao menos em uma análise preliminar, que o CADE, enquanto órgão responsável pela concorrência, não seria o agente mais apropriado para prezar, primariamente, pela defesa da manutenção dos empregos. No caso, seria adequado propor um diálogo institucional com o Ministério do Trabalho de forma a encontrar respostas e soluções em comum acordo com os agentes econômicos envolvidos, permitindo, assim, maior atenção aos postos de emprego e aos objetivos das operações. É possível que o CADE imponha obrigações de natureza trabalhista em sede de sua aprovação de atos de concentração, o que vem sendo feito em alguns casos. Contudo, poderá a questão trabalhista ser motivo para negar uma operação, por exemplo? Ressalta-se novamente que o objetivo central do CADE é proteger a concorrência sob o viés público (i.e. ambiente concorrencial) e não a questão trabalhista (ATHIAS, 2016).

Vale notar que essa separação entre antitruste e trabalho não era particularidade brasileira. Flávio Marques Prol, Frederico Haddad e Felipe Gretsichskkin (2018) nos lembram que, durante as discussões travadas no Fórum Global sobre Concorrência organizado pela OCDE em 2015 a respeito das conexões entre concorrência e empregabilidade, tanto a autoridade concorrencial americana como a inglesa se manifestaram no sentido de que questões relativas a emprego não eram (e não deveriam) ser tratadas pela política antitruste, devendo ser abarcadas por políticas governamentais mais apropriadas. Em suas próprias palavras, a autoridade concorrencial americana afirmou que:

A Federal Trade Commission dos EUA (“FTC”) e a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (“DOJ”) (“as autoridades antitruste”) não consideram o emprego ou outros fatores de não concorrência em sua análise antitruste. As autoridades antitruste aprenderam que, embora tais considerações ‘possam ser

¹⁶ Vide Ato de Concentração nº 08012.000777/2005-60 (Bemis Company Inc / Dixie Toga S.A), Relator Cons. Ricardo Vilias Bôas Cueva, j. 27 abril 2005; e nº 08012.002876/2006-67 (Templeton International, INC / Bradesco Templeton Asset Management Ltda), Relator Cons. Luís Fernando Rigato Vasconcellos, j. 16 ago 2006.

objetivos de política apropriados e metas dignas em geral ... considerá-las em sua análise antitruste ... pode levar a resultados ruins em detrimento de empresas e consumidores'. Em vez disso, as agências antitruste se concentram em garantir uma concorrência robusta que beneficie os consumidores e deixam outras políticas, como emprego, para outras esferas do governo que possam ser especificamente encarregadas ou melhor posicionadas para considerar tais objetivos¹⁷ (OCDE, 2015b, p. 2).

Fazendo coro a esse entendimento, a autoridade concorrencial inglesa declarou que,

O principal dever da CMA é “promover a concorrência, dentro e fora do Reino Unido, para o benefício dos consumidores” e nossa missão é “fazer com que os mercados funcionem bem, no interesse dos consumidores, das empresas e da economia”. Nosso mandato não se estende a resultados econômicos mais amplos e, como tal, não realizamos nenhuma análise detalhada dos vínculos entre concorrência e emprego¹⁸ (OCDE, 2015c, p. 2).

Assim, havia na época quem entendia que questões relativas à empregabilidade não deveriam ser consideradas nas análises concorrenciais posto que poderiam ser prejudiciais no longo prazo, como, por exemplo, proibir as sinergias geradas por uma fusão para preservar empregos no curto prazo poderia mostrar-se contraprodutivo ao prejudicar a capacidade de competir das empresas. Da mesma forma, emprego não deveria ser um fator na análise de condutas anticompetitivas, pois, entre outros fatores, tal política afetaria a mobilidade de recursos e prejudicaria o dinamismo econômico, e não produziria necessariamente resultados efetivos, visto que empregos protegidos em um setor destruiriam empregos em outro (OCDE, 2015d, p. 10).

Contudo, esse cenário começou a mudar severamente nos últimos anos e o mundo viu uma crescente preocupação, aumentando o diálogo a respeito da expansão do Direito da Concorrência. Dentro desse contexto, pesquisas começaram a impulsionar a pergunta a respeito do prejuízo que o poder de monopólio detido por empresas poderia estar ocasionando aos mercados de trabalho ao indicar que os ganhos de produtividade das empresas não estariam sendo seguidos de um correspondente aumento no salário dos trabalhadores, apontando para

¹⁷ Tradução livre. No original: “*The U.S. Federal Trade Commission (“FTC”) and the Antitrust Division of the Department of Justice (“DOJ”) (“the antitrust agencies”) do not consider employment or other non-competition factors in their antitrust analysis. The antitrust agencies have learned that, while such considerations ‘may be appropriate policy objectives and worthy goals overall ... integrating their consideration into a competition analysis...can lead to poor outcomes to the detriment of both businesses and consumers’. Instead, the antitrust agencies focus on ensuring robust competition that benefits consumers and leave other policies such as employment to other parts of government that may be specifically charged with or better placed to consider such objectives*”.

¹⁸ Tradução livre. No original: “*The CMA’s primary duty is “to promote competition, both within and outside of the UK, for the benefit of consumers” and our mission is “to make markets work well, in the interests of consumers, businesses and the economy”. Our remit does not extend to wider economic outcomes, and as such we have not carried out any detailed analysis of the links between competition and employment*”.

potencial distorção no poder de compra detido por empresas no mercado de trabalho (Prol, Haddad e Gretschischkin, 2018). Nessa linha, tem-se discutido cada vez mais, no Brasil e ao redor do mundo, qual o papel que as autoridades de defesa da concorrência têm, ou deveriam ter, na fiscalização de práticas que possam prejudicar o mercado de trabalho.

Eric Posner (2021, p. 3) aponta que o ponto de virada no começo da aproximação entre o Direito Concorrencial e o Direito Trabalhista ocorreu em 2010, quando a autoridade antitruste norte-americana processou as maiores empresas tecnológicas do Vale do Silício, dentre elas a Google e a Apple, por acordarem não aliciar os funcionários umas das outras (mais especificamente, os engenheiros de software). Desde então, foram conduzidos estudos internacionais que começaram a apontar para a existência de níveis altíssimos de concentração no mercado de trabalho, ainda maiores do que os níveis de concentração existentes nos mercados de produtos, tradicionalmente alvos de análises concorrenciais, colocando em xeque a antiga percepção de alta competitividade nos mercados de trabalho.

Randy M. Stutz (2018) e Eric Posner (2021) realizaram dois interessantes trabalhos de revisão bibliográfica acerca dos estudos que impulsionaram a mudança de perspectiva da relação entre Direito Concorrencial e Trabalho. As revisões bibliográficas de Stutz e Posner serão sistematizadas em ordem cronológica por data de elaboração dos estudos mencionados.

Stutz (2018, p. 7) começa sua revisão bibliográfica com o que, segundo ele, foi “[...] a incursão mais significativa a respeito do poder de mercado trabalhista realizada pelo poder executivo”: a Nota Informativa publicada em 2016 pelo Conselho de Assessores Econômicos da Casa Branca. Esse estudo identificou uma queda geral de competição entre empresas que teria contribuído para a tendência macroeconômica de longo prazo de baixo crescimento de remuneração e aumento de desigualdade nos Estados Unidos ao desequilibrar o poder de barganha para o lado dos empregadores. A Nota recomenda a adoção de diversas medidas: no campo concorrencial, além de um incremento na fiscalização e na política de leniência para empregadores que reportarem práticas anticompetitivas, a Nota pede uma reforma legislativa e regulatória para restringir obrigações de não concorrência desnecessárias, fortalecer leis relativas a salários-mínimos e negociações coletivas, aumentar a disponibilidade de seguro saúde independente de vínculo empregatício, dentre outros.

Tanto Stutz (2018, p. 7-8) como Posner (2021, p. 4-5) retomam outro estudo publicado nesse mesmo ano de 2016 por Alan B. Krueger e Orley Ashenfelter que examinou os contratos de franquias de 156 das maiores redes de franquias dos Estados Unidos com vistas a identificar a prevalência de acordos de não contratação (i.e., cláusulas que impediam uma franquia de aliciar/contratar funcionários de outra franquia da mesma franqueadora). Como resultado,

Krueger e Ashenfelter (2016) identificaram que 58% das maiores redes incluíam previsões de não contratação em seus contratos de franquia e que isso poderia ser uma parte da resposta que explicaria por que, nos Estados Unidos, o aumento salarial tem sido tão tímido mesmo com uma queda consistente da taxa de desemprego e aumento das oportunidades de emprego.

Stutz descreve também que, contra intuitivamente, esse tipo de obrigação de não contratação é menos frequente em indústrias com maiores remunerações médias e níveis de educação (contrariando a tese de que obrigações de não contratação seriam um mecanismo válido para encorajar o investimento no treinamento dos funcionários ou proteger a propriedade intelectual das empresas).

Seguindo para 2017, Stutz (2018, p. 8-9) e Posner (2021, p. 4) mencionam o estudo conduzido por Starr, Prescott e Bishara que identificou que um em cada cinco empregados estavam vinculados a obrigações de não concorrência em 2014 e quase 40% haviam assinado pelo menos um acordo de não concorrência no passado, identificando que, para os autores, a disseminação do uso desse tipo de obrigação em contratos de trabalho é um indicativo do poder monopsonista.

Outras características problemáticas desse tipo de obrigação também foram identificadas: sua presença considerável em empregos de mão de obra pouco qualificadas e pouco remuneradas; o baixo percentual de funcionários que tiveram liberdade para negociar essa obrigação (menos de 10%); o alto percentual de funcionários que não tinham uma segunda opção de emprego quando a obrigação de não concorrência foi exposta pela empresa (aprox. 60%); e a baixa identificação de um benefício compensatório (salarial ou de treinamento) percebido pelo funcionário em troca do aceite da obrigação de não concorrência.

Ainda em 2017, outro estudo revisto por Stutz (2018, p. 9-10) e Posner (2021, p. 4) foi o conduzido por Azar, Marinescu e Steinbaum, cujo objetivo era quantificar diretamente o nível de concentração em uma ampla gama de ocupações no mercado de trabalho, bem como examinar a relação entre concentração e remuneração. Posner (2021) destaca a relevância desse estudo para a discussão, pois, embora a premissa da competitividade dos mercados de trabalho já tivesse sofrido questionamentos por nomes importantes da academia no início dos anos 2000¹⁹, foi apenas com esse estudo que os questionamentos foram validados empiricamente em uma pesquisa a respeito da efetiva condição de competitividade dos mercados de trabalho nos Estados Unidos.

¹⁹ Posner (2021, p. 3) destaca que, embora o economista britânico Alan Manning já houvesse questionado em 2003 a premissa de competitividade dos mercados de trabalho, suas percepções demoraram para conseguirem ser validadas empiricamente.

Nesse estudo, Azar, Marinescu e Steinbaum identificaram que se o impacto da concentração no mercado de trabalho fosse analisado da mesma forma que concentrações em mercados tradicionais de produtos e serviços, as concentrações estariam acima do permitido em 60% dos casos. Descreve Stutz que o estudo concluiu que quanto maior a concentração no mercado de trabalho, menor a remuneração real e recomendou que a concentração no mercado de trabalho fosse incorporada na análise antitruste.

No ano seguinte, em 2018, outro estudo relevante revisto por Stutz (2018, p. 10) e Posner (2021, p. 4) foi o realizado por Efraim Benmelech, Nittai K. Bergman e Hyunseob Kim, que também examinou como o poder de monopólio pode afetar a remuneração dos empregados, chegando à conclusão semelhante que o estudo anterior de Azar, Marinescu e Steinbaum, mesmo usando outra base de dados. Stutz destaca a conclusão dos autores de que a concentração no mercado de trabalho dobrou em magnitude entre 1977 e 2009, consistentemente com o declínio do poder de barganha dos trabalhadores verificados nessa mesma época, que impactou menos as indústrias sindicalizadas.

Stutz (2018, p. 10-11) menciona ainda o estudo conduzido em 2018 por Ioanna Marinescu e Herbert Hovenkamp que, ao abordar as consequências de aplicar a lei antitruste em concentrações envolvendo o mercado de trabalho, ofereceu pela primeira vez uma análise econômica e jurídica (detalhada e empírica) de concentrações que facilitam a repressão salarial e remuneratória. Marinescu e Hovenkamp (2018) iniciam fazendo uma análise da letra da lei norte-americana para concluir que a competência antitruste se aplica para análise de concentrações no mercado de trabalho e que não seria necessário mudar substancialmente os fundamentos da análise econômica de atos de concentração para incorporar o mercado de trabalho.

Outro artigo de 2018 mencionado por Stutz (2018, p. 11-12) foi o conduzido por Alan B. Krueger e Eric A. Posner que, diferentemente, propõe três reformas necessárias para se combater os problemas de monopólio e colusão no mercado de trabalho: (i) incluir explicitamente o mercado de trabalho no guia de análise de fusões da autoridade norte-americana²⁰ e incrementar o orçamento das autoridades antitruste, incluindo a contratação de economistas especialistas na dinâmica trabalho-mercado; (ii) proibir categoricamente obrigações de não concorrência que afetem empregados que ganhem menos do que US\$ 13 por hora; e (iii) proibir categoricamente acordos de não contratação, independentemente do contexto, especificamente em contratos de franquias.

²⁰ Horizontal Merger Guidelines, disponível em: <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>. Acesso em: 08 ago 2023.

Stutz (2018, p. 12) também reviu o estudo conduzido nesse mesmo ano por Jose Azar, Ioana Marinescu, Marshall Steinbaum e Bledi Taska que, com base em trabalhos anteriores, visou medir sistematicamente a concentração do mercado de trabalho nos Estados Unidos e discutiu como medir e definir o mercado relevante²¹ no contexto do mercado de trabalho: se a definição de mercado relevante tomar como base os códigos de 6 dígitos SOC²², 54% dos mercados de trabalho seriam altamente concentrados; se a definição do mercado relevante considerar os títulos empregatícios padrões (*standardized job titles*), ao invés dos códigos de 6 dígitos SOC, 72% dos mercados estariam altamente concentrados – e isso demonstra os altos níveis de concentração dos mercados de trabalho norte-americanos independentemente da definição técnica de mercado relevante e a relevância de incorporar preocupações com o nível de concentração no mercado de trabalho na análise de atos de concentração.

Em seguida, Stutz (2018, p. 12-13) passa a reportar o trabalho elaborado em 2018 por Suresh Naidu, Eric A. Posner e E. Glen Weyl que forneceu uma análise abrangente do tratamento econômico, jurídico e de política pública acerca do poder detido por empregadores no mercado de trabalho, e definiu poder no mercado de trabalho (*labor-market power*) como “[...] um único empregador, ou um pequeno número de empregadores, que contratam trabalhadores de um determinado nível de capacidade dentro de uma área geográfica na qual os funcionários estão dispostos a viajar” (p. 13).

Entre diversas constatações e recomendações, Stutz indica que os autores concluem que a análise antitruste tradicional de atos de concentração (usualmente aplicada para mercados de produtos) pode ser facilmente aplicada também para o mercado de trabalho, e que as autoridades deverão considerar se algumas empresas alcançaram um poder monopsonista tão significativo que precisarão ser separadas em mais de uma empresa.

Stutz (2018, p. 13-14) passa então a reportar o trabalho de Marshall Steinbaum, também do ano de 2018, no qual o autor defende que a lei antitruste é aplicada inadequadamente e que a adoção de medidas meramente incrementais seria insuficiente para corrigir a situação atual. Steinbaum, em coro com alguns dos estudos mencionados, propõe, como resposta corretiva,

²¹ O conceito “mercado relevante” é um termo técnico amplamente utilizado no Direito da Concorrência para fazer referência ao espaço (em termos de produto e amplitude geográfica) onde as empresas concorrem entre si, por meio do qual se avalia a existência de poder de mercado. Vale esclarecer que o termo “relevante” não faz referência a um determinado mercado “importante” ou “significativo”, mas se trata de um anglicismo derivado do termo técnico em inglês (*relevant market*). Vide também esclarecimentos dados pelo próprio CADE em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca-1>. Acesso em: 09 ago 2023.

²² Os códigos SOC (“Standard Occupational Classification”) traduzem-se em um sistema de classificação ocupacional padrão utilizado por alguns governos, como o americano, para categorizar as ocupações de trabalho e emprego.

um plano agressivo envolvendo (i) a expansão da análise de concentrações para incluir os efeitos nos mercados de trabalho; (ii) o aumento do orçamento das autoridades antitruste; (iii) a inclusão de previsão expressa nas normas antitruste para deixar claro que elas se aplicam a casos de monopólio; e (iv) a proibição de acordos de não concorrência, de acordos de não solicitação, de previsões de arbitragem mandatória em contratos de trabalho e outras restrições competitivas similares.

Posner (2021, p. 4) cita, ainda, outros estudos mais recentes que vão na mesma linha, tais como a meta-análise publicada em 2021 por Anna Sokolova e Todd Sorenson que identificou uma significativa correlação negativa entre monopólio e remuneração em 53 estudos de monopólios em mercados de trabalho. Cita também o estudo publicado nesse mesmo ano por Evan Starr, J. Prescott e Norman Bishara que averiguou que aproximadamente 40% dos trabalhadores norte-americanos já se viu vinculado a uma obrigação de não concorrência em algum momento de suas vidas – e, ainda mais, que essas obrigações de não concorrência impactam milhões de funcionários de mão de obra pouco qualificada e de baixa renda, sendo provavelmente inexequíveis, apesar de acabarem funcionando na prática pelo medo da ameaça do desemprego (Posner, 2021, p. 4). Com relação a esse último ponto, pesquisas indicam que, nos Estados Unidos, 15% dos trabalhadores sem diploma universitário estão sujeitos a acordos de não concorrência – obrigação essa que alcança 14% dos trabalhadores com salários anuais inferiores a US\$ 40.000 (White House, 2016a, p. 3).

Eric Posner (2021, p. 5) também aponta que alguns trabalhos acadêmicos foram fundamentais para impulsionar desenvolvimentos legais. O trabalho publicado em 2018 por Krueger e Ashenfelter mencionado anteriormente, que apontava para a existência de obrigações de não solicitação entre os funcionários de grandes franquias, foi a faísca que impulsionou o ajuizamento de diversas ações contra esses franqueadores nesse mesmo ano, e que agora também enfrentam ações privadas decorrentes; a autoridade concorrencial americana também interviu em uma fusão no mercado de hospitais após ter-se baseado em trabalhos empíricos relativos ao monopólio no mercado de trabalho de saúde.

Posner (2021, p. 5) cita, ainda, que outros casos surgiram independentemente: as prestigiosas universidades norte-americanas Duke University e a University of North Carolina firmaram acordos com as autoridades antitruste para encerrar uma investigação que contestava a existência de compromisso de não solicitação destinada ao corpo docente das universidades; ainda, uma investigação sobre a existência de um cartel que fixava remuneração entre processadores de frango originou-se de uma grande investigação de cartel de preços, após a

acusação de que as organizações usadas pelos investigados para fixar preços também eram usadas para fixar remunerações²³.

Somam-se a essas constatações preocupantes algumas particularidades do mercado de trabalho que podem potencializar ainda mais os efeitos deletérios em detrimento dos empregadores (Benmelech; Bergman; Kim, 2018, p. 4; Marinescu; Hovenkamp, 2019, p. 1032; OCDE, 2020, p. 8). Por exemplo, o fato de os trabalhadores não serem tão propensos a mudar de emprego como decorrência de uma baixa remuneratória, o que é agravado por uma perceptível dessindicalização da força de trabalho, que reduz o poder compensatório de reação dos empregados e os tornam ainda mais vulneráveis a eventuais abusos.

O mercado de trabalho é marcado pelos chamados *custos de busca*, relativos às dificuldades atreladas à mudança de emprego (seja porque os trabalhadores podem não ter conhecimento de oportunidades alternativas, seja porque, mesmo que saibam, podem ter dificuldade de comparar a vaga oferecida com o posto atual dado diversos fatores intangíveis, como o ambiente de trabalho (Marinescu; Posner, 2018, p. 3). Assim, os diversos pacotes de benefícios que podem ser oferecidos pelos empregadores (flexibilidade, creche, vale-alimentação etc.) pode desincentivar trabalhadores a mudarem de emprego mesmo em face de uma supressão remuneratória.

Ademais, o fato de o emprego ser visto como essencial para o sustento faz com que os custos de não trabalhar sejam muito altos (o que aumenta a aversão ao risco de uma mudança mesmo diante de uma potencial diminuição na remuneração) – e isso é especialmente preocupante no contexto brasileiro, dados os altos níveis de desemprego e a baixa remuneração geral dos trabalhadores (CADE, 2021, p. 13).

Nesse sentido, há evidências que indicam que os trabalhadores de vários países²⁴ tendem a não mudar de emprego mesmo que seus salários diminuam (OCDE, 2020, p. 8) – o que se justificaria pelos pontos destacados (custos de busca, custos de troca, sensibilidade a outros fatores não relacionados ao salário, aversão ao risco envolvido em uma mudança, falta de poder de barganha etc.) (OCDE, 2020, p. 9-10). Nos últimos anos constatou-se crescente onda de preocupações concorrenciais decorrentes de situações de monopólio no mercado de trabalho. Assim, embora recente e em maturação, autoridades antitruste passaram a discutir as formas de interação entre trabalho e concorrência. Assim, em seguida, pretende-se discutir os motivos pelos quais esse debate mostra-se pertinente, especialmente na realidade brasileira.

²³ Posner (2021, p. 4) menciona também haver evidência anedótica acerca da existência de paralelismo e possível colusão em diversas profissões, tais como Direito e finanças.

²⁴ Como Estados Unidos, Canadá, Austrália e alguns países da Europa.

2.2. POR QUE É IMPORTANTE DISCUTIR O MERCADO DE TRABALHO PELO ENFOQUE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: OS EFEITOS ECONÔMICOS DELETÉRIOS DO MONOPSÔNIO NO MERCADO DE TRABALHO

Para explicar os efeitos que a ausência de concorrência pode gerar no mercado de trabalho e por que essa discussão é importante, a doutrina estudada nos instiga a pensar como o poder detido pelo empregador no mercado de trabalho pode ocasionar efeitos deletérios não somente aos trabalhadores, reduzindo salários e o nível de emprego, mas também aos consumidores, que acabam por arcar com preços maiores dos produtos (Boal; Ransom, 1997; Dickens; Machin; Manning, 1999; Bhaskar; Manning; To, 2002; Ashenfelter; Farber, 2010; Blair; Harrison, 2010; Ehrenberg; Smith, 2015; Marinescu; Hovenkamp, 2019; Marinescu; Posner, 2019; OCDE, 2020).

Utilizando como exemplo o caso de um único salão de beleza em uma pequena cidade, Ioana Marinescu e Herbert Hovenkamp (2019, p. 1038) explicam como um único comprador da mão de obra que detém poder de monopsonio na contratação de cabeleireiros consegue empregar menos trabalhadores, a um salário menor, com uma produtividade reduzida, levando a uma redução de salários e queda do nível de emprego. No exemplo dos autores, eles descrevem um cenário onde um salão de beleza emprega apenas um cabeleireiro ao salário de \$8 por hora, e esse mesmo cabeleireiro gera uma receita de \$11 por hora, de forma que o empregador lucra \$3 por hora (i.e., a diferença da receita menos o salário, pressupondo ausência de outros custos).

Para atrair um segundo cabelereiro, o empregador teria que pagar, por exemplo, \$10 por hora, pois esse segundo cabeleireiro não estaria disposto a ganhar apenas \$8 (por exemplo, para atrair um cabeleireiro que trabalhe em um salão de beleza de uma cidade vizinha e ali more, pagando a mais pelo seu custo de deslocamento e/ou troca de trabalho)²⁵. Esse segundo cabeleireiro geraria a mesma receita de \$11, mas a um lucro de apenas \$1. Contudo, como funcionários que desempenham a mesma função devem ser pagos o mesmo valor, o empregador precisaria pagar ao primeiro cabeleireiro também o valor de \$10 por hora, reduzindo seu lucro para \$1 nesse caso também. Se o empregador contrata os dois cabeleireiros a \$10 por hora, ele lucrará \$1 cada, totalizando um lucro de \$2 – inferior ao lucro que ele registrava quando

²⁵ Relembrem os autores a teoria econômica que explica que as curvas de oferta (inclusive a oferta de mão de obra no mercado de trabalho) têm inclinação ascendente, de forma que uma firma emprega o primeiro funcionário ao menor custo e cada fornecedor adicional vem a um custo maior.

empregava apenas um cabeleireiro (\$3). Portanto, a decisão mais rentável ao empregador seria contratar apenas um cabeleireiro, ao salário inferior de \$8, produzindo apenas \$11 de receita (ao invés de \$22 – uma redução de 50% na produção).

Logo, esse exemplo nos mostra que, ao empregar menos trabalhadores, a empresa com poder de monopólio lucra porque pode pagar aos trabalhadores menos do que sua produtividade, capturando o excedente para si, enquanto em um mercado de trabalho em concorrência perfeita cada trabalhador receberia o valor marginal do seu trabalho. Nessa linha, estudo recente do governo norte-americano estima que situações de monopólio podem reduzir os salários em aproximadamente 20% em decorrência da ausência de concorrência e práticas anticompetitivas (Department of Treasury, 2022, p. 3-4).

Discorrendo sobre a concentração no mercado de trabalho, Marinescu e Posner (2019, p. 5) explicam que a pouca oferta de postos de trabalho limita as possibilidades de troca de emprego dos funcionários (i.e., pedir demissão e ir trabalhar para outro empregador, a um maior salário), o que permite ao empregador incumbente suprimir os salários. E isso é especialmente preocupante dada a constatação do considerável nível de inelasticidade da oferta de trabalho, que sugere que os trabalhadores tendem a se manter na força de trabalho mesmo se os salários diminuíssem, pois eles precisam se sustentar (OCDE, 2020, p. 557).

Dado que os custos de não trabalhar são muito elevados (já que o trabalho é essencial para o sustento dos trabalhadores e suas famílias), os trabalhadores são menos propensos a arriscar procurar outro emprego mesmo se houver uma diminuição em sua remuneração. E isso afeta ainda mais trabalhadores pouco qualificados e de baixa renda, que têm ainda menos opções de emprego e poder de barganha, além de menos acesso a transporte e habitações bem localizadas, opções de creches e informações sobre empregos (o que diminui o leque de oportunidades de emprego que eles poderiam aceitar) (CADE, 2021, p. 13; Naidu *et al.*, 2018, p. 537 e 555; Marinescu e Posner, 2018, p. 3).

Essas constatações de que um aumento na concentração no mercado de trabalho leva a uma redução nos salários e diminui as contratações têm sido corroboradas por diversos estudos já mencionados acima, como o estudo americano que verificou que um aumento de 10% no índice de concentração no mercado de trabalho reduziu salários anunciados em 1,5% (Marinescu; Posner 2019) e o estudo conduzido na França que detectou que um aumento de 10% na concentração no mercado de trabalho diminuiu em 12,4% as contratações e reduziu em quase 0,9% os salários das novas contratações (Marinescu, Ouss e Pape, 2020).

E os efeitos negativos não param por aí: eles também são sentidos pelos consumidores, posto que, um tanto quanto contra intuitivamente, menores salários não significam preços

menores para consumidores. Também explicam Naidu, Posner e Weyl (2018, p. 558) que o monopsonio aumenta os preços para os consumidores porque, como faz com que a empresa empregue menos trabalhadores, ela acaba conseqüentemente produzindo menos. A queda na produção reduz a oferta do produto no mercado e, conseqüentemente, aumenta o preço aos consumidores em virtude dos reflexos na curva de oferta-demanda daquele produto, dado que o empregador monopsonista ganha mais com a redução dos custos de trabalho do que sofre com a queda na produção (Marinescu e Posner, 2019, p. 6). Além disso, uma empresa monopsonista não repassa essa “economia” resultante de salários mais baixos aos consumidores e, na realidade, na hipótese do monopsonista precisar aumentar a sua produção e contratar mais funcionários, ele repassará aos consumidores o custo marginal total (de um trabalhador extra) nos preços dos produtos (OCDE, 2020, p. 559).

Estudos também destacaram outras preocupantes constatações. Uma delas é a existência de vieses discriminatórios pois, além de receberem menos, mulheres têm menor mobilidade profissional que homens (Naidu *et al.*, 2018, p. 562; OCDE, 2020, p. 14; IBGE, 2021). Outra preocupação é que o desemprego resultante de um monopsonio (na medida em que funcionários sairiam do mercado de trabalho) pode danificar ainda mais a sociedade ao impactar negativamente os tributos recolhidos que poderiam estar sendo revertidos para políticas sociais (Naidu *et al.*, 2018, p. 564). Marinescu e Posner (2019, p. 5) também apontaram que a existência de concentração no mercado de trabalho pode facilitar a colusão, seja ela tácita ou aparente (citam como exemplo o caso de uma firma que atua como “líder” ao divulgar periodicamente suas bases salariais que acabam sendo seguidas pelas outras firmas, fixando assim o valor do salário abaixo de níveis competitivos).

Corroborando essas conclusões preocupantes, o CADE (2021, p. 11) entendeu similarmente que:

De forma análoga ao monopólio, o monopsonio no mercado de trabalho tem como efeitos (i) a redistribuição de renda dos empregados para os empregadores através da redução de salários e (ii) o desperdício, devido ao aumento do desemprego ou não-emprego dos trabalhadores que consideram os salários vigentes inaceitáveis e saem da força de trabalho ou se recusam a aceitar os empregos disponíveis. Ainda, devido aos baixos salários e à redução de oportunidades de emprego, o monopsonio diminui a produção e o crescimento econômico, bem como cria barreiras à entrada e danos a empresas que precisam contratar trabalhadores através da redução artificial da mobilidade dos empregados. Assim, de modo análogo aos efeitos do monopólio, o monopsonio causa o emprego de poucos recursos. Ausente o poder de monopsonio, as forças de oferta e demanda – a combinação do nível competitivo de salário e da quantidade ideal de contratação – levam à maximização do bem-estar social”.

Essa discussão ganha contornos ainda mais relevantes após os diversos estudos internacionais mencionados acima que começaram a refutar a presunção inicial que mercados de trabalho seriam competitivos, apontando, na realidade, para o exato oposto. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, constatou-se que se as concentrações nos mercados de trabalho fossem analisadas como os mercados tradicionais de produtos e serviços, 60% dos mercados de trabalho seriam altamente concentrados²⁶ (Marinescu; Posner, 2019, p. 27).

A lógica econômica nos ensina que os agentes econômicos de um mercado pouco competitivo têm incentivos para aumentar os preços e reduzir a produção (gerando o que se convencionou chamar na economia de “peso morto”²⁷). Menor produtividade implica em menos postos de trabalho sendo gerados e, conjuntamente com preços maiores, fazem com que os agentes econômicos monopolistas ou oligopolistas tenham menos incentivos para inovar, serem eficientes e aprimorarem a qualidade do produto ou serviço oferecido.

Por outro lado, um mercado competitivo naturalmente terá uma quantidade maior de agentes econômicos em atividade, disputando acirradamente entre si. Como efeito contrário ao descrito no parágrafo acima, um maior número de empresas resulta em maior concorrência, aumento de produção e inovação²⁸ e diminuição do preço até o nível competitivo, estimulando a economia por meio da geração de riquezas, produtividade, consumo e oferta de empregos²⁹. E não apenas isso: importantíssimo notar que o aumento da produtividade, consumo e empregos também implica em um aumento na arrecadação de tributos pelo Estado que podem ser usados

²⁶ O Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) é uma medida de concentração de mercados amplamente usada pelo Direito da Concorrência. É um cálculo que traduz o nível de competitividade de um determinado mercado relevante. De forma geral, um HHI superior a 1.500 sugere um mercado moderadamente concentrado, enquanto um HHI superior a 2.500 aponta para um mercado altamente concentrado.

²⁷ Para os impactos na produção de situações de competição e monopólio (com a diminuição da quantidade produzida e geração do “peso morto”), ver: STIGLITZ, J. E.; WALSH, C. E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 171, 187, 199 e ss.

²⁸ Nesse sentido, o CADE já reconheceu que “[...] as empresas atuantes em um mercado de livre concorrência tendem a ficar afinadas com os desejos e expectativas dos consumidores, porque estão permanentemente ameaçadas por produtos de qualidade superior ou por novos produtos. Portanto, a livre concorrência, além de garantir os menores preços para o consumidor e maior leque de escolha de produtos, também estimula a criatividade e a inovação” (CADE, 2016, p. 7).

²⁹ Admite-se a existência certa discordância na doutrina quanto à correlação entre competição e criação de empregos. No entanto, o aumento de competição em um setor pode resultar na criação de empregos em outros setores onde a concorrência não aumentou (uma vez que o aumento da concorrência implica em aumento de produtividade que gera aumento de receita, que será gasta em bens e serviços de outras indústrias onde novos empregos serão criados). No original, em inglês: “*To illustrate the effect of increased competition on employment at the economy-level, Prof Norman presented a graph showing productivity growth and employment growth in Norwegian industry from 1990 to 2010. The graph suggests that industries with the highest productivity growth are not those that have the highest employment growth. This can be explained by the income effect of increased competition: high productivity in one part of the economy generates extra income, which will be spent on goods and services in other industry of the economy where new jobs will be created as a consequence. Therefore, increased competition in one sector can result in job creation in other sectors where competition has not increased*” (OCDE, 2015a, p. 8).

no desenho de políticas públicas voltadas à garantia dos direitos sociais, como o seguro-desemprego, por exemplo, focadas no direito ao desenvolvimento humano.

É por todos esses motivos que é importante e relevante discutir os efeitos (anti)competitivos de um mercado de trabalho concentrado. Conversando com a realidade brasileira, os efeitos deletérios de uma concentração em mercados de trabalho podem ser ainda piores, dado o alto índice de desemprego e baixa remuneração geral (ocasionando ainda maior aversão ao risco de mudar de emprego) (CADE, 2021, p. 13). Para ilustrar esse ponto, nota-se que, no segundo trimestre de 2023, o país tinha 8,6 milhões de desempregados, representando uma taxa de desemprego de 8%, e que mais de 3,7 milhões de brasileiros haviam desistido de procurar emprego, apesar de quererem trabalhar e estarem disponíveis (desalento), levando a uma taxa de subutilização de 17,8% (IBGE, 2023a).

Ainda, o rendimento domiciliar per capita para o Brasil foi de apenas R\$ 1.625,00; mais de 18% dos jovens brasileiros não concluíram o ensino médio, seja por terem abandonado ou nunca frequentado a escola; 20% deles não estavam ocupados nem trabalhando, nem estudando (IBGE, 2023b, p. 12 e 14) – sem contar os recortes sociais e raciais que são ainda mais prejudiciais para certos grupos populacionais. Esses dados evidenciam que grande parcela da força de trabalho brasileira é ainda pouco qualificada e de baixa renda, sendo mais vulnerável ao poder exercido pelo empregador.

2.3 COMO ALINHAR METAS DE CRESCIMENTO ECONÔMICO COM DESENVOLVIMENTO HUMANO: LIVRE CONCORRÊNCIA, BUSCA DO PLENO EMPREGO E VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO, PRINCÍPIOS FORMADORES DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

As discussões a respeito das tensões entre crescimento econômico e desenvolvimento humano e social não são de hoje. No dicionário Oxford *Languages*, por exemplo, a definição do verbete *crescimento* traz tanto o seu significado literal de “[...] multiplicação ou aumento em dimensão, volume, quantidade ou intensidade” como o seu sentido figurado de “[...] desenvolvimento, progresso, evolução; acréscimo em importância”. Mas, em projeção socioeconômica, as palavras *crescimento* e *desenvolvimento* podem designar situações e acepções diferentes, mostrando que os contornos a respeito de até onde vão suas semelhanças e diferenças ainda não são necessariamente claros³⁰.

³⁰ Para uma perspectiva aprofundada a respeito dos aspectos contemporâneos do conceito de desenvolvimento, contrastados à noção de desempenho econômico, ver também: Pimenta (2014).

De fato, conectar o conceito de desenvolvimento à lógica do progresso dos modelos econômicos competitivos e do mundo industrial e urbano não seria um problema em si se esse modelo não viesse acompanhado de desigualdades, exclusões e, quando somado à tecnologia informacional, desemprego (Pimenta, 2014, p. 51). Estudiosos do tema apontam a necessária distinção entre desenvolvimento e crescimento econômico. Entre eles, Ignacy Sachs (2008, p. 12-14/17-18) em vertente preponderantemente socioambiental, que vaticinou, no rastro de outras colaborações, ser o desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado e, nesse sentido, conferiu especial destaque ao direito do trabalho ao enxergar o emprego decente como a melhor forma de assegurar, simultaneamente, a sustentabilidade social e o crescimento econômico, vez que o direito ao trabalho, quando em boas condições, consegue oportunizar outros direitos. Assim, embora reconhecendo o fator crescimento econômico como importante peça no processo do desenvolvimento, para Sachs, ele não é condição suficiente, por si, para alcançar a meta de uma vida melhor para todos, sendo necessário que, entre os resultados do crescimento econômico, se identifique a ampliação de empregos, a redução da pobreza e a promoção da igualdade.

Outro autor frequentemente citado quando o assunto são as bases de um desenvolvimento humano é Amartya Sen (2010, p. 16 e 25), que agrega à discussão o esteio da liberdade como o principal fim e meio para se alcançar o desenvolvimento. Em Sen (2010), desenvolvimento é visto como o processo de expansão das liberdades reais dos indivíduos com a remoção das principais fontes de privação, como pobreza, carência de oportunidades econômicas, dentre outras – e o emprego (decente) é considerado fundamental para esse desenvolvimento, pois contribui para o exercício de liberdade e autonomia.

No caso do Brasil, vale lembrar as anotações de Celso Furtado (1984, p. 63; 1996, p. 75), que instigam olhar criticamente o mito da ideia de *desenvolvimento econômico*, que acabou por afastar a análise das reais necessidades da coletividade ao focar em objetivos abstratos como investimentos, exportações e crescimento. Para o autor, o desenvolvimento deve ser visto amplamente como processo criativo que permite a realização das potencialidades dos indivíduos e da coletividade; não adotar essa visão leva as economias da periferia a nunca serem categorizadas como *desenvolvidas* da mesma forma que aquelas economias que formam o centro do sistema capitalista.

Nota-se, pois, que ideais de bem-estar e melhoria das condições de vida foram sendo incorporados ao conceito de desenvolvimento (Feitosa, 2013, p. 179)³¹, especialmente no

³¹ Para mais detalhes a respeito da contextualização histórica da passagem da temática do desenvolvimento como crescimento econômico para o campo dos direitos humanos, ver também Franco e Feitosa (2010).

desenrolar do pós-Segunda Guerra Mundial³². Além disso, ganha espaço também a ideia de que é que por meio da concordância entre o direito *do* trabalho e o direito *ao* trabalho que se percebem os benefícios do desenvolvimento (Feitosa, 2013, p. 221-222; Araújo, 2019, p. 783).

No entanto, na contramão dessas conclusões acadêmicas, constata-se a ausência de correlação entre produtividade e distribuição de renda, visto que, em muitas ocasiões, o aumento de produtividade não leva necessariamente a correspondente aumento no salário dos trabalhadores de menor renda (Goiria e Herrera, 2021, p. 57). Estudiosos como Avelãs Nunes (2011, p. 55) têm identificado desequilíbrio entre o aumento do crescimento econômico e as melhorias das dinâmicas no mercado de trabalho, dado que, embora a produtividade mundial tenha aumentado cerca de 30%, o aumento dos salários não ultrapassou 18%³³.

Dessa constatação relacionam-se os estudos mencionados ao longo da presente Dissertação que identificaram mercados de trabalho altamente concentrados, com significativa disseminação em contratos de trabalho de obrigações restritivas a funcionários pouco remunerados e pouco qualificados, e preocupante vulnerabilidade dos trabalhadores. Essas preocupações são particularmente agravadas na realidade brasileira, considerando fatores como desigualdade de renda, desemprego, informalidade, entre tantos outros.

Nessa linha, a importância de se discutir a competência das autoridades concorrenciais para averiguar efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho está exatamente em contribuir para a melhora desse cenário, para que o crescimento econômico (promovido pela livre concorrência) possa ir ao encontro do desenvolvimento humano (refletido nos princípios constitucionais da busca do pleno emprego e valorização do trabalho humano). Isso é de particular importância quando se constata, conforme será detalhado a seguir, a insuficiência dos instrumentos de política pública tradicionalmente utilizados para combater desigualdade de renda, ao tempo em que impõe que sejam agregados aos instrumentos tradicionais olhares inovadores, “fora da caixa”, na busca pela harmonização entre crescimento econômico e desenvolvimento humano, de onde se depreende a possibilidade de vincular o Direito da

³² Nessa linha, o próprio conceito de “segurança” sofreu grandes modificações, passando de uma visão puramente militar, de segurança enquanto defesa centrada no Estado-nação, para uma visão de “segurança humana” amparada em valores ligados à dignidade da pessoa humana, que se formou enquanto conceito em 1994 no Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas.

³³ Para o autor, “À escala mundial, calcula-se que, nos últimos 10 anos, a produtividade aumentou cerca de 30%, enquanto o aumento dos salários não foi além de 18%. Isso significa que os ganhos da revolução científica e tecnológica têm servido, essencialmente, para aumentar os lucros [...] quando deveriam ter se ajudado à progressiva libertação dos trabalhadores, não só através do aumento dos salários, mas, sobretudo, proporcionando garantias mais sólidas no que toca aos direitos no âmbito da segurança social, melhores condições de vida e de trabalho, melhores serviços públicos de educação e de saúde, universais, gerais e gratuitos” (Nunes, 2011, p. 55).

Concorrência a uma “função social”, ao estimular um ambiente trabalhista mais inclusivo e competitivo.

Embora não haja definição universalmente válida sobre em que exatamente consiste no direito ao desenvolvimento humano³⁴, registre-se que esse ideal foi recepcionado pela Constituição Federal Brasileira. Em seu artigo 1º, a Constituição interliga os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana, e, no artigo 170, equipara a livre concorrência e a busca do pleno emprego como princípios igualmente importantes na formação da ordem econômica, dispondo dos valores da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano como fundadores da ordem econômica, cujo fim é assegurar a todos uma existência digna, devendo ser reprimido o exercício abusivo do poder de mercado (artigo 173, §4º).

Conversando com esse ideal tem-se também a Lei 13.874/2019, que ficou conhecida como a Lei de Liberdade Econômica, que oferece orientações interpretativas valiosas na busca pela harmonização entre o mundo do mercado de trabalho e o mundo dos mercados econômicos, ao reconhecer, por exemplo, a liberdade no exercício das atividades econômicas e a intervenção subsidiária e excepcional do Estado.

Correa, Clark e Riceputi (2017, p. 83-86) atrelam o princípio da busca do pleno emprego aos princípios que sustentam a dignidade humana (objetivando o desenvolvimento pleno do indivíduo considerado em sua singularidade na mesma linha do valor social do trabalho); da livre iniciativa (olhando para o trabalho nas vertentes individual-social-econômica como expressão da liberdade individual); e outros como a defesa do meio ambiente, a propriedade privada e a defesa do consumidor. Complementando essa visão, o que a presente Dissertação propõe é somar a todos esses princípios o da livre concorrência como balizador fundamental da valorização do trabalho humano.

O “pleno emprego” – terminologia empregada pela ciência econômica e que também encontra lugar no mundo jurídico, especialmente no ramo do Direito do Trabalho – refere-se ao equilíbrio entre oferta e demanda dos fatores de produção, situação na qual toda a mão de obra disponível pode ser empregada³⁵ (Rêgo e Nascimento, 2019, p. 159). Todavia, o Ministério do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho (“OIT”) aproximam o

³⁴ Apesar de existirem tentativas de parametrização e medição. Vide, por exemplo, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Revolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1986, que dispõe em seu artigo 1º que “[o] direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”.

³⁵ Vale ressaltar que a ideia de pleno emprego não remonta a uma ausência de desemprego, pois admite-se eventual taxa de desemprego estrutural.

conceito de “pleno emprego” ao de “trabalho decente”, no sentido de entendê-lo para além do número de postos de trabalho gerados, incluindo na análise também a qualidade desses empregos, em linha com a ideia de dignidade das atividades laborais e erradicação da pobreza e da fome (OIT, 2009; OIT, 2012; Rêgo e Nascimento, 2019, p. 163).

Nessa linha, para Washington Albino de Souza (1985, p. 2; 2017, p. 398), o trabalho é um fenômeno jurídico que se manifesta tanto no campo do Direito do Trabalho como do Direito Econômico. O autor denomina de “Direito Econômico do Trabalho”, concretizado por meio da positivação do princípio da busca do pleno emprego no inciso VIII do artigo 170 da Constituição Federal, assim, a busca do pleno emprego deve ser considerada interconectada ao objeto desenvolvimento visto no sentido qualitativo (Souza, 2017, p. 399).

Segundo ensina Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa (2013, p. 172-175), enquanto o direito *do* desenvolvimento (visto em seu viés econômico) encontra-se situado no âmbito do direito econômico constitucional e nas relações entre o Estado e os agentes de mercado, refletido, por exemplo, no Direito do Trabalho, do Consumo, da Saúde e outros, o direito humano *ao* desenvolvimento envolve a temática ampla dos direitos humanos, privilegiando a coletividade e a dignidade da pessoa humana, ao invés da dimensão individual, refletindo-se, pois, no direito ao trabalho (à saúde, ao meio ambiente sadio, entre outros).

Nessa linha, o direito do desenvolvimento, pautado prioritariamente pelo enfoque do crescimento econômico, poderia ser implementado diante do aumento do PIB nacional, que geraria mais recursos a serem aplicados em obras e empregos, escolas, hospitais etc. Contudo, o direito humano ao desenvolvimento, considerado amplamente em viés qualitativo, exige a ampliação do olhar para outras medidas além do puro crescimento econômico, tais como a distribuição de renda, conferir sustentabilidade às alterações no meio ambiente, usar o crescimento econômico para reduzir sistematicamente desigualdades e gerar aportes de inclusão social, com acesso pleno e qualificado à educação e saúde, com foco prioritário na dignidade humana e na valorização do trabalho humano³⁶ (Feitosa, 2013, p. 172-175).

³⁶ Dentro dessa perspectiva, o PIB como único indicador tem-se mostrado insuficiente, fazendo despontar outros indicadores complementares como o Índice de Desenvolvimento Humano, o Índice de Desenvolvimento Humano Ajustado à Desigualdade, o Índice de Gini e o Índice de Felicidade Interna Bruta, entre vários outros. Surgem também outros indicadores que olham para a governança das próprias instituições como uma variável de desenvolvimento, tais como os indicadores *Worldwide Governance Indicator* e *Doing Business*, ambos do Banco Mundial, e o *Rule of Law Index* do *World Justice Project*. Para mais a respeito dos indicadores de governança, e a forma com que eles devem ser aplicados, vide BOTERO, Juan Carlos; PINZON, Angela; PRATT, Christine S. Law Indicators Fail Public Policy Decision Making in Practice? **Hague Journal on Rule Law** 8, 51-74, Jan/2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/289601189_How_When_and_Why_Do_Governance_Justice_and_Rule_of_Law_Indicators_Fail_Public_Policy_Design_Making_in_Practice. Acesso em: 09 jun. 2023.

Nesse debate, tem ganhado especial contorno o conceito de *desenvolvimento sustentável*, proposto inicialmente pelo Relatório Brundtland em 1987 e dotado de relevância internacional em 1992³⁷ na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, quando se reconheceu a necessidade de integrar e balancear os aspectos econômicos, sociais e ambientais com vistas a preservar a vida humana na terra, demandando novas percepções sobre produção e consumo, forma de vida e de trabalho e processo de tomada de decisões. Esse conceito, até então revolucionário, foi a faísca de discussões profundas a respeito de como garantir a sustentabilidade do desenvolvimento, formalizado na Agenda 21 – a primeira manifestação, em escala global, de um novo padrão de desenvolvimento para o século XXI.

Desde então, inúmeros documentos nacionais e internacionais foram elaborados e atualizados para abordar o tema³⁸, sendo que o termo desenvolvimento sustentável – inicialmente usado no contexto de discussões relativas ao meio ambiente – foi se ampliando para incluir também questões de justiça social³⁹ e passou a ser conjugado com as ideias de ser, além de sustentável, também incluyente e sustentado⁴⁰. Nesse sentido, em setembro de 2015, representantes dos 193 Estados-membros da ONU se reuniram para delinear as metas para promover o desenvolvimento sustentável para os próximos 15 anos, o que ficou mundialmente conhecido como a “Agenda 2030”. Foram então desenhados os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (“ODSs”), que se traduzem em 17 objetivos macro e 169 metas específicas dentro de três vertentes do desenvolvimento – econômica, social e ambiental.

Para fins da presente Dissertação, destaca-se o ODS nº 8, que discute a promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos. Em linha com o disposto, pode-se perceber que o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 08 já em seu título confirma a constatação de que o crescimento econômico é fundamental para a melhoria das condições sociais, embora não suficiente, por si só, para garanti-las. Em desdobramento, foram desenhadas 12 metas

³⁷ Nota-se, contudo, que as discussões a respeito do tema desenvolvimento sustentável são muito anteriores a essa data. Não se pode ignorar, por exemplo, o papel fundamental desempenhado pelo livro *A Primavera Silenciosa*, de Rachel Carson, e pela Conferência de Estocolmo em 1972.

³⁸ Para mais sobre o progresso histórico do termo “desenvolvimento sustentável” e dos principais documentos elaborados internacionalmente nesse sentido, ver: Figueiredo (2020).

³⁹ Para críticas a respeito da ampliação do conceito para além de questões ambientais, vide por exemplo Zhouri e Laschefski (2010).

⁴⁰ Para mais a respeito, ver: Godoy e Maciel (2021).

específicas com relação a esse objetivo⁴¹, entre as quais destacam-se aqui, principalmente, algumas que conectam, na sua essência, os conceitos de produção econômica e trabalho.

Podem ser especificadamente indicadas as seguintes metas que compõem este objetivo: (i) “[...] 8.3 Promover o desenvolvimento com a geração de trabalho digno; a formalização; o crescimento das micro, pequenas e médias empresas; o empreendedorismo e a inovação”; (ii) “[...] 8.5 Até 2030, reduzir em 40% a taxa de desemprego e outras formas de subutilização da força de trabalho, garantindo o trabalho digno, com ênfase na igualdade de remuneração para trabalho de igual valor”; e (iii) “[...] 8.6 Alcançar uma redução de 3 pontos percentuais até 2020 e de 10 pontos percentuais até 2030 na proporção de jovens que não estejam ocupados, nem estudando ou em formação profissional” (IPEA, 2019).

Na linha do discutido anteriormente, o conceito de *trabalho decente* é definido como aquele adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna⁴², entendido como condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável (MTE, 2006, p. 5). Trata-se de conceito multidimensional, ao acrescentar à noção de emprego de qualidade também noções de direitos, proteção social, voz e representação (OIT, 2015, p. 18). Conjuga-se a esse conceito a ideia de *emprego pleno*, que remonta a um conceito da ciência econômica que encontra grande ressonância no Direito, em especial no Direito do Trabalho, e que se refere à situação de equilíbrio entre oferta e demanda dos fatores de produção no qual toda a mão de obra pode ser empregada (Rêgo e Nascimento, 2019, p. 159). Conforme mencionado, o conceito de pleno emprego tem se aproximado ao de trabalho decente, somando-se à análise quantitativa de número de postos de trabalho gerados uma preocupação qualitativa ligada às noções de dignidade nas atividades laborais e erradicação da pobreza e da fome.

Assim, a escolha pela estruturação do ODS nº 8 – ao conjugar os valores do trabalho decente e pleno emprego com crescimento econômico classificado como sustentado, inclusivo e sustentável – confirma desde a logo a constatação de que o crescimento econômico é indispensável para melhorar as condições sociais, mas, por si só, não é suficiente para garantir avanços sociais. Desse modo, e analisando os objetivos específicos, se o ODS nº 8 começa com

⁴¹ Há 12 metas no ODS nº 8 da ONU, das quais 11 foram consideradas aplicáveis ao Brasil (a exceção reside na meta intermediária 8.a, relativa à iniciativa *Aid for Trade*). Nota-se que foram feitas alterações na redação de todas as 11 metas globais aplicáveis ao país. Para os fins do presente trabalho, utilizaremos a redação nacional específica ao Brasil. Vide: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods8.html>.

⁴² Para mais a respeito da forte relação entre trabalho decente e dignidade humana, vide: RODGERS, G. **El trabajo decente como una meta para la economía global**. In: Boletín técnico interamericano de formación profesional. Formación profesional, productividad y trabajo decente. Montevideo, OIT/Cinterfor, n. 153, p. 9-28, out. 2002.

uma meta específica de crescimento econômico, é também complementado por todas as outras metas que abarcam diversas dimensões do desenvolvimento, desde produtividade até turismo, degradação ambiental e condições de emprego (IPEA, 2019, p. 5).

Entretanto, a menos de sete anos da linha de chegada, há diversos desafios para que as metas delineadas sejam alcançadas até 2030. Podem ser mencionados: os aumentos sucessivos na informalidade, na contramão da meta 8.3; a ainda significativa taxa de desocupação, mais expressiva entre as mulheres em comparação aos homens, que continuam inclusive ganhando menos, ao contrário do preconizado na meta 8.5; além do expressivo percentual de jovens que não trabalham, nem estudam, nem frequentam formação profissional, um certo desafio para a meta 8.6⁴³ (IPEA, 2019, p. 18 e 19). Segundo avaliações conduzidas pelo IPEA (2019, p. 19), “[...] no conjunto, a evolução recente dos indicadores relacionados ao ODS 8 foi muito ruim, com alguns piorando e outros avançando em ritmo aquém do pretendido”. Nesse contexto, é imprescindível apontar que essas metas deverão sofrer em consequência da pandemia do novo coronavírus que se deflagrou em 2020.

Especificamente no campo do Direito da Concorrência, conexões entre pleno emprego com os objetivos da política antitruste já apareceram no passado. Conforme mencionado, logo após a promulgação da lei que instituiu na prática a política antitruste no Brasil, o próprio CADE reconheceu a importância do Direito da Concorrência atentar-se aos objetivos de proteção ao trabalho no contexto do processo de reestruturação industrial que acontecia à época (i.e., atenção ao desemprego setorial decorrente da redução ou realocação de pessoal em outros mercados geográficos; atenção ao desemprego friccional potencialmente atenuado com treinamento e requalificação profissional; e criação de oportunidades de novos negócios). Nos termos do Relatório Anual publicado em 1996⁴⁴ pelo CADE,

O processo de reestruturação industrial tem sido marcado por fusões, aquisições e joint-ventures de empresas. Tais operações, embora possam aumentar a eficiência, apresentam, por vezes, impacto negativo sobre o nível de emprego.

Três aspectos merecem destaque:

. Correção de uma Externalidade Negativa.

O processo de reestruturação que inclui fusões, aquisições, dentre outras operações, envolve, na maioria dos casos, redução de pessoal e/ou realocação de recursos humanos em diferentes mercados geográficos...

...A despeito de vantagem clara do ponto de vista da racionalização de custos, ocorre uma indesejável externalidade negativa para a sociedade com o desemprego setorial gerado.

⁴³ Interessa destacar a Iniciativa SmartLab (<https://smartlabbr.org>), que utiliza dados públicos abertos para construir conhecimento relevante para políticas públicas de promoção do trabalho decente.

⁴⁴ Conforme transcrição contida no voto do Conselheiro Gesner no Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, j. 28.03.2000, fls. 5.544-5.546 (volume 17).

Vale enfatizar que o fim último da defesa da concorrência é a maximização de bem estar que tem o seu dual na minimização de custos sociais e privados. Dessa forma, cabe, no contexto da política de concorrência, incluir todos os custos na avaliação de operações de atos de concentração entre empresas, atenuando, ou mesmo evitando, as externalidades negativas no mercado de trabalho associadas ao processo de reestruturação. [grifo no original]

. Melhoria no Funcionamento do Mercado de Trabalho.

O desemprego gerado no contexto do processo de reestruturação das empresas e, particularmente, em atos de concentração, onde se localiza a atuação do CADE, apresenta seu lado mais perverso na baixa versatilidade da mão-de-obra dispensada. Essa força de trabalho se depara, muitas vezes, com um mercado de trabalho pouco receptivo às suas especialidades exercidas no antigo emprego.

O desemprego gerado por essa falta de compatibilidade entre as qualificações do trabalhador no mercado da demissão e o perfil exigido pelo mercado constitui o chamado desemprego friccional. Trata-se de uma situação de desemprego simultâneo a uma razoável demanda de mão-de-obra no mercado.

[...]

De uma forma geral, o programa de requalificação tende a ampliar a flexibilidade do mercado de trabalho no lado da oferta, melhorando, por conseguinte, o funcionamento do mesmo, o que se coaduna com os objetivos da defesa da concorrência.

Assim, estas duas primeiras dimensões dizem respeito à neutralização de ineficiências macroeconômicas geradas por movimentos associados à busca da eficiência microeconômica. De fato, quando a economia se afasta do pleno emprego, cuja busca é consagrada como princípio constitucional da Ordem Econômica (inciso VIII do art. 170 da Constituição), verifica-se uma ineficiência do ponto de vista global, posto que a economia não utiliza integralmente os recursos existentes situando-se aquém da fronteira de possibilidades de produção. [grifo no original]

. Criação de Oportunidade para o Surgimento de Novos Negócios Próprios.

O novo paradigma de programas de requalificação não se restringe à formação de mão-de-obra para as empresas já constituídas. Também se vislumbra treinamento com vistas à formação de pequenos empresários que constituam seus negócios próprios. Tal processo é saudável ao incrementar a competição, especialmente no setor de serviços e, sobretudo, ao ensejar nova mentalidade empresarial e de concorrência.

O esforço criativo para alcançar o pleno emprego e amparar a força de trabalho, inclusive em face da automação (inciso XXVII do art. 7. da CF), revela um comprometimento das instituições com o primado da solidariedade humana (inciso IV do art. 1., inciso I do art. 3. E [sic] caput do art. 170 da CF). E compreensível, portanto, que não tenha escapado ao legislador a relação entre a avaliação de atos de concentração e os problemas relacionados com o nível de emprego no art. 58 da Lei n. 8.884/94.

Exemplificativamente, pode-se mencionar também o julgamento paradigmático que aprovou a criação da Ambev em 2000, no qual o pleno emprego foi mencionado como o único princípio constitucional que seria equiparável à livre concorrência (Barbosa Junior, 2016, p. 36). Ademais, o CADE também reconheceu, de forma ainda mais explícita, a sobreposição entre antitruste (na figura da regulação dos mercados de consumo) e política de emprego (na figura da regulação dos mercados de trabalho) na assinatura de dois Protocolos de Intenções com o Ministério do Trabalho em 1997 e 2000 e nos acordos firmados em diversas operações complexas entre os anos de 1995 e 2000 que alocavam às empresas obrigações relacionadas à manutenção do nível de emprego e implantação de programas de qualificação/recolocação, no

objetivo de reduzir o custo social relacionado à potencial dispensa de trabalhadores em função das sinergias operacionais da operação (Barbosa Junior, 2016, p. 36).

O Capítulo seguinte mostrará que esse tema se manteve, de certa forma, na agenda do CADE nos anos seguintes, embora nem sempre de forma consistente unânime. Se, em alguns casos, o Tribunal declarou ser o CADE mais que o guardião da livre concorrência, mas também dos princípios gerais da atividade econômica, incluindo a busca pelo pleno emprego⁴⁵, em outros casos entendeu em sentido contrário não ter competência para avaliar questões relacionadas a emprego e trabalho⁴⁶.

Mas concorrência e desenvolvimento humano nem sempre são vistos como valores complementares⁴⁷. Ao contrário, por ser muitas vezes vista como impulsionadora de um crescimento econômico ilimitado, a concorrência é vista pejorativamente como um obstáculo à criação de empregos – basta pensar na adoção de medidas protetivas à indústria nacional no caso de abertura de economias fechadas a importações, costumeiramente vista como ameaça aos empregos locais. Mas, além disso, existe uma percepção geral do público de que competição destrói empregos, apesar da afirmação recorrente de economistas mostrando que, na realidade, a concorrência promove criação de empregos (OCDE, 2015a, p. 6).

Nesse cenário, embora exista certa resistência à ideia de que mais competição auxilia na criação de empregos (i.e., em que medida os efeitos gerados pela competição serão relacionados a uma distribuição de renda), há evidências que indicam uma correlação positiva. Ou seja,

Existe consenso na teoria e evidência econômica que a competição impacta positivamente no nível de emprego sob uma perspectiva agregada ou global. No nível micro (empresa, indústria), a evidência é mais ambígua. Quanto aos mecanismos subjacentes, a concorrência influencia a criação de emprego através de dois canais principais: (i) um efeito de expansão do produto impulsionado por um aumento da produtividade e uma redução dos mark-ups e (ii) um efeito na formação salarial (OCDE, 2015a, p. 3)⁴⁸.

⁴⁵ Voto condutor do Conselheiro Luiz Alberto Scaloppe no Ato de Concentração nº 08012.000777/2005-60 (Bemis Company Inc / Dixie Toga S.A), Relator Cons. Ricardo Vilias Bôas Cueva, j. 27 abril 2005.

⁴⁶ Conforme Procedimento Preparatório de Inquérito nº 08012.004330/2012-99.

⁴⁷ Conforme nos descreve Cruz (2005, p. 23) ao resgatar o contexto histórico da criação da Organização Internacional do Trabalho e o papel do empresário Robert Owen como pioneiro no desenvolvimento da legislação trabalhista, que teria combatido “[...] o lucro e a concorrência por considerá-los os principais responsáveis pelos males e injustiças sociais, pela deturpação do meio social”. Nesse sentido, vide também: PINHO, Diva Benevides. **O pensamento e o cooperativismo brasileiro**. 2 tir. São Paulo, v.1, p. 24.

⁴⁸ Tradução livre. No original, em inglês: “*There is broad agreement both from economic theory and available economic evidence that competition has a positive impact on employment in the aggregate or overall level. At the micro (firm, industry) level, the evidence is more ambiguous. As for the underlying mechanisms, competition influences employment creation through two main channels: (i) an output expansion effect driven by an increase in productivity and a reduction in mark-ups and (ii) an effect on wage formation*”.

Ainda, embora a concorrência não necessariamente leve à criação de empregos, ela gera a base necessária para empregos melhores e mais produtivos, o que pode produzir alocação mais eficiente de recursos e torna a economia mais responsiva a choques externos e mais robusta em resposta à competição internacional. Assim, “[...] as conclusões empíricas da literatura confirmam que o impacto final no nível de emprego resultante de uma maior concorrência é a criação de empregos, possivelmente associadas com um aumento real da remuneração (decorrente da redução dos preços)” (OCDE, 2015a, p. 3)⁴⁹.

No entanto, a conjugação da constatação de que mercados de trabalho têm se mostrado altamente concentrados ao redor do mundo com a realidade brasileira de desemprego, informalidade e desigualdade de renda exige um pensar “fora da caixa”, para além daqueles que têm sido, até então, os caminhos escolhidos por Estados e governos na busca pela harmonização do crescimento econômico com desenvolvimento humano, inclusive em termos de políticas públicas.

É nessa linha que importa discutir o tema da presente Dissertação, ao propor que a livre concorrência seja vista como ideal a ser protegido e mantido por meio do Direito da Concorrência, sendo enxergado como vetor propulsor para auxiliar na alavancagem dos princípios constitucionais da busca do pleno emprego, da valorização do trabalho humano e das metas delineadas no ODS nº 8, ao conectar o trabalho aos ideais de crescimento econômico e de desenvolvimento humano.

⁴⁹ Tradução livre. No original, em inglês: “*The empirical findings in the literature confirm that the final impact on employment from increased competition is more job creation, possibly associated with higher real wages (as prices are reduced)*”.

3 O ESTADO DA ARTE NO BRASIL E EM PERSPECTIVA COMPARADA

O debate a respeito da interlocução entre crescimento econômico e desenvolvimento humano não é novo e há muito tempo anima os palcos das discussões acadêmicas e os bastidores dos desenhos de políticas públicas. O Capítulo anterior mostrou que se, por um lado, é possível ver esses conceitos usados de forma quase intercambiável entre si (basta, por exemplo, pensar no próprio conceito do Produto Interno Bruto, que correlaciona a capacidade de consumo ao nível de bem-estar da população, levando à classificação de países como “desenvolvidos” ou “subdesenvolvidos”), por outro lado, a realidade do mundo fático, que contrapõe produtividade com distribuição de renda, aponta cada vez mais para a falta de correspondência entre crescimento econômico e um respectivo aumento no salário dos trabalhadores. Na prática, o que se mostra é um desalinhamento entre produtividade e distribuição de renda⁵⁰.

Essa desconexão não é particularidade do nosso país. Durante os primeiros 10 anos da década de 2000, enquanto a produtividade mundial aumentou em aproximadamente 30%, o aumento dos salários não superou 18% (Avelãs Nunes, 2011, p. 55). Nessa linha, e no contexto da discussão específica da aplicação do Direito Concorrencial ao mercado de trabalho, estudos internacionais vêm apontando para um preocupante cenário: mercados de trabalho surpreendentemente concentrados, com significativa disseminação de cláusulas restritivas à liberdade do funcionário, especialmente para aqueles empregos de mão de obra pouco qualificada e mal remunerada, bem como preocupante vulnerabilidade dos trabalhadores, agravada pela dessindicalização da força de trabalho.

O Capítulo anterior mostrou os desdobramentos que aproximaram concorrência e trabalho. Identificou que, embora a aproximação com questões trabalhistas tenha sofrido certa resistência no passado recente do Direito Concorrencial, diversos estudos nos últimos anos revisitaram debates acerca da importância de discutir o mercado de trabalho sob o enfoque do Direito Concorrencial.

Nessa linha, na perspectiva do mercado de trabalho, as autoridades concorrenciais podem atuar de três formas distintas: (i) preventivamente, quando analisam operações societárias (i.e., atos de concentração) que possam dar origem a empresas com grande poder de contratação e grandes consumidoras de mão de obra (o que significa prevenir a formação de

⁵⁰ Embora admita-se a existência de uma correlação entre produtividade e remunerações de forma geral. Para mais sobre o assunto, vide: LAZEAR, E. P. **Productivity and Wages: Common Factors and Idiosyncrasies Across Countries and Industries**, NBER Working Paper No. 26428. Cambridge: NBER, 2019 e também STANSBURY, A. M.; LAWRENCE, S. **Productivity and Pay: Is the Link Broken?** NBER Working Paper No. 24165. Cambridge: NBER, 2017.

monopsônios); (ii) repressivamente, quando investigam e condenam eventuais infrações anticompetitivas (como conluíus entre empresas objetivando o mercado de trabalho); e (iii) pedagogicamente, quando lançam mão dos instrumentos educativos da advocacia da concorrência para conscientizar empresas e seus funcionários a prevenir eventuais restrições à concorrência no mercado de trabalho (Rivera; Domingues; Silva e Souza, 2018, p. 66).

Este Capítulo discutirá o estado da arte da discussão. Para tanto, analisará a temática no mundo em perspectiva comparada e, em seguida, objetivará entender como o Brasil se posiciona no debate a respeito dos impactos concorrenciais no mercado de trabalho.

3.1 A EVOLUÇÃO DA TEMÁTICA NO MUNDO, EM PERSPECTIVA COMPARADA⁵¹

Embora seja recente a aproximação entre Trabalho e Concorrência, reflexos de um início de discussão em âmbito mundial já despontavam, ainda que isoladamente, no final do Século XIX. Há referências na história legislativa do Sherman Act⁵² de que seu principal redator, o senador John Sherman, já havia expressado preocupações com o poder de um monopólio comandar o preço do trabalho (Polden, 2019, p. 7). Mas destacam Posner e Volpin (2020, p. 2) que, embora a aplicabilidade da lei antitruste ao mercado de trabalho fosse teoricamente possível, pouquíssimos eram os casos que tratavam esse tipo de situação, sendo que os primeiros casos em que essa tese foi vencedora relacionavam-se a contextos pouco habituais ou referiam-se a cartéis evidentes para fixação de remuneração. Identificam os autores que a maioria dos outros casos não obtiveram sucesso, e que as autoridades antitruste pouco olhavam para situações de abuso de poder no mercado de trabalho, inclusive como resultado de operações societárias.

O primeiro caso resgatado pela doutrina (Rivera, Domingues e Silva e Souza, 2018, p. 76, Martins, 2022, p. 33) data de 1957⁵³ nos Estados Unidos da América e tratava de um acordo entre empregadores da indústria de revistas de não contratar os vendedores de seus concorrentes, incluindo ex-funcionários que não podiam ser contratados durante um ano.

Dentre os mais relevantes, a doutrina identifica outros casos na década de 90, também nos Estados Unidos da América. Em 1992, as autoridades norte-americanas iniciaram um

⁵¹ O levantamento realizado na presente pesquisa e resumido neste subtópico não pretende esgotar o assunto, de forma que se reconhece a existência de outros casos além dos mencionados. O que se objetivou foi, por meio de extensa revisão bibliográfica, apontar os casos mais relevantes e citados pela doutrina.

⁵² O Sherman Act foi a primeira lei antitruste americana, está vigente até os dias atuais e é considerada uma das legislações concorrenciais mais relevantes do mundo, tendo inspirado o modelo de diversos outros países, inclusive o Brasil. Para mais a respeito, vide: Domingues; Gaban, 2016 e Forgioni, 2015.

⁵³ Union Circulation Company v. The Federal Trade Commission.

processo contra administradoras de lares de idosos que se coordenaram para impedir o aumento do preço dos serviços de enfermeiros⁵⁴. A conduta teria iniciado em 1988 quando uma empresa de terceirização de enfermeiros anunciou o aumento do preço cobrado pela mão de obra temporária de enfermeiros. Em resposta a esse aumento, as administradoras de lares de idosos acordaram um boicote aos serviços dessa empresa de terceirização, formalizado em uma carta à empresa. O processo foi encerrado com um acordo entre as empresas e as autoridades concorrenciais americanas no qual as empresas, embora não tenham reconhecido a ilegalidade da conduta, comprometeram-se a cessar sua prática (Rivera, Domingues, Silva e Sousa, 2018, p. 73-75).

Em 1994, outra prática anticompetitiva envolvendo profissionais de enfermagem foi desmantelada pelas autoridades norte-americanas⁵⁵. Conforme explicam Rivera, Domingues e Silva e Sousa (2018, p. 74), a conduta ocorreu de 1984 a 1992 com troca de informações confidenciais envolvendo o orçamento geral dos hospitais, o orçamento dedicado ao pagamento de enfermeiros e o salário inicial dos enfermeiros recém-formados, o que ocasionou estabilização da remuneração paga aos enfermeiros. Essa conduta foi viabilizada com a ajuda da associação comercial de hospitais do Utah e da associação profissional de diretores de recursos humanos dos hospitais deste Estado. A investigação culminou com a assinatura de acordos por meio dos quais os investigados comprometeram-se a não fixar remuneração presente ou futura de enfermeiros, nem trocar esse tipo de informações com seus concorrentes.

No ano seguinte, em 1995, as autoridades norte-americanas derrubaram o acordo existente entre estilistas que visava diminuir os cachês pagos a modelos em desfiles de moda⁵⁶. Nesse caso, o Council of Fashion Designers of America comprometeu-se com as autoridades a impedir seus membros de fixarem os cachês, bem como conscientizar os estilistas de que a prática da fixação de preços é ilegal. Interessante nesse caso que as autoridades concorrenciais questionaram a legalidade do acordo que fixava remuneração dos modelos ao entender que não faziam parte de uma compra coletiva de serviços, pois, além de não ter relação com a organização dos desfiles, a contratação de modelos era feita individualmente por estilista (Rivera, Domingues, Silva e Sousa, 2018, p. 75).

Mas foi apenas a partir de 2010 que casos concorrenciais envolvendo o mercado de trabalho ganharam notoriedade, principalmente com investigações envolvendo grandes empresas de tecnologia. Nesse ano, as autoridades concorrenciais norte-americanas

⁵⁴ U.S. v. Debes Corporation at al.

⁵⁵ U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources.

⁵⁶ U.S. v. Council of Fashion Designers of America.

investigaram cinco acordos bilaterais envolvendo as empresas *Google, Adobe, Apple, Pixar, Intel* e *Intuit*, que teriam combinado não contratar os funcionários umas das outras (mais especificamente, engenheiros de *software*)⁵⁷⁻⁵⁸ (Rivera; Domingues; Silva e Souza, 2018, p. 76; Martins, 2022, p. 40; DOJ; FTC, 2016, p. 3-4).

Também em 2010, as autoridades concorrenciais norte-americanas abriram nova investigação contra as empresas *Lucasfilm* e *Pixar*⁵⁹, que teriam um acordo de evitar contratar ativamente funcionários umas das outras e, no caso de eventual oferta de emprego a um funcionário da concorrente, manter-se-iam informados e não tentariam cobrir uma possível contraproposta. O caso foi encerrado no ano seguinte com um acordo entre as empresas e as autoridades: as autoridades entenderam que a conduta era presumidamente ilegal e representava uma restrição horizontal entre concorrentes diretos no mercado de trabalho; as empresas envolvidas comprometeram-se a não celebrar acordos anticompetitivos no mercado de trabalho (Rivera, Domingues, Silva e Sousa, 2018, p. 77).

Em 2012, as autoridades concorrenciais norte-americanas processaram as empresas *Ebay* e *Intuit*⁶⁰⁻⁶¹ pela adoção de acordos de não contratação, entendendo pela ocorrência de danos à competição no mercado de trabalho e diminuição da mobilidade profissional dos trabalhadores (Rivera, Domingues, Silva e Sousa, 2018, p. 76-77; OCDE, 2020, 40; Martins, 2022, p. 41).

Para Polden (2019, p. 7), a persecução contra empresas do Vale do Silício foi a aplicação mais significativa das leis antitruste em questões envolvendo aspectos trabalhistas e situações de emprego. Além das ações movidas pelas autoridades antitruste, importante notar que diversas ações privadas de reparação de dano foram ajuizadas por ex-funcionários, que obtiveram ganho de causa contra as empresas *Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit* e *Lucasfilm*. Em 2015, as empresas *Intuit, Lucasfilm* e *Pixar* desembolsaram US\$ 20 milhões em acordos, e as demais desembolsaram vultosos US\$ 415 milhões de dólares para a reparação dos danos causados pela conduta (Rivera, Domingues, Silva e Sousa, 2018, p. 77; Rivera, Domingues, Mendonça, 2019; Lindsay, Stilson e Bernhard, 2016, p. 6-7, Polden, 2019, p. 6). Estima-se que mais de 64.000 trabalhadores da indústria de tecnologia tenham sido afetados por essas práticas (Polden, 2019, p. 3). Contudo, a despeito das significativas cifras totais, os valores de

⁵⁷ United States v. Adobe Systems Inc., et al.

⁵⁸ As empresas envolvidas nesses acordos bilaterais eram Apple e Google, Apple e Adobe, Apple e Pixar, Google e Intel e Google e Intuit (Rivera, Domingues, Silva e Sousa, 2018, p. 76).

⁵⁹ United States v. Lucasfilm Ltd.

⁶⁰ U.S. v. eBay, Inc.

⁶¹ A *Intuit* não foi incluída no processo devido ao acordo que havia assonado com autoridades em 2011 em decorrência do caso United States v. Adobe Systems (Rivera, Domingues, Silva e Sousa, 2018, p. 76).

indenização corresponderam apenas a aproximadamente US\$ 5.000,00 para cada membro da ação coletiva, de forma que muitos funcionários defendem que o valor estipulado foi insuficiente quando comparado aos danos efetivamente sofridos como resultado das práticas anticompetitivas (Polden, 2019, p. 6).

Uma importante ação governamental americana que decorreu dessas investigações envolvendo compromissos de não contratação foi a publicação de um guia para profissionais de recursos humanos, alertando todos aqueles envolvidos no processo de contratação de funcionários a respeito de práticas ilícitas no mercado de trabalho (Polden, 2019, p. 7; DOJ; FTC, 2016). O Guia aborda principalmente as práticas de não contratação, fixação de valores de compensação e troca de informação sensível, e reconhece a necessidade de considerar o direito trabalhista e o mercado de trabalho como variáveis importantes na análise antitruste, ao beneficiarem consumidores e funcionários (DOJ; FTC, 2016; Rivera, Domingues, Silva e Sousa, 2018, p. 68).

Em 2014, foi a vez dos acordos de não contratação envolvendo franquias estarem sob os holofotes. No caso da rede de *fast food* Jimmy John's, constatou-se que os funcionários (de baixa remuneração, diga-se de passagem) das unidades franqueadas deviam comprometer-se a não mudar para outra unidade da mesma rede. A investigação⁶² foi encerrada após a empresa concordar em eliminar essas obrigações de seus contratos (Martins, 2022, p. 41).

Mas vale notar, contudo, que nem todas as investigações envolvendo acordos de não contratação em contratos de franquias foram consideradas anticompetitivas: em 2001, o tribunal norte-americano entendeu ser razoável o estabelecimento de acordo de não contratação quando vinculado a um processo de desinvestimento⁶³. Explicam Rivera, Domingues e Silva e Sousa (2018, p. 78) que o tribunal entendeu que a cláusula (que determinava que a empresa vendedora não contrataria profissionais com salários anuais superiores a US\$ 50 mil por oito meses após o desinvestimento) era válida por ser acessória à venda dos negócios, além de ser razoável no escopo, duração temporal e limitar-se a profissionais qualificados e estratégicos. Nessa mesma linha, a União Europeia já entendeu ser aceitável cláusulas de não-solicitação quando relacionadas a uma operação de venda onde também estavam sendo transferidos funcionários-chave (OCDE, 2020, p. 42)⁶⁴.

⁶² Vide, por exemplo, *People v. Jimmy John's Franchise LLC*, Circuit Court of Cook County, Illinois, No. 2016-CH-0774.

⁶³ *Eichorn v. AT&T*.

⁶⁴ COMP/M. 7567, Ball/Rexam.

Em 2018, as autoridades norte-americanas investigaram as empresas Knorr-Bremse e Westinghouse Air Brake Technologies sob a suspeita de acordos de não contratação de profissionais no mercado de suprimentos ferroviários⁶⁵. A investigação foi finalizada com um acordo entre as autoridades e as empresas que, apesar de não reconhecerem a ilicitude das condutas, concordaram em cessar a prática⁶⁶ (Rivera, Domingues, Silva e Sousa, 2018, p. 77; Martins, 2022, p. 45). As empresas enfrentaram ainda ações coletivas de reparação de danos propostas pelos seus empregados, que argumentaram que a prática de não contratação teria diminuído a sua remuneração e mobilidade, além de impedido a inovação (Rivera, Domingues, Silva e Sousa, 2018, p. 77; Stutz, p. 6).

Em 2018, tornou-se pública uma investigação conduzida em vários Estados norte-americanos que revelou acordos de não contratação entre franqueados das franquias de *fast food* Dunkin', Arby's, Five Guys, e Little Caesars, culminando com a assinatura, no ano seguinte, de acordos em 14 Estados nos quais as empresas reformularam seus contratos de franquia e comprometeram-se a parar com a prática (Rivera, Domingues, Mendonça, 2019). Em 2019, outras três investigações norte-americanas envolvendo casos de acordos de não contratação entre franqueados terminaram com a celebração de acordos entre as partes⁶⁷ (OCDE, 2020). Esses casos foram iniciados por antigos funcionários das franquias de *fast food*.

No contexto recente da crise de COVID-19, as autoridades antitruste americanas emitiram um anúncio público, nomeadamente em abril de 2020, informando estarem monitorando ações de empregadores que resultassem em acordos colusivos ou outras infrações anticompetitivas, tais como acordos para reduzir salários ou horas trabalhadas, deixando claro que a crise relacionada à pandemia não era justificativa para tolerar práticas anticompetitivas que pudessem prejudicar trabalhadores (DOJ; FTC, 2020).

Em 2021, foi publicado decreto norte-americano com diversas iniciativas para promover a competição na economia (White House, 2021). Além de reconhecer a importância dos mercados de trabalho em capacitar os trabalhadores a exigirem salários maiores e mais dignidade e respeito nos locais de trabalho, o decreto propõe que as autoridades concorrenciais americanas (i) proíbam ou limitem acordos de não concorrência e (ii) fortaleçam guias

⁶⁵ Interessante notar que os acordos de não contratação firmados entre Knorr e Wabtec foram descobertos pelas autoridades concorrenciais americanas no contexto da análise do ato de concentração entre Wabtec e Faiveley (Transport S.A.) (Martins, 2022, p. 48).

⁶⁶ Esse foi o primeiro caso após a edição do Guia de Recursos Humanos dos Estados Unidos que envolveu a prática de não contratação. A opção pelo acordo deu-se porque as práticas tiveram fim antes da edição do Guia (Rivera, Domingues, Silva e Sousa, 2018, p. 77).

⁶⁷ Joseph Stigar v. Dough Dough, Inc. et al.; Myrriah Richmond and Raymond Rogers v. Bergey Pullman, Inc. et al.; e Ashlie Harris v. CJ Star, llc et al.

informativos para evitar que empregadores consigam trocar informações concorrencialmente sensíveis com o objetivo de suprimir salários ou reduzir benefícios (Vilanova; Sá, 2022).

Entre dezembro de 2020 e dezembro de 2021, a autoridade concorrencial norte-americana iniciou cinco processos criminais (contra quatro empresas e nove indivíduos) por suposto conluio no mercado de trabalho e, no início de 2021, iniciou a primeira acusação criminal relacionada a acordos de não contratação de trabalhadores; em janeiro de 2022, denunciou quatro gerentes de agências de assistência médica domiciliar pela participação em um conluio para suprimir os salários e restringir a mobilidade de trabalhadores essenciais no período da pandemia do COVID-19 (Athayde; Domingues; Souza, 2022, p. 47-50). Contudo, a autoridade sofreu algumas derrotas no tocante às acusações criminais relacionadas à conduta de não contratação de trabalhadores em 2022, tendo o júri reconhecido a existência de uma infração antitruste, mas não considerado uma infração criminal (Athayde; Domingues; Souza, 2022, p. 50).

Nessa toada, no início de 2023, a autoridade concorrencial americana propôs ajuste à legislação para atribuir presunção de ilegalidade aos acordos de não concorrência que impeçam trabalhadores de se transferirem para outras empresas rivais na medida em que representam métodos desleais de competição⁶⁸. Vale notar que a nova regra proposta não seria aplicável a cláusulas de não concorrência firmadas por indivíduos no contexto de operações de venda de empresa (Cunningham *et al.*, 2023).

Do ponto de vista do controle de concentrações, e até muito recentemente, a doutrina americana não havia identificado nenhuma operação societária que tivesse sido exclusivamente reprovada em decorrência dos efeitos concorrenciais causados no mercado de trabalho (Naidu *et al.*, 2018, p. 571; OCDE, 2020, p. 9). Recentemente, contudo, em 2022, uma aquisição envolvendo duas grandes editoras foi bloqueada pelas autoridades norte-americanas exatamente por conta dos seus impactos anticompetitivos no mercado de trabalho. Nos termos da decisão, a aquisição da Simon & Schuster pela Penguin Random House resultaria na dominação do mercado de aquisição de direitos de publicação dos autores mais vendidos, reduzindo a concorrência e gerando efeitos negativos nos valores pagos a esses autores (DOJ, 2022)⁶⁹.

⁶⁸ O FTC espera que a mudança legislativa aumente os rendimentos dos trabalhadores em aproximadamente US\$ 300 bilhões por ano, expandindo oportunidades de emprego para aproximadamente 30 milhões de americanos (Cunningham *et al.*, 2023).

⁶⁹ Marinescu e Posner (2020, p. 24) relembram também dois outros casos: a decisão *United States v. Anthem* de 2017 que, embora tenha sido reprovada em parte pelos efeitos decorrentes no mercado de trabalho, os argumentos utilizados pelas autoridades para tal focaram no mercado de produto; e a decisão *International Ass'n of Machinists and Aerospace Workers, AFL-CIO, Local Lodge No. 1821 v. Verso Paper Corp* em 2019, que foi contestada por um grupo de funcionários que havia sido demitido após a operação, mas que também acabou focando nos efeitos no mercado de produto (e não no mercado de trabalho).

Corroborando essa tendência, em meados de 2023, as autoridades concorrenciais norte-americanas publicaram uma versão atualizada e consolidada dos guias de análise de atos de concentração que, pela primeira vez, deixou claro “[...] que a proteção da concorrência nos mercados de trabalho é prioridade para a política antitruste” (Rivera; Braga, 2023).

Esse debate que se iniciou nos Estados Unidos da América foi seguido por diversas outras jurisdições: a Holanda considerou anticompetitivo o acordo de não contratação de anestesiológicos entre hospitais em 2010; a Croácia reviu acordos de não contratação no mercado de serviços especializados de tecnologia da informação em 2015; e, entre 2016 e 2017, as autoridades de defesa da concorrência do Reino Unido, da França e da Itália impuseram multas pela conduta de fixação de cachês de modelos, que foram considerados ilícitos por objeto (OCDE, 2020, p. 28 e 36)⁷⁰. Ainda na França, a autoridade concorrential condenou um sindicato por orientar seus membros a não procurar funcionários de empresas que fizessem parte do cartel (Athayde, Domingues e Souza, 2022, p. 50).

Mas, ao contrário dos Estados Unidos, com crescente jurisprudência a respeito do tema, ainda não está claro na Europa em que medida (ou com qual intensidade) as autoridades concorrenciais irão considerar aspectos relacionados ao mercado de trabalho em suas decisões (Vilanova; Sá, 2022). Apesar da Comissão Europeia ainda não ter enfrentado o tema diretamente, alguns dos Estados-Membros (como França, Espanha e Portugal) vêm entendendo e condenando acordos de não contratação como uma forma de colusão (Athayde, Domingues e Souza, 2022, p. 45). Em 2021, a autoridade de concorrência portuguesa divulgou um “guia de boas práticas” para prevenir acordos anticompetitivos no mercado de trabalho (Athayde, Domingues e Souza, 2022, p. 52).

No tocante a operações societárias, e ainda na Europa, embora haja no passado recente atos de concentração que consideraram os resultados no mercado de trabalho (tais como a fusão Cofigéo/Agripole na França em 2018 e a aquisição da Kaiser pela Edeka em 2017 na Alemanha), ainda não se sabe ao certo se as autoridades irão investigar os desdobramentos trabalhistas em casos isolados, ou se os mercados de trabalho permanecerão secundários nas análises. Nessa linha, apesar de haver espaço para que algumas formas de comportamento anticompetitivo no mercado de trabalho sejam abordadas na lei europeia, a doutrina reconhece

⁷⁰ UK Competition and Market Authority, *Conduct in the modelling sector*, Março/2017, disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/conduct-in-the-clothing-footwear-and-fashion-sector> Acesso em 05 ago. 2023; Autorité de la Concurrence, *Décision n° 16-D-20 du 29 septembre 2016 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des prestations réalisées par les agences de mannequins*, Setembro/2016, disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/16d20.pdf> Acesso em 05 ago. 2023; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *1789 – Agenzie di modelle*, Outubro/2016, disponível em: http://www.agcm.it/dotcmsDOC/allegati-news/1789_ch_istr_sanz.pdf. Acesso em 05 ago. 2023.

haver limites para tal (Déchamps *et al.*, 2020, p. 1; Posner; Volpin, 2020, p.1; Vilanova; Sá, 2022).

Na América Latina, Athayde, Domingues e Souza (2022, p. 47-48) resgatam recente caso condenado pela autoridade concorrencial mexicana que condenou 17 clubes de futebol por imporem limites máximos de salários às jogadoras e terem segmentado o mercado. As autoras apontam preocupações adicionais que, inclusive, vão além do Direito Concorrencial, pois “[...] além de causar uma redução artificial dos salários das jogadoras mulheres da Liga MX, ainda ensejou um recrudescimento da diferença salarial já latente entre gêneros, sem qualquer justificativa razoável” (Athayde, Domingues e Souza 2022, p. 48).

Do outro lado do mundo, em 2018, autoridades no Japão (JFTC, 2018) e em Hong Kong (HKC, 2018) publicaram orientações a respeito dos riscos concorrenciais de potenciais práticas anticompetitivas no mercado de trabalho. A China também sinaliza que deve começar em breve a investigar acordos de não contratação e fixação de salários (Shah; Krotoski, 2018).

A OCDE, reconhecendo a importância do tema, realizou uma audiência em 2019 para discutir preocupações concorrenciais relacionadas ao mercado de trabalho, principalmente os fatores que contribuem para a criação do poder de monopólio e os efeitos gerados sobre trabalhadores e consumidores, que culminou com a elaboração de um documento detalhado no ano seguinte (OCDE, 2020). Athayde, Domingues e Souza (2022, p. 45) resumem as conclusões dessa rodada de discussões da OCDE:

Em resumo, as conclusões da discussão dos eventos da OCDE foram as seguintes: (i) o poder de monopólio é análogo ao poder de monopólio na medida em que cria ineficiência econômica e uma redução na produção da empresa, levando a salários mais baixos ou piores condições de trabalho para os trabalhadores e a preços mais altos para os consumidores; (ii) estudos recentes conduzidos em países da OCDE (Estados Unidos, Reino Unido, França e Portugal) sugerem que pode haver altos níveis de concentração do lado do empregador em certos mercados de trabalho. Além disso, pesquisas conduzidas nos Estados Unidos sugerem que operações societárias que levam a maiores níveis de concentração podem levar a uma redução no nível de salários ou no aumento de salários para certas categorias de trabalhadores envolvidas; (iii) existem várias maneiras com as quais os empregadores podem descumprir as leis concorrenciais e as autoridades de concorrência têm competência para endereçá-las, mesmo que seja concorrente com outros reguladores; (iv) outros fatores podem contribuir para o exercício de poder de monopólio de empregadores além das práticas anticoncorrenciais e das concentrações de mercado, e estas podem ser endereçadas por ações de advocacia da concorrência; (v) as autoridades de concorrência enfrentam desafios na aplicação do direito antitruste aos mercados de trabalho, sobretudo quando o dano ao bem estar do consumidor não pode ser demonstrado relativamente a uma determinada conduta, o que restringiu a sua atuação nesta seara até o momento.

Conforme se verá a seguir, no Brasil, até muito recentemente, eram poucas as decisões das autoridades concorrenciais que analisavam questões pertinentes ao mercado de trabalho:

não havia grandes discussões por parte da autoridade concorrencial com possíveis acordos ilegais entre empregadores para definir salários ou outras condições remuneratórias; da mesma forma, não se analisava se uma determinada operação societária ocasionaria um efeito de concentração no mercado de trabalho. Ou, melhor, não se olhava para o mercado de trabalho como um mercado relevante específico. Contudo, esse cenário começou a mudar com a instauração de uma investigação em 2021, conforme será detalhado a seguir.

3.2 COMO O BRASIL SE POSICIONA NESSE ESPECTRO? ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO E PRECEDENTES

No Brasil, o Direito Concorrencial é disciplinado principalmente pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, atribuindo às autoridades concorrenciais três principais funções⁷¹: repressiva, por meio da investigação de condutas anticompetitivas (como cartéis); preventiva, por meio da análise e aprovação prévia dos chamados “atos de concentração”⁷² (como uma fusão entre empresas que ocasione uma situação de monopólio); e educativa, cujo objetivo é instruir o público, disseminando a cultura da livre concorrência.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão judicante responsável por zelar pela livre concorrência no mercado, é formado essencialmente pela Superintendência-Geral, pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e pelo Departamento de Estudos Econômicos⁷³. A primeira autoridade a analisar atos de concentração é a Superintendência-Geral que, em casos mais simples, pode aprovar diretamente a operação; em casos mais complexos, o caso pode demandar análise pelo Tribunal, órgão judicante, com a palavra final no âmbito administrativo. Em investigações de condutas anticompetitivas, a Superintendência-Geral realiza a instrução processual e emite um parecer não vinculativo a respeito da condenação ou arquivamento do processo, que será então decidido pelo Tribunal.

⁷¹ Nesse sentido, vide também o Regimento Interno do CADE e seu próprio website (http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna).

⁷² Determinadas operações societárias devem ser submetidas previamente para aprovação da autoridade concorrencial brasileira, que pode reprová-la totalmente caso entenda que poderá implicar na eliminação da concorrência, criar ou reforçar uma posição dominante ou resultar na dominação de mercado relevante. No Brasil, os artigos que disciplinam essa competência são os 57, 61 e 88 da Lei nº 12.529/2011.

⁷³ Também compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (“Seprac”) do Ministério da Fazenda, que desempenha o papel da advocacia da concorrência. Funciona junto ao CADE a Procuradoria Federal Especializada, a quem compete, entre várias funções, representar o CADE judicial e extrajudicialmente e promover a execução judicial de suas decisões e julgados (artigos 3 e 15 da Lei nº 12.529/2011).

Historicamente, associações e sindicatos costumam receber atenção do CADE visto que podem tornar-se ambientes favoráveis para a troca de informação concorrencialmente sensível entre concorrentes (Rivera; Domingues; Silva e Souza, 2018, p. 72). Se parte das informações trocadas são parte do próprio objetivo dos sindicatos – i.e., de proteção de trabalhadores –, estudos e dados empíricos indicam que também podem ser palco para discussões anticompetitivas e acabar por sistematizar práticas de conluio (Rivera; Domingues; Silva e Souza, 2018, p. 72; SDE, DPDE, 2009, p. 12)⁷⁴⁻⁷⁵.

A título exemplificativo, vale notar que o primeiro caso de busca e apreensão conduzido pelo CADE envolveu empresas associadas que se utilizavam da estrutura do sindicato para operacionalizar um cartel para “[...] fixar preços, alocar consumidores, restringir a produção e fraudar licitações públicas no mercado de pedra britada” no início dos anos 2000⁷⁶ (CADE, 2016).

⁷⁴ Nessa linha, adverte Fábio Ulhoa Coelho que “[a]s práticas empresariais infracionais podem, por fim, se viabilizar através de associações ou sindicatos, como federações de indústria ou associações de determinado segmento de mercado ou de certa região. Essas entidades, instrumentalizadas na prática infracional, também podem ser responsabilizadas nos termos da legislação antitruste. A Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Regional de Medicina, o Sindicato dos Engenheiros e outras entidades de profissionais podem ser considerados, nos mesmos termos, agentes ativos de infração contra a ordem econômica” (Coelho, 1995, p. 40-41).

⁷⁵ Vide, a título ilustrativo, CADE (2016) e o voto do Conselheiro Arthur Barrionuevo no Processo Administrativo nº 08012.007515/2000-31: “Os Sindicatos são órgãos de classe destinados a defender os interesses de seus afiliados, com nobre papel outorgado pela Constituição, que em seu artigo 8º, inciso III, preceitua: ‘Ao Sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas’. Entretanto, não se pode tolerar que estas tão nobres instituições venham a abusar da prerrogativa a elas conferida, distorcendo o papel a elas reservado, e passem a ser pivôs ou cúmplices de infrações puníveis pelo ordenamento jurídico pátrio. Infelizmente, muitas delas vêm coordenando atitudes colusivas, com escopo de se uniformizar condutas comerciais, seja através de tabelas de preços ou de simples imposição, aproveitando-se de sua vantajosa posição de representante da classe. É bem verdade que até bem pouco tempo nossa economia sofria intervenções maciças por parte do Governo, com vários setores sendo tabelados e, por consequência, sem a possibilidade de formar e exercer preços livremente. Neste cenário, os Sindicatos tiveram importância ímpar, negociando com os órgãos públicos os interesses de seus afiliados, ajudando-os a formar o melhor preço para o setor. Com a abertura da economia e a desindexação dos preços, os Sindicatos passaram a conviver com uma nova realidade, qual seja, a livre concorrência e formação dos preços. Todavia, encontramos ainda hoje instituições que se sentem à vontade para impor aos seus associados a conduta a ser seguida, além do preço a ser por eles praticado, criando situações marginais à ordem econômico-jurídica vigente. (...) Não obstante, inconcebível a ideia de os Sindicatos se prestarem ao papel de coordenar, ou mesmo mediar atitudes anticoncorrenciais entre seus associados, devendo eles, ao contrário, auxiliar e orientar seus afiliados no sentido inverso, adequando-os à nova realidade pátria”. Da mesma forma, voto do Conselheiro Thompson Andrade no Processo Administrativo nº 08012.0004036/2001-24: “Evidente que a atividade dos Sindicatos é fundamental na defesa dos direitos de seus associados e em sua representação. No entanto, não pode ser admitido qualquer tipo de comportamento que, por trás do falso argumento de “orientação” dos membros, vise implementar ações concertadas ou condutas paralelas na tentativa de amenizar a concorrência e garantir lucros indevidos, em prejuízo do consumidor”.

⁷⁶ “O papel do sindicato: O Sindipedras foi diretamente responsável pela operacionalização do cartel entre suas empresas associadas. Reuniões e cursos ‘avançados’ destinados à implementação do cartel eram realizados na sede do sindicato, bem como a elaboração de software sofisticado para direcionar as vendas e fiscalizar o cumprimento do acordo. A carteira de clientes de cada empresa foi consolidada em um documento – chamado sugestivamente de ‘Bíblia’ – que todas as empresas deveriam respeitar. Frases como ‘Respeitar a tabela 100%’, ‘Respeitar o acordado – não roer a corda’, ‘Descobrir pontos fortes de concorrentes não alinhados e induzir com denúncias fiscalização’, e ‘Aumento de preços sistêmico’ eram lemas do cartel” (CADE, 2016, p. 10).

Desse modo, embora seja conferida uma isenção antitruste à atuação de sindicatos e associações no Brasil devido ao papel fundamental que desempenham na sociedade (ou seja, negociações lideradas por sindicatos objetivando aumento salarial não são considerados cartéis, por exemplo), essa isenção não é absoluta, e excessos serão punidos se extrapolarem “[...] as funções legítimas das entidades, permitindo que seus membros troquem informações concorrencialmente sensíveis, tais como preços, estratégias de mercado, quantidade produzida e clientes”⁷⁷ (CADE, 2016, p. 3).

Mas olhar para os excessos cometidos por sindicatos e associações que podem levar a um tabelamento de preços ou compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis no mercado de atuação das empresas associadas é uma coisa. Olhar para o poder de monopólio de empregadores no mercado de trabalho como um mercado relevante específico (distinto do mercado de produto no qual as empresas atuam) é outra completamente distinta. Nesse sentido, é importante fazer um recorte metodológico.

Embora as discussões concorrenciais envolvendo sindicatos e associações não sejam necessariamente novas e tangenciem o mercado de trabalho (enquanto extrapolam as finalidades legítimas dos sindicatos e associações de classe para envolver discussões relativas ao mercado das atividade-fim das empresas, tais como troca de informações concorrencialmente sensíveis envolvendo preços, estratégias de mercado, clientes etc.), esse tipo de prática não será analisada no presente trabalho por não se relacionar especificamente com o mercado de trabalho em si. Além disso, uma vez que há inúmeras condenações do CADE a sindicatos e associações pela prática de uniformização de preços no mercado de produto, o excesso desses casos, sem se relacionarem diretamente com o objetivo e problema da presente Dissertação (i.e., o mercado de trabalho), poderiam contaminar seus resultados ao misturar assuntos distintos⁷⁸.

⁷⁷ Nesses termos, resgata a OCDE (2020, p. 6 e 8) que as jurisdições, de forma geral, aceitam “que as leis de concorrência aplicam-se igualmente às restrições da concorrência no lado da demanda e no lado da oferta dos mercados [...]. Nos mercados de trabalho, no entanto, os funcionários que vendem sua mão de obra e os acordos que celebram com o objetivo de melhorar as condições de trabalho e emprego normalmente não estão sujeitos à aplicação da lei da concorrência. O objetivo desta exclusão é proteger as atividades de negociação coletiva do direito antitruste, em vista do objetivo social que possuem. A exclusão do direito da concorrência não se estende, entretanto, a indivíduos autônomos que se qualifiquem como empresas, nem, normalmente, a quaisquer acordos coletivos entre trabalhadores que não tenham como objetivo melhorar as condições de trabalho ou de emprego [...] É importante ressaltar, no entanto, que a inaplicabilidade da lei de concorrência aos empregados em sua atividade de negociação coletiva não interfere na sua aplicabilidade aos empregadores como compradores de mão de obra, geralmente considerada como pertencente ao âmbito de aplicação da lei de concorrência” (tradução livre).

⁷⁸ “A jurisprudência do Cade é farta em exemplos de condenações de prática de uniformização de preços praticada por Sindicatos e Associações pela adoção de tabelas de preços sugeridos e honorários profissionais. Somente em relação a honorários médicos, o CADE já condenou, segundo estudo do Departamento de Estudos Econômicos desse Conselho, cerca de 80 (oitenta) casos de tabelamento levados a julgamento entre 1996 a 2018” (nos termos

Por esse motivo, investigações relacionadas a excessos cometidos por sindicatos, associações, cooperativas e/ou conselhos profissionais (que possam promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, nos termos do artigo 36, §3º, II da Lei nº 12.529/2011) não foram incluídas no recorte metodológico pelo fato de não estarem relacionadas especificamente ao escopo da presente Dissertação. Não obstante, não se ignora que esse tipo de investigação pode trazer considerações relevantes a serem ponderadas, visto que discussões sobre tabelamento de preços e honorários por terceiros (sindicatos, associações, cooperativas e/ou conselhos profissionais) tangenciam o mercado de trabalho.

Como será detalhado a seguir, até recentemente, as discussões no Direito da Concorrência brasileiro a respeito dos reflexos competitivos no mercado de trabalho eram limitadas e acessórias. Investigações por condutas anticompetitivas e análises em atos de concentração focavam nos mercados de produtos de atuação das empresas envolvidas, prestando pouquíssima atenção às dinâmicas do mercado de trabalho onde a mão de obra era contratada (Athias, 2016; Lucena Filho, 2016; Barbosa Júnior, 2016). Ou seja, até pouco tempo atrás, possíveis acordos ilegais entre empregadores (como para fixar valores de remuneração, por exemplo) não estavam no foco de atenção das autoridades concorrenciais brasileiras. Da mesma forma, as próprias autoridades admitiram que operações societárias aprovadas no passado podem ter gerado empregadores com poder de monopólio no país sem que isso tivesse repercutido em desdobramentos concorrenciais relevantes (Brasil, 2019, p. 2).

Mas é possível perceber grande mudança nessa dinâmica no país, com as autoridades concorrenciais prestando cada vez mais atenção aos mercados de trabalho. Em 2021, foi instaurado o primeiro processo administrativo especificamente relacionado ao mercado de trabalho, cujo objeto é investigar suposta troca de informações entre departamentos de recursos humanos a respeito de remunerações, reajuste salariais e benefícios oferecidos a funcionários. As autoridades concorrenciais brasileiras também já divulgaram que estão elaborando um Guia de Melhores Práticas direcionado a profissionais de recursos humanos (Brasil, 2019, p. 4).

Do ponto de vista mais amplo, o diálogo entre concorrência e trabalho se vê presente na Constituição Federal do Brasil de 1988 – não como contrapontos, e sim como valores conexos e inter-relacionados. Já em seu primeiro artigo, a Constituição Federal conectou os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa em um mesmo inciso (IV), interligando-os também ao da dignidade da pessoa humana (inciso III). Mais adiante, ao discutir os princípios gerais da

da Nota Técnica Nº 102/2022/CGAA6/SGA2/SG/CADE do Processo Administrativo nº 08012.006641/2005-63, emitida em julho de 2022).

atividade econômica, a Constituição deixa claro em seu artigo 170 que a ordem econômica brasileira está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a existência digna e a justiça social, baseado nos princípios da livre concorrência (inciso IV), da redução das desigualdades regionais e sociais (VII) e da busca do pleno emprego (VIII), limitando o exercício abusivo do poder econômico quando objetivado à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros em seu artigo 173, §4º.

Olhando especificamente para a normativa do Direito da Concorrência, a lei atual (Lei nº 12.529/2011) não traz nenhuma previsão a respeito da interação com o mercado de trabalho. A lei anterior (Lei nº 8.884/94), que foi substituída pela lei atual em maio de 2012, trazia em seu texto legal que, no controle de atos de concentração, quando fosse necessário acordar condições com as empresas para a operação ser aprovada, deveria ser considerado “[...] o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes”. Como mencionado, essa previsão não foi repetida pela lei atual, muito embora a omissão legislativa não signifique necessariamente a ausência de competência da autoridade concorrencial para tratar do assunto (Barbosa Filho, 2016), conforme será explorado a seguir.

Embora muito se discuta a respeito de quem seria o destinatário final da política antitruste – se os consumidores, os concorrentes, os fornecedores, potenciais entrantes etc. – fato é que o Direito da Concorrência se vê permeando um emaranhado de interesses ao proteger o mercado como um todo. Assim esclarece a Lei nº 12.529/2011 quando, logo em seu primeiro artigo, determina que “[...] a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”, que é “[...] orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. Nesse sentido, as autoridades concorrenciais já se manifestaram no sentido de que “[...] há na verdade um plexo de aspectos e prismas que afetam a análise dos processos administrativos, isso porque o CADE atua, sobretudo, na defesa dos interesses de toda a coletividade”⁷⁹⁻⁸⁰. Os objetivos da política antitruste (e a sua evolução) serão detalhados no Capítulo 4.

⁷⁹ Parecer ProCADE n. 256/2007 nos autos do Ato de Concentração nº 08012.000777/2005-30 (Bemis Company Inc / Dixie Toga S.A, Relator Cons. Ricardo Vilias Bôas Cueva, j. 27 abril 2005), fls. 323.

⁸⁰ Nessa mesma linha, em apostila publicada pelo Ministério da Fazenda com a temática “Introdução ao Direito da Concorrência”: “o Direito da Concorrência não estuda, apenas, as relações entre concorrentes. O seu objeto de estudo é o comportamento das pessoas e empresas que atuam em um dado mercado, analisado sob o viés concorrencial. Ou seja, avalia-se a concorrência no mercado, e não só os concorrentes”. Disponível em:

Dentro desse contexto, Amanda Athayde Linhares Martins Rivera, Juliana Oliveira Domingues e Nayara Mendonça Silva e Souza (2018, p. 66) defendem que as três funções das autoridades concorrenciais sejam também aplicadas às dinâmicas do mercado de trabalho: preventivamente, as autoridades concorrenciais podem atuar analisando atos de concentração que tenham potencial de gerar uma empresa com significativo poder de contratação (monopsônio); repressivamente, as autoridades podem investigar e condenar eventuais infrações anticompetitivas; e, do ponto de vista da função educativa, as autoridades podem trabalhar para conscientizar empresas e funcionários, lançando mão de instrumentos educativos que tenham a finalidade de prevenir práticas anticompetitivas no mercado de trabalho.

3.2.1 Função preventiva: análise de atos de concentração

Uma das funções atribuídas ao CADE é analisar os aspectos concorrenciais de operações societárias cuja notificação é obrigatória (os chamados “atos de concentração”). Nesses casos, quando preenchidos os critérios de notificação⁸¹, fusões, aquisições, *joint ventures* ou outros desenhos societários⁸² precisarão passar pelo aval do CADE antes de serem implementados. Ao final da análise, o CADE pode decidir pela reprovação da operação, pela sua aprovação irrestrita (quando concluir pela ausência de potencial de danos à concorrência) ou, ainda, pela aprovação com restrições (quando identificar alguns aspectos problemáticos, mas que podem ser corrigidos com a implementação de remédios estruturais ou comportamentais⁸³). Nesse último caso, é comum que o CADE e as partes sentem-se à mesa

https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/4-seae_introducao_direito_concorrenca.pdf Acesso em 05 ago. 2023.

⁸¹ Nos termos da lei atual, as partes devem notificar ao CADE atos de concentração nos quais pelo menos um grupo envolvido tenha registrado, no ano anterior à operação, faturamento bruto igual ou superior a R\$ 750 milhões e, cumulativamente, outro grupo tenha registrado faturamento bruto igual ou superior a R\$ 75 milhões. Vide artigo 88 da Lei nº 12.529/2011.

⁸² Vide Art. 90. da Lei nº 12.529/2011: “Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture. Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes”.

⁸³ Nas palavras do próprio CADE, “[r]emédios antitruste são restrições estabelecidas pelo Conselho com o objetivo de corrigir eventuais efeitos nocivos que podem resultar de um ato de concentração. Isto é, para aprovar uma determinada operação de fusão e aquisição, o Tribunal do órgão pode determinar o cumprimento, pelas partes envolvidas, de uma série de obrigações” (Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-guia-sobre-remedios-antitruste>. Acesso em 08 ago 2023). Trata-se de um anglicismo derivado da palavra “remedy” que, em inglês, significa “remediar”, “corrigir”. São costumeiramente

para negociar os compromissos e obrigações necessários para a operação poder ser aprovada, culminando com a assinatura de um acordo cujo cumprimento é fiscalizado pelo CADE.

Do ponto de vista legal, na década de 90, foi promulgada a Lei nº 8.884/94, que instituiu na prática o Direito da Concorrência no Brasil⁸⁴. Em seu artigo 58⁸⁵, a lei previa que na análise de operações societárias complexas, quando fosse necessário negociar acordos com as empresas como condição para a aprovação de um determinado ato de concentração, os compromissos desenhados⁸⁶ deveriam levar “[...] em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes”. Para Calixto Salomão Filho (2013, p. 119), essa previsão fazia com que fosse “[...] preciso rechaçar, de início, análises simplificadoras que tendem a reduzir o interesse do consumidor protegido pela ordem concorrencial e o interesse da ordem concorrencial a uma questão de preço”.

Contudo, apesar da menção expressa ao *nível de emprego* como elemento fundamental na negociação de acordos em operações complexas trazida pela Lei nº 8.884/94, na experiência prática, o debate a respeito dos impactos concorrenciais no mercado de trabalho era limitado. Tal descompasso foi apontado por Barbosa Junior que já em 2016 preocupava-se em estudar por que a análise concorrencial brasileira havia abandonado preocupações relacionadas ao nível de emprego na revisão de atos de concentração em setores concentrados (Barbosa Júnior, 2016, p. 13). Para o autor, os primeiros anos da lei antitruste trouxeram consigo a preocupação de definir algumas obrigações relativas a políticas de emprego⁸⁷ para a aprovação de determinadas

divididos entre remédios estruturais (aqueles que implicam algum tipo de transferência definitiva de direitos e/ou ativos) e remédios comportamentais (quando envolverem práticas comerciais, deveres e obrigações que serão monitorados pelo CADE).

⁸⁴ Apesar de ter sido instituído legalmente anos antes, em 1962, por intermédio da Lei nº 4.137, entende-se que o direito da concorrência e o seu órgão judicante tornaram-se realmente efetivos apenas na década de 90, após a onda de privatizações e pelo intermédio da então Lei nº 8.884/94, que transformou o CADE em uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. Desde então, a lei de defesa da concorrência sofreu outras alterações, principalmente aquela de 2011, com a promulgação de uma nova lei, a Lei nº 12.529, que alterou principalmente o regime de controle de atos de concentração, exigindo a submissão prévia ao CADE de determinadas operações - tornando assim a aprovação do CADE uma condição prévia para o fechamento dessas operações societárias.

⁸⁵ In verbis: “Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo.

§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

§ 3º O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do CADE, na forma do art. 55, e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis”.

⁸⁶ Os chamados “Termos de Compromisso de Desempenho”, ou “TCDs”.

⁸⁷ O autor qualifica “política de emprego” como “toda forma de ação estatal pela qual se procura corrigir falhas no funcionamento dos mercados de trabalho de modo a elevar ou, ao menos, manter o nível geral de emprego” (BARBOSA JÚNIOR, 2016, p. 12).

operações societárias em setores econômicos concentrados que, contudo, não se viram replicadas em anos seguintes (Barbosa Junior, 2016, p. 13).

Segundo levantamento feito por Barbosa Júnior (2016, p. 28-39), entre 1994 e 2013 o CADE condicionou a aprovação de certas operações societárias complexas à assunção de compromissos relacionados a políticas de emprego e, mais especificamente, à manutenção do nível de emprego e promoção de programas de desenvolvimento e recolocação profissional para empregados eventualmente demitidos pós-operação societária, mas, a partir de 2001, pareceu abdicar desse tipo de compromisso, que, além de raro, passou a adotar uma mera função instrumental.

Identifica o autor que o primeiro ato de concentração cuja aprovação foi condicionada à adoção de determinadas medidas relacionadas a políticas de emprego foi o caso *Oriente/Ajinomoto*⁸⁸, julgado em 1995, no qual as empresas se comprometeram a “[...] garantir a manutenção do nível de emprego existente nas unidades fabris (...) ressalvados os casos de demissão por justa causa e aquelas decorrentes da mudança no processo produtivo”⁸⁹.

Em 1996, Barbosa Junior identificou três casos que condicionaram a aprovação da operação ao estabelecimento de um programa de qualificação e/ou recolocação profissional. Na operação *Grace/Crown*⁹⁰, o CADE entendeu necessário vincular a aprovação da operação ao compromisso das empresas de “[...] desenvolver um programa de recolocação dos profissionais que, porventura, vierem a ser dispensados”⁹¹. Em seguida, a operação *Santista/CARFEPE*⁹² trouxe compromissos similares de “[...] realizar novos investimentos, no valor de R\$ 850.000,00 (oitocentos e cinquenta mil reais), em treinamento de pessoal, pesquisas e desenvolvimento (...)”, muito embora, segundo Barbosa Júnior (idem, p. 29), tal programa de treinamento parecesse voltado aos empregados das empresas, independente de eventuais demissões que pudessem ocorrer em virtude do ato de concentração. Na operação *Kolynos/Colgate*⁹³, as empresas comprometeram-se a “[...] promover o treinamento e desenvolvimento dos empregados, implementando e executando cursos (...) no valor total estimado de US\$ 20,217,000. Se necessário, tais cursos poderão incluir também programas de

⁸⁸ Ato de Concentração n.19/1994 (*Oriente Indústria e Comércio S.A. / Ajinomoto Co. Inc.*), Relator Cons. Carlos Vieira de Carvalho, j. 13 nov. 1995.

⁸⁹ Conforme cláusula Segunda do TCD.

⁹⁰ Ato de Concentração n. 24/1995 (*Grace Produtos Químicos Ltda. E Crown Química S.A.*), Relator Cons. Edison Rodrigues Chaves, j. 10 jul. 1996.

⁹¹ Conforme cláusula Segunda do TCD.

⁹² Ato de Concentração n. 25/1995 (*Santista Alimentos S.A. e CARFEPE S.A. Administradora e Participadora*), Relator Cons. Antonio Carlos Fonseca, j. 07 ago. 1996.

⁹³ Ato de Concentração n. 27/1995 (*Kolynos do Brasil Ltda., Colgate-Palmolive Company e K&S Aquisições Ltda.*), Relator Cons. Lucia Helena Salgado, j. 18 set. 1996.

alfabetização e instrução de outras habilidades básicas”, bem como “[...] implementar e executar programa de qualificação profissional de retreinamento e recolocação (...) no caso de haver demissões de empregados em razão (a) da fusão de Kolynos do Brasil Ltda. e Colgate Palmolive Ltda.; ou (b) da suspensão da marca ‘Kolynos’”⁹⁴.

Em 1997, Barbosa Junior identificou outros dois casos que trouxeram esse tipo de compromisso como condicionantes à aprovação da operação. Na operação Panex/Alcan⁹⁵, as empresas comprometeram-se a “[...] implementar programa de apoio e orientação à recolocação de pessoal”⁹⁶ e, no caso Gerdau/Pains⁹⁷, o Grupo Gerdau comprometeu-se a implementar “[...] programa de qualificação profissional desenvolvido especialmente para o perfil da população envolvida, a ser executado pelo SENAI, sob supervisão da Comissão Municipal de Emprego e da Secretaria de Formação e Desenvolvimento Profissional, do Ministério do Trabalho (...) disponibilizando aos demitidos a participação no programa”⁹⁸.

Aponta Barbosa Júnior (2016, p. 29 e 51-52) que, nesse mesmo ano de 1997, foi julgada a operação Ultrafértil/Fosfértil⁹⁹ que determinou a obrigação de as empresas promoverem programas de treinamento voltados à reinserção de empregados dispensados em função da operação. Travou-se na época debate interessante a respeito da abrangência da competência do CADE no tocante a preocupações relacionadas ao nível de emprego. O Conselheiro Relator advogou por uma interpretação restrita do artigo 58, que deveria ser aplicado somente em duas hipóteses: a primeira, “[...] o CADE deverá evitar impor condição que gere desemprego” e, a segunda, “[...] sempre que houver redução do quadro de pessoal após a operação, a empresa deverá justificar adequadamente o ganho de eficiência decorrente da dispensa”, de forma que conferir abrangência maior ao CADE a partir da leitura desse dispositivo legal seria “[...] gerar

⁹⁴ Item 3.7 do TCD.

⁹⁵ Ato de Concentração n. 79/1996 (Panex S.A Indústria e Comércio e Alcan Alumínio do Brasil S.A.), Relator Cons. Lucia Helena Salgado, j. 19 nov. 1997.

⁹⁶ Cláusula Segunda, letra “l” do TCD.

⁹⁷ Ato de Concentração n. 16/1994 (Siderúrgica Laisa S.A. e Cia Siderúrgica Pains). Importante notar que essa foi uma das operações mais polêmicas da época: tendo sido originalmente reprovada integralmente pelo CADE em 1995 (a primeira operação integralmente vetada pelo CADE, diga-se de passagem), o então Ministro da Justiça da época, Nelson Jobim, suspendeu a decisão do CADE, em atitude altamente controversa. Após dois anos, o caso foi reexaminado pelo CADE e aprovado com condições. Esse foi o único caso de intervenção direta do Poder Executivo no CADE. Para mais a respeito, vide: MARTINEZ, A. P. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. Site do Levy & Salomão Advogados, 2012, p. 45. Disponível em: http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20120614164409_historico-e-desafios-do-controle-de-concentracoes-economicas.pdf e BRASIL. Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos / coordenação de Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. – Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013, p. 72-74.

⁹⁸ Parecer da Procuradoria do CADE n. 134/97 no AC 16/1994.

⁹⁹ Ato de Concentração No. 2/1994 (Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados – Fosfértil), Relator: Cons. Antonio Carlos Fonseca, j. 28 jul 97

resultados de duvidosa legalidade”¹⁰⁰. Esse entendimento, contudo, não foi apoiado pelo Plenário, que decidiu por maioria impor à empresa obrigação de promover programas de requalificação profissional e recolocação de mão de obra para todos os trabalhadores cuja perda de emprego tivesse sido diretamente associada à transação. Embora essa obrigação tenha constado do acórdão original, foi excluída após as partes terem interposto recurso administrativo ao CADE, pois o treinamento já havia sido efetuado no contexto do cumprimento das condições previstas no Edital de Privatização, de forma que os objetivos previstos pelo CADE já haviam sido atendidos¹⁰¹.

Três anos depois, a fusão entre Antártica e Brahma¹⁰², julgada em 2000, trouxe essa preocupação novamente à tona. Identifica Barbosa Júnior que, para a operação ser aprovada pelo CADE, as empresas comprometeram-se a realizar os esforços necessários para aumentar as chances de o empregado dispensado obter novo emprego, muito embora não tenham se comprometido a manter ou readmitir funcionários em decorrência da reestruturação. Nos termos do acordo, as empresas comprometiam-se a “[...] manter o nível de emprego, sendo que as eventuais dispensas associadas à reestruturação empresarial serão obrigatoriamente acompanhadas de programas de retreinamento e recolocação” e “[...] promover os programas de retreinamento e recolocação para todos os empregados cuja dispensa esteja diretamente associada à sua constituição, ou à venda de seus ativos ou ainda à desativação de suas linhas de produção de cerveja”¹⁰³⁻¹⁰⁴.

Interessante notar que dentro desse contexto de operações sendo aprovadas sob a condição de serem adotadas programas de requalificação e recolocação profissional entre o final da década de 90 e início dos anos 2000, o CADE firmou com o Ministério do Trabalho

¹⁰⁰ Fls. 2539, disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP3rtlVeAoSph3V0M0K5ZQCgJpyHBrmD6AIllydLc8ITA1mlJfutxaMbdwZCM6IE-k-yqO0dKAb9dyCy0jUm7yVx

¹⁰¹ Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP3rtlVeAoSph3V0M0K5ZQCgJpyHBrmD6AIllydLc8ITA1mlJfutxaMbdwZCM6IE-k-yqO0dKAb9dyCy0jUm7yVx, fls. 2550 e seguintes.

¹⁰² Ato de Concentração n. 08012.005846/1999-12 (Ambev), Relator Cons. Hebe Teixeira Romano, j. 29 mar. 2000.

¹⁰³ Item 2.4 do TCD.

¹⁰⁴ Amanda Athayde Linhares Martins Rivera, Juliana Oliveira Domingues e Nayara Mendonça Silva e Souza detalham que a negociação dos termos do acordo foi realizada pelos então Presidente do CADE (Gesner Oliveira) e Ministro do Trabalho (Francisco Dornelles), tendo ficado estipulado que caberia à Secretaria de Políticas Públicas de Emprego avaliar se os programas de treinamento e recolocação de trabalhadores eram eficientes para manter o nível de emprego no setor cervejeiro sendo que, após quatro anos da aprovação da operação, dados indicavam um ganho líquido de emprego diante dos ajustes decorrentes da criação da Ambev (2018, p. 71-72).

dois Protocolos de Intenções (um em 1997 e outro em 2000) cujo objetivo era atuar em parceria na avaliação desse tipo de programa destinado a trabalhadores cuja perda de emprego estivesse relacionada à reestruturação e fusão de empresas, propor condições para os compromissos de desempenho firmados no guarda-chuva do artigo 58 da Lei nº 8.884/94, bem como monitorar as condições dos compromissos de desempenho firmados nesse âmbito (Barbosa Júnior, 2016, p. 36). Para o autor, esses protocolos foram firmados com o objetivo de diminuir os danos ao mercado de trabalho decorrentes dessas concentrações econômicas e aumentar a versatilidade da mão de obra, melhorando o funcionamento do mercado de trabalho ao atacar o desemprego estrutural, embora nem toda a sociedade tenha visto essas iniciativas como eficientes. Nessa linha, alguns críticos apontavam para a baixa efetividade desses instrumentos, que consistiriam em uma estratégia populista de garantir apoio à atuação do CADE (Barbosa Júnior, 2016, p. 36).

Apesar dessas iniciativas, e conforme identificou Barbosa Junior, a aplicação de medidas de emprego foi interrompida por mais de uma década, até 2011, quando o CADE voltou a aplicá-las no caso Sadia/Perdigão¹⁰⁵, a despeito de sua função aparentemente diferente. Nesse caso, para o autor, a obrigação de manter o nível de emprego parecia ser, na realidade, um instrumento para a efetivação de compromissos estruturais, pois a obrigação foi vinculada somente àquelas unidades produtivas cuja venda foi imposta como condição para a aprovação do ato de concentração, vedando-se “[...] a dispensa injustificada de pessoal”¹⁰⁶ (Barbosa Júnior, 2016, p. 32).

A vinculação a compromissos estruturais também ocorreu em dois casos após a vigência da nova lei do CADE: na operação Camargo Correa/Cimpor¹⁰⁷ em 2012 (por meio do estabelecimento de um acordo com as partes) e na operação Rede D’or/Hospital Santa Lúcia¹⁰⁸ julgado em 2013 (no qual a medida de emprego foi aplicada unilateralmente pelo CADE). Nessa linha, embora o artigo 58 da Lei nº 8.884/94 não tenha sido refletido na Lei nº 12.529/2011 – silente no tocante a questões de emprego – não seria correto entender essa reforma legislativa como indicação de um definitivo apartamento entre antitruste e política de emprego, de modo que não se exclui da competência do CADE a possibilidade de medidas de

¹⁰⁵ Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18 (Sadia S.A. e Perdigão S.A.) Relator Cons. Carlos Ragazzo, j. 13 jul. 2011.

¹⁰⁶ Item 5.1(c) do TCD.

¹⁰⁷ Ato de Concentração nº 08012.002259/2012-18 (Camargo Corrêa S.A / CIMPOR – Cimentos de Portugal, SGPS, S.A.), Relator Conselheiro Alessandro Octaviani, j. 04 jul 2012.

¹⁰⁸ Ato de Concentração n. 08700.004150/2012-59 (Rede D’or São Luiz S.A. e outros), Relator Cons. Ricardo Ruiz, j. 05 jun. 2013. A obrigação, contudo, foi colocada à adquirente dos ativos: “a adquirente deverá manter o nível de emprego de todas as unidades alienadas, por um prazo mínimo de 6 (seis) meses após a aquisição”. Vide voto do Conselheiro Relator, pág. 73.

emprego serem incluídas no contexto de acordo em atos de concentração (Barbosa Júnior, 2016, p. 39-40).

Em tom de crítica, Barbosa Júnior (2016, p. 38) aponta que os compromissos e obrigações desenhados na maioria dos casos por ele analisados meramente refletiam a disposição contida na própria Lei nº 8.884/94, que exigia que alterações no nível de emprego causadas por operações societárias fossem também consideradas pelo CADE no momento de definição dos compromissos de desempenho. Ainda, para ele, os casos mostravam também que as preocupações com nível de emprego pareciam ter sido abandonadas pelo CADE a partir de 2001, tendo reaparecido “[...] em casos recentes cumprindo apenas uma função instrumental, viz, garantir a efetividade de remédios de desinvestimento aplicados sobre unidades produtivas”. Para o autor, não seria possível determinar com exatidão os motivos para o rompimento da interação entre antitruste e política de emprego no Brasil dados os padrões decisórios divergentes e a fundamentação insuficiente por parte do CADE nas decisões (Barbosa Júnior, 2016, p. 40).

Nos anos seguintes, outros acordos envolvendo políticas de emprego passaram pelo CADE – porém, com resultado similar. No ato de concentração envolvendo o HSBC e o Bradesco¹⁰⁹ julgado em 2016, o Sindicato dos Bancários de Curitiba e Região foi admitido como terceiro interessado¹¹⁰ no processo. O Sindicato, conforme expresso em sua petição, tinha com a intervenção o objetivo de defender que a operação (se aprovada) fosse condicionada à obrigação de manutenção integral do nível atual de empregos do HSBC Brasil e do Bradesco, mediante a implementação de programas de treinamento ou recolocação (ou, alternativamente, o estabelecimento de restrições relativas à obrigação de garantir a manutenção da sede administrativa do HSBC Curitiba com a preservação integral dos respectivos postos de trabalho) bem como, subsidiariamente, à obrigação de que as atividades administrativas vinculadas à atividade de TI fossem integralmente mantidas, sem desligamento de quaisquer funcionários¹¹¹.

Na decisão, contudo, o CADE manifestou-se claramente no sentido de que preocupações com manutenção de empregos não são objetivos do direito concorrencial, não

¹⁰⁹ Ato de Concentração n. 08700.010790/2015-41 (Banco Bradesco S.A / HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo), Relator João Paulo Rezende, j. 08 jun 2016.

¹¹⁰ Nos termos dos artigos 50 e 65 da Lei nº 12.529/2011, podem intervir em análises de atos de concentração aqueles terceiros titulares de direitos ou interesses que possam vir a ser afetados pela decisão (chamados tecnicamente de “terceiros interessados”).

¹¹¹ Íntegra da petição disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBbn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOr6moV7uJNHflfyA7tduTMi4tJyLPtsQEMg3wFnCDOR_rDkqaRkKZ7V_LGSHf-xETJvuyY3CEfqA5Q8D9LmXI0 Acesso em 15 jul. 2023.

podendo a autoridade rejeitar uma operação apenas pelos efeitos gerados no mercado de trabalho:

III.2 Da Manutenção dos Empregos como Eficiência Global da Operação

Em relação ao pleito referente à **manutenção dos empregos, registro que, embora considere essa uma preocupação legítima do sindicato, principalmente na atual conjuntura econômica brasileira, tal pleito não configura uma preocupação concorrencial stricto sensu, não cabendo à autoridade antitruste rejeitar a presente operação única e exclusivamente em função dos efeitos no mercado de trabalho, nem mesmo exigir tal medida como condição necessária à aprovação da operação. A preservação de empregos, a meu ver, é um bem social que deve ser perseguido por políticas públicas específicas, e não pela autoridade de defesa da concorrência.** A manutenção de postos de trabalho tampouco se qualifica como uma espécie de possível eficiência da operação. Nem tudo que tem um efeito positivo é uma eficiência, e é preciso estressar bem esse ponto, pois muitas vezes essa pretensa acepção da palavra “eficiência” é utilizada no contexto antitruste para justificar decisões regulatórias, seja numa direção ou em outra. Eficiências são reduções de custos, otimizações do processo produtivo. Podem ser estáticas ou dinâmicas, mas não incluem, por exemplo, a geração de emprego ou a realização de um determinado valor de investimento que, por si só, não necessariamente gerará redução de custos passíveis de serem apropriados pelo consumidor final. **Conforme bem sustentou agora há pouco o patrono do sindicato, é verdade que já houve casos em que o CADE admitiu compromissos de manutenção de empregos em acordos de controle de concentração. No entanto, a meu ver, tal compromisso tem que ser assumido unilateralmente pelas Requerentes no momento da proposição do ACC, e não partir de uma imposição do órgão antitruste em uma aprovação condicionada, ou de uma condição trazida pela autoridade para celebração do acordo.** Até mesmo porque, tendo em vista que muitas vezes acordos são negociados entre as partes, a busca da preservação de postos de trabalho poder acabar prejudicando a negociação de uma solução para as preocupações verdadeiramente concorrenciais do ato de concentração”¹¹² (ênfase adicionada).

Além disso, no acordo efetivamente firmado entre as empresas e o CADE, não houve menção à manutenção de nível de emprego, embora a empresa tenha se comprometido a adotar ações de treinamento para capacitação de seu pessoal interno e consequente melhoria do atendimento aos clientes¹¹³. Para Barbosa Júnior (2020, p. 4), o CADE desperdiçou a oportunidade para definir os contornos da interação entre controle de estruturas e mercado de trabalho nesse caso, ao decidir que as preocupações relativas aos impactos de uma fusão nos

¹¹² Ato de Concentração n. 08700.010790/2015-41 (Banco Bradesco S.A / HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo), Relator João Paulo Rezende, j. 08 jun 2016.

¹¹³ Nos termos da cláusula 2.5.1, “A Compromissária se compromete a adotar as seguintes ações de treinamento para capacitação do seu pessoal interno (gerentes, assistentes, funcionários, etc.) e consequente melhoria do atendimento aos clientes (“Ações de Treinamento”): (i) Inserir o módulo de Portabilidade de Crédito e de Salário nos cursos presenciais, telepresenciais e à distância, existentes e garantir o percentual de participação do público alvo nos cursos; (ii) Enfatizar o tema Qualidade no Atendimento nos cursos presenciais com foco nos Gerentes Administrativos oriundos do HSBC; (iii) Estimular a realização de cursos à distância sobre o tema Qualidade no Atendimento”. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPL6QMIMxZsuPYHnhX9KaOVmBUy1FQxdUUxziGdgX1iFPA2Y-WqMbxXdqVhMrZ145GNclW-ygvOPT_laSc8IN0Y Acesso em 15 jul. 2023.

mercados de trabalho deveriam ser endereçadas por políticas públicas específicas, externas aos objetivos da política concorrencial.

Cláusula semelhante relativa ao treinamento para capacitação do seu pessoal interno foi elaborada no contexto da operação Itaú/Citibank¹¹⁴⁻¹¹⁵ julgada em 2017, embora também sem menção a comprometimento com manutenção de nível de emprego.

Em 2019, a operação Prosegur/Transfederal¹¹⁶ também descartou a possibilidade de incluir medidas de emprego aos remédios estruturais que estavam sendo desenhados, sob o argumento que a força de trabalho empregada pelas empresas envolvidas na operação não era particularmente especializada (Barbosa Júnior, 2020, p. 4-5). O caso Nestlé/Garoto¹¹⁷, que se arrastou por mais de 20 anos após a reprovação pelo CADE ter sido judicializada pelas empresas e culminou com um acordo em 2023, contou com grande participação do Sindicato ao longo dos anos e, mais recentemente, muito se manifestou a respeito do teor do acordo negociado com o CADE, receando a possibilidade de demissões.

Além de operações complexas nas quais se viu necessário desenhar acordos com as partes para a aprovação da operação, também era relativamente corriqueiro no histórico de análise de atos de concentração que o CADE analisasse a legalidade de cláusulas de não contratação ou não concorrência de funcionários relacionadas a operações societárias. Esse tipo de cláusula é relativamente comum em operações societárias, especialmente naquelas envolvendo a venda de uma unidade de negócios por meio da qual a empresa alienante transfere à empresa compradora uma série de ativos, podendo incluir unidades fabris, pontos comerciais, direitos de propriedade intelectual e, no que interessa a presente Dissertação, funcionários. Assim, e por meio da inserção de uma cláusula de não contratação, a empresa alienante compromete-se a não aliciar (ou seja, a não contratar pós-operação) os funcionários transferidos

¹¹⁴ Ato de Concentração nº 08700.001642/2017-05 (Itaú Unibanco Holding S.A. / Banco Citibank S.A.). Relator Paulo Burnier da Silveira, j. 16 ago 2017.

¹¹⁵ Nos termos da cláusula 2.4.1, “A Compromissária se compromete a adotar as seguintes ações de treinamento para capacitação do seu pessoal interno e conseqüente melhoria do atendimento aos clientes (“Ações de Treinamento”): Medida 7: Desenvolver curso de Portabilidade de Crédito e de Salário presencial, telepresencial ou digital aplicado à área comercial e garantir o percentual de participação do público-alvo no curso; Medida 8: Estimular a participação em cursos, presenciais ou digitais, que contenham o tema Excelência no Atendimento para Gerentes das agências do Citibank; e Medida 9: Estimular a realização do e-learning sobre Defesa da Concorrência ao público-alvo da Compromissária e garantir percentual de participação do público-alvo”. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOUx8W1aoZOMipFEqrCa7eWAWj4p6tdrQsH6uol7vxipwde2N7y5X98hN4-8cbxjZmLbKO8zxqbtPQtSXdn2tXg Acesso em 15 jul. 2023.

¹¹⁶ Ato de Concentração nº 08700.003662/2018-93 (Prosegur Brasil S.A. Transportadora de Valores e Segurança / Transfederal Transporte de Valores Ltda.). Relator Paulo Burnier da Silveira, j. 20 mar 2019.

¹¹⁷ Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89 (Nestlé Brasil Ltda./Chocolates Garoto S.A.). Relator Thompson Andrade, j. março 2004.

com a unidade de negócios. A lógica por trás dessa previsão contratual é proteger o valor do fundo de comércio, evitando que o alienante esvazie o valor do negócio adquirido ao contratar funcionários-chave, sem os quais a empresa compradora sairia prejudicada no desempenho da unidade de negócios.

Por vezes, cláusulas de não contratação de funcionários são combinadas com cláusulas de não concorrência, especialmente quando os alienantes são pessoas físicas que se comprometem a não concorrer com a empresa alienada – a lógica aqui é a mesma descrita anteriormente, qual seja, preservar o valor do negócio nas situações nas quais essas pessoas físicas vendedoras eram tão importantes e relevantes na condução do negócio alienado que, ao concorrer com ele (por exemplo, abrindo uma nova empresa após a operação ou empregando-se em empresa concorrente), teriam a relação de confiança de clientes e fornecedores de tal forma que o negócio adquirido perderia o valor¹¹⁸.

A título exemplificativo, vale mencionar um caso que ficou famoso no meio concorrencial pela discussão frutífera – e extremamente polêmica, diga-se de passagem – que trouxe a esse respeito, especialmente por revelar uma discordância no próprio CADE e do Poder Judiciário quanto à competência das autoridades concorrenciais para disciplinar matérias afeitas ao mercado de trabalho. Em 2005, a empresa Bemis adquiriu o controle da empresa Dixie Toga¹¹⁹ e, no contrato, havia um compromisso de não concorrência e outro de não contratação de empregados. Nos termos do despacho da Procuradora-Geral do CADE¹²⁰, essa cláusula de não contratação configuraria um óbice ao livre exercício do trabalho na medida em que,

[...] proíbe, de forma ampla e abrangente, o ‘aliciamento’ e ‘contratação’, não apenas de conselheiros e diretores, mas também de empregados, lato sensu, ‘da sociedade ou de qualquer de suas afiliadas, para fim de mantê-los sob vínculo empregatício ou, de outro modo, usufruir de seus serviços’. Com essa redação, o contrato projeta seus efeitos sobre pessoas que não integram a relação jurídica, e obtém um efeito concorrencial marginal. Observo, ainda, quanto à possível objeção de que as questões trabalhistas escapariam ao escopo da atuação do CADE, que o problema em foco pode ser qualificado de concorrencial, na medida em que se apresenta um excesso na cláusula de não-concorrência. Ademais, a intervenção no domínio econômico, por

¹¹⁸ Como mencionado, essa previsão baseia-se também na lógica do artigo 1.147 do Código Civil (“Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”). Nesse sentido, há súmulas do CADE que enunciam que: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint venture*, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação” (nº 4) e “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio” (nº 5).

¹¹⁹ Ato de Concentração nº. 08012.000777/2005-60 (Bemis Company Inc / Dixie Toga S.A), Cons Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27 abril 2005.

¹²⁰ No antigo processo de revisão de atos de concentração da Lei nº 8.884/94, diversas autoridades integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (dentre elas a Procuradoria-Geral do CADE) emitiam pareceres não-vinculativos sobre a operação; a aprovação final cabia ao Plenário do Tribunal do CADE, que podia acatar ou não as opiniões contidas nesses pareceres.

meio da imposição de restrições aos termos contratuais, é atividade própria da autarquia titulada para tal, sendo estranha às matérias de competência da Justiça do Trabalho.” (fls. 162).

No julgamento da operação, o Conselheiro-Relator Ricardo Villas Bôas Cueva opinou pela desnecessidade de supressão do termo *empregados* das cláusulas de não contratação e de não concorrência dado que a limitação contratual seria razoável e não implicaria em ofensa ao livre exercício do trabalho. Nos termos do seu voto:

A mera menção à categoria de "empregados" em determinadas cláusulas contratuais não é suficiente para se caracterizar, de plano, ofensa ou obstáculo ao livre exercício profissional (partindo do pressuposto que a tutela do CADE deve incidir sobre eventuais infrações à legislação antitruste, e não a legislação trabalhista). Vale dizer, por exemplo, que a preocupação do CADE deve recair sobre tal limitação ao trabalho somente quando isso implica em algum reflexo no campo do antitruste. No presente caso, a limitação imposta 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 DDQE por um período temporalmente delimitado em 05 (cinco) anos, *in verbis*:

"Cláusula 3.5 (b) - Não aliciamento/ não contratação: Cada vendedor, neste ato, compromete-se, a partir desta data e por um período subsequente de 05 (cinco) anos, direta ou indiretamente, a não aliciar ou promover o aliciamento ou a contratação ou empregar ou promover a contratação de qualquer dos conselheiros, diretores ou empregados da Sociedade ou de qualquer de suas Afiliadas, para fins de mantê-los sob vínculo empregatício ou, de outro modo, usufruir de seus serviços (...)." (destacamos)

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 delimitada por razoável período (cinco anos), não implica em ofensa ou óbice a eventual livre exercício do trabalho ou profissão.

Por sua vez, na cláusula 3.5 "a" trata de situação distinta, qual seja, o compromisso de "não-concorrência", através da qual o vendedor se compromete inclusive a não se empregar em empresa concorrente:

"Cláusula 3.5 (a) - Compromisso de não-concorrência: Cada um dos vendedores, neste ato, compromete-se, a partir desta data e por um período subsequente de 05 (cinco) anos, a não concorrer com a Sociedade, direta ou indiretamente (seja na qualidade de proprietário, acionista, quotista, investidor, sócio, parceiro de empreendimento conjunto (joint venture), licenciante, financiador, cooperador, consultor, empregado, agente, distribuidor ou de outra forma (...)) nas atividades desenvolvidas pela Sociedade, pela Compradora ou por qualquer de suas afiliadas até esta data (...)" (destacamos)

Ora, é de se perceber que, também aqui, não há nenhum óbice ao direito social do trabalho; pelo contrário, é da essência da cláusula de não-concorrência que o alienante se comprometa, por determinado lapso temporal, a não concorrer com o adquirente do negócio, quer seja na condição de proprietário, acionista, quotista ou empreendedor, quer seja na condição de empregado de firma concorrente (até porque, dependendo do cargo que este "empregado" possa ocupar em determinada empresa, a cláusula de não-concorrência pode se tornar inócua). Nesse sentido, referida cláusula encontra-se adequada ao entendimento deste Conselho, já que fixada sob condições e período razoáveis (fls. 169-170).

O Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe, contudo, abriu divergência ao solicitar vista do processo e discordar das conclusões do Conselheiro-Relator, tendo sido acompanhado pela maioria do Plenário do CADE¹²¹. Citando o artigo 170, VIII, da Constituição Federal, afirmou que o CADE não é apenas guardião da livre concorrência, mas sim de todos os princípios gerais da atividade econômica, inclusive a busca pelo pleno emprego, e que o inciso XIII do artigo 5º garante a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Em suas palavras:

Na análise de atos de concentração para preservação da livre concorrência, o CADE, em conformidade com os ditames constitucionais, pode e deve primar pela preservação do livre exercício do trabalho. Estará, com isso, agindo sob a égide da Lei nº 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, como bem especificado em seu artigo 1º. Nesse sentido, cláusulas que de alguma forma mostram-se como barreiras à contratação de empregados devem ser restringidas.

Vale ressaltar que a aprovação de atos pelo CADE exige análise prévia do teor do contrato firmado entre as empresas, expressão jurídica de toda a operação. Ignorar, com base em alegação de suposta incompetência deste órgão julgador, tamanha afronta à desejada e universal liberdade do trabalho e do exercício da profissão, ideais que não devem em momento algum ter sua eficácia na ordem jurídica afastada por simples vontade das empresas contratantes, significa vedar os olhos a irregularidades presentes em um contrato que se supõe retilíneo, já que aprovado o objeto da demanda, a aquisição societária. E mais, representa uma afronta à própria Constituição, traduzida na imposição de distinção hierárquica entre princípios trazidos pela Magna Carta, ao seu alvedrio.

No Contrato de Compra e Venda de Ações firmado pelas requerentes, a 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. (fls 178)

Irresignada com o resultado do julgamento, as empresas envolvidas na operação apresentaram embargos de declaração e, posteriormente, recorreram da decisão ao Poder Judiciário¹²². Para as empresas, muitos dos funcionários que tinham acesso a informações confidenciais, segredos, estratégias de negócios e relação direta com clientes eram meros

¹²¹ Vale notar trecho da discussão travada em Plenário no julgamento do ato de concentração, quando o Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos externou o seguinte: “Eu entendo também, à simetria do voto de vista trazido pelo Conselheiro Scaloppe, que estas restrições devem envolver só aqueles profissionais que carregam informações mercadologicamente relevantes da companhia ou, em alguns casos específicos, quando a gente está falando de empregados ou de indústrias em que haja capital humano intensivo - que, ao sair da companhia, você carrega também conhecimento importante, tal qual, por exemplo, indústrias de softwares e mais algumas indústrias que sejam capital humano intensivo” (fls 191).

¹²² Ação Ordinária nº 2005.34.00.027375-3, MM Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

empregados, de forma que a exclusão dessa palavra na cláusula sob discussão traria sérios riscos à viabilidade do negócio.

A decisão do CADE foi revertida judicialmente, que deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do acórdão do CADE. Conforme sugerido pela própria empresa autora da ação, foi proposta nova redação para a cláusula em questão – limitando a obrigação de não solicitação e não contratação apenas aos empregados que detinham informações ou segredos relacionados ao negócio (e não a todos os empregados) – e submetida à prévia aprovação do CADE.

Passou-se assim à análise pelo CADE quanto ao proposto pela Bemis, se seria suficiente para satisfazer as preocupações quando da decisão do ato de concentração e, assim, resolver o litígio judicial via transação judicial. Quando discutindo sobre a conveniência e oportunidade da celebração do acordo, especialmente no tocante às chances de vitória e manutenção da decisão do CADE no Poder Judiciário, o então Procurador Geral do CADE, Arthur Badin¹²³, emitiu posição categórica no tocante à ausência de competência do CADE para apreciação de matérias pertinentes a questões de trabalho. Citando manifestação em caso anterior¹²⁴, a Procuradoria foi favorável à celebração do acordo e teceu as seguintes considerações:

Em acréscimo às razões aduzidas pelo Dr. Adalberto Maciel Neto para classificar como "provável" o contingente de derrota judicial, bem como a justificar a conveniência da celebração da transação, ressalto que a decisão do CADE objeto da ação judicial contraria a jurisprudência dominante deste Conselho, conforme me manifestei nos autos do AC 08012.002876/2006-67 (Bradesco/Templeton):
 “Inoportuno e temerário que o CADE pretenda realizar, no bojo de sua atividade administrativa de controle de atos de concentração, "política de emprego". A imposição de restrições a atos de concentração só se justifica - sob pena de nulidade por incompetência - caso dele decorram efeitos anticompetitivos. (...) (fls 327).

Interessante apontar a mudança de entendimento da própria Procuradoria do CADE que, originalmente em 2005¹²⁵, opinou pela alteração da cláusula de não contratação por configurar um óbice ao livre exercício do trabalho enquanto, em 2007¹²⁶, opinou pelo exato oposto ao confrontar a competência do CADE para analisar esse tipo de questão.

¹²³ Despacho nº 47/2007/PG/CADE, fls. 327 e seguintes.

¹²⁴ Ato de Concentração nº 08012.002876/2006-67 (Templeton International, INC / Bradesco Templeton Asset Management Ltda), Relator Cons. Luís Fernando Rigato Vasconcellos, j. 16 ago 2006.

¹²⁵ Parecer ProCADE nº 198/2005 da Procuradora Federal Lilian Castro Rodrigues, aprovada pela Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci.

¹²⁶ Parecer nº 256/2007 do Procurador Federal do CADE Adalberto do Rego Maciel Neto, aprovado pelo Despacho nº 47/2007 do Procurador Geral do CADE Arthur Badin.

Em 2008, o MM. Juiz da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal proferiu a sentença na ação ordinária¹²⁷ anulando a decisão do CADE que determinou a modificação de cláusula de não contratação e não aliciamento de empregados e condenou o CADE ao pagamento dos honorários advocatícios no valor de R\$ 5.000,00, nos seguintes termos:

Ora, não procede a alegação de que o CADE seja um garantidor dos princípios da atividade econômica de forma ampla, pois essa competência, que seria gigantesca, em nenhum momento, lhe foi atribuída.

As atribuições do CADE, delimitadas na Lei nº 8.884/94, embora relevantes, são bem mais reduzidas, consistindo, essencialmente, na defesa da concorrência.

Assim, cláusulas contratuais que tenham efeitos sobre o mercado de trabalho, mas não prejudiquem a concorrência, podem ser até ilícitas e ser objeto de repressão administrativa ou judicial, mas não no âmbito da agência de defesa da concorrência.

Em seguida, o CADE renunciou de apelar da decisão, considerando que o próprio Conselho possui “[...] entendimento pacífico em sentido contrário ao que foi decidido na decisão do CADE que originou o processo judicial, fato este percebido e noticiado pelo MM. Juiz prolator da sentença”¹²⁸.

Importante mencionar que o caso Dixie não foi a primeira vez que o assunto chegou a ser discutido, muito embora tenha sido uma das vezes em que foi discutido com maior profundidade. Ora em alguns processos o CADE discutia com mais profundidade esse tipo de obrigação e impunha restrições à cláusula de não concorrência¹²⁹, ora não¹³⁰. Vale notar que em caso posterior ao julgamento original da operação Bemis/ DixieToga¹³¹, o entendimento acerca da não competência do CADE para averiguar questões relacionadas a trabalho foi mantida¹³².

¹²⁷ De nº 2005.34.00.027375-3; fls. 349 e seguintes dos autos do CADE.

¹²⁸ Despacho ProCADE nº 31/2008, fls. 347.

¹²⁹ Dos casos que ganharam notoriedade por tratar do assunto e impuseram restrições, vide por exemplo o Ato de Concentração nº 08012.002990/2004-25, Rel. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, j. 27 out 2004

¹³⁰ Dos casos que ganharam notoriedade por tratar do assunto e não impuseram restrições, vide por exemplo: Ato de Concentração nº 08012.004270/2003-13 Rel. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, j. 20 out 2004; Ato de Concentração nº 08012.000920/2003-51, Rel. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, j. 27 out 2004 (imposta apenas delimitação temporal); Ato de Concentração nº 08012.005540/2004-94, Rel. Roberto A. Castellanos Pfeiffer, j. 23 março 2005; Ato de Concentração nº 08012.001535/2005-93, Rel. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, j. 15 jun 2005; Ato de Concentração nº 08012.001186/2005-18, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18 mai 2005; Ato de Concentração nº 08012.002243/2005-78, Rel. Luís Fernando Rigato Vasconcellos, j. 18 mai 2005.

¹³¹ Ato de Concentração nº 08012.002876/2006-67, Rel. Luís Fernando Rigato Vasconcellos, j. 16 ago 2006.

¹³² Nos termos do voto vencedor: “A única parte que entendeu necessária a imposição de restrições ao presente ato de concentração foi a Procuradora Federal Lílian Castro Rodrigues, cujo parecer não foi aprovado pela Procuradoria Geral do CADE. De acordo com a Dra. Lílian Castro Rodrigues, o presente contrato de compra e venda possui uma cláusula em que as partes restringiriam o direito dos empregados de uma empresa de trabalharem na outra. Tal cláusula, sendo o entendimento da douta procuradora, representaria um óbice ao livre exercício do trabalho, em desacordo com o art. 5º, XII, da Constituição Federal. (...) Outrossim, em consonância com o entendimento da Procuradoria-Geral.do CADE, a imposição de restrições a atos de concentração pelo presente

Vale notar, retomando tudo o que foi dito, que as análises concorrenciais de atos de concentração que tangenciaram discussões sobre o mercado de trabalho haviam sido, até então, relacionadas às atividades-fim das empresas envolvidas. Ou seja, o foco da análise era o setor econômico em que as empresas envolvidas atuavam – e o mercado de trabalho aparecia apenas marginalmente, com a preocupação se as operações poderiam causar demissões ou limitar a recolocação de funcionários como consequência da reestruturação societária (decorrente da sinergia da junção das operações) e/ou em decorrência de cláusulas de não contratação ou não concorrência assinadas pelas empresas. Não se olhou para o mercado de trabalho como um mercado relevante em específico.

Nessa linha, conforme apontou Barbosa Júnior (2016), naqueles casos em que medidas de emprego foram negociadas entre as empresas envolvidas e o CADE, as obrigações de garantir o nível de emprego e treinar funcionários pareciam preocupar-se mais com o mercado de consumo do que com o mercado de trabalho em si, posto que geralmente aplicadas ao preservar a funcionalidade das unidades produtivas¹³³. Rivera, Domingues e Silva e Souza (2018, p. 84-85) concluem, de forma similar, que a análise antitruste brasileira tradicional (baseada na teoria clássica e nos guias de análise publicados pelo CADE, que tem como principal foco o princípio do bem-estar do consumidor) define os mercados relevantes nas dimensões produto e geográfico¹³⁴, mas “[...] não costumam verificar a criação de monopsonios ou oligopsonios no mercado relevante na dimensão trabalho e seus possíveis efeitos adversos”. Ou seja, as autoridades não analisam um “mercado relevante na dimensão trabalho” (que seria aquele mercado onde empresas competem por empregados com o mesmo tipo de especialização), de forma que a análise antitruste se concentra essencialmente na variação dos preços dos produtos, e não necessariamente na variação de salários de empregados ou nas restrições à sua liberdade de mudar de empresa.

Conselho apenas se justifica, sob pena de nulidade por incompetência, caso deles decorram efeitos anticompetitivos (...)” (fls. 423-424).

¹³³ Nas palavras do autor (Barbosa Júnior, 2016, p. 33): “A partir da análise desses casos mais recentes, percebemos que as obrigações de manter o nível de emprego têm sido utilizadas apenas como remédio comportamental voltado à preservação da operacionalidade de ativos a serem alienados (...). Nesse aspecto, esses remédios parecem retomar uma racionalidade antitruste mais tradicional, limitando-se a regular o poder econômico nos mercados de consumo, a despeito de seu eventual impacto sobre os mercados de trabalho. Entendamos o porquê: preservando a funcionalidade das unidades produtivas em face dos concorrentes das empresas-parte na operação – o que dependeria, dentre outros fatores, do nível de emprego –, o CADE garante que os remédios de desinvestimento aplicados sobre esses ativos sejam mais eficazes. Isso lhes permite, portanto, controlar a tendência, economicamente racional, de que as empresas degradem os ativos a serem alienados, de modo que o adquirente possua menores condições de rivalizá-las nos mercados de consumo”.

¹³⁴ Vide nota de rodapé nº 21.

Assim, e até o momento, não se identifica nenhum ato de concentração no país em que as autoridades tenham analisado especificamente os efeitos concorrenciais no mercado de trabalho (Rivera; Braga, 2023). No entanto, parte da doutrina brasileira tem questionado se as autoridades concorrenciais não deveriam analisar os impactos de uma determinada operação no mercado relevante do trabalho (independentemente das concentrações no mercado de produtos oferecidos pela empresa) (Marques, 2021; Braga, 2023; Rivera; Braga, 2023).

Para ilustrar esse ponto, é possível pensar no seguinte exemplo: uma fusão entre empresa A e empresa B, onde empresa A desenvolve produtos eletrônicos e a empresa B atua no mercado de inteligência artificial. Imaginemos também que, embora ambos os mercados se relacionem de certa forma com serviços de tecnologia da informação, são considerados mercados relevantes distintos (nem concorrentes, nem verticalmente relacionados¹³⁵). Dessa forma, sob uma análise antitruste tradicional, a fusão não geraria efeitos de concentração nem impactaria os mercados das atividades-fim das partes envolvidas, de forma que a operação poderia ser aprovada sem quaisquer restrições.

Contudo, a despeito de não concorrerem entre si no mercado das suas atividades-fim, empresas A e B costumam empregar o mesmo funcionário para desempenhar uma determinada função de TI. Pensemos ainda que essa função exige competências, habilidades e capacidades profissionais altamente específicas de tal forma que somente essas duas empresas contratam esse tipo de profissional. Nesse exemplo, a fusão dessas duas empresas acabaria por gerar um contratante monopsonista que, detendo a totalidade da demanda desse tipo de mão de obra, poderia exercer seu poder de mercado (reduzindo salários abaixo de níveis competitivos, por exemplo) pois os funcionários não teriam outra opção de empregador. É exatamente nesse contexto que se encontra a discussão atual. Não há, até hoje, nenhum ato de concentração sendo revisto sob essa perspectiva no Brasil. E fazê-lo certamente exigirá uma abordagem além da visão tradicional do Direito da Concorrência, conforme será discutido nos Capítulos seguintes.

3.2.2 Função repressiva: análise de infrações anticompetitivas

Conforme disciplinado na Lei nº 12.529/2011, especialmente no seu artigo 36, algumas práticas comerciais podem ser lesivas à concorrência (e, por isso, estarem sujeitas a

¹³⁵ Termo técnico do direito concorrencial usado para referir-se a empresas que estão em elos diferentes de uma mesma cadeia produtiva (por exemplo, fabricante e distribuidor).

investigações e condenações pelo CADE) se alcançarem algum dos seguintes efeitos¹³⁶: restringir de algum modo a livre concorrência; dominar um mercado relevante; aumentar arbitrariamente os lucros; ou exercer de forma abusiva, posição dominante. O artigo lista 19 práticas potencialmente anticompetitivas – dentre as mais comumente investigadas e mais lesivas à concorrência, tem-se o acordo entre concorrentes. Não há, contudo, menção específica ao mercado de trabalho no contexto de infrações à ordem econômica, seja na lei atual, seja na lei anterior.

Em uma eventual investigação de um acordo colusivo entre concorrentes no mercado de trabalho, o CADE poderia enquadrar a conduta no artigo 36, incisos I (restrição à livre concorrência) ou no inciso III (aumento arbitrário de lucros) (CADE, 2021, p. 18; Rivera; Domingues; Silva e Souza, 2018, p. 83-85). Para Rivera, Domingues e Silva e Souza (2018, p.

¹³⁶ O artigo 36, *caput*, deve ser interpretado concomitantemente com o seu §3º, que lista exemplificativamente as condutas que podem caracterizar infrações contra a ordem econômica:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

83-85), no primeiro caso, o enquadramento da conduta como uma que tenha por efeitos a restrição à livre concorrência deve considerar o “[...] mercado de trabalho dos profissionais de uma determinada função”, enquanto o enquadramento da conduta no contexto do efeito de um aumento arbitrário de lucros “[...] poderia ser justificado pela diferença existente entre o valor justo que deveria ser pago de salário ao empregado de um mercado afetado pela conduta e o valor efetivamente pago, fruto desse arranjo entre concorrentes”. Na lista exemplificativa do §3º do artigo, se a prática investigada se referir à fixação de valores de remuneração, por exemplo, poderá ser classificada como um cartel (inciso I) (CADE, 2021, p. 18; Rivera; Domingues; Silva e Souza, 2018, p. 83-84)¹³⁷.

A despeito da falta de previsão legal expressa, Bijos, Aguar e Sousa (2019, p. 83-84) resgatam interessante discussão histórica no início da aplicação da Lei nº 8.884/94, quando do trâmite do PL nº 2.130/1996 que pretendia incluir dentre as infrações anticompetitivas listadas pelo então artigo 21 da Lei nº 8.884/94 (o equivalente ao atual artigo 36 da Lei nº 12.529/2011) a utilização de mecanismos ilegítimos de redução de custos de produção (tais como o não pagamento de encargos tributários, trabalhistas e sociais, exploração do trabalho infantil e do trabalho escravo), sob a justificativa de que tais condutas prejudicariam o concorrente que atuasse na legalidade, perdendo esse a capacidade de competir. Os autores destacam que o projeto chegou a ser aprovado por Comissões¹³⁸ legislativas, mas acabou sendo arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados porque não foi submetido à deliberação final quando do decurso da legislatura, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno – e não porque foi rejeitado.

Os autores (idem, p. 84-85) mencionam também que o Plenário do Tribunal do CADE teve oportunidade de se manifestar a respeito dessa tentativa de inclusão em sua 21ª Sessão de Julgamento. Entendendo que o artigo 21 da época era exemplificativo, mas reconhecendo a importância da discussão, o CADE manifestou-se favoravelmente, não vendo impropriedade ou objeção ao acréscimo desse inciso adicional. De todo modo, a não inclusão expressa desse inciso não prejudicaria a tese, dado que “[...] em hipóteses como a tratada no presente artigo de supressão inescusável e reiterada de direitos trabalhistas, desde que existindo efeito negativo sobre a concorrência, contemplada genericamente já estaria na legislação (...)” (Bijos, Aguar e

¹³⁷ As autoras também destacam que se a prática ocorrer em entidades de classe ou sindicatos, é possível que seja classificada como uma conduta comercial concertada conforme inciso II do §3º do artigo 36 da Lei nº 12.529. Vide também: CADE, 2021, p. 18. Condutas comerciais concertadas intermediadas por entidades de classe, associações ou sindicatos não são, contudo, objeto da presente Dissertação, conforme será explicado adiante.

¹³⁸ Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) e de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Sousa, 2019, p. 86). Acrescentam à discussão Rivera, Domingues e Silva e Souza (2018, p. 85) ao destacar que, embora não haja previsão expressa na Lei nº 12.529/2011, “[...] o CADE considera em seu Guia de *Gun Jumping* a remuneração de funcionários como uma hipótese de troca de informações ilícita entre concorrentes no âmbito de atos de concentração” (CADE, 2015, p. 7).

Rivera, Domingues e Silva e Souza (2018, p. 82-85) destacam que embora o Brasil não tenha a mesma experiência que os Estados Unidos na análise de questões concorrenciais complexas envolvendo o mercado de trabalho, e apesar das condutas anticompetitivas serem tradicionalmente analisadas sob o foco do bem-estar do consumidor, o CADE já enfrentou o tema de modo coadjuvante em alguns processos administrativos. As autoras destacam o Processo Administrativo nº 08012.003021/2005-72 que investigava um suposto cartel em licitações para contratação de serviços de tecnologia da informação. Em 2015, na nota que determinou a instauração de um processo administrativo¹³⁹, dentre as diversas acusações, membros de um sindicato patronal teriam mantido uma “[...] política de respeitar o funcionário da empresa concorrente, por meio da não realização de ofertas para trabalho” (CADE, 2014). Para a Superintendência-Geral¹⁴⁰, a imposição criaria uma condição artificial para o mercado de trabalho cujo objetivo seria manter os salários de seus funcionários abaixo de um cenário de competição efetiva pela mão de obra. Esse Processo Administrativo, contudo, não foi julgado pelo Tribunal do CADE, pois, após impetração de Mandado de Segurança, o Judiciário declarou a extinção da pretensão punitiva da administração pública pela ocorrência de prescrição.

O Processo Administrativo nº 08012.002812/2010-42 também tangenciou o mercado de trabalho ao investigar um cartel no mercado de distribuição de recarga eletrônica de celulares pré-pagos. Nesse caso, entre as alegações de prática anticompetitiva, havia a suspeita da existência de um acordo de não contratação de empregados de concorrentes, embora a prática não tenha sido comprovada e, portanto, não tenha sido endereçada nem nos acordos firmados pelas empresas com o CADE, nem nos votos do julgamento em 2018 (Rivera; Domingues; Silva e Souza, 2018, p. 83)¹⁴¹.

¹³⁹ Convertendo a investigação de um inquérito administrativo em um processo administrativo. NOTA TÉCNICA Nº 54/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE, disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_YHqWHQYNjh0iiZJ689xJjMLueYh1lkjKxavPBT84d4aWROFUW8w6wcLrIZF-qh-aTZcu9QhJkoERItI1hm0D Acesso em 05 ago. 2023.

¹⁴⁰ Para mais a respeito das funções das autoridades concorrenciais e procedimentos, vide nota de rodapé nº 15.

¹⁴¹ Conforme ressaltam as autoras, há menção à prática no Parecer da ProCADE, nos seguintes termos: “Quanto ao suposto acordo de que os participantes do cartel não contratariam ex-funcionários uns dos outros, os indícios não puderam ser comprovados quando da instrução probatória, tendo as testemunhas, ainda, indicado que não havia qualquer restrição para a contratação de empregados que já trabalharam para uma das empresas”. Vide também Parecer n. 49/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU disponível em:

Rivera, Domingues e Silva e Souza (2018, p. 83) relembram ainda dois outros casos que tangenciaram discussões relativas ao mercado de trabalho e que ainda não foram julgados pelo CADE. O primeiro é o Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53 que, entre várias acusações, investiga eventual compartilhamento de informações relevantes na configuração de estratégia empresarial (incluindo sua estrutura comercial, número de representantes e seus salários e benefícios) entre concorrentes no mercado independente de peças automotivas de reposição¹⁴². O segundo é o Inquérito Administrativo nº 08700.003187/2017-74, instaurado em resposta a uma denúncia da Nubank contra os cinco maiores bancos do Brasil, acusados de criarem barreiras ao crescimento da Nubank¹⁴³. No que tange especificamente ao mercado de trabalho, Nubank acusa Itaú de ter assediado seus funcionários estratégicos da área de tecnologia da informação com a finalidade de “[...] fragilizar área essencial para a Nubank de maneira a prejudicar suas atividades no mercado de emissão de cartões de crédito”¹⁴⁴. Após investigação preliminar, a SG optou, em 2019, por não continuar a investigação dessa prática

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPNLvnKSdOiEeDhAYsyIJCXT8YRngwEaUwVu7g0IFVvH2MJPizQjMxruANS6QGzxSjgs_GkaPE8aCHRI9_Acuv Acesso em 05 ago. 2023.

¹⁴² Nos termos da nota técnica: “Existem fortes indícios da prática de conduta anticompetitiva consistente no compartilhamento de informações comerciais e concorrencialmente sensíveis. [ACESSO RESTRITO], o compartilhamento de informações comerciais e concorrencialmente sensíveis incluiu, mas não se limitou a, informações sobre (1) faturamento; (2) preços; (3) capacidade; (4) produtividade; (5) volume de produção; (6) níveis de vendas; (7) reajustes de preços; (8) vendas; (9) descontos; (10) termos de pagamento; (11) inadimplência; (12) clientes; (13) estrutura comercial; como número de representantes e seus salários/benefícios; (14) garantia; (15) assistência técnica; (16) carteira de pedidos; (17) transportadoras; (18) frete; (19) eventos; (20) distribuidores; (21) participações de mercado; (22) custos; e (23) marketing”. NOTA TÉCNICA Nº 10/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE, disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOCmURzHKYpMfXoQf2ZY9YsD9xxCr8TI6ZlJR-uswFLba2XjzF-njVPsI6PVtZds0gJGfGBL3DhfM94PJhOaBbt. Acesso em 05 ago. 2023.

¹⁴³ Nos termos da nota técnica que determinou a instauração do Processo Administrativo: “Em síntese, a denúncia apresentada alega que os Bancos Representados exercem poder de mercado na prestação de serviços bancários para impor barreiras ao crescimento do Representante no mercado de cartões de crédito. Isso seria possível devido ao fato de que os Bancos Representados atuam no mesmo mercado de atuação do Representante e, além disso, prestam diversos serviços complementares e relevantes para os consumidores de cartões de crédito e estariam se valendo dessa posição para impor dificuldades à atuação do Nubank. Como exemplo de barreiras à concorrência, os Bancos Representados estariam impondo dificuldades para a contratação de serviços bancários como débito automático, extrato *intraday* e serviços de banco liquidante entre outras condutas descritas na denúncia”. NOTA TÉCNICA Nº 12/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE, disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yM0Ur3G5YApuDmwdqA-gN0OY7RHVE2BI-MZFRoy-gMkMaWhujSckPRxIhW5IS8R6NMH3IKdduvXuSIMmBFWCii Acesso em 05 ago. 2023.

¹⁴⁴ Nos termos da NOTA TÉCNICA Nº 12/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE: “A Representação relata que uma Analista Sênior do Itaú encaminhou mensagens para onze profissionais do Nubank em um período de dez dias. As mensagens, anexadas aos autos, solicitam que o profissional encaminhe seu Currículo Vitae caso o profissional esteja aberto e interessado em novos desafios na área de Tecnologia. Segundo o Representante, a maioria desses profissionais são desenvolvedores de sistemas com conhecimento da tecnologia proprietária desenvolvida na empresa, e que o assédio a esses funcionários teria como objetivo fragilizar área essencial para a Nubank de maneira a prejudicar suas atividades no mercado de emissão de cartões de crédito”.

específica relacionada ao mercado de trabalho por entender que esse episódio constituiria um “[...] quadro natural de prospecção de profissionais no mercado de trabalho”¹⁴⁵.

Ainda no âmbito das investigações por infrações anticompetitivas, vale notar um aspecto adicional trazido por Lucena Filho (2016, p. 17-18), que tece considerações interessantes a respeito das conexões entre o Direito Concorrencial com o que autor conecta a uma prática nociva de *dumping social*, entendido como o abuso patronal do direito de contratar e de dispensar empregados, ou no desrespeito aos direitos trabalhistas, que deprecia o valor social do trabalho e precariza condições de trabalho gerando uma vantagem econômica sobre os concorrentes. O autor estuda uma representação formulada em 2012 pelo Ministério Público do Trabalho junto às autoridades concorrenciais brasileiras¹⁴⁶ que acusava uma empresa atuante no mercado da construção civil de ter fundado seu crescimento exponencial com base na supressão sistemática de direitos trabalhistas, reduzindo o custo do trabalho e, assim, abrindo vantagem arbitrária sobre a concorrência (Lucena Filho, 2016, p. 283).

Na sua decisão da época, contudo, o CADE entendeu não ter competência material para apreciar as denúncias – que restaria aos órgãos da Justiça do Trabalho na medida em que “[...] não é função dos órgãos regulatórios corrigir falhas provenientes de descumprimentos contratuais ou de descumprimento de mandamento legal, cuja apreciação deve ser feita por outros órgãos” (Lucena Filho, 2016, p. 295) –, e o processo foi arquivado. Contudo, conforme denota Lucena Filho, embora o CADE possua argumentos aparentemente válidos, teria sido mais sensato prosseguir com a análise da denúncia apresentada, ao invés de arquivá-la sumariamente, uma vez que a falta de preocupação com os custos sociais resulta em uma omissão do Estado do seu dever de proteger trabalhadores, consumidores e concorrentes¹⁴⁷. Em suas palavras:

¹⁴⁵ NOTA TÉCNICA Nº 12/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE.

¹⁴⁶ Procedimento Preparatório de Inquérito nº 08012.004330/2012-99.

¹⁴⁷ Nessa mesma linha, defendem Bijos, Aguiar e Sousa (2019, p. 89, 104, 106, 108) que a conduta de descumprir repetidamente normas laborais mínimas atrai a competência das autoridades concorrenciais quando houver impactos à concorrência. Nas palavras dos autores, “matérias trabalhistas, em abstrato, são de competência do SBDC (...) não devendo ser indeferida, de plano, a instauração de procedimento (...) tão somente pela natureza da matéria apresentada na representação (...). Ora, há situações em que irregularidades trabalhistas desaguardam em infrações contra a ordem econômica, ferindo ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, ou seja, valores e princípios consagrados pelo constituinte como pilares sustentadores da ordem econômica, juntamente com a valorização social do trabalho. No entanto, não se trata de defender a transladação para o SBDC de competência dos órgãos estatais constituídos para a defesa da legislação do trabalho. (...) Nessa senda, condutas reincidentes e inescusáveis de violação aos direitos trabalhistas com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência, refletindo no conhecido *dumping social* trabalhista interno, apesar de não descritas expressamente em um dos 19 incisos do referido § 3º, desde que comprovada restrição à concorrência, pela incidência de um dos efeitos previstos na Lei Antitruste, configurada estará a ilicitude, comportando atuação do SBDC (...)”

[o]s argumentos qualificados pelo CADE aparentam gozar de plena razão, porém são precursores de uma mensagem perigosa. A decisão de arquivar sumariamente qualquer investigação que considere os custos trabalhistas como substrato material serve de desestímulo aos demais agentes da construção civil praticantes da boa gestão trabalhista. (...) A ausência do mínimo de preocupação do direito regulatório com os custos sociais cria um hiato de ação estatal quando mais era esperada por constituir um meio de minimizar os danos causados aos trabalhadores, consumidores e concorrentes. A atitude mais sensata, no caso em questão, seria o prosseguimento do procedimento preparatório para oportunizar uma análise mais acurada e profunda das denúncias apresentadas, em especial pela magnitude de atuação da MRV Engenharia. Do mesmo modo que se fez uma defesa da impossibilidade de apreciação de quaisquer matérias afetas à concorrência pela Justiça do Trabalho, é fundamental que o CADE assumira seu mister e avoque para si suas prerrogativas e atribuições regulatórias. A maior rigidez conceitual do direito antitruste não lhe retira o dever de observância dos primados humanistas e sociais desenhados na Constituição da República. Cumpre lembrar que a valorização do trabalho humano compõe o duplo fundamento da ordem econômica e financeira, subsistema no qual está inserida a concorrência desleal (Lucena Filho, 2016, p. 295).

Lucena Filho (2016, p. 10 e 311) conclui (e critica) que a teoria geral trabalhista e o direito da concorrência desconsideram a existência de uma função concorrencial do direito do trabalho e não permitem enquadrar a sonegação sistemática de direitos trabalhistas como conduta anticompetitiva. Isso é particularmente relevante quando se considera, estatisticamente, haver uma espécie de cultura de descumprimento da norma trabalhista no Brasil persistente no tempo e independente do porte da empresa, conforme apontado por Resende (2015, p. 245, 262-263). Apoiado em dados estatísticos, o autor identificou que, em qualquer segmento econômico e ano de fiscalização, o percentual de descumprimento da norma trabalhista é de aproximadamente 30%, atingindo aproximadamente 10 milhões de trabalhadores anualmente e gerando um lucro de 90% para a empresa descumpridora. Critica ainda que o Estado tolera essa cultura de descumprimento de normas trabalhistas, enquanto apenas 4% das irregularidades são perseguidas com punições, ressaltando a existência de uma significativa litigiosidade contida ao estimar que apenas 20% dos trabalhadores prejudicados efetivamente ajuízam reclamação trabalhista.

O precedente estudado por Lucena Filho ilustra a distância antes percebida entre o Direito Concorrencial e o Trabalhista no Brasil – distância essa, contudo, que se tornou mais curta e passou a reconhecer a existência de uma interdisciplinaridade entre essas duas matérias de alguns anos para cá. Pode-se citar como exemplo dessa mudança a recente instauração, em 2021, do primeiro processo administrativo ¹⁴⁸ pela autoridade concorrencial brasileira envolvendo o mercado de trabalho no Brasil para averiguar suposta coordenação de mercado e

¹⁴⁸ Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61.

troca de informações comerciais concorrencialmente sensíveis entre os departamentos de recursos humanos de empresas atuantes no setor de saúde, que se encontra ainda em fase inicial de análise.

Mais especificadamente, o processo investiga indícios de práticas anticompetitivas no mercado de trabalho relativo à indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde (ao nível nacional e, em especial, no Estado de São Paulo, na Região Metropolitana da Cidade de São Paulo, incluindo o Município de Sorocaba e Região) e traz evidências de suposta participação de aproximadamente 36 empresas e 108 pessoas físicas. Nos termos da nota que decidiu pela instauração do processo administrativo, as supostas práticas que estão sob investigação, e por meio das quais teria sido frustrada a competitividade do mercado em questão, referem-se a: (i) sistemáticas trocas de informações concorrencialmente sensíveis entre concorrentes a respeito de remunerações, reajuste salariais e benefícios oferecidos aos funcionários e/ou futuros funcionários; e (ii) episódica fixação de preço e condições comerciais, por meio de ação coordenada/alinhada relativa a condições de contratação de mão de obra e gestão de pessoas, salários, benefícios e reajustes salariais.

Importante notar que não há ainda nenhum caso no Brasil que tenha condenado a prática de troca de informação sensível enquanto ilícito autônomo (ou seja, desvinculado à prática geral de cartel) – seja no mercado de trabalho ou até mesmo nas análises tradicionais dos mercados de produtos. E existe certo debate se essa prática deveria ter a sua ilicitude presumida ou se deveria ser analisada sob a regra da razão¹⁴⁹. De toda forma, a orientação geral é que concorrentes não compartilhem informações concorrencialmente sensíveis que sejam recentes e estejam desagregadas (tais como aquelas relativas a preço, condições de venda e identificação de clientes, bem como salários de funcionários)¹⁵⁰ (CADE, 2021, p. 24).

¹⁴⁹ Defende a Nota Técnica que determinou a instauração desse Processo Administrativo que troca de informações sensíveis tenha ilicitude presumida quando é (i) trocada entre concorrentes, (ii) desagregada e (iii) relacionada a intenções futuras ou atuais de atuação da empresa que permitam eliminar as incertezas quanto ao comportamento daquelas empresas participantes da prática – situação em que deve ser tratada como uma prática concertada e classificada no inciso II do §3º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 (“promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”). Por outro lado, a troca de informação concorrencialmente sensível será analisada sob a regra da razão quando for uma conduta unilateral (por exemplo, um agente que compartilha informações com terceiros de forma não coordenada) ou quando ocorrer entre agentes que não são concorrentes (como dentro de uma relação comercial vertical) e poderá ser considerada anticompetitiva se ocasionar um fechamento de mercado, por exemplo (classificando-se no inciso III do § 3º do art. 36: “limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado”). As trocas de informações podem, ainda, não ser anticompetitivas se, por exemplo, tiverem como efeito ganhos de eficiência, redução de assimetrias informacionais, melhoria de operações internas, entre outras, e estarem inseridas em contextos comerciais legítimos (CADE, 2021, p. 37, 39 e 42).

¹⁵⁰ Vide também: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica> e http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf. Acessos em 25 jul. 2023.

Ao determinar a instauração do procedimento administrativo, a autoridade concorrencial brasileira reconheceu que a manutenção de relações concorrenciais sadias no mercado de trabalho também é um dos objetos do direito concorrencial:

A Lei nº 12.529/2011 dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, em cumprimento aos ditames constitucionais de livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico, a fim de assegurar a competitividade dos mercados e, por conseguinte, menores preços aos consumidores, bem como maior variedade e qualidade de produtos, além de incentivar a inovação.

Esta mesma lógica também se aplica aos mercados de trabalho. De forma similar ao modo como as empresas competem para que os consumidores comprem seus produtos, elas também concorrem para contratar ou reter seus empregados. Nesse sentido, do mesmo modo que a competitividade no âmbito dos produtos proporciona melhores condições aos consumidores, a concorrência entre empregadores pelos empregados leva a melhores condições de salário e benefícios trabalhistas, bem como maiores oportunidades de trabalho. [...]

Embora a Lei Antitruste tenha sido tradicionalmente aplicada mais a mercados de venda de produtos, as disposições concorrenciais aplicam-se igualmente aos mercados de compra de insumo, visto que compradores também podem incorrer em condutas anticompetitivas. (CADE, 2021, p. 5)

Embora detalhes permaneçam confidenciais por enquanto, informações públicas indicam que as informações trocadas se referiam a práticas vigentes e futuras, separadas de acordo com cargo de especialização dos funcionários (política de remunerações e vantagens, auxílios e benefícios). A nota que determinou a instauração do processo administrativo argumentou que essa troca de informações possuiria o efeito de limitar ou prejudicar a concorrência no mercado de trabalho ao permitir a uniformização, ou achatamento, dos parâmetros aplicados pelas empresas participantes, enquanto seria fonte de consultas e comparação na tomada de decisão, viabilizando uma atuação coordenada. Ainda, defendeu que em determinadas circunstâncias a troca de informações sensíveis pertinentes ao mercado de trabalho pode ter ilicitude presumida, como no caso em que se compartilhe informações relativas ao valor do salário de um determinado cargo, usadas para embasar decisões que levem a um paralelismo entre as empresas envolvidas (CADE, 2021, p. 24; Brasil, 2019, p. 4).

Conquanto a investigação ainda esteja em curso, é perceptível uma mudança na postura da autoridade brasileira de defesa da concorrência quando o assunto é a interlocução com o mercado de trabalho: se, em 2012, o CADE decidiu arquivar, em estágio preliminar, acusação formulada pelo Ministério Público do Trabalho por entender não ter competência material para apreciar denúncias relativas à supressão de direitos trabalhistas (gerando vantagem competitiva em detrimento dos outros concorrentes), menos de 10 anos depois o órgão entendeu que a lei concorrencial aplica-se aos mercados de trabalho da mesma forma que se aplica aos mercados

de produtos. Flexibilizou-se, portanto, a distância então existente entre Direito Concorrencial e mercado de trabalho.

Por outro lado, contudo, ainda paira certa confusão no ar quanto aos limites específicos de competência da autoridade concorrencial, como é possível perceber do posicionamento constante no próprio site do CADE à pergunta “O Cade tem competência para atuar em casos de descumprimento de mandamentos legais?”¹⁵¹. Nas palavras da autoridade:

A sonegação fiscal, a inobservância de obrigações trabalhistas ou previdenciárias, o desrespeito à propriedade intelectual (pirataria), o desrespeito às regras que disciplinam o exercício de atividade econômica ou profissional (ausência de registro em órgão fiscalizador ou em órgão de classe) podem resultar em uma redução artificial dos custos de uma empresa, ou em uma “vantagem competitiva” ilicitamente obtida, que viabiliza o desenvolvimento desse agente econômico em prejuízo dos concorrentes. Tais situações caracterizam-se por uma irregularidade jurídica delimitada no tempo, de modo que espelham casuísticas excepcionais que destoam da legalidade. Sendo assim, a partir do momento que a normalidade jurídica é restabelecida, reconstituem-se também as condições concorrenciais habituais.

A lei de proteção e defesa da concorrência visa a prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica, pautando-se nos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico. É norma de caráter ordinário que visa concretizar valores e princípios consagrados pelo constituinte como pilares sustentadores da ordem econômica. **No entanto, não se pode prestar a corrigir distorções isoladas decorrentes de atos constituídos à beira da legalidade que, acaso legítimos, preservariam o ambiente concorrencial, e cuja licitude deva ser apurada em esfera distinta da dos órgãos antitruste.** (ênfase adicionada)

Quando, afinal, teria o CADE competência para analisar dinâmicas trabalhistas? Conforme será explorado mais adiante, a doutrina aponta que a incoerência interna e a falta de um posicionamento sistemático e uníssonos no CADE a respeito da abrangência e limites de sua própria competência podem gerar insegurança jurídica e arrisca submeter o Direito da Concorrência a objetivos externos ao da política antitruste. Sendo assim, é imprescindível que o CADE esteja alinhado internamente e transmita uma posição clara aos jurisdicionados, especialmente porque tais demandas podem gerar desdobramentos no Judiciário, conforme será abordado mais à frente.

3.2.3 Função educativa: advocacia da concorrência

Além de suas funções preventivas e repressivas, ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência também compete promover o Direito da Concorrência (artigo 19 da Lei nº

¹⁵¹ Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica> Acesso em 05 ago. 2023.

12.529/2011) com atividades de cunho preventivo visando educar os agentes econômicos na promoção de um ambiente competitivo. No tocante às interlocuções do Direito Concorrencial com o mercado de trabalho, interessante apontar que em 1996, poucos anos após a promulgação da Lei nº 8.884/94, o CADE destacou em seu Relatório Anual¹⁵² (p. 28-29) a importância de se considerar o impacto negativo sobre o nível de emprego decorrente do processo de reestruturação industrial que se via à época, marcado por fusões, aquisições e *joint ventures* de empresas.

Para o órgão, embora essas operações aumentassem a eficiência, três aspectos mereceriam destaque e cautela. O primeiro deles dizia respeito à correção de uma externalidade negativa relacionada ao desemprego setorial (i.e., redução de pessoal e/ou realocação em diferentes mercados geográficos). De olho nessa externalidade, deveria o direito da concorrência considerar “[...] todos os custos na avaliação de operações de atos de concentração entre empresas, atenuando, ou mesmo evitando, as externalidades negativas no mercado de trabalho associadas ao processo de reestruturação” (p. 28).

O segundo aspecto a se considerar seria o desemprego friccional, ou seja, a situação na qual não há compatibilidade entre a qualificação do trabalhador exigida no emprego anterior (do qual ele foi demitido) e o perfil exigido pelo mercado de trabalho, pouco receptivo às suas especificidades exercidas no antigo emprego. Essa baixa versatilidade da mão de obra dispensada poderia ser atenuada com a sua requalificação. O terceiro aspecto, relacionado à criação de programas de requalificação, seria a criação de oportunidades para poderem surgir novos negócios. Ou seja, enquanto se estabelece programas de treinamento de funcionários, objetiva-se formar pequenos empresários que incrementem a competição.

Nesse contexto de reestruturação industrial que marcava aquele período do Brasil, com diversas operações tendo sido aprovadas pelo CADE sujeitas a determinadas condições (como aquelas relacionadas à adoção de programas de requalificação e recolocação profissional, conforme discutido), o CADE assinou com o Ministério do Trabalho dois protocolos de intenções em 1997 e 2000. Esses documentos tinham como finalidade estabelecer uma parceria entre esses órgãos, objetivando, essencialmente, a implementação e avaliação de programas de requalificação e recolocação profissional para trabalhadores que perderam seus empregos em decorrência da reestruturação e fusão de empresas¹⁵³.

¹⁵² Vide trecho do Relatório Anual transcrito no voto do Conselheiro Gesner, no Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, j. 28.03.2000, fls. 5.544-5.546 (volume 17).

¹⁵³ Íntegra do protocolo assinado em 2000 disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicuRZEFh

Mais recentemente, no contexto de sua participação junto ao fórum da OCDE que discutiu aspectos concorrenciais no mercado de trabalho em 2019, a autoridade antitruste brasileira informou que está elaborando um guia de melhores práticas sobre o tema direcionado para profissionais de recursos humanos (BRASIL, 2019, p. 4). Nesse mesmo documento, a autoridade enalteceu o valor e eficácia de guias informativos, apesar de afirmar não ter conhecimento de nenhum grande estudo empírico no Brasil acerca dos reais efeitos da concentração no mercado de trabalho e de reconhecer que operações societárias no país resultaram em empregadores poderosos sem haver implicações antitruste relevantes (idem, p. 2).

Sendo assim, embora a visão a respeito de potencial interdisciplinaridade entre o Direito Concorrencial e o Direito Trabalhista tenha encontrado certa resistência no passado relativamente recente da autoridade – tanto institucionalmente como na experiência prática de casos –, é possível observar uma leve mudança da tendência concorrencial nos últimos anos. E não apenas mudança, como expansão. Se, antes, o Direito Concorrencial desempenhava função acessória na interlocução com o mercado de trabalho, agora, os reflexos concorrenciais desse mercado têm o potencial de passarem a ser vistos com lupa. Ainda que continue havendo uma necessária separação, em termos de competência, do que o CADE pode e deve analisar quando o assunto são questões trabalhistas, o enfoque concorrencial passa a enxergar com mais nitidez a necessidade de um olhar cauteloso sobre as dinâmicas concorrenciais no mercado do trabalho e os potenciais efeitos anticompetitivos de determinadas práticas, que restou evidente com a recente instauração, em 2021, da investigação descrita. Mas dessa nova dinâmica surgem novos conflitos, conforme será apontado a seguir.

3.2.4 Reflexos da atuação do CADE no Judiciário: demandas judiciais trabalhistas e o direito da concorrência

Levantamento realizado por Barbosa Júnior (2016, p. 26-28, 43-45) identificou algumas demandas trabalhistas ajuizadas no Poder Judiciário cuja controvérsia relacionava-se com a atuação do CADE na análise de atos de concentração¹⁵⁴. Nesses casos, os demandantes

Btn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPH9mC43opm1UwfB9H4O0Rz3Cn_iXHmm9GxFTPivONmLU5m3f4qe_qmzg SIBn5n1nTPb67dg2R7ouJFtGXIBF (fls. 8597-8599).

¹⁵⁴ Barbosa Júnior identificou os seguintes casos: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 56.815/2002-900-04-00.5 (Recorrente: Companhia de Bebidas das Américas / Recorrido: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Cooperativas de Alimentação de Montenegro e outros), Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, j. 23.05.2006; Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº. 2.793/2000-035-02-40.7 (Agravante: Antonio Augusto Salazar Mazarra / Agravada: Companhia de Bebidas das

alegavam que as empresas haviam violado os compromissos (que haviam sido colocados como condição à aprovação da operação) firmados com o CADE de não dispensar injustificadamente seus funcionários. Para o autor, embora poucos casos, sua particularidade revela as primeiras consequências institucionais de uma aproximação entre o Direito Concorrencial e políticas de emprego, visto que “[...] algumas de suas decisões parecem ter criado também direitos subjetivos em favor de trabalhadores”, permitindo que esses trabalhadores ajuizassem demandas em face de seus empregadores “[...] valendo-se de fundamentos jurídicos estranhos às fontes típicas do direito do trabalho” (Barbosa Júnior, 2016, p. 27). Para ilustrar esse ponto, o autor destaca dois casos em que decisões da autoridade concorrencial viram-se escrutinadas por tribunais trabalhistas.

O primeiro deles diz respeito à operação envolvendo as empresas Gol e Webjet¹⁵⁵. Quando a operação ainda estava sob revisão do CADE, foi firmado um acordo com as partes (APRO¹⁵⁶) por meio do qual elas se comprometiam, entre outras coisas e até a decisão do CADE, a manter o nível de emprego, vedando-se a dispensa e/ou demissão injustificada, bem como a transferência de pessoal entre as empresas do Grupo Gol e Webjet (incluindo diretoria e/ou cargos de cunho decisório)¹⁵⁷⁻¹⁵⁸. Essa restrição, contudo, não foi replicada quando da aprovação condicionada da operação – ou seja, não houve nenhuma obrigação quanto à manutenção de empregos no acordo assinado em 2012 entre as empresas e o CADE.

Américas), Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, j. 09.08.2006; Recurso de Revista nº. 414/2004-261-04-00.5 (Recorrente: Companhia de Bebidas das Américas / Recorrida: Rosane Flores), Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, j. 03.06.2009; Ação Cautelar nº. 0000145-88.2012.5.01.0781, 1ª Vara do Trabalho de Estrela-RS, proposta em 16.2.2012 (Demandante: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Cooperativas de Alimentação de Estrela, Teutônia, Bom Retiro do Sul, Fazenda Vilanova, Westfalia, Imigrante, Colinas / Demandada: BRF – Brasil Foods S.A.); Ação Civil Pública nº 0001618-39.2012.5.01.0023, 23ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, proposta em 3.12.2012 (Demandante: Ministério Público do Trabalho / Demandado: VRG Linhas Aéreas S.A. e Webjet Linhas Aéreas S.A.).

¹⁵⁵ Ato de Concentração n. 08012.008378/2011-95 (VRG Linhas Aéreas S.A. / Webjet Linhas Aéreas S.A.). Relator Cons. Ricardo Ruiz, j. 10 out 2012.

¹⁵⁶ Sob a égide da Lei nº 8.884/94, a aprovação pelo CADE não era requisito essencial para a consumação de operações. Assim, na época, a lei previa a utilização de instrumento jurídico chamado “Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação”, ou APRO, que podia ser assinado entre as partes da operação e o CADE quando necessário para preservar a situação de independência operacional das empresas e permitir a eficácia da decisão do CADE. Eram comuns em operações complexas, quando já se imaginava que algumas condições seriam impostas para a aprovação da operação. Esse instrumento era disciplinado pelo artigo 139 do antigo Regimento Interno do CADE (Resolução nº 45/2007).

¹⁵⁷ Cláusula 2.1.5 do APRO. O propósito desse tipo de vedação, comum na época em que a aprovação do CADE não era condição suspensiva para a consumação da operação, era garantir que as empresas envolvidas permanecessem operacionalmente independentes, inclusive para que, no caso de uma eventual reprovação por parte do CADE, a operação pudesse ser desconstituída.

¹⁵⁸ Daniel Tobias Athias (2016) nos lembra que “[h]ouve uma obrigação neste sentido no Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação, mas esta cláusula era inerente a este tipo de acordo, vez que visava manter as operações de ambos os agentes incólumes em caso de reprovação da operação pelo órgão em sua análise *ex post*”.

Após o atendimento das condições estabelecidas no acordo e a consumação da operação, 850 funcionários (que representavam mais de 50% dos funcionários da empresa adquirida) foram demitidos, o que gerou grande repercussão na mídia à época e fez o Ministério Público do Trabalho ingressar com uma ação civil pública. A decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região¹⁵⁹ reconheceu que a dispensa ocorreu de forma abusiva, em violação ao direito do trabalho e sem intermediação sindical, e também declarou que a aprovação de atos de concentração pelo CADE precisaria ter como condição implícita a proteção aos trabalhadores contra demissão coletiva. Logo, a despeito da decisão final do CADE não ter determinado a manutenção de um determinado nível de empregabilidade, a Justiça do Trabalho ainda assim condenou a empresa por violar direitos trabalhistas com a demissão em massa.

Ademais, a Justiça do Trabalho entendeu ainda que obrigações previstas no APRO relativas à manutenção do nível de emprego não estariam limitadas somente ao período de análise do ato de concentração, uma vez que o imperativo constitucional de tutela abrangente da ordem econômica (que inclui a proteção ao trabalho) seria um pressuposto à sua aprovação pelo CADE. Desse modo, entendeu que uma aquisição empresarial que visasse apenas os ativos (implicando na dispensa coletiva e injustificada dos funcionários da empresa adquirida após a consumação da operação) não poderia ser considerada lícita (Barbosa Júnior, 2016, p. 35). Assim, para Barbosa Júnior (2016, p. 44), “[...] [i]sso significa que, a despeito do conteúdo dos remédios definidos pelo CADE, a leitura da legislação concorrencial pelos tribunais trabalhistas acabaria sempre submetendo a regulação antitruste aos objetivos específicos do direito do trabalho”.

O segundo exemplo trazido pelo autor (Barbosa Júnior, 2016, p. 45) diz respeito à operação Fisher/Citrovita¹⁶⁰. Após a aprovação condicionada pelo CADE em 2011 – embora nenhuma medida relacionada à manutenção de nível de empregos tenha sido firmada –, 173 funcionários foram dispensados em decorrência da reorganização empresarial que fechou uma das unidades de processamento que havia sido adquirida. Dessa vez, em resposta a essas demissões, o Ministério Público do Trabalho exsurtiu-se contra o próprio CADE ao instaurar um inquérito civil¹⁶¹ para apurar eventual responsabilidade da autarquia pelas dispensas resultantes do ato de concentração aprovado.

¹⁵⁹ RO ACP 0001618-39.2012.5.01.0023.

¹⁶⁰ Ato de Concentração n. 08012.005889/2010-74 (Citrovita Agro Industrial Ltda / Fischer S.A.). Relator Cons. Carlos Ragazzo, j. 14 dez 2011.

¹⁶¹ Procedimento n. 000195.2013.15.003/0-51 (Representante: MPT/PRT 15ª Região - PTM Araraquara / Representado: Conselho Administrativo De Defesa Econômica – CADE), disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/requisicao-ip-cade-mpt.pdf> e <https://www.conjur.com.br/2013-out-08/mpt-processa-cade-negar-documentos-apuracao-dispensa-massa>.

Além do inquérito civil, a Procuradoria do Trabalho promoveu Ação Cautelar Exibitória para apurar suposta participação do CADE em “[...] situações de dispensa coletiva de trabalhadores determinadas por processos de fusão e aquisição de empresas, com possível agressão a normas e princípios justralhistas”¹⁶². A ação cautelar requeria, além diversos pontos, acesso integral aos autos de todos os atos de concentrações julgados desde 2003¹⁶³ e, em tom um tanto quanto adversarial, alegando descumprimento de pedidos anteriores de exibição de documentos e ocultação de documentos confidenciais, o MPT solicitou que a polícia apurasse crime de desobediência contra o presidente do CADE.

Em 2014, e como desdobramento da ação cautelar, o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública solicitando, em resumo, que sindicatos fossem envolvidos em processos de atos de concentração, que informações relativas ao planejamento da gestão de recursos humanos fosse pública e que o CADE fundamentasse “[...] suas decisões com a devida consideração às repercussões, para o ato de concentração sob análise, da incidência da função social da propriedade, da valorização do trabalho humano e dos ditames da justiça social”¹⁶⁴. Para Barbosa Júnior (2016, p. 44), embora os tribunais trabalhistas não sejam competentes para revisar a legalidade das decisões do CADE, “[...] a depender das conclusões do inquérito civil, o MPT poderia buscar a responsabilização do Conselho mediante ação civil pública, questionando perante os tribunais trabalhistas a própria legitimidade da regulação antitruste”.

Anos depois, esses apontamentos trazidos por Barbosa Júnior mostram-se extremamente atuais: ao julgar a ação civil pública em julho de 2023, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região acatou alguns dos pedidos do MPT para, especialmente, determinar que as decisões do CADE em atos de concentração sejam fundamentadas e considerem a função social da propriedade, da livre iniciativa e do valor social do trabalho. Ainda, confirmou a

¹⁶² Página 02, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/exibicao-documentos-cade-mpt.pdf>. Referente aos Ofícios CODIN nº. 2519/2013, 4839/2013 e 5875/2013. Processo No. 0011506-28.2013.5.15.0081 (Vara do Trabalho de Matão).

¹⁶³ “Os requerimentos feitos ao Cade ‘a fim de apurar a participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em situações de dispensa coletiva de trabalhadores determinadas por processos de fusão e aquisição de empresas’ envolvem a prestação de informações tais como (i) lista de todos os atos de aquisição e/ou fusão aprovados pelo Cade desde 2003; (ii) relação de todos os atos de concentração aprovados pelo Cade, nesse mesmo período, em que o Conselho tenha imposto a obrigação de não demitir, manter o nível de emprego ou outras obrigações equivalentes, ‘seja através de decisão liminar ou definitiva’; (iii) nestas hipóteses, cópia de todas as representações e denúncias recebidas noticiando possível descumprimento da obrigação de não demitir, bem como cópia da decisão final do Conselho com relação a cada denúncia; (iv) cópia de todas as decisões que, revendo a imposição anterior, eximiram em todo ou em parte, após a aprovação e/ou fusão, a(s) empresa(s) da obrigação anteriormente fixada de não demitir ou de manter nível de emprego; e (v) extensa documentação relativa aos procedimentos de atos de concentração envolvendo as empresas Citrosuco e Citrovita, Gol e Webjet, TAM/Varig, Brahma/Antarctica/AMBEV e Sadia/Perdigão/BRF’.”. Trecho da nota do CADE, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-08/mpt-processa-cade-negar-documentos-apuracao-dispensa-massa>.

¹⁶⁴ Processo No. 0012149-49.2014.5.15.0081. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/cade-considerar-impactos-sociais.pdf> (fls. 6).

competência material da Justiça do Trabalho para discutir decisões do CADE no que se refere a relações de trabalho. Nas palavras da decisão confirmada:

Da leitura da petição inicial, conforme acima explanado, não se deduz uma pretensão de fiscalização por parte do MPT das atribuições e competências do CADE. O que requer o autor são medidas judiciais tendentes a proteger os empregos de um número incontável de trabalhadores, quando da análise pelo Conselho demandado de pedidos de atos de concentração empresarial.

Os efeitos sociais de exigências de melhorias de potencial pelas empresas que se submetem a um plano de fusão/incorporação, no tocante às políticas de recursos humanos a serem adotados pelas envolvidas, possui impacto direto sobre o mercado de trabalho, a ordem econômica e social, os direitos sociais de incontáveis trabalhadores e pessoas destes dependentes.

O pleito autoral é justo e necessário ser analisado pela Justiça competente para tanto, uma vez que não há como se conceber que o órgão da Administração Pública Federal responsável por analisar pedidos de concentração de atividades empresariais desconsidere ou estimule o desemprego, reputando ser este um fator de "eficiência empresarial", conforme se observa dos inúmeros documentos apresentados pelo MPT e mencionados na exordial.

O órgão estatal defensor da ordem econômica deveria se atentar, antes de mais nada, para os fundamentos e objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil, em especial a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; a valorização do trabalho humano conjugado à da livre iniciativa; a busca pelo pleno emprego etc.

Não há como se conceber desenvolvimento econômico ou social sem garantia de ocupação laboral aos indivíduos, uma vez que são os empregados que sustentam o consumo que gira a roda da economia. Portanto, considero que a atuação do CADE possui sim impactos nas relações de trabalho, em especial quando da análise dos pedidos de concentração de empresas, notadamente quando "sugere" ou "incentiva" redução de custos operacionais com mão-de-obra. Estabelecida a relação entre os procedimentos analisados e decididos pelo órgão réu e os inúmeros efeitos sobre a organização de mão-de-obra, as dispensas de trabalhadores em massa e fechamento de unidades produtivas, não há como se cogitar de incompetência da Justiça Laboral.¹⁶⁵

Para Barbosa Junior (2016, p. 42-43), o fato de o CADE ter, de forma imotivada, deixado de incorporar medidas de emprego como condicionantes para a aprovação de atos de concentração após os anos 2000 teria criado uma certa ambiguidade quanto à sua política regulatória, dado que o próprio Conselho já havia declarado anteriormente, em documentos oficiais, que preocupações com o nível de emprego seriam relevantes para a análise antitruste de atos de concentração. Mais do que isso, o autor também aponta que essa ambiguidade agravaria o “[...] risco institucional de que políticas públicas externas à legislação concorrencial possam prejudicar a concretização dos objetivos regulatórios perseguidos pela autoridade

¹⁶⁵ Idem, fls. 4.

antitruste” ao criar “[...] condições para que políticas conformadas na legislação trabalhista possam afetar a implementação do antitruste nos dias de hoje” (Barbosa Junior, 2016, p. 43)¹⁶⁶.

A preocupação apontada por Barbosa Júnior mostra-se acertada nos dias atuais, especialmente ante o conflito de competência entre as autoridades concorrenciais e as trabalhistas, especialmente delineada com esse recente precedente do Tribunal Regional do Trabalho. A ausência de um norte claro a respeito das interações de aspectos trabalhistas nas decisões do CADE abre margem para uma aparente confusão de que uma análise de eficiências econômicas (etapa padrão na análise antitruste de atos de concentração) significaria uma sugestão ou incentivo à redução de custos e demissão de mão de obra, como é possível depreender do trecho da decisão da Justiça do Trabalho transcrita acima, demandando uma necessária cautela para que decisões técnicas do CADE não se vejam sujeitas a interesses alheios à política concorrencial e dependentes de outros órgãos governamentais, o que diminuiria a autonomia decisória do CADE.

Ainda, e tendo em vista o princípio da independência das instâncias, arrisca-se que a multiplicidade de instâncias investigando um mesmo fato, por sua natureza interdisciplinar, possa gerar um Frankenstein jurídico com orientações que eventualmente não conversem entre si ou possa vir a sujeitar a aplicação da norma antitruste a outras esferas menos especializadas,

¹⁶⁶ O autor reconhece em nota de rodapé a existência de precedentes trabalhistas mais restritivos, mas que se referem a demandas individuais sem discussões quanto à possibilidade de dispensa coletiva. No original (p. 35): *“Reconhecemos, todavia, que há precedentes trabalhistas mais restritivos quanto à extensão dos efeitos das medidas aplicadas pelo CADE em controle de concentrações. Cf. voto do Relator no AI RR 2.793/2000-035-02-40.7, p. 3 (‘a determinação da referia [sic] autarquia no sentido de que Brahma e Antártica se abstivessem de realizar demissões como estratégia de integração deve ser entendida como vedação estabelecida com o intuito de preservar a ordem econômica e a dinâmica concorrencial no mercado de cervejas, sem redundar na garantia de emprego em favor dos empregados das aludidas empresas, interessadas no processo de fusão’)* (grifo nosso). Nesse mesmo sentido, cf. RO MS 56.815/2002-900-04-00.5 e RR 414/2004-261-04-00.5. Entretanto, vale destacar que esses precedentes tratam de demandas trabalhistas individuais, não havendo, portanto, discussões quanto à possibilidade de dispensa coletiva seguida à concentração econômica”.

tais como a Justiça do Trabalho.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸ Além disso, também se deve questionar se essa é a resposta adequada ao problema, dado que estudos estatísticos indicam que apenas 20% dos trabalhadores lesados efetivamente ajuízam ações trabalhistas (Resende, 2015, p. 263), e diversos motivos têm sido apontados por essa contenção: o receio de ser dispensado, de não obter outra ocupação, o medo do desemprego, de ser inserido em uma “lista negra”, de não conseguir obter as provas ou testemunhas necessárias para validar suas ações, e até mesmo o desânimo com a lentidão do andamento processual trabalhista (Bijos; Aguiar; Sousa, 2019, p. 97-98).

Ante aos desafios impostos pela interlocução entre Direito da Concorrência e Direito do Trabalho, o Capítulo 4 assentirá com a hipótese de pesquisa ao mesmo tempo em que reconhece que aceitar a competência do CADE para a análise de questões trabalhistas traz consigo alguns desafios que precisarão ser discutidos e ponderados.

¹⁶⁷ Nessa linha, como opinam Bijos, Aguar e Sousa (2019, p. 115-116), a aplicação da norma antitruste estaria sujeita a outras esferas: “[n]esse exemplo, os mesmos atos ilícitos (descumprimento de obrigações trabalhistas com a finalidade de obter vantagem perante a concorrência) poderiam, além de outros desdobramentos, ser reprimidos nas esferas penal, trabalhista, administrativa e cível, cada qual impondo sanções típicas de sua natureza, buscando resguardar sua finalidade precípua. Na esfera penal, o agente da empresa poderia responder pessoalmente pelo crime de redução à condição análoga à de escravo previsto no art. 149 do CP (BRASIL, 1940), mediante denúncia proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) na Justiça Federal (JF). No âmbito trabalhista, duas possibilidades de repressão se apresentam: reclamação trabalhista individual ajuizada pelo próprio trabalhador e ação civil pública ajuizada pelos legitimados, notadamente o MPT, com pedidos de cumprimento inibitório de obrigações de fazer e não fazer, além de pagamento de indenização por dano moral coletivo. Na esfera administrativa, a pessoa jurídica estaria passível de responsabilização tanto pelo SBDC, que analisaria a ocorrência de infração à ordem econômica, como pelo MT, que analisaria a ocorrência em sua atividade fiscalizatória de descumprimento das normas de proteção ao trabalho, havendo ainda a possibilidade, no âmbito civil, de atuação da Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social (PFE/INSS) por meio da ação regressiva acidentária, nos termos do art. 120 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (BRASIL, 1991). Nada impede, ainda no referido exemplo, nos termos dos arts. 5º, XXXV, da CF (BRASIL, 1988) e 47 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a), que o consumidor, as empresas prejudicadas, o MPF ou outros lesados pela infração à ordem legal possam levar causa antitruste, **independentemente de atuação ou da fase de atuação do Cade, à apreciação da JF**, estando superada, na atual sistemática constitucional, a regra da então Emenda Constitucional (EC) nº 7, de 13 de abril de 1977 (BRASIL, 1977), que exigia para tanto o término dos processos administrativos, sintetizando Forgioni (2016, p. 162) que ao magistrado compete ‘a apreciação direta das infrações à ordem econômica, tanto na esfera cível, quando na criminal e a revisão das decisões tomadas pelas autoridades antitruste, sem qualquer limitação’, não sendo, como já consignado, essa competência da JT, diante da dicção do art. 114 da CF (BRASIL, 1998). Portanto, os próprios prejudicados, por si ou pelos legitimados, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, **obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica ou trabalhista, bem como a imposição de indenização, independentemente de inquérito ou processo administrativo**, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação (...).” (ênfase adicionada)

¹⁶⁸ Nesse sentido, possivelmente, a conduta de dumping social pode trazer ainda mais intersecções e desafios, posto que a prova do delito (violação de normas trabalhistas) está afeita, por sua própria natureza, à matéria trabalhista e que não está na prática cotidiana do CADE.

4 A APROXIMAÇÃO ENTRE O MERCADO DE TRABALHO E O DIREITO CONCORRENCIAL: O QUE ISSO SIGNIFICA NA PRÁTICA?

Em nome do desenvolvimento-crescimento econômico, tem-se percebido uma extensa flexibilização de garantias trabalhistas, violação de direitos ambientais e urbanísticos, com reverberações especialmente negativas sobre a população mais vulnerável. Nesse contexto, ao passo que o direito do desenvolvimento (econômico) e o direito ao desenvolvimento (humano) enfrentam-se por vezes como se fossem antagonistas, ao mesmo tempo e em algumas vertentes, também se aproximam e demandam coexistência respeitosa e simultânea (Feitosa, 2013, p. 203 e 212). Os Capítulos anteriores buscaram, então, averiguar a possibilidade de conjugar crescimento econômico e desenvolvimento humano por meio da ferramenta do Direito da Concorrência.

No Brasil, os princípios constitucionais da livre concorrência, da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano e da busca do pleno emprego se igualam em importância na fundação da ordem econômica brasileira, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal, erguidos como fundamentos da República Federativa do Brasil no artigo 1º da Constituição. Esse pacote de valores caminha ao encontro da proposição do desenvolvimento humano pautado nos postulados da dignidade da pessoa humana e do trabalho decente, não somente em uma proposta de crescimento econômico ensimesmado. Nessa linha, identificar os princípios constitucionais que conectam trabalho, dignidade, liberdade e concorrência é reconhecer que o desenvolvimento econômico não se traduz apenas em puro e simples crescimento econômico, devendo considerar também o desenvolvimento pleno do ser humano ao incluí-lo social, econômica, cultural e politicamente de forma inclusiva, sustentável e equitativa.

O Capítulo 2 concluiu que a Constituição Federal reconheceu e recebeu o conceito de desenvolvimento sustentável ao alinhar direito *do* desenvolvimento (econômico) e direito *ao* desenvolvimento (humano), e também o Direito *do* Trabalho ao direito *ao* trabalho (Feitosa, 2013, p. 174-175/221-222). Contudo, a despeito da harmonia constitucional teórica entre esses diferentes valores, existem diversas dificuldades práticas – tais como o sucessivo aumento da informalidade, as significativas taxas de desocupação, incluída aqui a discrepância do acesso ao mercado de trabalho entre homens e mulheres, e o percentual de jovens que nem trabalham e nem estudam.

Nessa linha, o Direito da Concorrência pode e deve ser visto como um vetor para o desenvolvimento sustentável das relações de trabalho. Embora por vezes a concorrência tenha sido pejorativamente vista como impulsionadora de um crescimento econômico ilimitado, o

que se propôs no Capítulo 2 foi rever os reais efeitos (positivos) que a concorrência pode gerar para o desenvolvimento social. Ou seja, é possível enxergar uma concorrência não predatória, mas *saudável*, que contribua para o desenvolvimento social e humano, especialmente no tocante ao mercado de trabalho, enquanto impulsiona produtividade, consumo, postos de trabalho e, conseqüentemente, arrecadação de impostos que podem ser convertidos em políticas públicas sociais.

Nessa linha, o Capítulo 3 identificou um movimento mundial em direção à análise antitruste de dinâmicas competitivas no mercado de trabalho (OCDE, 2020, p. 9 e 10). Apesar disso, a aplicação das regras concorrenciais às dinâmicas de trabalho tem sido rara, senão inexistente, na maioria das jurisdições. Naqueles locais onde o Direito Concorrencial foi aplicado, o foco estava principalmente nos cartéis *hard core*¹⁶⁹, tais como ajustes para fixação de salários e não contratação. Na revisão de atos de concentração, autoridades antitruste não costumam analisar, de forma profunda e consistente, o poder de monopólio no mercado de trabalho. De igual modo, não há registro de investigações relevantes contra abusos de poder de monopólio no mercado de trabalho (Naidu *et al.*, 2018, p. 571; OCDE, 2020, p. 9).

Especificamente com relação ao Brasil, o Capítulo 3 verificou que, na experiência prática e até muito recentemente, esse debate era limitado e não existiam casos significativos no Direito Concorrencial brasileiro envolvendo questões trabalhistas (Athias, 2016; Lucena Filho, 2016; Barbosa Júnior, 2016): na análise de atos de concentração, os poucos casos existentes limitavam-se a exigir das empresas compromissos de que, após a operação societária, fossem realizados esforços para a recolocação e treinamento dos funcionários demitidos em virtude da reorganização societária, ou simplesmente a debater o conteúdo de cláusulas contratuais sem grandes aprofundamentos sobre o mercado de trabalho em específico; na parte das investigações por condutas anticompetitivas, pouquíssima atenção era dedicada às dinâmicas do mercado de trabalho onde a mão de obra era contratada. Ainda, levantamento interessante de julgados da Justiça do Trabalho feito por Barbosa Filho (2016, p. 27-28) também mostra que algumas das decisões do CADE parecem ter criado direitos subjetivos em favor de trabalhadores que acabaria por submeter a regulação concorrenciais aos objetivos específicos do direito trabalhista.

Assim, apesar da lei concorrenciais ser de forma geral aplicável ao mercado de trabalho, vê-se que a doutrina e os tribunais não costumam examinar com frequência casos de monopólios, o que tem feito autores como Marinescu e Posner (2019) argumentar que o

Direito da Concorrência falha com os trabalhadores. E nessa linha, “[...] isto seria ainda mais preocupante porque, se o foco antitruste está no mercado de produtos, as empresas, como agentes racionais maximizadores de lucros, tendem a buscar aumento de renda em outros mercados, como o de trabalho” (CADE, 2021, p. 9).

Se, por um lado, as normas jurídicas silenciam quanto à competência das autoridades concorrenciais brasileiras para analisar, investigar e punir relações potencialmente abusivas à concorrência no mercado de trabalho, por outro lado, a realidade reflete interações e relações cada vez mais complexas, dinâmicas e interdisciplinares, contrapostas àquela distância imaginada entre o Direito Concorrencial e o Direito do Trabalho, tornando-se imperativo que eles se influenciem e se beneficiem mutuamente, para tutelar o trabalhador e, ao mesmo tempo, incentivar um mercado de trabalho concorrenciaismente saudável (Rivera, Domingues e Souza, 2018, p. 65).

Nesse contexto, o Capítulo 3 confirmou que as autoridades concorrenciais podem abarcar três grandes funções no tocante ao mercado de trabalho: preventivamente, ao analisar operações societárias que possam levar à formação de monopsonios ou oligopsonios; repressivamente, ao investigar e condenar infrações anticompetitivas no mercado de trabalho; e por meio da advocacia da concorrência, ao conscientizar empresas e funcionários acerca da importância de evitar práticas que restrinjam a competição no mercado de trabalho.

Mas essa constatação não está livre de desafios. O Capítulo 3 apontou que, como reflexo da expansão para matérias conexas ao Direito do Trabalho, o Direito Concorrencial acaba abrindo-se ao risco de se ver subjugado e influenciado por interesses alheios à política antitruste, o que leva à necessidade de estabelecer um claro recorte quanto às situações em que as autoridades concorrenciais terão competência para analisar o assunto.

Além disso, Eduardo Frade Rodrigues e Henrique Felix Machado (2020) nos lembram que, embora práticas que restrinjam a concorrência (como proibir funcionários de trabalhar para outras empresas durante ou até mesmo após o término do vínculo empregatício) podem limitar a liberdade do empregado e prejudicar o livre funcionamento do mercado de trabalho, essas mesmas restrições podem apresentar justificativas razoáveis em determinadas situações, como o caso de um funcionário de alto escalão que teve acesso a várias informações confidenciais de sua empresa, inclusive sobre planos de expansão e lista de clientes. Seria razoável esperar que a empresa criasse mecanismos para diminuir o risco desse trabalhador compartilhar tais informações com um novo empregador que porventura seja concorrente da empresa? Nessa linha, as autoridades de defesa da concorrência desempenham função essencial ao separar o joio do trigo, distinguindo as práticas razoáveis das abusivas, as lícitas das ilícitas.

Mas enxergar o Direito da Concorrência como um aliado para o desenvolvimento sustentável das relações de trabalho implica posicionar-se a respeito da competência do CADE para tratar dessa matéria, que precisa estar muito bem recortada e definida. Além disso, também implica discutir uma nova dimensão do Direito Concorrencial, expandido para abarcar outros interesses além do tradicional “bem-estar do consumidor”. Esse reconhecimento do Direito Concorrencial enquanto um impulsionador do desenvolvimento sustentável das relações de trabalho também implica atribuir às empresas uma responsabilidade social não apenas pela quantidade de empregos que criam, mas também pela qualidade desses empregos, vinculando o conceito de empresa sustentável à ideia de trabalho decente no avanço do bem-estar social e humano do mercado de trabalho.

Diante desse contexto, este Capítulo centrar-se-á em detalhar os impactos práticos dessa discussão. Para tanto, buscará sistematizar quais práticas trabalhistas importam ao Direito Concorrencial para, em seguida, problematizar a aplicação do Direito Concorrencial ao mercado de trabalho.

4.1 PRÁTICAS TRABALHISTAS E DIREITO CONCORRENCIAL: SISTEMATIZAÇÃO

Como visto, o poder de monopólio pode ocorrer naturalmente (quando uma empresa extremamente eficiente domina o mercado e a respectiva contratação de funcionários especializados) ou artificialmente (por meio, por exemplo, de acordos cartelizados para fixação de valores de salários). A preocupação concorrencial dá-se exatamente quando se verifica que uma ou mais empresas possuem capacidade de abusar desse poder de mercado, definindo condições remuneratórias abaixo de níveis competitivos, bem como limitando a liberdade dos funcionários. E, tanto local como internacionalmente, tem-se defendido que as autoridades concorrenciais podem atuar no mercado de trabalho investigando e condenando eventuais infrações anticompetitivas, bem como analisando atos de concentração que possam criar grandes empresas consumidoras de mão de obra, com grande poder de contratação de trabalhadores (Rivera; Domingues; Silva e Souza, 2018, p. 66; Marinescu; Hovenkamp, 2019).

Assim, e dentro da ótica concorrencial, o objetivo torna-se coibir práticas que restrinjam a livre concorrência entre agentes econômicos na disputa pela mão de obra e, conseqüentemente, possam impactar remunerações e oportunidades de emprego e afetar a liberdade dos trabalhadores. Nessa linha, autores apontam que o Direito Concorrencial, sob o princípio do bem-estar do consumidor, é aplicado para qualquer prática restritiva

independentemente de sua origem, não havendo nenhuma razão para desconsiderar a análise de efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho (Marinescu; Hovenkamp, 2019, p. 1032).

Atribuindo esse papel às autoridades concorrenciais, a doutrina classifica em três categorias as condutas relativas ao mercado de trabalho que podem ser pertinentes ao Direito Concorrencial (CADE, 2021; OCDE, 2020; Rivera, Domingues; Souza, 2018; Marinescu; Hovenkamp, 2019; DOJ; FTC, 2016): (i) acordos colusivos que criam artificialmente o poder de monopólio entre duas ou mais empresas; (ii) práticas unilaterais abusivas, por meio das quais um agente econômico abusa da sua posição de monopólio introduzindo cláusulas com potencial abusivo; e (iii) atos de concentração que aumentem o poder de monopólio detido pelas empresas envolvidas. As preocupações com cada uma dessas categorias serão abordadas a seguir.

4.1.1 Infrações anticompetitivas: acordos colusivos

Acordos colusivos são aqueles que criam artificialmente o poder de monopólio entre duas ou mais empresas e representam a infração anticompetitiva mais prejudicial no mercado de trabalho (OCDE, 2020, p. 28). Nesse sentido, sob a perspectiva do mercado de trabalho, têm-se defendido que empresas que competem para contratar ou manter os funcionários devem ser vistas como concorrentes no mercado de trabalho – independentemente de ofertarem o mesmo produto ou serviço (DOJ; FTC, 2016, p. 2; Marinescu; Hovenkamp, 2019, p. 1034; CADE, 2021, p. 5-6). Amplia-se, assim, a visão tradicional do Direito da Concorrência focado na atividade-fim da empresa, abrangendo também outro mercado, aquele onde a mão de obra é contratada. Explica-se: enquanto as empresas competem no mercado de produtos por consumidores, a competição pelos empregados se dá no contexto de compra de insumos (no caso, a mão de obra). Da mesma forma que um acordo colusivo pode restringir artificialmente a produção e aumentar o preço de um produto, também pode restringir as condições profissionais e remuneratórias dos trabalhadores, reduzindo o preço do insumo (no caso, o preço do trabalho) (CADE, 2021, p. 6; Hovenkamp, 2019, p. 3).

A alta concentração a qual os mercados de trabalho estão sujeitos aumentam o risco de acordos colusivos entre empregadores, o que tem levado alguns autores a defenderem que, ao tratar desses mercados, as autoridades concorrenciais deveriam estar vinculadas a padrões probatórios mais brandos, pois o risco de falsos positivos (ou seja, erro ao condenar uma prática que não seria anticompetitiva) seria menor do que na análise tradicional de mercados de produtos (Marinescu; Posner, 2020, p. 1389).

Acordos colusivos relacionam-se, tipicamente, a: (i) acordos de fixação de remuneração; (ii) acordos de não contratação de trabalhadores; e, ainda, (iii) troca de informação para coordenar parâmetros competitivos (CADE, 2021, p. 17), que serão abordados em detalhes a seguir.

4.1.1.1 Acordos de fixação de remuneração¹⁷⁰

Incorre na prática de cartel as empresas que acordam em relação a qualquer aspecto ou elemento da remuneração de seus funcionários – que não se reduz apenas ao salário, mas também qualquer elemento da compensação trabalhista envolvendo benefícios oferecidos pelo empregador ao empregado, tais como seguro, auxílio-moradia, auxílio-mudança, indenizações, entre outros (Hong Kong Competition Commission, 2018, p. 3; CADE, 2021, p. 17).

Acordos de fixação de remuneração são costumeiramente tratados como infrações ilegais em si mesmas (ilicitude presumida¹⁷¹), o que significa dizer que são marcados pela presunção de ilicitude que os reveste, não havendo necessidade de demonstrar que a prática

¹⁷⁰ No inglês, a doutrina adota a expressão “*wage fixing agreement*”.

¹⁷¹ Existe enorme discussão doutrinária a respeito das diferenças entre infrações “*per se*” e “por objeto”: enquanto o ilícito *per se* é geralmente ligado a uma conduta cuja ilicitude independe do contexto em que foi praticada, o ilícito por objeto, apesar de violar “automaticamente” as regras concorrenciais, permite que as partes justifiquem a prática demonstrando ganhos de eficiência suficientes, que não poderiam ser alcançados de outra forma menos danosa. Os ilícitos *per se* e por objeto diferenciam-se também, ao menos em tese, das infrações que estão sujeitas à regra da razão – nessa última, cabe às autoridades concorrenciais demonstrarem que a prática possui ao menos o potencial de gerar efeitos lesivos à concorrência, de forma que, para que seja condenado, é preciso demonstrar que “(i) a conduta gerou efeitos anticompetitivos; (ii) a conduta não possui justificativa pró-competitiva legítima; (iii) se possui justificativa, que a restrição à concorrência não é razoável para a obtenção dos objetivos almejados ou que estes podem ser atingidos pelo emprego de meios menos restritivos; e (iv) que os efeitos anticompetitivos superam os benefícios pró-competitivos” (CADE, 2021, p. 40). Dado o escopo do presente estudo e a necessidade de realizar um recorte metodológico para torná-lo objetivo, a presente Dissertação não entrará a fundo na classificação e nas diferenças existentes entre ilícitos “*per se*” e “por objeto” e utilizará a expressão “ilicitude presumida” para transmitir a ideia daquelas situações nas quais é desnecessário provar os efeitos anticompetitivos da conduta pois presume-se sua finalidade única de restringir ou limitar a concorrência. Para mais a respeito, vide: MELLO, Fernando Amorim Soares de. **Uma regra *per se* à brasileira? A aplicação da teoria da ilicitude pelo objeto na jurisprudência do Tribunal do CADE**. São Paulo: Revista do IBRAC, vol. 23, n. 2, 2017, p. 232-258.

gerou, ou poderia gerar, efeitos anticompetitivos – bastando provar a sua ocorrência¹⁷²⁻¹⁷³ (CADE, 2021, p. 17; OCDE, 2020, p. 20; Hong Kong Competition Commission, 2018; Japan Fair Trade Commission, 2018; DOJ; FTC, 2016).

Conforme discutido no Capítulo 3, no Brasil, acordos de fixação de remuneração (da mesma forma que acordos de não contratação de trabalhadores, que será discutido no tópico a seguir) podem ser enquadrados no artigo 36 da Lei 12.529/2011 e, no rol exemplificativo de infrações anticompetitivas, no §3º, incisos I (“acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma”) e II (“promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”) (CADE, 2021, p. 18; Rivera; Domingues; Silva e Souza, 2018, p. 83-84).

4.1.1.2 Acordos de não contratação de trabalhadores¹⁷⁴

Configura-se essa conduta quando empregadores combinam não contratar, solicitar ou recrutar funcionários uns dos outros, deixando de competir por esse insumo (mão de obra), motivo pelo qual a conduta é classificada como uma conduta colusiva (CADE, 2021, p. 18-19; Polden, 2020; OCDE, 2020, p. 19; Rivera, Domingues e Souza, 2018). Para o CADE (2021, p. 19), significa que “[...] os empregadores pactuam que não irão contratar funcionários de outra firma concorrente no mesmo mercado relevante na dimensão trabalho, mesmo que estas não sejam concorrentes na dimensão produto”.

Traçando uma analogia da análise concorrencial tradicional, são equivalentes a acordos entre concorrentes para dividir mercados de produtos, e podem ser concretizados por diversos meios, que vão desde a não oferta do emprego ou a recusa em selecionar ou recrutar o empregado de um concorrente até a não apresentação de contrapropostas e o monitoramento e

¹⁷² “O tratamento por objeto se justifica porque essas condutas eliminam a concorrência da mesma forma irremediável que os acordos para fixar preços de produtos ou alocar clientes, que tradicionalmente têm sido investigados e processados como infrações de cartéis” (CADE, 2021, p. 18). Vide, por exemplo, o Guia para profissionais de recursos humanos publicado pelas autoridades concorrenciais japonesas (2018, p. 3), em tradução livre: *“Acordos feitos em conjunto por vários empregadores com relação ao preço pago aos fornecedores de determinados serviços restringem a concorrência pela aquisição de recursos humanos. Dado que o preço é o meio competitivo mais importante para garantir os recursos humanos, tal ato restringe substancialmente a concorrência no mercado de trabalho e, em princípio, torna-se um problema que suscita a aplicação da Lei Antimonopólio. Neste caso, normalmente, não há espaço para considerar se tal ação tem efeitos pró-competitivos, se tem um objetivo de benefício público, ou se os seus meios são apropriados”*.

¹⁷³ Internacionalmente, nos Estados Unidos da América, Reino Unido, França, Itália, Hong Kong e Japão. O Brasil, conforme abordado no Capítulo 3, não possui previsão legal específica a respeito dos mercados de trabalho – mas também adota a regra de ilicitude presumida na análise de cartéis no mercado de produtos.

¹⁷⁴ No inglês, a doutrina adota a expressão *“no-poach agreement”*.

repassa de informações sobre ofertas de emprego (Rivera; Domingues; Souza, 2022, p. 48-50; CADE, 2021, p. 19; Hovenkamp, 2019, p. 5; Rivera; Domingues; Souza, 2018, p. 78-79).

De forma geral, também costumam ser consideradas práticas de ilicitude presumida, pois reverberam negativamente na mobilidade dos trabalhadores e dificilmente possuem algum tipo de justificativa pró-competitiva (CADE, 2021, p. 19; Polden, 2020, p. 595). Há, contudo, duas exceções para a presunção de ilicitude. A primeira exceção diz respeito às cláusulas de não contratação inseridas em contratos no contexto de operações societárias, pois sua previsão pode ser necessária para proteger o valor do negócio sendo alienado. Por exemplo, uma situação na qual uma empresa vende uma unidade de negócios para outra (incluindo aqui ativos, fábricas e pessoal) cujo funcionamento é extremamente dependente de alguns funcionários-chave. Nesse exemplo, se a empresa que alienou o negócio pudesse (re)contratar esses funcionários-chave, para voltar a competir no mesmo mercado que acabou de sair, o negócio alienado teria seu valor (e viabilidade) prejudicado e a operação societária tornar-se-ia inócua, com grandes prejuízos à empresa adquirente. Sendo assim,

[a] ideia aqui é que o contrato implica a transferência de um negócio e a sua capacidade de atrair clientela, algo diretamente relacionado com o coletivo de empregados vinculados à iniciativa empresarial transferida e a forma como ele foi organizado. Permitir que o alienante concorresse pelos talentos como adquirente significaria esvaziar parte substancial do conteúdo do contrato.

(...)

Inobstante, as cláusulas de não competição entre adquirente e alienante são objeto de duradoura preocupação do Cade, o que pode ser visto mais comumente em processos de controle de concentração. Há inclusive, súmula tratante a respeito, enunciando que “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio” (CADE, 2021, p. 19).¹⁷⁵

Vale notar que essa interpretação não é inovação do CADE, sendo que o próprio Código Civil Brasileiro dispõe, em seu artigo 1.147, que “[...] não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”. Cláusulas de não contratação também podem ser consideradas necessárias na aplicação de remédios em atos de concentração – ou seja, no contexto de restrições aplicadas pelo CADE para aprovação de uma determinada operação, pode ser

¹⁷⁵ Importante mencionar que apesar do enunciado da súmula do CADE fazer referência a cláusulas de “não concorrência” (na mesma linguagem adotada em alguns contratos), a prática refere-se à obrigação de não contratação (que a doutrina tem diferenciado da prática de “não concorrência” relativa ao estabelecimento, em um contrato de trabalho vigente, da obrigação por meio da qual um funcionário compromete-se a não concorrer com o seu empregador atual após o término do contrato de trabalho).

necessário determinar o desinvestimento de ativos e a obrigação de não solicitar funcionários-chave ligados ao negócio sendo desinvestido (CADE, 2021, p. 22; OCDE, 2020, p. 29).

Embora objeto de grandes discussões na jurisprudência do CADE, cláusulas de não contratação inseridas no contexto de uma operação societária são usualmente consideradas lícitas pelas autoridades concorrenciais se: (i) restritas a profissionais efetivamente relevantes para o negócio alienado; (ii) delimitadas no tempo e no espaço geográfico de atuação do negócio alienado; e (iii) estritamente necessárias, do ponto de vista econômico, à implementação da operação, de forma que sem ela “[...] haveria motivos razoáveis para esperar que a venda da empresa-alvo ou de parte dela não poderia ocorrer” (CADE, 2021, p. 21-22)¹⁷⁶.

A segunda exceção, embora não unânime na doutrina, é a inclusão de cláusulas de não contratação nos contratos de franquias. Se, por um lado, seu uso era tradicionalmente justificado pela proteção ao *know-how*, investimento e treinamento, e também para prevenir o efeito carona, a constatação de estudos internacionais a respeito do uso massivo desse tipo de restrição, inclusive para cargos pouco qualificados e mal remunerados, acendeu uma luz amarela na análise das autoridades antitruste (CADE, 2021, p. 19-20; OCDE, 2020, p. 30; Krueger; Posner, 2018; Krueger; Ashenfelter, 2017).

Uma vez que cláusulas de não contratação entre franqueadores e franqueados são restrições verticais que podem conter razões pró-competitivas, algumas jurisdições (como os Estados Unidos da América) acabam analisando essa conduta sob a ótica da regra da razão, o que significa dizer que não há presunção de ilicitude, de forma que a análise precisa, de fato, identificar se a conduta tem ou não potencial de gerar efeitos anticompetitivos (isso porque a redução na concorrência intramarca decorrente dessas restrições pode ser superada pelo aumento na concorrência entremarcas). Mas se essas cláusulas de não contratação acabam travestindo-se de acordos evidentes de divisão de mercados, desprovidas de lógica econômica e justificativas razoáveis, a análise das autoridades concorrenciais deve seguir pelo caminho da presunção de ilicitude, especialmente quando são firmadas entre franquias independentes da mesma rede ou entre franquias pertencentes a redes diferentes que concorrem por funcionários

¹⁷⁶ Para Rivera, Domingues e Souza, 2018, p. 78: “Considera-se em alguns casos a existência de razoabilidade como ocorreu no caso *Eichorn v. AT&T*, de 2001, em que foi realizado um acordo para não contratar empregados no contexto de um desinvestimento. O tribunal julgou a cláusula válida, por ser acessória à venda dos negócios e pela razoabilidade do escopo e da duração (profissionais mais qualificados e estratégicos para as empresas, em um período de tempo determinado) (U.S. COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT, 2001). Portanto, é importante que os acordos de não contratar, no contexto de atos de concentração, sejam limitados em duração (da due diligence até um período razoável após a consumação do negócio) e no seu escopo, i.e. os profissionais visados (LINDSAY, STILSON e BERNHARD, 2016, p. 12)”.

ou, ainda, se são firmadas entre franquia e franqueador que competem por funcionários em um mesmo mercado relevante geográfico (OCDE, 2020, p. 30-31).

Há, contudo, certa discordância na doutrina, com alguns autores entendendo que cláusulas de não contratação de trabalhadores em franquias deveriam ser sempre consideradas ilegais, visto que geralmente possuem efeitos anticompetitivos e raramente têm, efetivamente, a função de proteger o investimento feito e o *know-how*, até porque costumam ser frequentes em indústrias de baixos salários envolvendo profissionais pouco qualificados (CADE, 2021, p. 19-20; OCDE, 2020, p. 31; Polden, 2020, p. 604-605). Outros apontam que cláusulas de não contratação envolvendo franquias somente poderiam ser legais em alguns casos muito restritos, como aqueles envolvendo funcionários com funções gerenciais que tiveram acesso a informações confidenciais relativas ao método de negócio da franquia ou que receberam treinamento intensivo – sendo que todos os outros casos de uso indiscriminado devem ter sua ilicitude presumida, dado que a verdadeira razão da sua existência não seria proteger o aprendizado/investimento, mas sim suprimir de forma cartelizada os salários dos funcionários envolvidos (CADE, 2021, p. 20; Marinescu; Posner, 2020, p. 1387-1388; Hovenkamp, 2019, p. 11-13)¹⁷⁷.

4.1.1.3 Troca de informações concorrencialmente sensíveis

Troca de informações entre concorrentes também pode ser considerada uma conduta anticompetitiva autônoma, ou seja, independentemente de existir uma estrutura organizacional típica de um cartel, necessária para enquadrá-la na conduta de fixação de preços ou divisão de mercado. Trocas de informação entre concorrentes são relevantes do ponto de vista antitruste quando envolvem o compartilhamento de informações sensíveis com potencial de impactar a tomada de decisões competitivas pelos concorrentes. No mercado de trabalho, troca de informações concorrencialmente sensíveis relativas a termos e condições de trabalho pode equivaler a uma coordenação tácita (CADE, 2021, p. 22; OCDE, 2020, p. 31; Hong Kong Competition Commission, 2018; Japan Fair Trade Commission, 2018; DOJ; FTC, 2016) e pode representar um ilícito antitruste se for usada “[...] por empregadores para diminuir e uniformizar salários de determinada categoria de empregados” (Rivera; Domingues; Silva e Souza, 2018, p. 82).

¹⁷⁷ Vale notar ainda que há quem defenda que, mesmo se as franquias forem controladas por um mesmo franqueador, se elas possuírem poder de mercado a política concorrencial deve encarar essa prática como um conluio (CADE, 2021, p. 21; Naidu *et al.*, 2018, p. 598).

Essas práticas podem ter sua ilicitude presumida ou serem analisadas pela regra da razão, dependendo do ordenamento jurídico do país. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a troca de informações enquanto conduta autônoma é analisada sob a regra da razão (diferentemente das práticas de fixação de remuneração e não contratação, as quais são presumidamente ilegais) e poderá ser considerada lícita se envolver informações relativamente antigas, que estão agregadas e anonimizadas, ao passo que possivelmente será considerada anticompetitiva se envolver informações específicas sobre remuneração ou termos de emprego (CADE, 2021, p. 22; DOJ; FTC, 2016, p. 5; FTC, 2016). Já em outras jurisdições onde existem as chamadas *práticas concertadas* (ou seja, aquelas nas quais, embora inexista um acordo propriamente dito, elimina-se o risco da concorrência pela cooperação), como no caso de Hong Kong, da União Europeia e, potencialmente, o Brasil, a troca de informações sensíveis pode se aproximar ao conceito de ilicitude presumida (CADE, 2021, p. 23; Hong Kong Competition Commission, 2018, p. 4).

Fala-se aqui “potencialmente” pois ainda não há nenhum caso no Brasil envolvendo a conduta autônoma de troca de informação concorrencialmente sensível, de forma que ainda não há posição consolidada na jurisprudência a respeito do tratamento conferido à prática pelas autoridades concorrenciais. Contudo, o primeiro e único processo administrativo envolvendo troca de informações sensíveis como conduta autônoma foi aberto em 2021 e trata especificamente do mercado de trabalho, e sem dúvida será fundamental para pavimentar as discussões brasileiras nesse tópico¹⁷⁸. Na nota de instauração do processo administrativo, a Superintendência-Geral do CADE afirmou que,

[...] em alguns casos, a depender da natureza e do conteúdo da informação e do uso (por exemplo, o valor do salário de um determinado cargo em uma determinada empresa usado para embasar decisões individuais que levem a paralelismo no mesmo [sic]) pode não não [sic] ser sequer necessária a comprovação de efeitos da prática, visto que a potencialidade de efeitos anticompetitivos pelo compartilhamento desses dados já é suficiente para violar a lei antitruste.

¹⁷⁸ Nos termos da nota de instauração do processo administrativo, “[o] principal objetivo do grupo MedTech era promover a troca de experiências, tendências de mercado e informações sensíveis principalmente relacionadas à gestão de pessoas e ao departamento de RH (remuneração/bonificação de funcionários, além de outros benefícios), a fim de apoiar o processo de tomada de decisão das Participantes da Conduta Relatada nas suas respectivas atividades corporativas voltadas ao ambiente do Mercado de Trabalho Afetado (i.e., temas que permeiam decisões referentes a contratação, remuneração e manutenção de funcionários). No caso em tela, as trocas de informações concorrencialmente sensíveis (i) eram fontes de consultas e comparação para suportar o processo de tomada de decisão das empresas participantes, viabilizando/influenciando a estruturação de uma atuação coordenada/alinhada de modo uniforme/similar nos mercados de trabalho afetados; (ii) eram internamente disseminadas com a alta gerência das empresas, viabilizando/influenciando a estruturação de uma atuação coordenada/alinhada de modo uniforme/similar nos mercados de trabalho afetados; e (iii) possuíam o efeito, ainda que potencial, de limitar e prejudicar a livre concorrência nos mercados de trabalho afetados, por meio do achatamento e/ou uniformização dos parâmetros aplicados pelas empresas participantes” (CADE, 2021, p. 44).

Assim, no Brasil, e conforme discutido no Capítulo 3, a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre competidores pode ser uma conduta anticompetitiva de ilicitude presumida, enquadrada no art. 36 da Lei 12.529/2011 e, no rol exemplificativo do §3º, no inciso II (“promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”) se for “(i) trocada entre concorrentes, (ii) desagregada e (iii) relacionada a intenções futuras ou atuais de atuação da empresa que permitam eliminar as incertezas quanto ao comportamento daquelas empresas participantes da prática” (CADE, 2021, p. 39)¹⁷⁹.

Há, contudo, algumas medidas que podem ser adotadas para que trocas de informações sejam lícitas, conforme apontado pelo Brasil em sua contribuição à discussão da OCDE sobre preocupações concorrenciais no mercado de trabalho, quais sejam: (i) serem realizadas por um terceiro neutro; (ii) envolvendo dados antigos; (iii) com informações agregadas para proteger a identidade das fontes e evitar que os concorrentes identifiquem a particularidade da informação; e (iv) se estiverem no contexto de uma *due diligence* prévia a um ato de concentração, sendo tomadas as precauções necessárias para evitar a consumação prévia à aprovação do CADE (Brasil, 2019, p. 6; CADE, 2021, p. 25).

4.1.2 Infrações anticompetitivas: práticas unilaterais abusivas

Enquanto acordos colusivos representam combinações entre concorrentes que criam artificialmente o poder de monopólio, as condutas unilaterais são práticas abusivas perpetradas por um único agente do mercado detentor do poder de monopólio. No mercado de trabalho, uma prática unilateral pode tornar-se uma preocupação concorrencial quando um agente econômico (o empregador) abusa da sua posição de monopólio ou oligopólio.

No Brasil, práticas unilaterais abusivas poderiam ser enquadradas no art. 36, §3º, incisos III (“limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado”), IV (“criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”) e/ou V (“impedir o acesso de

¹⁷⁹ Há, também, outras possibilidades, embora potencialmente menos frequentes: “[p]or outro lado, é possível que a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre competidores seja uma conduta unilateral de um agente que disponibiliza informações a terceiros, o que modifica a análise e afasta a prática da natureza colusiva. Ou, ainda, o compartilhamento de dados pode se dar entre agentes que não são concorrentes, como dentro de uma relação comercial vertical, porém, mesmo assim causar efeitos anticompetitivos, por exemplo, um fechamento de mercado a jusante ou a montante, enquadrando-se, assim, na conduta do art. 36, § 3º, inciso III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado” (CADE, 2021, p. 39).

concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição “) (Athayde; Domingues; Sousa, 2022, p. 55; Athayde; Domingues; Sousa, 2018). A doutrina divide as práticas unilaterais em duas grandes categorias: (i) cláusulas de não concorrência; e (ii) outras formas de abuso do poder de monopólio (CADE, 2021).

4.1.2.1 Cláusulas de não concorrência inseridas em contratos de trabalho

Cláusulas (ou acordos) de não concorrência são aquelas firmadas entre empregador e empregado que preveem que, na hipótese de saída de seu emprego atual, o empregado fica proibido de trabalhar para outro empregador que seja concorrente do seu empregador atual. É uma prática puramente vertical, envolvendo um único empregador e seus respectivos funcionários (e, nesse aspecto, diferencia-se de cláusulas de não contratação, que, por sua vez, costumam envolver acordos entre empregadores diferentes, que competem entre si pela oferta da mão de obra; no caso de pactos de não contratação, o funcionário é o objeto, e não parte do acordo) (CADE, 2021, p. 25; Marinescu; Hovenkamp, 2019, p. 1054).

Como regra geral, práticas unilaterais são tradicionalmente analisadas sob a regra da razão, de forma que a análise da sua licitude fica sujeita à razoabilidade do seu escopo, duração e alcance geográfico. A ilicitude de cláusulas de não concorrência costuma ser defendida sob o argumento da necessidade de proteção do conhecimento empresarial e do empregador atual na hipótese de empregados que tenham tido acesso a segredos comerciais ou tenham recebido treinamento e *know-how* específicos, evitando assim que outras empresas venham a se aproveitar tomando carona do investimento feito pelo empregador atual (CADE, 2021, p. 26; Marinescu; Hovenkamp, 2020, p. 1055; Hovenkamp, 2019, p. 9).

Contudo, constatações recentes têm iluminado preocupações com relação a esse tipo de cláusula¹⁸⁰, apontando principalmente que (i) são frequentemente adotadas para funcionários pouco especializados, qualificados, treinados e remunerados, colocando em xeque o argumento da necessidade de proteção ao conhecimento empresarial; (ii) são geralmente informadas aos funcionários após o aceite da oferta de trabalho (ou seja, no momento em que eles

¹⁸⁰ Conforme detalhado anteriormente, os estudos citados apontam que aproximadamente 40% dos trabalhadores norte-americanos já se viu vinculado a uma obrigação de não concorrência em algum momento de suas vidas; que apenas 10% funcionários tiveram liberdade para negociar essa obrigação; que aproximadamente 60% dos funcionários não tinham uma segunda opção de emprego quando a obrigação de não concorrência foi exposta pela empresa; além de constatarem também sua presença disseminada em empregos de mão de obra pouco qualificadas e pouco remuneradas (sendo percebida em 14% dos contratos de trabalho com funcionários que ganham menos de US\$ 40.000 no ano) e a baixa identificação de um benefício compensatório em troca dessa obrigação de não concorrência.

possivelmente já recusaram outras ofertas de trabalho e não possuem poder de barganha para negociar) e redigidas de forma muitas vezes não claras para os funcionários; (iii) costumam ser excessivamente amplas e inexequíveis; (iv) reduzem significativamente a mobilidade dos empregados (inclusive para alguns que são despedidos sem justa causa), sem que muitas vezes estejam atreladas a alguma contrapartida; e (v) além dos efeitos negativos ao bem-estar dos trabalhadores, em alguns setores podem prejudicar também o bem-estar dos consumidores ao restringir sua escolha e também frear inovações (CADE, 2021, p. 26; Posner, 2021, p. 4; Stutz, 2018, p. 8-9; Starr; Prescott; Bishara, 2017; White House, 2016a, p. 2, 8-14).

Vale reforçar ainda que, como mencionado, esse assunto tem ganhado enorme tração em outras jurisdições, particularmente a americana, com a autoridade concorrencial tendo proposto, no início de 2023, uma alteração legal para que esse tipo de cláusula se torne presumidamente ilegal, apoiando-se no entendimento de diversos estudiosos do assunto que defendem que obrigações de não concorrência devem ser consideradas sempre ilegais (Steinbaum, 2018) ou, pelo menos, ilegais para aqueles funcionários que ganham menos do que o salário médio em um determinado país (Krueger; Posner, 2018, p. 12), e que ao empregador incumba apontar precisamente quais são as habilidades ou informações possuídas pelo funcionário que justificam essa obrigação de não concorrência (Hovenkamp, 2019, p. 9-10).

4.1.2.2 Outras práticas unilaterais no mercado de trabalho

Além da imposição de cláusulas de não concorrência, estudiosos têm apontado para o perigo de outras práticas unilaterais envolvendo o abuso do poder de monopólio no mercado de trabalho. Ao discorrer sobre diversas condutas anticompetitivas, Marinescu e Posner (2020, p. 1390) mencionam algumas unilaterais, além das cláusulas de não concorrência, tais como: (i) restrições à liberdade do funcionário de revelar informações relativas ao salário e benefícios; (ii) práticas trabalhistas injustas; (iii) simulação na contratação de funcionários como autônomos; e (iv) proibição de ingressar em ações coletivas. Detalhando a situação de práticas trabalhistas injustas, Lucena Filho (2016) contribui com a análise da prática de dumping social sob a perspectiva brasileira, refletido na violação sistemática de direitos trabalhistas para a obtenção de vantagem comercial sobre as concorrentes, conforme detalhado no Capítulo 3.

Naidu, Posner e Weyl (2018, p. 598-600) agregam à discussão ao traçar um paralelo com algumas condutas unilaterais vistas nos mercados de produtos e apontar as seguintes condutas potencialmente anticompetitivas no mercado de trabalho: (i) contratação predatória (ou seja, quando um empregador que possui poder de mercado aumenta temporariamente os

salários acima da receita marginal dos trabalhadores para impedir a entrada de nova empresa no mercado, ou a expansão de uma já existente, que não consegue concorrer com o salário oferecido; (ii) fechamento de mercado (na situação de um ato de concentração vertical, no qual uma empresa pode favorecer outras empresas de seu grupo econômico em detrimento de um terceiro¹⁸¹); e (iii) compromissos de “paridade” salarial (ou, como os autores chamam, cláusulas “*most favored worker*”), situação na qual uma demonstração pública de não discriminação salarial feita por um empregador (ao travar salários em função de critérios objetivos como senioridade) pode diminuir a concorrência pelos trabalhadores mais desejados, diminuir salários em geral e facilitar colusão¹⁸².

4.1.3 Atos de Concentração: operações que possam aumentar o poder de monopólio ou oligopólio detido pelas empresas envolvidas

Estudo conduzido nos Estados Unidos da América identificou que aproximadamente 75% das indústrias estavam mais concentradas em 2015 quando comparado aos dados de 1997, revelando uma tendência de concentração dos postos de trabalho nas mãos de grandes empresas (Azar; Marinescu; Steinbaum, 2017; Marinescu; Hovenkamp, 2018). Essa constatação levou ao questionamento se seria, então, possível (e pertinente) uma avaliação mais cautelosa de novos atos de concentração especificadamente no mercado de trabalho.

Mas se, por um lado, os efeitos anticompetitivos de práticas colusivas e unilaterais no mercado de trabalho têm ganhado cada vez mais espaço na pauta das autoridades concorrenciais ao redor do mundo, a análise dos efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho em atos de concentração não seguem o mesmo ritmo. Conforme discutido no Capítulo 3, até muito recentemente, não se identificava casos em que a operação tivesse sido barrada exclusivamente em decorrência dos efeitos anticompetitivos gerados no mercado de trabalho, ou até mesmo atos de concentração que tivessem analisado em mais detalhes os efeitos da operação no mercado de trabalho (Naidu; Posner; Weyl, 2018, p. 571).

Nesse contexto, doutrinadores sustentam que a análise de atos de concentração também deve considerar os efeitos sentidos no mercado de trabalho, e que a inação percebida até então

¹⁸¹ No exemplo dos autores, em tradução livre: “*Suponha que o mercado de auxiliares de enfermagem tenha dois hospitais, ambos atendendo pacientes cobertos pelo mesmo plano de saúde. Agora, suponha que o plano de saúde adquira o hospital 1 e reduza as taxas de reembolso para os pacientes atendidos no hospital 2. Isso reduzirá a demanda do mercado de trabalho por auxiliares de enfermagem no hospital 2 e dará ao hospital 1 a capacidade de reduzir os salários de seus próprios auxiliares de enfermagem*” (p. 599).

¹⁸² Essa constatação pode ser muito interessante (e um tanto quanto contraintuitiva) no contexto de discussões de equidade de gênero e paridade salarial.

das autoridades antitruste sobre o tema pode ter levado à criação de empregadores com grande poder monopsonista que tenham participado de operações societárias com o propósito de reduzir a concorrência por remunerações (Naidu; Posner; Weyl, 2018, p. 574; Rivera; Domingues; Silva e Sousa, 2018, p. 66; Brasil, 2019, p. 2; OCDE, 2020, p. 32). Para Marinescu e Hovenkamp (2019, p. 1034), uma junção entre empresas que concorrem no mercado de trabalho e que possa ter como efeito a supressão de salários é uma concentração horizontal, independentemente de elas serem ou não concorrentes no mercado de produtos onde atuam diretamente.

Contudo, a OCDE (2020, p. 32-35) aponta que embora existam semelhanças entre a análise de atos de concentração tradicionais e aqueles envolvendo o mercado de trabalho, algumas perspectivas precisam ser alteradas. A primeira delas diz respeito à definição de mercado relevante (i.e., o menor escopo onde se dá a concorrência entre duas firmas).

Do ponto de vista do mercado de trabalho, poderia ser aplicado um teste semelhante ao teste do “monopolista hipotético” usado na análise tradicional, por meio do qual as autoridades concorrenciais investigariam se “[...] uma pequena, porém significativa e não transitória queda salarial, (...) revelaria se um significativo número de trabalhadores continuaria trabalhando na firma do monopsonista hipotético, identificando, assim, as fronteiras do mercado de trabalho” (OCDE, 2020, p. 32-33)¹⁸³. Nesse aspecto, fatores importantes na realização desses testes são: o grau de especialização daquela função e/ou do trabalhador; a disponibilidade dos trabalhadores em enxergar como substitutos trabalhos de escopo diferentes ou, ainda, trabalhos em localidades diferentes (ou seja, a viabilidade do deslocamento no trajeto residência-trabalho); benefícios e obrigações de cada função (como exigência de horas trabalhadas, férias, entre outros), bem como preferências dos trabalhadores que pode ser afetada pelas especificidades de cada um, como idade, *status* familiar, condições de saúde etc (OCDE, 2020, p. 32-33).

A definição de mercado relevante no contexto de mercados de trabalho é uma análise certamente complexa, pois leva em consideração alguns fatores subjetivos e de difícil mensuração. Marinescu e Posner (2019, p. 8-9) entendem que a definição do mercado relevante de trabalho tem três facetas: (i) o tipo do trabalho executado, ou habilidades exigidas para tal; (ii) o âmbito geográfico (levando em consideração a comutação, por exemplo); e (iii) sua

¹⁸³ Tradução livre. No original: “In labour markets, the market could be defined by adapting the framework that is provided by the hypothetical monopolist test and using the hypothetical monopsonist test. According to this test, the adoption of a small but significant and non-transitory decrease in wages (SSNDW), which scholars suggest to fix at around 5% for a period of one year, would reveal if a significant number of workers would continue working at the hypothetical monopsonist’s firm, thus identifying the bounds of the labour market”.

limitação ao tempo (posto que trabalhadores só podem ficar desempregados por um período limitado de tempo). Assim, os autores propõem delimitar a definição do mercado relevante de trabalho levando em consideração (i) uma classificação ocupacional, que os autores sugerem seja adotada o “6-digit level of the Standard Occupational Classification” (um sistema norte-americano que auxilia agências públicas a classificar uniformemente os trabalhadores de acordo com a sua ocupação; o 6º dígito corresponde à ocupação detalhada) e (ii) uma zona de deslocamento¹⁸⁴ (Marinescu; Posner, 2019, p. 36-37; OCDE, 2020, p. 33).

A definição do mercado relevante seria seguida da verificação do poder de mercado das empresas envolvidas no ato de concentração. A doutrina aponta que as participações de mercado poderiam ser calculadas com base no percentual de vagas do empregador em um determinado mercado relevante (servindo como um indicador da taxa de crescimento da empresa e a disponibilidade de trabalhadores alternativos) ou, na dificuldade de obter essa estimativa, no percentual de emprego, dado que esses valores tendem a convergir (Marinescu; Posner, 2019, p. 10; OCDE, 2020, p. 34). O cálculo de HHI utilizado na análise tradicional poderia ser também aplicado na análise de mercados de trabalho (OCDE, 2020, p. 34). Outros propõem um cálculo econômico hipotético para aferir o percentual de trabalhadores que estaria disposto a sair da empresa alvo para trabalhar para a empresa compradora se a primeira reduzisse os salários (Naidu; Posner; Weyl, 2018, p. 579; OCDE, 2020, p. 34).

Por fim, a última etapa da análise de atos de concentração consiste na análise das eficiências decorrentes da operação. A OCDE (2020, p. 34) aponta que autoridades concorrenciais poderiam verificar se concentrações em mercados de trabalho podem gerar eficiências produtivas relacionadas a uma melhor alocação da força de trabalho decorrentes do aumento de oportunidades para especialização e melhoria no uso da capacidade ociosa, o que poderia gerar benefícios para os funcionários (ou seja, um aumento nos salários ou aumento dos níveis de emprego como resultado de uma maior eficiência produtiva da empresa) e/ou reduzir preços para consumidores.

Fernanda Lopes Martins (2022, p. 68) pontua que nem todas as operações societárias que trazem prejuízos aos trabalhadores devem ser, necessariamente, reprovadas, dado que essas

¹⁸⁴ Naidu, Posner e Weyl (2018, p. 563) apontam estudos doutrinários que indicam que trabalhadores são consideravelmente sensíveis ao deslocamento, identificando uma queda de 35% nas taxas de inscrição para empregos que estão mais de 15km distantes da sua residência. No original, em inglês: “Professors Alan Manning and Barbara Petrongolo estimate a structural model on job application data from the UK to look at application behavior of workers, and find that workers’ application rates to a job are quite sensitive to distance, suggesting that ‘labor markets are quite local.’ Professors Ioana Marinescu and Roland Rathelot also find quite sharp sensitivity of applications to distance in U.S. data, with application rates falling by 35% for jobs ten miles away from a worker’s residence”.

perdas podem ser compensadas por outros ganhos de eficiência – por exemplo, em um mercado competitivo, teoricamente não seria difícil para que trabalhadores demitidos em virtude da reorganização societária encontrassem novos empregos. Poderiam ainda haver benefícios para outros grupos, como consumidores, muito embora essa conclusão seja polêmica e não encontre unanimidade na doutrina (Martins, 2022, p. 68-69).

Por fim, na hipótese da autoridade concorrencial entender ser necessária a imposição de remédios como condição para a aprovação do negócio, a doutrina (OCDE, 2020, p. 37; Stutz, 2018) aponta que uma combinação de remédios estruturais e comportamentais pode ser mais adequados, mas algumas cautelas são necessárias: apesar de poderem ser de difícil monitoramento, remédios comportamentais podem incluir obrigações de custear educação ou programas de treinamento de funcionários, e, na hipótese de adoção de remédios estruturais, seus reflexos nos mercados de produto precisarão cuidadosamente avaliados.

Particularmente com relação ao Brasil, o Capítulo anterior constatou que nenhum caso até hoje no país chegou a analisar, efetiva e especificamente, os impactos de um ato de concentração nos níveis de emprego. Isto é, mesmo nos casos em que condições foram impostas ou negociadas pelo CADE com o objetivo de manter o nível de emprego ou qualificar funcionários, o mercado analisado foi o das atividades-fim das empresas. Embora as autoridades concorrenciais não estejam, de forma geral, revendo operações no mercado de trabalho sob a perspectiva monopsonista, a doutrina aponta que essa análise seria possível aplicando os mecanismos tradicionais de controle de concentrações, adaptados às peculiaridades dos mercados de trabalho (como a alta concentração identificada, que pode exigir medidas mais severas) (Martins, 2022, p. 68-69).

4.2. ALGUMAS PROBLEMATIZAÇÕES DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DO PAPEL DESEMPENHADO PELO DIREITO CONCORRENCIAL NA BUSCA DE UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO MERCADO DE TRABALHO

Aceitar o Direito da Concorrência como aliado de um desenvolvimento sustentável das relações de trabalho implica discutir uma nova realidade de expansão do Direito Concorrencial. Se, por um lado, o CADE já havia reconhecido no passado que os processos de controle de atos de concentração não poderiam ignorar o princípio constitucional da busca do pleno emprego (Barbosa Júnior, 2016, p. 35), é também verdade que a preocupação com o mercado de trabalho dava-se de forma limitada até muito recentemente, enquanto o foco da análise de atos de concentração e condutas anticompetitivas estava nos mercados de produtos onde as empresas

envolvidas atuavam, e raramente no mercado onde a mão de obra era contratada. No contexto da expansão do Direito da Concorrência, avalia-se principalmente se caberia às autoridades antitruste preocuparem-se com fatores externos à concorrência entre empresas (como, por exemplo, com questões de justiça social e desigualdade).

Além disso, enxergar a concorrência como vetor do desenvolvimento sustentável também passa por reconhecer a responsabilidade social da empresa, vinculando-a a uma certa função social que vai além da obediência a normas cogentes¹⁸⁵. Nesse contexto, destaca-se a importância do papel desempenhado pelas empresas e demais agentes econômicos não apenas na quantidade de empregos gerados, mas também na sua qualidade, trazendo luz ao papel da *responsabilidade social* da empresa no fomento ao desenvolvimento social e humano do mercado de trabalho, alinhando-se o conceito de empresa sustentável ao conceito de trabalho decente.

Mas se, por um lado, a competência das autoridades concorrenciais para analisar e punir infrações concorrenciais no mercado de trabalho encontra considerável respaldo na doutrina e em diversos casos internacionais já julgados, os limites de atuação das autoridades na análise de atos de concentração podem apresentar maiores desafios. Talvez em parte devido à ausência de atos de concentração que tenham analisado o mercado de trabalho como um mercado relevante específico, alguns críticos têm apontado desafios relacionados à definição do mercado relevante, à forma de calcular o poder de mercado, à forma de ponderar e contrabalancear as eficiências geradas, e ao desenho de remédios, quando necessários. Além disso, a recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho discutida no Capítulo anterior sugere que, além desses desafios, a interdisciplinaridade entre o Direito do Trabalho e o Direito Concorrencial pode gerar complexidades ainda maiores.

4.2.1. Expansão do Direito Concorrencial na atualidade

Enxergar o Direito da Concorrência como vetor para o desenvolvimento sustentável das relações de trabalho (uma engrenagem que lubrifica a relação entre crescimento econômico e trabalho por meio da manutenção de um ambiente competitivo sadio) passa por discutir (certa)

¹⁸⁵ Reconhece-se aqui a diferença entre “função social da empresa” e “responsabilidade social empresarial”, sendo essa última espontaneamente adotada pelas empresas (Frazão; Carvalho, 2017, p. 220). Essa diferença não será detalhada na presente Dissertação, posto que não faz parte do seu escopo de análise mas, considerando que a Lei 12.529/2011 não atribui competência expressa às autoridades concorrenciais brasileiras para disciplinarem sobre o mercado de trabalho, optou-se por falar em “responsabilidade social” ao abarcar objetivos sociais que podem ser adotados voluntária e espontaneamente pelas empresas.

expansão do papel tradicional do Direito Concorrencial. O Direito da Concorrência tem como objetivo último zelar pela livre concorrência do mercado.

Isso significa que, embora o objetivo do Direito da Concorrência possa ser confundido apenas com a proteção ao consumidor, na realidade, ele tem em vista garantir a existência de concorrência saudável ao acautelar o processo de competição entre os agentes de determinado mercado, traduzindo-se, além da proteção ao consumidor, na proteção aos demais concorrentes, fornecedores e agentes do mercado. Mas muito se discute a respeito do que isso significa, na prática, visto que os objetivos específicos da política antitruste mundial mudaram bastante ao longo dos anos, alternando momentos de maior liberalismo com momentos de maior intervenção na economia.

Nesse sentido, vale tecer algumas considerações a respeito do processo histórico pelo qual passou o Direito Concorrencial americano e que influenciou o antitruste mundial moderno a partir da promulgação das principais leis antitruste daquele país - o *Sherman Act*, em 1890, e o *Clayton Act*, em 1914. Despontava uma crença antitruste de que “ser grande é ruim” (numa tradução literal de “*big is bad*”, o mote antitruste da época), que via com suspeitas grandes corporações. Essa linha de pensamento ficou conhecida como “Escola de Harvard”. Um exemplo desse movimento foi o paradigmático caso julgado em 1911 que acabou por dissolver a empresa *Standard Oil*, dividindo-a em diversas empresas menores e geograficamente dispersas, como consequência da condenação por monopolizar a indústria petrolífera (Frazão, 2021).

Os anos se passaram e, a partir das décadas de 60 e 70, ganhou força um movimento contrário que criticava que, da forma como estava estruturada, a lei antitruste protegia concorrentes ineficientes e não consumidores. Esse novo movimento, conhecido como “Escola de Chicago”¹⁸⁶, pleiteava que o antitruste prestasse mais atenção à análise econômica (análise dos benefícios para o consumidor), focando na eficiência alocativa do mercado, questionando uma ampla intervenção estatal nos mercados e na economia (Hovenkamp, 2010; Ferraz, 2014; Khan, 2018; Frazão, 2021).

Desde então, embora esses movimentos tenham se alterado, evoluído e se moderado, parecia haver um quase-consenso de que os objetivos do Direito da Concorrência seriam a

¹⁸⁶ Apesar das expressões “Escola de Harvard” e “Escola de Chicago” terem sido altamente disseminadas para referirem-se a esses dois movimentos, a doutrina reconhece a sua grande simplificação, uma vez que relevantes acadêmicos desses movimentos não faziam parte de nenhuma dessas universidades (ELHAUGE, 2007, p. 1). No original, em inglês: “*My apologies in advance to other great universities for referring to the schools of antitrust thought as the Harvard and Chicago schools. Many notable scholars who fit these schools are at neither university. I employ the Harvard and Chicago school terminology simply because it is in such widespread usage, and has a historical significance that helps convey the gist of two antitrust philosophies.*”

eficiência e o bem-estar do consumidor, descartando outros objetivos sociais e políticos que não seriam pertinentes ao Direito Concorrencial. Mas a crise financeira de 2008 motivou o enfraquecimento da Escola de Chicago ao contrapor a teoria de autorregulação dos mercados à realidade do surgimento de crises (Ferraz, 2014, p. 201).

Nos últimos anos, um debate liderado pelos Estados Unidos da América começou a identificar (e problematizar) a existência massiva de monopólios em várias frentes: o Conselho de Consultores Econômicos da Administração Obama associou o aumento do poder de mercado à desigualdade, importantes Senadores americanos começaram a exigir a transformação da política antitruste enquanto o Partido Democrata daquele país identificava na aplicação da legislação antitruste um pilar fundamental da sua agenda econômica (Khan, 2018, p. 131). Conversando com movimentos similares em outros países do mundo, passou-se a questionar em que medida o Direito Concorrencial deveria recepcionar e endereçar valores de justiça social. Nessa visão,

[...] a crítica feita é a de que observar o bem-estar do consumidor e a eficiência econômica (ideias concernentes à velha escola de Chicago) não seriam mais objetivos da política antitruste suficientes e estes deveriam mudar, para alcançar o bem-estar da sociedade, de forma holística, incorporando uma série de questões, como a equidade e o **bem-estar dos trabalhadores.**” (Schmidt, 2018) (ênfase adicionada).

Entre suas diversas facetas, esse movimento demanda uma extensão dos objetivos da política concorrencial tradicional para além da preocupação com os efeitos negativos ao bem-estar do consumidor, olhando também para questões que antes se encontravam fora da competência da análise concorrencial. Esse (novo) movimento ganhou fôlego nas últimas décadas e passou a ser conhecido como “Novo Movimento Brandeis” (ou “*The New Brandeis Movement*”), em alusão ao ministro da Suprema Corte americana Louis Brandeis, que participou ativamente do julgamento que levou à dissolução da Standard Oil e que era um ávido crítico dos efeitos negativos do monopólio, escritor do livro “*The Curse of Bigness*” em 1934.

Relembra Lina Khan (2018, p. 131), uma das proeminentes precursoras e defensoras desse movimento, de um discurso dado por Brandeis em 1912 que, em resposta à pergunta “[...] no que a democracia implica”, respondeu “[...] não apenas liberdade política e religiosa, mas liberdade industrial também”, expressando preocupações que a concentração de poder econômico auxiliaria na concentração de poder político que, por sua vez, poderia minar e sobrecarregar o Estado (por meio, por exemplo, do *lobby*, do financiamento de eleições, influenciando as contratações de funcionários no governo, financiando pesquisas). Explica

também que Brandeis receava que o poder econômico poderia limitar a liberdade, como nos casos em que um trabalhador negocia seu salário com uma grande corporação.

Continua a autora explicando que a demanda “antimonopólio” do Novo Movimento Brandeis tem como base os seguintes princípios: (i) que o antimonopólio é fundamental na estrutura de um ambiente democrático; (ii) que o antitruste é apenas uma das ferramentas do antimonopólio, que conta com a participação de diversas outras agências em âmbito nacional e local (no caso americano, exemplificado pela autora, tem-se o banco central americano, o departamento de agricultura, o escritório de marcas e patentes que, como muitas outras agências, detêm poder antimonopólio); (iii) que o antimonopólio não implica necessariamente na ideia de que “ser grande é ruim” (“*big is bad*”), pois reconhece que algumas indústrias tendem ao monopólio natural, situações nas quais a melhor solução é regular para evitar que os monopolistas abusem dessa posição; (iv) que a estratégia antimonopólio deve focar em garantir que mercados sejam estruturados de tal forma que sejam abertos e competitivos – ao invés de focar em resultados, como o bem-estar do consumidor; e (v) que é preciso se desprender da ideia falaciosa a respeito da existência das “forças de mercado”, de forma que a economia política deve ser estruturada por meio da lei e diretrizes governamentais (“*policy*”), pensadas para fomentar inovação que, por sua vez, não seja capturada pelo controle privado dos mercados (Khan, 2018, p. 131-132).

Tim Wu, outro famoso defensor desse movimento, em seu livro “*The Curse of Bigness: how corporate giants came to rule the world*” (2020), cita o exemplo brasileiro da JBS para ilustrar como poder econômico influencia poder político, e vice-versa. Para o autor, a estratégia desenhada pela JBS com o então presidente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) envolvia o empréstimo financeiro a juros subsidiados para aquisição de firmas atuantes no mesmo setor em outros países, travestida da construção dos “Campeões Nacionais” – firmas brasileiras que tornar-se-iam dominantes no cenário mundial – como aconteceu com a JBS.

Continua narrando o autor que as diversas aquisições domésticas e internacionais, financiadas com dinheiro público brasileiro, passaram de forma geral despercebidas pelas autoridades concorrenciais mundiais, e, não surpreendentemente, levaram à estagnação salarial e indiscriminado estrangulamento das margens dos intermediários (fazendeiros e agricultores) sem que se enxergasse uma diminuição nos preços para os consumidores. Esse exemplo brasileiro trazido por Tim Wu, que culminou com um escândalo de corrupção que abalou o cenário político do país, é interessante, pois revela importante mote dos defensores do Novo Movimento Brandeis: vincular o excesso de poder econômico a consequências nefastas para

outros agentes do mercado (trabalhadores, consumidores, intermediários) e ao ambiente político.

Especificamente com relação aos impactos do monopsonio no mercado de trabalho, um movimento global iniciado especialmente na década de 2010 (Posner, 2021, p. 3) começou a advogar por uma mudança na visão tradicionalmente tida sobre a competência do Direito Concorrencial para além das atividades-fim da empresa, demandando uma ampliação do escopo da análise concorrencial para as dinâmicas do mercado de trabalho, investigando práticas que poderiam restringir a liberdade de atuação do funcionário.

Para aqueles que defendem essa visão, em termos práticos, isso significa que a análise de uma concentração entre empresas não deveria se preocupar apenas com os mercados relevantes de produtos por elas oferecidos, mas também avaliar se dessa concentração poderia surgir uma contratante (monopsonista) com poder de mercado tal que pudesse impactar a oferta e a demanda por empregos, limitando assim a concorrência no mercado de trabalho. Para Naidu, Posner e Weyl (2018, p. 587), por exemplo, uma fusão que reduz a concorrência no mercado de trabalho deve ser limitada pelo “bem-estar do trabalhador”, de modo análogo ao bem-estar do consumidor que baliza as eficiências no mercado de produtos.

De igual modo, o cartel deixaria de ser visto apenas naquela situação em que duas ou mais empresas conspiram para acordar e definir valores e condições no seu mercado de atuação, mas também quando tiver havido entre elas eventual conluio para fixar salários ou outras condições de emprego, ainda que as empresas não sejam exatamente “concorrentes” nos seus mercados de atuação.

A título exemplificativo, pensemos no caso paradigmático norte-americano de 2010, quando as autoridades concorrenciais investigaram as empresas de tecnologia *Google*, *Adobe*, *Apple*, *Pixar*, *Intel* e *Intuit* pela conduta colusiva de não contratação de funcionários engenheiros de *software*. Uma análise mais limitada ao enfoque tradicional poderia fazer surgir o seguinte questionamento: se acordos colusivos são necessariamente acordos entre *concorrentes*, e se as empresas mencionadas têm atividades bem diferentes, atuando em mercados relevantes no aspecto produto distintos, não sendo, portanto, concorrentes no mercado de produto, como poderia esse acordo ser considerado colusivo (e, portanto, sujeito às regras antitrustes anti-cartel)?

Ioana Marinescu e Herbert Hovenkamp (2019, p. 1032) respondem a essa pergunta dizendo que “[...] o Direito Concorrencial, sob o princípio do bem-estar do consumidor, pode ser direcionado para qualquer prática restritiva, sendo que não há, definitivamente, qualquer

razão para desconsiderar a análise de efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho”¹⁸⁷. Nesses termos, tem-se defendido que empresas que competem entre si por funcionários devem ser vistas como concorrentes no mercado de trabalho independentemente da sua atuação no mercado de produtos (DOJ; FTC, 2016, p. 2; Marinescu; Hovenkamp, 2019, p. 1034; CADE, 2021, p. 5-6).

E isso vale tanto para condutas anticompetitivas como para atos de concentração que podem gerar como efeitos supressões salariais (Marinescu; Hovenkamp, 2019, p. 1034)¹⁸⁸. Auxilia nessa conclusão a interpretação que Herbert Hovenkamp faz do “bem-estar do consumidor” que, em sua visão, deve ser encarado em termos de produção, e não de preço (Hovenkamp, 2019, p. 6). Nessa perspectiva, o foco na produção resultaria tanto em preços menores para os consumidores quanto maior demanda para trabalhadores, de forma que o bem-estar do consumidor e bem-estar do trabalhador estariam ligados entre si.

Assim, para alguns dos defensores da expansão do Direito Concorrencial, esse movimento não implicaria necessariamente no abandono do princípio do bem-estar do consumidor, tão valioso para o direito antitruste até então. Esse princípio continuaria guiando a análise antitruste mesmo em casos nos quais as empresas envolvidas não são concorrentes no mercado de produto. Nesses termos, explicam Ioana Marinescu e Herbert Hovenkamp (2019, p.1062) que, em atos de concentração,

[o] princípio do bem-estar do consumidor também orienta os casos em que as duas empresas não são concorrentes no mercado do produto. Por exemplo, na hipotética fusão eBay/Intuit discutida acima, a aquisição não reduz a concorrência entre as duas empresas no mercado de produto. Contudo, como as duas empresas contratarão menos engenheiros de software (ou outros funcionários), muito provavelmente produzirão menos no mercado do produto. Supondo que as empresas tenham algum poder no mercado de produto, o preço do produto também subiria, mesmo que as empresas não sejam concorrentes no mercado de produto. [...] Ou seja, embora a fusão não aumente a concentração em nenhum mercado de produto, ela resulta em um aumento de preço do produto. Em alguns casos, uma fusão pode levar a uma diminuição dos salários sem que também haja uma diminuição da produção. Após uma fusão, os trabalhadores podem continuar dispostos a trabalhar para a empresa que se funde porque a sua próxima melhor alternativa é pior do que trabalhar a um salário mais baixo. Hemphill e Rose explicam como uma fusão de compradores (como os empregadores) pode levar a uma diminuição da alavancagem comercial dos vendedores (como os trabalhadores), sem implicar necessariamente numa diminuição da produção. Neste caso, há apenas uma transferência dos trabalhadores para as empresas que se fundem. No entanto, argumentam que tal transferência é prejudicial para a legislação antitruste, uma vez que resulta de uma redução da concorrência. Assim, argumentam que a lei antitruste

¹⁸⁷ Tradução livre. No original: “[...] *under the consumer welfare principle antitrust law is properly directed at output reducing practices no matter what their source, and there is certainly no principled reason for excluding anti-competitive effects in labor markets*”.

¹⁸⁸ No original, em inglês: “[...] *mergers that threaten wage suppression are horizontal when the merging firms compete in the labor market, and this may be true whether or not they are competitors in any product market*”.

deve proteger o bem-estar dos envolvidos sejam eles consumidores, trabalhadores ou outros fornecedores¹⁸⁹.

Mas para outros defensores do movimento, o antitruste não deveria estar tão centrado no princípio do bem-estar do consumidor. Para Lina Khan (2018, p. 132), o foco no bem-estar do consumidor desvirtuou o regime antimonopólio norte-americano enquanto levou as autoridades a focarem essencialmente na promoção de eficiências sob a teoria de que isso levaria à redução de preços sem perceberem o mal que o poder de mercado indevido gera a empregados, inovadores, fornecedores e empreendedores independentes. Para ela, o resultado decorrente disso “[...] é tão distorcido que os esforços de aplicação da lei orientados para o ‘bem-estar do consumidor’ resultaram, de acordo com importantes estudos recentes, em preços e margens de lucro mais elevados, o que significa que este princípio não se sustenta em si mesmo”¹⁹⁰ (Lina Khan, 2018, p. 132).

Mas se, por um lado, o Novo Movimento Brandeis tem ganhado muitos adeptos mundo afora, não lhe faltam críticos, que o apelidaram pejorativamente de “*hipster* antitruste” e o atribuíram um caráter populista¹⁹¹. De forma geral, os críticos desse movimento apontam que muitos dos dados trazidos pelo movimento brandeisiano possuem problemas metodológicos e de dados que contaminam as conclusões feitas sobre antitruste, desigualdade e poder de monopólio e, talvez ainda mais importante, que as soluções pensadas pelo movimento brandeisiano em termos de política pública dá margem para muita subjetividade que poderia, por sua vez, ser utilizada na manipulação de interesses particulares ou políticos.

¹⁸⁹ No original, em inglês: “*The consumer welfare principle also guides cases when the two firms are not competitors at all in the product market. For example, in the hypothetical eBay/Intuit merger discussed above, the acquisition does not reduce competition between the two firms in the product market. However, because the two firms will hire fewer software engineers (or other affected employees), they will very likely produce less in the product market. Assuming the firms have some power in the product markets in which they sell, product prices would go up as well, even though the firms are not product market competitors. [...] That is, even though the merger does not increase concentration in any product market, it does result in a product price increase. In some cases, a merger may lead to a wage decrease without a decrease in output. After a merger, workers may still be willing to work for the merging firm because their next best alternative is worse than working at the lower wage. Hemphill and Rose explain how a merger of buyers (such as employers) can lead to a decrease in bargaining leverage for sellers (such as workers), without necessarily entailing a decrease in output. In this case, there is merely a transfer away from workers and towards the merging firms. Yet, they argue that such a transfer is a harm for antitrust law as it results from a reduction in competition. Thus, they argue that antitrust law should protect the welfare of the merging firms’ trading partners, be they consumers, workers, or other suppliers.*”

¹⁹⁰ No original, em inglês: “*The resulting system is so warped that enforcement efforts geared around ‘consumer welfare’ have, according to important recent studies, resulted in higher prices and markups, meaning that this philosophy is failing even on its own terms*”

¹⁹¹ Terminologia popularizada pelo ex-conselheiro da autoridade concorrencial americana FTC, Joshua D. Wright, creditada ao advogado Konstantin Medvedovsky, que critica a tentativa de usar o ferramental antitruste para resolver problemas sociais (tais como desemprego e desigualdade).

Para Carl Shapiro (2017, p. 2, 28-29), não se pode esperar que o antitruste resolva todos os problemas políticos e sociais, e ele seria muito prejudicado se esperarem que ele resolva problemas não diretamente relacionados à concorrência em si, visto que não é uma ferramenta adequada para resolver problemas associados ao excesso de poder político de grandes corporações. Haveria, assim, ferramentas muito mais adequadas para abordar os graves problemas relacionados à corrupção que ameaçam democracias, tais como reformas no financiamento de campanha e regras anticorrupção. O risco aqui, para o autor, é acabar politizando o antitruste e prejudicando a sua execução. Da mesma forma, problemas relacionados à desigualdade seriam melhor abordados por políticas públicas tributárias, de educação e de capacitação, bem como programas governamentais diversos (por exemplo, saúde e previdência). Conclui o autor que a tentativa de usar o antitruste para resolver esses problemas que estão fora da esfera direta da concorrência não funcionará e o tiro pode sair pela culatra, na medida em que a mentalidade “*big is bad*” pode levar a políticas governamentais (“*policies*”) que diminuirão o ritmo do crescimento econômico e prejudicar consumidores.

Outros críticos argumentam que, embora o dogma vendido pelo movimento *hipster antitrust* a respeito da considerável queda na concorrência tenha sido aceito por muitos sem grandes questionamentos, uma análise mais detalhada dessas constatações revela problemas de medição, fracas inferências e falta de identificação¹⁹² (Wright et al, 2018, p. 4; Epstein, 2022).

Para Richard Epstein (2022a, 2022b), o direito antitruste não deve ser estendido ao mercado de trabalho, pois, em apertada síntese, (i) a ausência de concorrência no mercado de trabalho seria a exceção, e não a regra; (ii) o mercado de oferta de mão de obra é amplo e é razoável esperar que empregados possam realizar suas funções em uma variedade de atividades: para trabalhadores altamente qualificados, suas habilidades poderiam ser aplicadas em outras indústrias; para os trabalhadores pouco qualificados, como um zelador, por exemplo, a

¹⁹² Para Epstein (2022), “[e]ste resultado está muito longe da afirmação de que o poder monopolista generalizado pode reduzir os salários (anunciados) em até 17%. A administração Biden citou para essa afirmação um artigo de José Azar, Ioana Marinescu e Marshall Steinbaum, que tratam os salários anunciados para ‘vagas publicadas como um proxy para a demanda local’. A partir dessa premissa (duvidosa), observam que os índices HHI para vários setores variam entre um mínimo de 2.500 e, para um quarto das empresas, astronômicos 7.500. O elevado HHI resulta da suposição totalmente incorreta de que os mercados de trabalho e de produtos são idênticos, sem perguntar quantas pessoas se candidataram a empregos em empresas em indústrias diferentes. Além disso, as vagas publicadas não podem fornecer um indicador consistente da quota de mercado – uma nova e pequena start-up poderia facilmente contratar mais trabalhadores do que grandes empresas já estabelecidas, apesar da sua pequena quota de mercado. O que é preciso é uma contabilidade confiável da remuneração total, que é extremamente difícil de calcular porque inclui não apenas salários, mas também benefícios adicionais, segurança no emprego (que pode ser maior em empresas estabelecidas e pode, por sua vez, diminuir parcialmente os salários), condições de trabalho e perspectivas futuras (que podem ser melhores em empresas menores). Esta complexidade nos mercados de trabalho torna uma determinação precisa muito mais difícil do que medir o preço de um galão de gasolina, um produto fungível sem nenhum destes atributos” (tradução livre).

migração de funções em setores econômicos diversos seria relativamente fácil posto que suas habilidades são facilmente transferíveis; (iii) não haveria comprovação de que a aplicação de regras concorrenciais ao mercado de trabalho manteria os níveis de dignidade e respeito dos trabalhadores; (iv) o desemprego não seria resultado de um teórico poder monopsonista capaz de manter os salários baixos, mas sim do descasamento entre as habilidades detidas pelos funcionários e os empregos disponíveis e a manutenção de barreiras artificiais (por exemplo, a necessidade de se obter licença para a realização de algumas atividades, como corretores e cosmetologistas, por exemplo), de forma que (v) o melhor caminho para promover a concorrência no mercado de trabalho seria olhar para os reais impedimentos ao trabalho e proceder a uma desregulamentação ampla e imediata.

Vilanova e Sá (2022) apontam alguns desafios à aplicação do Direito Concorrencial ao mercado de trabalho, como a definição de mercado relevante e a necessidade de cautela para que eventual excesso de regulação não prejudique negócios inovadores nem comprometa a segurança jurídica.

Rebatendo as críticas sofridas pelo Novo Movimento Brandeis, Lina Khan (2018, p. 132) defende que o movimento não intenciona usar o direito antitruste para alcançar outras finalidades sociais (como promoção de emprego ou desigualdade), mas sim reposicionar o antitruste para o processo competitivo, focando nas estruturas dos mercados e munido com um melhor ferramental para verificar situações de poder de mercado.

4.2.2 A responsabilidade social da empresa

Se, por um lado, a aplicação do Direito Concorrencial às dinâmicas do mercado de trabalho não se configura como uma tendência exclusivamente brasileira e enquadra-se em uma demanda geral de expansão do escopo do Direito Concorrencial para além do seu então foco tradicional, tal expansão não é eivada de problemas e certamente exigirá das autoridades concorrenciais uma maior apropriação acerca da disputa no jogo de linguagem ao qual estão inseridas (LIMA, 2023). Como visto, uma das consequências da expansão do Direito Concorrencial é redimensionar e repensar sua finalidade para além do “mero” bem-estar (estático) do consumidor, incluindo interesses de outros sujeitos (conhecidos no jargão como “stakeholders”).

Como consequência lógica disso, explorado ao longo dos capítulos anteriores, a capacidade de prevenção e detecção de infrações anticompetitivas cresce conforme regras concorrenciais são devidamente aplicadas – seja por meio da efetiva atuação da autoridade, ou

até mesmo por meio de programas de *compliance* instaurados preventivamente pelos agentes econômicos com a finalidade de evitar multas, exposição e contingências.

Nessa linha, embora a adoção de programas de *compliance* pelas empresas não implique necessariamente na garantia que práticas ilícitas não ocorrerão, eles ainda assim possuem diversos impactos positivos: um bom programa de *compliance* (estruturado e aplicado) pode facilitar a descoberta de potenciais infrações, a cessação da conduta pela empresa e até mesmo a busca por ações remediadoras por meio da celebração de acordos com a autoridade (tais como acordos de leniência e compromissos de cessação de conduta, vistos já há muito tempo como os instrumentos mais eficazes na política de combate a cartéis) (CADE, 2016; Misale, 2019). Alimenta-se, assim, esse círculo virtuoso: regras concorrenciais contribuem para um ambiente competitivo, que por sua vez estimulam cada vez mais a obediência às regras.

Mas a aplicação do Direito Concorrencial ao mercado de trabalho demanda ir além do *compliance*, além da mera obediência às obrigações previstas pela legislação, para abarcar a ideia de que a competitividade das empresas deve convergir com o desenvolvimento social, despontando a necessidade de integrar *voluntariamente* preocupações sociais e ambientais à atividade empresarial em sua interação com stakeholders (Comissão Europeia, 2001). Nesse sentido, admitir o papel do Direito Concorrencial no desenvolvimento sustentável das relações de trabalho implica reconhecer também a existência da responsabilidade social da empresa¹⁹³.

A ideia de uma “responsabilidade social” tem como seu contraponto algumas ideias radicais da liberdade dos mercados, como por exemplo aquela desenhada em 1962 por Milton Friedman no clássico livro *Capitalism and Freedom*, para quem a ideia de responsabilidade social seria uma interpretação errada da natureza da economia livre, de forma que a única responsabilidade da empresa seria a aplicação de seus recursos para aumentar os lucros dentro das “regras do jogo”, não podendo ser impostos quaisquer óbices à liberdade dos mercados que ultrapassassem as obrigações estritamente legais (2002, p. 134).

Nota-se, contudo, que essa ideia liberal não foi recepcionada integralmente pelo ordenamento jurídico brasileiro, por ser incompatível com os valores de justiça social, dignidade e valorização do trabalho humano. Nesses termos, e conforme explorado no Capítulo 2, os princípios basilares da ordem econômica da Constituição Federal de 1988 harmonizam-se

¹⁹³ Para Frazão e Carvalho (2017, p. 209), “a espontaneidade da responsabilidade social empresarial é o cerne da diferença estabelecida com relação à função social da empresa, princípio que legitima a imposição de deveres cogentes”. A presente dissertação não aprofundará a respeito das diferenças existentes entre função social da empresa e responsabilidade social empresarial, embora reconheça suas distinções, conforme detalhado na nota de rodapé nº 185.

ao equilibrar propriedade privada e livre iniciativa com função social da propriedade, pleno emprego, redução de desigualdades sociais e valorização do trabalho humano.

Dessa relação faz despontar a função social da empresa e a responsabilidade social empresarial¹⁹⁴. Ainda, “[n]o que diz respeito à proteção dos trabalhadores, a função social age no sentido de legitimar ou promover a implementação de mecanismos para a distribuição dos resultados da atividade empresarial”, (Frazão, 2018) alinhando o crescimento econômico das empresas ao desenvolvimento dos trabalhadores.

Nessa linha, para Luís Roberto Barroso (2014), existem três ponderações constitucionais à livre iniciativa: a função social da propriedade e da empresa; a repressão ao abuso do poder econômico e proteção do consumidor; e a valorização do trabalho e normas para sua proteção. Assim, embora aos particulares compita decidir sobre o objeto de suas empresas, como estruturá-las e como deixá-las mais competitivas, não podem eles violar direitos de terceiros, “[...] notadamente dos trabalhadores, pois também os valores sociais do trabalho se evidenciam como meta social a ser alcançada” (Sousa, 2018, p. 39). Conforme ensinam Frazão e Carvalho (2017, p. 207),

[a] responsabilidade social passa a ser um tema progressivamente relevante à medida que se transforma o papel da empresa na sociedade. Se o exercício da empresa está condicionado ao equilíbrio entre poder e responsabilidade, é fundamental o desenvolvimento de práticas que contribuam para o desenvolvimento da sociedade como um todo.

Nessa linha, a empresa passa a ser vista também como uma “[...] uma realidade social, que precisa corresponder a uma série de responsabilidades de que está investida”, tais como o meio ambiente, a qualidade dos produtos e o bem-estar da comunidade, por vezes marcadas por inquietações e conflitos (Gonçalves, 1984, p. 231).

Com relação ao tema em pauta, os direitos trabalhistas foram explicitamente incluídos no conjunto universal de direitos humanos na Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais, adotada pela ONU em 1997, que conectou a responsabilidade empresarial com o progresso econômico e social e concretização do trabalho digno. Dentre

¹⁹⁴ “No Brasil, a ideia de função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, inciso III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é talvez uma das noções de mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da ‘regulamentação externa’ dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como o direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental. Em todos eles é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-la da aplicação do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a concepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais” (Salomão Filho, 2002, p. 132-133).

diversas orientações, colocou as empresas multinacionais no papel de se esforçarem para aumentar as oportunidades de emprego (incluindo a celebração de contratos com empresas nacionais para a fabricação de peças, utilização de matérias-primas locais, entre outras) e harmonizar seus planos de emprego com as políticas nacionais de desenvolvimento social dos países, além de tomar medidas para garantir a proibição e eliminação do trabalho forçado no quadro das suas atividades, e respeitar a idade mínima de admissão ao emprego. Uma década depois, em 2007, a OIT enumerou 17 condições básicas para a criação de um ambiente propício para a promoção e o desenvolvimento de empresas sustentáveis, dentre as quais destaca-se especialmente a competição leal e a boa governança¹⁹⁵.

Assim, é imprescindível reconhecer os deveres sociais da empresa, sendo fundamental o desenvolvimento de práticas que contribuam com o desenvolvimento da sociedade como um todo, de forma que a responsabilidade social da empresa aumenta a autonomia dos seus empresários e gestores para considerarem a totalidade dos interesses envolvidos na gestão empresarial (Frazão; Carvalho, 2017, p. 207-208). Há também indicativos positivos ao valor da empresa que adota diretrizes de responsabilidade social ao perceberem crescimento mais expressivo (Jo; Harjoto, 2011; Frazão; Carvalho, 2017, p. 211).

Consequentemente, e uma vez que o processo de crescimento econômico tem, como uma das suas principais variáveis, o nível de emprego, resta evidente a natural conexão entre crescimento econômico e geração de empregos, de forma que pensar em como estruturar um crescimento econômico sustentável significa olhar não apenas para a quantidade de empregos, mas sim também para a sua qualidade, para estimularem a economia sem gerar externalidades negativas (EMBRAPA, 2018, p. 19).

Nessa linha, e como já visto, o MTE, nesse contexto, tem relacionado intimamente os conceitos de “empresa sustentável” ao de “trabalho decente” como um “binômio conceitual indissolúvel” (MTE, 2010, p. 6). Em linha com esse raciocínio, a Organização Internacional do Trabalho (2015, p. 42) explica que,

[o] conceito de empresas sustentáveis foi definido na Resolução sobre a Promoção de Empresas Sustentáveis, adotada na 97ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em junho de 2007 em Genebra. Ele se baseia no conceito de desenvolvimento sustentável, em seus três pilares (econômico, social e ambiental), e se relaciona intrinsecamente ao conceito de trabalho decente. A ideia básica, definida na ocasião através do diálogo tripartite, é que, por um lado, **a existência de empresas sustentáveis é uma condição para a promoção do trabalho decente e que, por outro, o trabalho decente é uma condição necessária para a sustentabilidade das empresas.** (ênfase adicionada).

¹⁹⁵ Para mais a respeito, vide a Resolução sobre a Promoção de Empresas Sustentáveis, adotada na 97ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em junho de 2007 em Genebra.

Assim, empresas exercem papel social importante uma vez que suas atividades impactam sujeitos diversos de forma que, para além do principal objetivo de lucratividade, é imperioso que as empresas considerem outros interesses – não apenas com relação à obediência a normas cogentes, mas também indo além dos deveres legais gerando ganhos reputacionais e econômicos às empresas (Frazão; Carvalho, 2017, p. 220).

Nessa linha, iniciativas de governança e *compliance* podem ser mais efetivas do que aquele tradicional controle legislativo e punitivo dos Estados. Essa discussão é pertinente, pois, dada a crescente atenção que vem sendo dada ao tema no Brasil e internacionalmente, fica cada vez mais evidente a necessidade de cautela que empregadores precisam tomar para não se verem objeto de investigações concorrenciais, mesmo diante da (relativa) ausência de precedentes brasileiros sobre o tema e da inexistência de regra explícita na Lei 12.529/2011 disciplinando o mercado de trabalho.

Para Rivera, Domingues e Silva e Souza (2018, p. 86), empregadores devem considerar adotar algumas condutas:

Dentre as melhores práticas: I) os empregadores devem informar e treinar todos os funcionários com responsabilidades no RH para compreender os fundamentos da lei antitruste; II) Os funcionários não devem entrar em acordos escritos ou verbais sobre remuneração (ou outros termos relacionado ao emprego), ou sobre recrutamento de funcionários, com profissionais de empresas concorrentes; III) ao compartilhar informações confidenciais de funcionários, quando há uma transação que resulte em Ato de Concentração, as empresas devem considerar o uso de um terceiro (agente neutro) para gerenciar a troca de dados, anonimizar os dados (apresentando-os por posição ou de forma agregada) e limitar o acesso a tais dados ou informações; IV) as empresas devem garantir que as disposições de não-concorrência nos documentos da transação sejam adaptadas ao negócio e razoáveis em duração e escopo.

Por fim, aponta-se para os ganhos reputacionais auferidos pelas empresas que adotam práticas de responsabilidade social, o que pode acabar convertendo-se, inclusive, em uma vantagem comercial e competitiva em face aos demais agentes no mercado, aumentando o valor da empresa.

4.2.3 A competência da autoridade brasileira no tocante ao mercado de trabalho: algumas reflexões e problematizações finais

Conforme visto nos Capítulos acima, a doutrina brasileira tem caminhado no sentido de entender que o CADE possui competência para investigar e punir infrações anticompetitivas –

similarmente ao posicionamento adotado por outras jurisdições. Essas considerações encontram-se consoante a visão constitucional de um crescimento econômico harmonizado a um desenvolvimento humano.

Nessa linha, entende-se que acordos colusivos (i.e., fixação de remuneração, não contratação e troca de informações concorrencialmente sensíveis sobre termos e condições de trabalho) poderiam ser enquadrados como infrações puníveis pelo art. 36, §3º, incisos I e II da Lei 12.529/2011¹⁹⁶, e práticas unilaterais abusivas (como cláusulas de não concorrência) poderiam ser enquadradas no art. 36, §3º, incisos III, IV e/ou V¹⁹⁷ (Athayde; Domingues; Sousa, 2022, p. 55; Athayde; Domingues; Sousa, 2018).

Mas apesar da doutrina brasileira parecer caminhar para o reconhecimento da competência das autoridades antitruste para tratar, ao menos, de infrações anticompetitivas, surgem algumas questões ainda em aberto. Athayde, Domingues e Sousa (2022, p. 55) questionam, por exemplo, qual seria a melhor sanção a ser aplicada para esse tipo de infração: “[...] as multas, tradicionalmente privilegiadas pelo Cade, seriam as medidas mais adequadas [...]? Ou seria o caso de se aplicar, prioritariamente, ou em complementação, uma penalidade não pecuniária prevista no art. 38 da Lei 12.529/2011?”. Além disso, e especialmente no caso de práticas unilaterais, apontam as autoras que discussões de efeitos para a condenação da prática (necessária na aplicação da regra da razão) “[...] podem ser bastante difíceis – ou até mesmo impossíveis – de prova para a autoridade” (Athayde; Domingues; Sousa, 2022, p. 55).

No tocante à competência das autoridades concorrenciais brasileiras para debruçar-se sobre o mercado de trabalho em atos de concentração, vale lembrar que a antiga Lei nº 8.884/1994 previa expressamente a necessidade de considerar “[...] as alterações no nível de emprego” naqueles atos de concentração complexos cuja aprovação estivesse condicionada ao

¹⁹⁶ Art. 36. §3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
 b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
 c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
 d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

¹⁹⁷ Art. 36. §3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
 IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
 V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição.

cumprimento de determinados compromissos. Essa previsão, entretanto, não foi refletida na lei atual, de nº 12.529/2011, que substituiu a Lei nº 8.884/1994. Para Barbosa Júnior (2016, p. 38-39), contudo, essa omissão legislativa não significa “[...] que sua aplicação esteja necessariamente excluída da competência do CADE”. Igualmente, Braga (2023, p. 163) entende que “[...] não é necessária qualquer modificação na legislação concorrencial brasileira para que aspectos trabalhistas sejam endereçados no controle de estruturas da análise antitruste”

Contudo, o debate é um pouco mais espinhoso do que pode parecer a uma primeira vista – seja no Brasil, seja internacionalmente. Talvez em parte devido à ausência de atos de concentração que tenham analisado o mercado de trabalho como um mercado relevante em específico, não há uníssono na doutrina sobre como operacionalizar essa análise. Ou seja, apesar de grande parte da doutrina estudada reconhecer que a análise de atos de concentração também deve considerar os efeitos sentidos no mercado de trabalho, falta especificar como isso será viabilizado *na prática*. Nota-se ausência de consenso, ao menos por enquanto, com relação à forma como o mercado relevante de trabalho deve ser definido e delimitado, como participações de mercado devem ser calculadas, como eficiências produtivas geradas pela operação devem ser analisadas e consideradas e como eventuais remédios deverão ser desenhados, quando for necessário. Ainda, é possível questionar se as autoridades concorrenciais conseguirão analisar mercado tão complexo – como é o mercado de trabalho, com todas as suas nuances – no curto prazo a elas conferido¹⁹⁸.

Ainda, para ilustrar a dificuldade prática desse tipo de análise, vale relembrar a discussão trazida no Capítulo 3 a respeito da recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região que, em 2023, determinou que o CADE, em decisões envolvendo atos de concentração, deve consultar sindicatos, coordenar com o Ministério Público do Trabalho e fundamentar suas decisões na função social da propriedade, livre iniciativa e valor social do trabalho. Nos termos da decisão:

Isso posto, decido: conhecer do recurso ordinário do MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO e o prover em parte para, JULGANDO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS, condenar o requerido, em procedimentos de atos de concentração econômica, às seguintes obrigações de fazer: 1) **encaminhar por ocasião da instrução, officios aos sindicatos representantes das categorias de trabalhadores, solicitando informações**; 2) cumprir as requisições de informações e/ou documentos expedidas, com fundamento na Lei Complementar n. 75/93, pelo Ministério Público do Trabalho e, mediante requisição deste, encaminhar as informações e documentos que digam respeito ao planejamento da gestão de recursos humanos, em especial planos ou previsões de diminuição do número de funcionários e/ou redução de despesa com mão de obra, não podendo quanto a estes ser oposta a

¹⁹⁸ De 30 dias corridos para casos de rito sumário, nos termos da Resolução CADE nº 16/2016.

exceção do sigilo Recebidos pelo MPT, este deverá, por sua vez, assegurar o sigilo das informações; 3) **fundamentar suas decisões com a devida consideração às repercussões, para o ato de concentração sob análise, da função social da propriedade, da livre iniciativa e do valor social do trabalho**, nos termos da Constituição Federal (artigo 1º, inciso IV, bem como do art. 170, "caput" e seus incisos), tudo sob pena de multa para o descumprimento das respectivas obrigações de fazer que deverá ser postulada e decidida em sede jurisdicional e, caso aplicada, ser objeto de destinação também nos respectivos autos, nos termos da fundamentação (fls. 30) (ênfase adicionada).

Este encontro entre Direito Concorrencial e Direito Trabalhista faz surgir novos conflitos e novos questionamentos ainda pendentes de resposta. Um primeiro embate que desponta diz respeito ao potencial conflito de competência entre as autoridades concorrenciais e trabalhistas ilustradas no precedente mencionado, que possam levar a sujeição do primeiro aos interesses do segundo. Nesse sentido, apesar de parecer legítimo, na teoria, que o CADE investigue em sede de ato de concentração os impactos de uma determinada operação no mercado relevante de trabalho, questiona-se se isso não poderia acabar, na prática, *autorizando* a Justiça do Trabalho a *rever* decisões do CADE.

E, para além do conflito de competência em si, surgem dificuldades de como conciliar decisões de instâncias diversas (e independentes), que podem chegar a conclusões diferentes, e como fazer conversar entre si análises técnicas e específicas que, muitas vezes, parecem pertencer a mundos diferentes. Conforme discutido em mais detalhes no Capítulo 3, percebe-se uma aparente confusão, na decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, a respeito de uma etapa padrão de análise concorrencial – a análise de eficiências da operação – que parece ter sido interpretada equivocadamente como uma sugestão à redução de custos por meio da demissão de trabalhadores.

Nesse aspecto, outras perguntas permanecem sem respostas: como conciliar análises (e, por que não, valores) que por vezes podem levar a caminhos tão distintos? A análise do mercado de trabalho deve ser realizada em todo e qualquer ato de concentração submetido ao CADE? Estaria o CADE preparado para lidar com essas questões? A estrutura do CADE conseguiria absorver esse (novo) esforço hercúleo? Nessa linha, e apenas para problematizar ainda mais a questão, nota-se que em 2023 foram julgados mais de 500 atos de concentração pelo CADE. Conseguiria o órgão realizar uma análise tão complexa para todos esses casos no prazo legal de 30 dias (para casos de rito sumário)? O envio de ofícios a sindicatos deve ser feito em todos os casos? Haverá alguma divisão de rito (sumário/ordinário)? Seria o CADE o melhor órgão para fazer esse tipo de análise? Como serão arcados os custos? Haverá algum preparo do corpo técnico? Será o Poder Judiciário quem determinará os limites da atuação do CADE? Estará o CADE sujeito às determinações da Justiça do Trabalho? Quais os riscos envolvidos na

politização deste tema? Essas são questões que, embora não invalidem a hipótese da presente Dissertação, poderão ser discutidas e refletidas em estudos posteriores.

Diversos desafios permanecem. A ausência de previsão expressa de competência do CADE para disciplinar o assunto, somada à ausência de definição clara de alguns conceitos, acaba exigindo dos julgadores a (in)grata tarefa de interpretar normas conforme suas próprias convicções (seu próprio jogo de linguagem) a respeito do que seria “correto” ou “ideal”, atuando – não há como negar – na condução de políticas concorrenciais (Lima, 2023).

Um possível caminho pode passar por conectar a competência das autoridades concorrenciais à existência do poder de monopólio no mercado de trabalho. Nessa linha, pode ser interessante separar situações onde a discussão a respeito da competência do CADE já está mais madura (como naqueles casos de infrações anticompetitivas em que se constata a existência de poder de monopólio por meio de uma *análise repressiva, a posteriori*), daquelas situações em que a discussão ainda aparenta caminhar a passos mais lentos (como no caso de análise de atos de concentração, nos quais a autoridade antitruste é chamada para atuar preventivamente, sem que haja constatação – ou ao menos suspeita – de existência de poder de monopólio). Nesses últimos casos, será necessário, sem dúvida, delimitar na prática como será realizada a análise de atos de concentração com o objetivo claro de evitar insegurança jurídica, tornando o sistema de controle prévio inoperável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a aproximação entre Direito Concorrencial e Mercado de Trabalho seja recente, os impactos sofridos pelos trabalhadores em decorrência de abusos praticados por empregadores com poder de mercado não o são. Adam Smith no Século XVIII já suspeitava que empregadores estariam sempre em uma forma de conluio tácito para reduzir os valores de remuneração. Na década de 30, Joan Robinson cunhava o termo *monopsônio* para descrever relações em que compradores detinham poder de mercado, como no mercado de trabalho.

Embora o termo *monopsônio* não seja específico para o mercado de trabalho, talvez seja nesse ambiente onde esse tipo de relação é mais caracterizada, inclusive na literatura. Ashenfelter, Farber e Ransom (2010) relembram suporte literário para tal identificação, sendo o mais famoso o romance de 1939 de Richard Llewellyn “*How Green Was My Valley*”, posteriormente transformado em filme por John Ford em 1941. Tendo ganhado cinco Oscars e sido indicado para outros cinco, a história narra a vida de uma família em uma cidade operária onde fica claro o poder do dono da mina de carvão para definir salários e condições de trabalho.

Essa história reflete a discussão que a presente pesquisa buscou alcançar a respeito do poder de mercado detido por alguns empregadores que poderia ter o potencial de limitar a liberdade e reduzir remunerações de trabalhadores abaixo de níveis competitivos. O principal objetivo da pesquisa foi, então, averiguar se o Direito Concorrencial pode auxiliar no desenvolvimento sustentável das relações de trabalho ao ser aplicado para coibir potenciais excessos decorrentes do poder de monopsônio no mercado de trabalho. A hipótese que se pretendeu validar versava sobre a competência das autoridades concorrenciais brasileiras para analisar e investigar potenciais cenários anticompetitivos no mercado de trabalho e, assim, propôs enxergar o Direito da Concorrência como um vetor para o desenvolvimento sustentável das relações de trabalho.

No incurso da validação da hipótese, a pesquisa passou por três grandes etapas. Em um primeiro momento, a pesquisa contextualizou o problema de pesquisa, discutindo a recente aproximação entre Direito Concorrencial e Mercado de Trabalho e detalhando os motivos pelos quais é importante analisar dinâmicas concorrenciais no contexto do mercado de trabalho. Assim, e como resultado intermediário, o Capítulo 2 identificou que o monopsônio gera efeitos negativos às condições do trabalhador no mercado de trabalho e investigou em que medida as regras balizadoras do Direito da Concorrência poderiam fomentar um ambiente trabalhista mais inclusivo e competitivo. O Capítulo constatou que normas concorrenciais impulsionam o crescimento econômico ao mesmo tempo em que criam condições para que o desenvolvimento

humano também seja estimulado e fomentado, apontando para o potencial que o Direito da Concorrência tem de contribuir para um mercado de trabalho sadio visto que, além de fiscalizar e punir eventuais efeitos anticompetitivos, também colabora na criação de um ambiente de concorrência sadia que alia produção, consumo, geração de postos de trabalho de qualidade e competição.

Passo seguinte, propôs-se investigar o estado da arte da discussão. O Capítulo 3 estudou a evolução temática no mundo, bem como averiguar como o Brasil se posiciona nessa discussão. Como resultado intermediário, constatou-se que as discussões a respeito da aplicabilidade do Direito Concorrencial ao mercado de trabalho têm crescido consideravelmente, embora sua efetiva execução ainda seja relativamente rara: de forma geral, investigações por infrações anticompetitivas focam essencialmente em cartéis clássicos, e pouca atenção é dada a condutas unilaterais ou atos de concentração.

O Capítulo 4 discutiu os impactos práticos da aproximação entre Direito Concorrencial e Mercado de Trabalho. Em um primeiro momento, sistematizou quais dinâmicas trabalhistas importam ao Direito da Concorrência. Por fim, constatou que a validação da hipótese – confirmando a possibilidade de aplicar o Direito da Concorrência ao mercado de trabalho, tornando-o um aliado na busca por um desenvolvimento sustentável das relações trabalhistas – leva ao reconhecimento (e problematização) de algumas questões: a expansão do Direito Concorrencial tradicional então focado no bem-estar do consumidor, a responsabilidade social da empresa e a ponderação dos efeitos da atribuição de tal competência, incluindo eventuais desafios na harmonização entre Direito Concorrencial e Direito do Trabalho. Essas questões complexas sem dúvida orientarão estudos por vir.

Assim, a presente pesquisa confirma a hipótese ao concluir que o Direito da Concorrência, além de contribuir com a manutenção de condições competitivas saudáveis, gerando aumento na produção, consumo, empregos e recolhimento de impostos, também pode (e deve) ser aplicado na análise de eventuais práticas ou dinâmicas que possam gerar situações de monopólio no mercado de trabalho.

Muito embora a atual Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, não disponha de nenhuma regra específica a respeito da competência de atuação dos órgãos concorrenciais para a fiscalização das dinâmicas do mercado de trabalho ou nível de emprego, tem-se que a sua aplicação encontra-se totalmente em linha com os princípios constitucionais e com as metas desenhadas na Agenda 2030.

A Constituição Federal interligou desde logo, em seu primeiro artigo, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa em um mesmo inciso (inciso IV do artigo 1º). Mais adiante, no

capítulo que trata sobre a ordem econômica brasileira, a Constituição Federal apontou expressamente que tal ordem deve se fundar na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa com base nos princípios da livre concorrência e da busca pelo pleno emprego (artigo 170, *caput* e incisos IV e VIII), devendo ser reprimido o exercício abusivo do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4º).

Isso tudo já demonstra um ideal de alinhamento entre o crescimento econômico e a noção de um desenvolvimento humano que objetive a inclusão social, cultural, política e econômica de todo indivíduo por meio de um trabalho decente e valorizado. Essa visão é corroborada pelo Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 08 da Agenda 2030, que destaca a importância de conjugar o ideal de um crescimento econômico que seja sustentado, inclusivo e sustentável, com a geração de emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos. Todos esses princípios conectam-se à ideia da empresa como um agente responsável pela manutenção de um ambiente sadio, inclusive com relação às dinâmicas de trabalho, conjugando-se a geração de postos de emprego com trabalho decente e valorizado.

Apesar dos avanços, há ainda diversos desafios que se impõem como óbice para um alinhamento satisfatório entre crescimento econômico e desenvolvimento humano. Nesse sentido, entende-se que é preciso pensar em outras possibilidades e outros caminhos (além daqueles tradicionais e já conhecidos) que nos levem, enquanto país, para esse alinhamento, inclusive em termos de desenho de políticas públicas. E é nessa linha que se propõe enxergar o Direito da Concorrência (enquanto mecanismo regulador e fiscalizador do princípio constitucional da livre concorrência) com um dos caminhos que pode nos aproximar de uma melhor conexão entre crescimento econômico, desenvolvimento humano e trabalho decente, enquanto contribui para a fomentação de um círculo virtuoso de produtividade, consumo, geração de postos de trabalho e competitividade no sentido de buscar a valorização do trabalho humano.

Nesse contexto, vale notar que a autoridade de defesa da concorrência brasileira já reconheceu que operações societárias desenhadas no passado podem ter resultado em empregadores poderosos no Brasil sem que houvesse qualquer discussão ou implicação antitruste nesse sentido. Por outro lado, indicou agora estar atenta a efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho e informou que está preparando um guia de melhores práticas direcionado a profissionais de recursos humanos, valorizando a discussão desse tema de grande importância (Brasil, 2019). Nesses termos, com a abertura do processo administrativo em 2021 para investigar supostas infrações anticompetitivas no mercado de trabalho da indústria de saúde, a

autoridade concorrencial brasileira deu um passo importante no sentido de reconhecer a sua competência para analisar práticas que podem gerar efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho no Brasil.

Uma conclusão como essa, contudo, não está livre de dificuldades e complicações. No incurso da validação da hipótese, identificaram-se diversos desafios práticos dessa aplicação que precisarão ser endereçados pelas autoridades concorrenciais brasileiras. Nesse diapasão, Direito Concorrencial e Direito do Trabalho terão que dialogar em novo contexto jurídico, e desse novo encontro podem surgir alguns questionamentos, inclusive porque, como mencionado, a atual lei de defesa da concorrência, de nº 12.529/2011, é silente no tocante ao mercado de trabalho. Sendo assim, e embora a Constituição Federal brasileira tenha interligado os conceitos de livre concorrência, livre iniciativa, pleno emprego, valor social do trabalho e prevenção a abusos do poder econômico no capítulo que dispõe sobre os princípios da atividade econômica, algumas questões permanecem sem resposta adequada.

Nesse aspecto, notam-se novos embates entre CADE e Justiça do Trabalho, especialmente aqueles percebidos no recente precedente discutido nos Capítulos 3 e 4 envolvendo o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que confirmou a competência da Justiça do Trabalho para discutir decisões do CADE e determinou que as decisões da autarquia considerem propósitos subjetivos como a função social da propriedade, a livre iniciativa e o valor social do trabalho.

Assim, partindo da constatação que o Direito da Concorrência pode, sim, auxiliar no desenvolvimento sustentável de relações trabalhistas, próximas investigações poderão debruçar-se sobre os seguintes questionamentos: como endereçar o conflito de competência entre as autoridades concorrenciais e trabalhistas? Como harmonizar decisões possivelmente divergentes de instâncias independentes? Aceitar que o CADE é competente para avaliar dinâmicas trabalhistas pode acabar sujeitando-o a interesses externos à política antitruste, diminuindo a sua autonomia decisória? Na prática, poderia acabar levando a uma subjugação da decisão concorrencial a interesses essencialmente trabalhistas? Por esses motivos, é preciso que o entendimento do CADE, refletido em sua jurisprudência, seja muito coerente e claro a respeito da orientação que será adotada pelo órgão. Cautelas serão, sem dúvida, necessárias.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS. Em 2022, analfabetismo cai, mas continua mais alto entre idosos, pretos e pardos no Nordeste. **Agência de Notícias**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37089-em-2022-analfabetismo-cai-mas-continua-mais-alto-entre-idosos-pretos-e-pardos-e-no-nordeste> (IBGE, 2023b) Acesso em 01 dez. 2023.

ALAN, Manning. **Monopsony in motion: Imperfect competition in labor markets**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2003. 401 p. ISBN 0691113122.

ARAÚJO, Jailton Macena de. Conteúdo Jurídico do Valor Social do Trabalho: pressupostos normativo-constitucionais da complementaridade entre o direito do trabalho e o direito ao trabalho. **Direito da Cidade**, v. 11, p. 783-807, 2019.

ASHENFELTER, Orley C., FARBER Henry; RANSOM Michael R. **Modern Models of Monopsony in Labor Markets: A Brief Survey**. Alemanha: IZA, 2010. Disponível em: <http://ftp.iza.org/dp4915.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2023.

ATHIAS, Daniel Tobias. Qual o limite da atuação do Cade em questões trabalhistas? Site **JOTA**, 11 janeiro 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/qual-o-limite-da-atuacao-do-cade-em-questoes-trabalhistas-11012016>. Acesso em: 14 jan. 2023.

AUTOR, David; DORN, David; KATZ, Lawrence F.; PATTERSON, Christina; VAN REENEN, John. The Fall of the Labor Share and the Rise of Superstar Firms. Cambridge: **National Bureau of Economic Research, Working Paper** No. 23396, 2017a. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w23396.pdf> <https://www.nber.org/papers/w23396.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

AUTOR, David; DORN, David; KATZ, Lawrence F.; PATTERSON, Christina; VAN REENEN, John. Concentrating on the Fall of the Labor Share. Cambridge: **National Bureau of Economic Research, Working Paper** No. 23108, 2017b. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w23108>. Acesso em: 30 mar. 2023.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL. **Acordos no mercado de trabalho e política de concorrência**. Autoridade da Concorrência. Lisboa. 2021.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL. **Guia de Boas Práticas - Prevenção de Acordos Anticoncorrenciais nos Mercados de Trabalho**. Autoridade da Concorrência de Portugal. Lisboa. 2021.

AVELÃS NUNES, A. J. Uma leitura crítica da atual crise do capitalismo. **Boletim de Ciências Econômicas**, n. LIV, p. 3-159, Coimbra, 2011.

AZAR, José et al. **Concentration in US Labor Markets: Evidence From Online Vacancy Data**. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.3386/w24395>. Acesso em: 7 ago. 2023.

AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall. **Labor Market Concentration**. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.3386/w24147>. Acesso em: 7 ago. 2023.

BARBOSA JUNIOR, Alberto Lucio. **Antitruste e Política de Emprego**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

BARBOSA JUNIOR, Alberto Lucio. **The (Nearly) Forgotten Case of Labor Concerns in Brazilian Competition Policy: recent developments and lost opportunities**. CPI Antitrust Chronicle, jan/2020. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2020/01/CPI-Barbosa-Jr.pdf>. Acesso em: 30 jun 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira. [S.l.], **Migalhas**, 16 mai. 2014. Disponível em: < 153 <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199284,71043-Estado+e+livre+iniciativa+na+experiencia+constitucional+brasileira>>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BENMELECH, Efraim; Nittai BERGMAN; Hyunseob KIM. **Strong Employers and Weak Employees: How Does Employer Concentration Affect Wages**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2018. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w24307/w24307.pdf. Acesso em: 15 janeiro 2023.

BHASKAR, V.; MANNING, Alan; TO, Ted. Oligopsony and Monopsonistic Competition in Labor Markets. **Journal of Economic Perspectives**, v. 16, n. 2, p. 155-174, 1 maio 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/0895330027300>. Acesso em: 7 ago. 2023.

BIJOS, Leila; AGUIAR, Júlio Cesar de, SOUSA, José Heraldo de. **Dumping Social Trabalhista Interno E O Sistema Brasileiro De Defesa Da Concorrência (SBDC)**, 2019. Disponível em: <https://revista.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revista1/article/view/8/198>. Acesso em 05 ago. 2023.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 6. ed. St. Paul: West Publishing, 1990.

BLAIR; HARRISON, Jeffrey. **Monopsony in Law and Economics**. Cambridge University Press, Cambridge, 2010

BOAL, William M; RANSOM, Michael R. Monopsony in the Labor Market. **Journal of Economic Literature** 35:86-112, 1997.

BRAGA, Julia Gonçalves Braga. **Mercados de trabalho no controle de estruturas do Cade: O direito da concorrência na consecução da valorização do trabalho humano**. 2023.

BRASIL. **Competition issues in labour markets – Note by Brazil**. Contribuição à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. 2019. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)51/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)51/en/pdf). Acesso em: 20 mar 2023.

BRASIL. MTE. **Agenda nacional de trabalho decente**. Brasília: MTE, 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_226229.pdf. Acesso em: 19 out 2022.

BRASIL. MTE. **Plano Nacional de Trabalho Decente**. Brasília: MTE, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_226249.pdf. Acesso em 19 out 2022.

BRASIL. SDE/DPDE. **Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações: como atuar em conformidade com a Lei de Defesa da Concorrência**. Coleção SDE/DPDE 03/2009. 1ª ed. Brasília: SDE/MJ, 2009. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/documentos-da-antiga-lei/cartilha-sindicatos-sde-cade.pdf>. Acesso em: 26 jun 2023.

CADE. **Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações**. 2009. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/documentos-da-antiga-lei/cartilha-sindicatos-sde-cade.pdf>. Acesso em: 20 mar 2023.

CADE. DEE. **Avaliação ex-post de ato de concentração: o caso Sadia-Perdigão**. Documento de Trabalho nº 003/2019. Out/2019. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalho_AvaliaoexpostdeatodeconcentraoocasoSadiaPerdigo.pdf. Acesso em: 20 mar 2022.

CADE. **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 2013. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf/view. Acesso em: 30 mar 2022.

CADE. **Guia para Programas de Compliance: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial**. 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em: 13 dez 2022.

CADE. **Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE**. Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61. 2021. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNxuGsSSdg6oMHZezCb4GYgAe6O4stYZJrXYAJNr-S2HKnvyjIHV8FAf0w-oRSJZbDLvT-VwNXLpBeP7dzKVYxF. Acesso em: 30 mar 2022.

CECATO, Maria Áurea Baroni. Interfaces do trabalho com o desenvolvimento: inclusão do trabalhador segundo os preceitos da declaração de 1986 da ONU. **Prim@ Facie**, v. 11, p. 23-42, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMISSÃO EUROPEIA. **Green paper: promoting a European framework for Corporate Social Responsibility**. Bruxelas: 2001.

CORREA, Leonardo Alves; CLARK, Giovani; RICEPUTI, Marcelo. Constituição econômica, desenvolvimento e a institucionalização do princípio do pleno emprego: uma abordagem à luz da teoria da seletividade de Claus Offe. **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 67-92, set/dez 2017.

CRUZ, C. F. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a carta sociolaboral do Mercosul**. São Paulo: LTr, 2005.

CRUZ, Cláudia Ferreira. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a carta sociolaboral do Mercosul**. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DENNY, D. M. T.; GRANZIERA, M. L. M.; RUDIGER, D. S. Direitos Humanos e acesso a mercados. **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 377-409, set./dez. 2017.

DEPARTMENT OF TREASURY. **The State of Labor Market Competition**. US Department of Treasury. Washington D.C., 2022.

DICKENS, Richard; MACHIN, Stephen; MANNING, Alan. The Effects of Minimum Wages on Employment: Theory and Evidence from Britain. **Journal of Labor Economics**, v. 17, n. 1, p. 1-22, jan. 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.1086/209911>. Acesso em: 7 ago. 2023.

DOJ. **Justice Department Obtains Permanent Injunction Blocking Penguin Random House's Proposed Acquisition of Simon & Schuster**. 2022.

DOJ; FTC (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE ANTITRUST DIVISION; FEDERAL TRADE COMMISSION). **Antitrust Guidance for Human Resource Professionals**. 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>. Acesso em: 26 dez. 2022.

DOJ; FTC (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE ANTITRUST DIVISION; FEDERAL TRADE COMMISSION). **Joint Antitrust Statement Regarding Covid-19 and Competition in Labor Markets: Antitrust Enforcers Closely Monitoring Employer Coordination to Disadvantage Workers**. 2020. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/advocacy_documents/joint-statement-bureau-competition-federal-trade-commission-antitrust-division-department-justice/statement_on_coronavirus_and_labor_competition_04132020_final.pdf. Acesso em: 26 dezembro 2020.

DOMINGUES, J. O.; GABAN, E. M. **Direito Antitruste**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. DUARTE, Juliana Ferreira Antunes. **Teoria Jus-Humanista Multidimensional do Trabalho sob a perspectiva do Capitalismo Humanista**. 2014. 160f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

ELHAUGE, E. Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent Supreme Court decisions. **Competition Policy International**, v. 3(2), 2007.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (EMBRAPA). **Trabalho decente e crescimento econômico:** contribuições da Embrapa. Área de Informação da Sede-Livro científico (ALICE), Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.alice.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/1090712/1/ODS8trabalhodecenteeconomico.pdf>. Acesso em: 19 out 2022.

EPSTEIN, Richard., Antitrust Overreach In Labor Markets: A Response to Eric Posner (February 1, 2022). **NYU Law and Economics Research Paper** No. 22-11, 2022a, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4023520>. Acesso em 01 dez. 2023.

EPSTEIN, Richard. *The Unwise Extension of Antitrust Law to Labor Markets. Concurrentialiste* (February 8, 2022) 2022b. Disponível em: <https://leconcurrentialiste.com/epstein-antitrust-labor>. Acesso em 01 dez. 2023.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento. Limites e confrontações. In: Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa et al. (orgs.). **Direitos humanos de solidariedade:** avanços e impasses. Curitiba: Appris, 2013, pp. 171-240.

FELICIANO, G. G., **Curso Crítico de Direito do Trabalho:** teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2013

FERRAZ, André Santos. **As Abordagens Teóricas sobre Atos de Concentração das Escolas de Harvard e de Chicago.** RDC, vol. 2, nº 2, Novembro 2014. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/124>. Acesso em: 27 out. 2023.

FIGUEIREDO, C. G. **Desenvolvimento Sustentável e a Economia Digital:** Aportes da tributação na era digitalizada. 2020. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Santos, Santos, 2020.

FORGIONI, Paula. **Fundamentos do Direito Antitruste.** 8ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCO, Fernanda Cristina O.; FEITOSA, Maria Luiza M. **O Direito Humano ao Desenvolvimento:** trajetória teórica de afirmação e desafios de implementação. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010.

FRAZÃO, Ana. Antitruste para o Século XXI. **Podcast Women in Antitrust #1.**

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa.** Tomo Direito Comercial, Edição 1, Julho de 2018.

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. Responsabilidade Social Empresarial. In: FRAZÃO, Ana (org.). **Constituição, Empresa e Mercado.** Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2017. Disponível em: <http://www.docs.ndsr.org/livrogecem.pdf>. Acesso em: 08 dez 2022.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. 40. ed. Chicago/Londres: University of Chicago Press, 2002.

FTC. **Antitrust Red Flags for Employment Practices**, 2016.

FTC. Press Release, Fed. Trade Comm'n, FTC Staff Submits Public Comment in Texas Opposing Certificate of Public Advantage Applications (September 14, 2020), **FTC**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2020/09/ftc-staff-submits-public-comment-texas-opposing-certificate-public-advantage-applications> Acesso em 07 ago. 2023.

FURTADO, Celso. **Cultura e Desenvolvimento em Épocas de Crise**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Paz e Terra. 1996.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GODOY, S.; MACIEL, L. (2021). Do crescimento econômico ao desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado por meio de ferramentas tributárias. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 26, n. 1, jan-abr 2021, p. 180-205. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/17556>. Acesso em 27 out. 2022.

GOIRIA, J. G.; HERRERA, A. F. H. ODS 8: El crecimiento económico y su difícil encaje en la Agenda 2030. **Revista Internacional de Comunicación y Desarrollo (RICD)**, v. 3, n. 14, p. 52-66, 2021. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8029962>. Acesso em: 19 out. 2022.

GONÇALVES, E. L. **Responsabilidade social da empresa**. Rio de Janeiro: Rev. Adm. Empr, 24(4):226-240, out/dez 1984.

GUAMÁN, Hernández Adoración. **Derecho del trabajo y defensa de la competencia**. 2007. Doctoral thesis — Universitat de València, [s. l.], 2007. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10803/9677>. Acesso em: 01 dez. 2023.

HIRSCH, Boris; JAHN, Elke J.; SCHNABEL, Claus. Do Employers Have More Monopsony Power in Slack Labor Markets? **ILR Review**, v. 71, n. 3, p. 676-704, 11 jul. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0019793917720383>. Acesso em: 7 ago. 2023.

HONG KONG COMPETITION COMMISSION. **Competition concerns regarding certain practices in the employment marketplace in relation to hiring and terms and conditions of employment**. 2018. Disponível em: https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/2018_0409_Competition_Commission_Advisory_Bulletin_Eng.pdf. Acesso em: 16 janeiro 2023.

HOVENKAMP, H.J. The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm. Research Paper No. 07-19, **University of Iowa Legal Studies**, 2010. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1771/https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1771/. Acesso em 27 out. 2023.

HOVENKAMP, Herbert. **Competition Policy for Labour Markets**: Roundtable on Competition Issues in Labour Markets. Contribuição à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. 2019. Disponível em [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)67/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)67/en/pdf). Acesso em: 21 dez. 2022.

IBGE. O que é desemprego. 2023a. **IBGE**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php> (IBGE, 2023a) Acesso em 01 dez. 2023.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS 8: promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos: o que mostra o retrato do Brasil?. Brasília, **Cadernos ODS**, 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9380/1/Cadernos_ODS_Objetoivo_8_Promover%20o%20crescimento%20econ%20sustentado%20e%20inclusivo%20e%20sustentavel.pdf. Acesso em: 21 out. 2022.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. **Report of Study Group on Human Resource and Competition Policy**. 2018. Disponível em: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2018/February/180215.html>. Acesso em: 27 dezembro 2022.

JO, Hoje; HARJOTO, Maretno A. **Corporate Governance and Firm Value: The Impact of Corporate Social Responsibility**. *Journal of Business Ethics*, v. 103, n. 3, p. 351-383, 1 maio 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10551-011-0869-y>. Acesso em: 01 dez. 2023.

KRUEGER, Alan B.; ASHENFELTER, Orley. Theory and Evidence on Employer Collusion in the Franchise Sector. **Journal of Human Resources**, v. 57, 13 out. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.3368/jhr.monopsony.1019-10483>. Acesso em: 7 ago. 2023.

KRUEGER, Alan B.; POSNER, Eric A. **A Proposal for Protecting Low-Income Workers from Monopsony and Collusion**, The Hamilton Project (Feb. 2018).

LIMA, Leda Batista da Silva Diôgo de. O papel do julgador na interpretação das normas e o Estado de Direito: um ensaio a respeito da expansão do direito da concorrência para o mercado de trabalho. In: Newton de Oliveira Lima. (org.). **Constitucionalismo, Democracia e Teoria do Direito**. 1ed. Campina Grande: Papel da Palavra, 2023, v. 1, p. 262-289.

KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate, **Journal of European Competition Law & Practice**, volume 9, Issue 3, march 2018, p. 131-132, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy020> Acesso em 01 dez. 2023.

LIPSITZ, Michael; STARR, Evan. Low-Wage Workers and the Enforceability of Noncompete Agreements. **Management Science**, 5 abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1287/mnsc.2020.3918>. Acesso em: 7 ago. 2023.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **Competitividade empresarial, custos trabalhistas e mercados**: possibilidades e limites de reconhecimento da função concorrencial do direito do trabalho. 2016. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa.

MAGALHÃES, Daniel de Castro. Contratos coletivos de trabalho no sistema jurídico italiano: derogabilidade / inderrogabilidade e flexibilização. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 72, n. 2, p. 98-111, maio/ago. 2006.

MARINESCU, Ioana; Herbert J. HOVENKAMP. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Pennsylvania: Faculty Scholarship Repository University of Pennsylvania Law School, 2019. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1965. Acesso em: 22 dezembro 2022.

MARINESCU, Ioana; OUSS, Ivan; PAPE, Louis-Daniel. Wages, hires, and labor market concentration. **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 184, p. 506-605, abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jebo.2021.01.033>. Acesso em: 7 ago. 2023.

MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric A. Why Has Antitrust Law Failed Workers? **SSRN Electronic Journal**, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3335174>. Acesso em: 7 ago. 2023.

MARQUES, Verônica do Nascimento. **Concorrência nos Mercados de Trabalho: os desafios na delimitação do mercado relevante antitruste. Mulheres no Antitruste. Volume IV**. São Paulo: Singular, 2021.

MARTINS, Fernanda Lopes. **Os mercados de trabalho e o Direito Antitruste brasileiro: acordos de não contratação e trocas de informações sensíveis**. eBook Kindle, 2022.

MISALE, Guilherme Teno Castilho. **Programas de Compliance à luz do ordenamento concorrencial brasileiro: instrumentos de conformidade para a política anticartel**. 2019. 407 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A. **Labor Monopsony and the Limits of the Law**. Nova Iorque: SSRN, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3365374. Acesso em: 05 janeiro 2023.

NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Boston: Harvard Law Review, vol. 132, 2018. Disponível em: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/12/536-601_Online.pdf. Acesso em: 17 janeiro 2023.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OCDE. **Competition in Labour Markets**. 2020. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-labour-markets-2020.pdf>. Acesso em: 20 dezembro 2022.

OCDE. Competition Issues in Labour Markets – Note by Spain. 2019. **OCDE**. Disponível em [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)48/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)48/en/pdf). Acesso em 01 dez. 2023.

OCDE. **Does competition kill or create jobs?** A discussion on the links and drivers between competition and employment. Background note by the Secretariat. 2015a. Disponível em:

<http://www.oecd.org/competition/globalforum/links-drivers-competition-employment.htm>. Acesso em: 30 jun. 2023.

OCDE. **Does competition kill or create jobs?** A discussion on the links and drivers between competition and employment. Contribution from the United States. 2015b. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2015\)43/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2015)43/En/pdf). Acesso em: 30 jun 2023.

OCDE. **Does competition kill or create jobs?** A discussion on the links and drivers between competition and employment. Contribution from the United Kingdom. 2015c. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2015\)13/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2015)13/En/pdf). Acesso em: 30 jun 2023.

OCDE. **Does competition kill or create jobs?** A discussion on the links and drivers between competition and employment. Executive Summary and Summary of Discussion. 2015d. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2015\)14/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2015)14/FINAL/en/pdf). Acesso em: 17 jul. 2023.

OCDE. **Policy Roundtables: Monopsony and Buyer Power.** 2008. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>. Acesso em 28 janeiro 2023.

OCDE. **Reports: Hard Core Cartels.** 2000. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/2752129.pdf>. Acesso em: 25 janeiro 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Global employment trends 2012.** Geneva: OIT, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Guia sobre os novos indicadores de empregos dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.** Genebra: OIT, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social.** Genebra: Organização Internacional do Trabalho [OIT], 2015. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_467352.pdf. Acesso em 19 out. 2021.

PIKETTY, Thomas. **Capital and ideology.** Cambridge MA: Harvard University Press, 2020.

PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. Tendências do desenvolvimento: elementos para reflexão sobre as dimensões sociais na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**, [S.l.], v. 10, n. 3, set. 2014. Disponível em: <https://www.rbgr.net/revista/index.php/rbgr/article/view/1471>. Acesso em: 16 out. 2021.

POLDEN, Donald. Restraints On Workers' Wages And Mobility: No-Poach Agreements And The Antitrust Laws. 2020. **Santa Clara Law Review**, Vol. 59, N. 3. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol59/iss3/4/>. Acesso em: 28 jul. 2023.

POLDEN, Donald. **When rules don't apply:** discussion guide. 2019. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5ae20c04266c07e2060d8476/t/5d684b3d35b2ff00019a3>

730/1567116096345/Discussion+Guide+When+Rules+Don%27t+Apply.pdf Acesso em 05 ago. 2023.

POSNER, Eric A.; VOLPIN, Cristina A. Labor Monopsony and European competition law. *Concurrences: Competition Law Review* n° 4-2020, art. N° 97193, nov 2020. Disponível em: https://www.concurrences.com/IMG/pdf/_04.concurrences_4-2020_law__economics_posnervolpin.pdf?63754/1dfb9d8fbaaf0cd8e1b0f961f8b2e43d6d957f2. Acesso em 25 jul. 2023.

POSNER. North America Column November. **Competition Policy International**. 2021. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2021/11/North-America-Column-November-2021-Full.pdf> Acesso em 05 ago. 2023.

PRIMM, C. J. Labor unions and the anti-trust law: A review of decisions. **Journal of Political Economy**, v. 18, n. 2, p. 129-138, 1910.

PROL, Flávio Marques; HADDAD, Frederico; GRETSCHISCHKIN, Felipe. Concorrência e trabalho: uma nova aproximação. Site **JOTA**, 27 junho 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-dovinicio/concorrenca-e-trabalho-uma-nova-aproximacao-27062018>. Acesso em: 14 jan. 2023.

RÊGO, A. L. S. L. F.; NASCIMENTO, S. P. Resignificando o conceito de pleno emprego. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, Teresina, v. 6, n. 2, p. 159-180, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://comunicata.ufpi.br/index.php/raj/article/view/11194/6436>. Acesso em: 30 out. 2021.

RENAULT, L. O. L.; SIMÕES NETO, E. Direito do trabalho e desenvolvimento sustentável – um diálogo provável, In: REIS, D. M.; MELLO, R. D.; COURA, S. B. C. (coord.). **Trabalho e Justiça Social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado**, p. 95-105, São Paulo: LTr, 2013.

RESENDE, Emerson Albuquerque. Acesso à justiça para o trabalhador: reflexões sobre as causas do gigantismo da justiça do trabalho e possíveis soluções. In: TAVARES NETO, José Querino et al. (Coord.). **Acesso à justiça** [Recurso eletrônico online] Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 238-266. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/tvzbjqi9/64EqsmaU69UARk78.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2023.

RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. 10 anos da lei 12.529/2011: os avanços no debate que resultaram na incontornável interface entre concorrência e trabalho. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 40-61, 2022.

RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. **O Improvável Encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste**. São Paulo: Revista do IBRAC, vol 24, número 2, 2018. Páginas 65-93. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/322682014.pdf>. Acesso em 10 dez. 2020.

RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. Acordos de não contratação: o antitruste e o direito do trabalho. O acordo de não contratação é lícito? Site **JOTA**, 17 abril 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordos-de-nao-contratacao-o-antitruste-e-o-direito-do-trabalho-17042019>. Acesso em 12 dez. 2020.

RIVERA; Braga. Fusões verticais e conglomerais pela perspectiva do mercado de trabalho. 2023. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/395323/fusao-vertical-e-conglomerado-pela-perspectiva-do-mercado-de-trabalho>. Acesso em 01 dez. 2023.

ROBINSON, Joan. **The Economics of Imperfect Competition**. 2 ed. Nova Iorque: St. Martin's Press, 1969.

RODRIGUES, Eduardo Frade; MACHADO, Henrique Felix. Antitruste e mercado de trabalho: Questões discutidas dentro do antitruste sobre mercado de trabalho geram ações concretas por parte de autoridades. Site **JOTA**, 24 setembro 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrencia-regulacao/antitruste-e-mercado-de-trabalho-24092020>. Acesso em: 14 jan. 2023.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SALOP, Steven C.; BAKER, Jonathan B. Antitrust, Competition Policy, and Inequality. **SSRN Electronic Journal**, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2567767>. Acesso em: 01 dez. 2023.

SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Hipster Antitrust: poder de mercado e bem-estar do consumidor na Era da Informação. Site **JOTA**, 28 dez 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/hipster-antitrust-poder-de-mercado-e-bem-estar-do-consumidor-na-era-da-informacao-28122018>. Acesso em: 25 mar. 2022.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

SENATE COMMITTEE ON THE JUDICIARY. **Oversight of the Enforcement of the Antitrust Laws**: Questions for Joseph Simons, Chairman, Federal Trade Commission. 2018. Disponível em: <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Simons%20Responses%20to%20QFRs1.pdf>. Acesso em 27 jan. 2023.

SHAH, Omar; KROTOSKI, Mark. **Are Your Employment Practices in Breach of Antitrust Law?** Site Morgan Lewis, 30 março 2018. Disponível em: <https://www.morganlewis.com/pubs/2018/03/are-your-employment-practices-in-breach-of-antitrust-law>. Acesso em: 12 janeiro 2023.

SHAPIRO, Carl., **Antitrust in a Time of Populism** (October 24, 2017). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3058345>. Acesso em 01 dez. 2023.

SMITH, Adam. **The wealth of nations**. New York: P. F. Collier & Son, Vol. 1, [1776] 1902.

SMITH, Robert S.; EHRENBERG, Ronald G. **Modern Labor Economics: Theory and Public Policy**. [S. l.]: Taylor & Francis Group, 2017. 752 p.

SOKOLOVA, Anna; SORENSEN, Todd. **Monopsony in Labor Markets: A Meta-Analysis**. Bonn: IZA Institute of Labor Economics, 2018. Disponível em: <http://ftp.iza.org/dp11966.pdf>. Acesso em 21 janeiro 2021.

SOUSA, José Heraldo de. **Combate ao dumping social e a defesa dos direitos sociais dos trabalhadores sob a perspectiva da Análise Comportamental do Direito**. / José Heraldo de Sousa – 2018. 175 f. ; 30 cm Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Brasília, 2018. Orientação: Prof. Dr. Julio Cesar de Aguiar

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico do Trabalho**. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1985.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6. Ed. 1 ed. 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2017.

STARR, Evan; PRESCOTT, J. J.; BISHARA, Norman D. Noncompetes in the U.S. Labor Force. **SSRN Electronic Journal**, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2625714>. Acesso em: 7 ago. 2023.

STEINBAUM, M. A Missing Link: the role of Antitrust Law in rectifying employer power in our high-profit, low-wage economy. [S.l.]. **Roosevelt Institute**. 2018. Disponível em: <https://rooseveltinstitute.org/wp-content/uploads/2020/07/RI-Missing-Link-Monopsony-brief-201804.pdf>. Acesso em 01 dez. 2023.

STEINBAUM, Marshall. **A Missing Link: the role of Antitrust Law in rectifying employer power in our high-profit, low-wage economy**. Site [Rooseveltinstitute.org](https://rooseveltinstitute.org), Abril 2018. Disponível em: <https://rooseveltinstitute.wideeyeclient.com/wp-content/uploads/2020/07/RI-Missing-Link-Monopsony-brief-201804.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

STEINBAUM, Marshall; Stucke, Maurice E. The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust, **University of Chicago Law Review**, Vol. 87: Iss. 2, Article 11, 2020. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol87/iss2/11>. Acesso em 01 dez. 2023.

STUTZ, Randy. The Evolving Antitrust Treatment of Labor-Market Restraints: From Theory to Practice. **SSRN Electronic Journal**, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3332642>. Acesso em: 7 ago. 2023.

THORNTON, Robert J. Retrospectives: How Joan Robinson and B. L. Hallward Named Monopsony. **Journal of Economic Perspectives**, v. 18, n. 2, p. 257-262, 1 maio 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1257/0895330041371240>. Acesso em: 7 ago. 2023.

TYSON, Mike Leonard. Pilgrim's, Hormel to Face Poultry Worker Wage-Fixing Suit, **Bloomberg L.** (Mar. 11, 2021), Disponível em: <https://news.bloomberglaw.com/antitrust/tyson-pilgrims-hormel-to-face-poultry-worker-wage-fixing-suit> Acesso em 07 ago. 2023.

VILANOVA, Polyanna; ARAÚJO SÁ, Catharina. Ponderações sobre a ingerência do Cade nos mercados de trabalho, 2022. **Conjur.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-11/defesa-concorrenciaa-ingerencia-cade-mercados-trabalho-algumas-ponderacoes>. Acesso em: 25 jul. 2023.

WALKER, J.; PEKMEZOVIC, A.; WALKER, G. **Sustainable Development Goals: harnessing business to achieve the SDGs through Finance, Technology and law reform.** Wiley, 2019. Disponível em: <https://www.wiley.com/en-us/Sustainable+Development+Goals:+Harnessing+Business+to+Achieve+the+SDGs+through+Finance,+Technology+and+Law+Reform-p-9781119541813>. Acesso em: 7 dez. 2021.

WHITE HOUSE. Executive Order on Promoting Competition in the American Economy. 2021. **White House.** Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/07/09/fact-sheet-executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy>. Acesso em 25 jul. 2023.

WHITE HOUSE. **Labor Market Monopsony: Trends, Consequences, and Policy Responses.** 2016b. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/page/files/20161025_monopsony_lab_or_mrkt_cea.pdf. Acesso em: 22 jan. 2023.

WHITE HOUSE. **Non-Compete Agreements: Analysis of the Usage, Potential Issues, and State Responses.** 2016a. Disponível em <https://millerlawpc.com/wp-content/uploads/2017/01/White-House-Report-on-Non-Compete-Agreements.pdf>. Acesso em 05 ago. 2023.

WRIGHT, Joshua D. et al. Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust (September 14, 2018). George Mason Law & Economics Research Paper No. 18-29, **Arizona State Law Journal**, 2019, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3249524><https://ssrn.com/abstract=3249524>. Acesso em 01 dez. 2023.

WU, Tim. **Curse of Bigness: How Corporate Giants Came to Rule the World.** [S. l.]: Atlantic Books, Limited, 2020. Wu, Tim. **The curse of bigness: how corporate giants came to rule the world.** Londres: Atlantic Book. 2020.

ZHOURI, A.; LASCHEFSKI, K. Desenvolvimento e Conflitos Ambientais: Um Novo Campo de Investigação. In: ZHOURI, Andréa.; LASCHEFSKI, Klemens. (org.). **Desenvolvimento e conflitos ambientais.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.