



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO - FD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

JULIA GONÇALVES BRAGA

**MERCADO DE TRABALHO NO CONTROLE DE ESTRUTURAS DO CADE:
O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA CONSECUÇÃO DA VALORIZAÇÃO DO
TRABALHO HUMANO**

BRASÍLIA
2023



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO - FD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

JULIA GONÇALVES BRAGA

**MERCADO DE TRABALHO NO CONTROLE DE ESTRUTURAS DO CADE:
O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA CONSECUÇÃO DA VALORIZAÇÃO DO
TRABALHO HUMANO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, na linha de pesquisa de Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação.

Orientadora: Professora Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera.

BRASÍLIA
2023

FOLHA DE APROVAÇÃO

Julia Gonçalves Braga

Mercado de trabalho no controle de estruturas do Cade: O direito da concorrência na consecução da valorização do trabalho humano.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, na linha de pesquisa de Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação.

Aprovada em 28 de julho de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera
(Orientadora, Presidente)

Prof. Dr. Eduardo Pontual Ribeiro

José Inacio Ferraz de Almeida Prado Filho

Superintendente-Adjunto do Cade Diogo Thomson de Andrade

AGRADECIMENTOS

Nenhuma palavra neste mundo nunca será capaz de expressar o tamanho da gratidão que eu tenho aos meus pais, Ruth e Moacyr, por todo o apoio e dedicação que eles têm a mim e aos meus irmãos. Agradeço, de coração, por serem exemplos de pessoas e de profissionais e por todos os incentivos para que os estudos fossem, independentemente de qualquer coisa, tópico de maior importância e atenção desde a infância.

Aos meus irmãos, Bruna e Pedro, agradeço por serem tão gentis quanto possível, a todo tempo. A parceria incondicional faz toda a diferença para que se possa atravessar os caminhos e obstáculos que a vida nos coloca.

Não poderia deixar de agradecer à Professora Amanda Athayde, não somente por aceitar me orientar neste trabalho, como também por ser inspiração e referência de dedicação e de comprometimento com a academia. Agradeço por me encorajar a enfrentar o desafio de escrever sobre tema ainda pouco explorado e, principalmente, por clarear a estrada para que eu pudesse chegar à conclusão desta pesquisa.

Aos membros da banca, Eduardo Pontual, Diogo Thomson e José Inacio, agradeço por terem aceitado participar da arguição e por servirem de verdadeiros exemplos de acadêmicos e profissionais do Direito da Concorrência brasileiro.

Uma outra pessoa sem a qual este projeto sequer teria começado também merece especial menção. Agradeço à Giovana Porto por todo o incentivo para que eu me inscrevesse no programa de mestrado e por dividir todas as aflições e desafios ao longo dos últimos anos. Eu tenho certeza de que sem a Giovana a conclusão desta etapa teria sido dez (talvez mil) vezes mais difícil.

Por fim, agradeço ao time do VMCA Advogados por todo o apoio para que eu pudesse terminar o programa de mestrado, ao Marco Fonseca e ao Alceu Fernandes pelas conversas e encorajamento ao longo do processo de escrita, às minhas amigas e mulheres sensacionais Livia Caldas, Isabela Pannunzio, Najara Cirpiano e Jéssica Costa pela parceria de sempre, e aos meus amigos Amanda Soares, André Araújo, Bernardo Vereza, Thales Lemos, Beatriz Cavendish, Victor Fernandes, Clara Martins, Alice Firmino, Thaís Firmino, Anna Paula Araújo e Gabriela Bersan pelo incentivo e por, a todo tempo, fazerem-me acreditar e confiar que, ao final, tudo daria certo.

Grazie a tutti!

RESUMO

Este trabalho objetiva estudar de que forma, em uma perspectiva não apenas teórica, mas especialmente prática, mercados de trabalho podem ser endereçados na análise de atos de concentração econômica submetidos à autoridade antitruste brasileira, o Cade. A partir da análise clássica de operações detalhadas no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal elaborado pelo Cade e de estudos que abordam aspectos concorrenciais voltados a mercados de trabalho, são apresentados parâmetros a serem adotados pelo Cade para a avaliação de efeitos concorrenciais voltados à dimensão trabalho dos mercados relevantes. Ao longo do trabalho, são apresentadas propostas relacionadas à avaliação das próprias características das operações (definição de mercado relevante, fatores capazes de influenciar a probabilidade do exercício de poder de monopólio, o debate sobre eventuais eficiências econômicas e o desenho de remédios a serem considerados para sanar preocupações), como também sugestões que perpassam ajustes à redação da Resolução Cade nº 33/2022, a necessidade de atualização de guias, a regulamentação de cláusulas restritivas à concorrência, a celebração de acordo de cooperação técnica com o MTE e o incentivo à maior participação de sindicatos na análise de operações.

Palavras-chave: Cade; atos de concentração econômica; mercado de trabalho.

ABSTRACT

This essay aims to study how, from a perspective that is not only theoretical, but especially practical, labor markets can be addressed in the analysis of concentration acts submitted to the Brazilian antitrust authority, CADE. Based on the classic analysis of transactions detailed in the Guidelines for the Analysis of Horizontal Mergers drafted by CADE and studies that address competition aspects related to labor markets, this essay presents parameters to be adopted by CADE to evaluate the competition effects related to the labor dimension of the relevant markets. The essay provides proposals related to the evaluation of the characteristics of the transactions themselves (definition of relevant market, aspects that may influence the probability of the exercise of monopsony power, the debate about possible economic efficiencies, and the design of remedies to be considered to mitigate eventual concerns), as well as suggestions that permeate adjustments to the wording of CADE's Resolution No. 33/2022, the need to update guidelines, the regulation of clauses that restrict competition, the execution of a technical cooperation agreement with the MTE, and the encouragement of greater participation of unions in the analysis of transactions.

Keywords: CADE; concentration acts; labor market.

LISTA DE FIGURAS

Imagem 1 – Teoria do dano a trabalhadores e consumidores

Imagem 2 – Relação vertical entre os mercados produto e trabalho

Imagem 3 – Dimensão trabalho e dimensão produto dos mercados relevantes

Imagem 4 – Teste do Monopsonista Hipotético para definição da dimensão trabalho do mercado relevante

Imagem 5 – Cláusulas de não-concorrência celebrada entre empregador e empregado

Imagem 6 – Cláusulas de não-aliciamento celebrada entre empregadores

Imagem 7 – Análise de eficiências

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Exemplo de classificação de ocupação por código SOC

Tabela 2 – Exemplo de classificação de ocupação por código CBO

Tabela 3 – Cláusulas restritivas à concorrência como barreira à entrada na dimensão produto dos mercados relevantes

Tabela 4 – Cláusula de não-concorrência como barreira à entrada na dimensão produto dos mercados

Tabela 5 – Algumas variáveis que podem influenciar a análise de rivalidade na dimensão trabalho dos mercados

Tabela 6 – Eficiências horizontais e verticais relacionadas à dimensão trabalho dos mercados

Tabela 7 - Remédios relacionados à dimensão trabalho dos mercados

Tabela 8 - Formulário de notificação não-sumário (rito ordinário)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ato de Concentração
ACC	Acordo em Controle de Concentração
APRO	Acordo de Preservação de Reversibilidade
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBO	Classificação Brasileira de Ocupações
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNAE	Classificação Nacional de Atividade Econômica
CE	Comissão Europeia
CPC	Código de Processo Civil
CZ	<i>Commuting Zones</i>
DEE/Cade	Departamento de Estudos Econômicos do Cade
DOJ	<i>U.S. Department of Justice</i>
DTB	Divisão Territorial Brasileira
EUA	Estados Unidos da América
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
HHI	<i>Herfindahl-Hirschman Index</i> (Índice <i>Herfindahl-Hirschman</i>)
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICN	<i>International Competition Network</i>
MR	Mercado relevante
MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
NLRB	<i>National Labor Relations Board</i>
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ProCade	Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
PNTRR	Pequena, mas não transitória, redução na remuneração
RAIS	Relação Anual de Informações Sociais
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Defesa Econômica
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEI	Sistema Eletrônico de Informações do Cade

SENAI	Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SG/Cade	Superintendência-Geral do Cade
SOC	<i>Standard Occupational Classification System</i>
SOJ	Sessão Ordinária de Julgamento
SSNIP	<i>Small but Significant, Non-Transitory Increase in Prices</i>
TCC	Termo de Compromisso de Cessação
TCD	Termo de Compromisso de Desempenho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UE	União Europeia
USD	Dólares

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO.....	14
II. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MERCADO DE TRABALHO NO CONTROLE DE ESTRUTURAS	17
II.1. A valorização do trabalho humano como variável relevante na análise de atos de concentração	18
II.2. Poder de monopsonio é espelho do poder de monopólio	21
II.2.1. As causas do poder de monopsonio referentes à dimensão trabalho.....	23
II.2.2. Teoria econômica por trás do poder de monopsonio.....	24
II.2.3. Potenciais prejuízos a trabalhadores e a consumidores decorrentes de poder de monopsonio	29
II.3. Breve panorama atual da análise antitruste voltada a mercados de trabalho: Estados Unidos e Brasil.....	31
II.3.1. Breve panorama estadunidense	32
II.3.2. Breve panorama brasileiro.....	40
III. ANÁLISE DA DIMENSÃO TRABALHO EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO ..	48
III.1. Definição da dimensão trabalho do mercado relevante	50
III.1.1. Pressupostos metodológicos básicos para análise de mercado relevante	54
III.1.2. Teste do Monopsonista Hipotético como ferramenta para a definição da dimensão trabalho do mercado relevante	58
III.1.2.1. Definição do mercado relevante ocupação	70
(i) Aplicação de classificação por ocupação no Brasil	73
III.1.2.2. Definição do mercado relevante geográfico	76
(i) Aplicação de classificação por território no Brasil	78
III.1.2.3. Estimativa do total dos mercados relevantes na dimensão trabalho	79
(i) Estimativa do total do mercado relevante no Brasil.....	80
III.1.3. Ferramenta alternativa para a definição do mercado relevante: aferição de “pressão de salários para baixo” (downward wage pressure)	84
III.1.4. Conclusões sobre a definição da dimensão trabalho dos mercados relevantes	87
III.2. Avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado decorrente da operação	93
III.2.1. Barreiras à entrada na dimensão produto de mercados relevantes relacionadas à dimensão trabalho	94

III.2.1.1. Cláusulas restritivas à concorrência na análise de barreira à entrada na dimensão produto dos mercados relevantes.....	100
(i) Cláusulas de não-concorrência celebradas entre empregador e empregado como barreira à entrada na dimensão produto dos mercados	102
(ii) Cláusulas de não-aliciamento celebrada entre empresas como barreira à entrada na dimensão produto dos mercados	110
III.2.1.2. Atritos de busca (search frictions) e diferenciação de empregos (job differentiation) como barreira à entrada na dimensão produto dos mercados	118
III.2.1.3. Obrigatoriedade de licenças profissionais como barreira à entrada na dimensão produto dos mercados	120
III.2.2. Análise de rivalidade na dimensão trabalho dos mercados.....	121
III.3. Eficiências que impactam a dimensão trabalho dos mercados	123
IV. REMÉDIOS CONCORRENCIAIS.....	130
IV.1. Remédios comportamentais que endereçam a variável trabalho em controle de estruturas	134
IV.1.1. Manutenção das remunerações em patamar competitivo	135
IV.1.2. Repasse de ganhos de eficiência aos trabalhadores	136
IV.1.3. Suspensão de cláusulas restritivas à mobilidade do trabalhador	136
IV.1.4. Implementação de medida compensatória de empregos.....	138
IV.1.5. Investimento em treinamento de trabalhadores não dispensados	139
IV.1.6. Preservação de contratos com empresas de terceirização de serviços	140
IV.1.7. Manutenção dos níveis de emprego	140
IV.1.8. Obrigação de justificar demissões decorrentes da operação.....	142
IV.1.9. Obrigação de notificação de operação futura.....	142
IV.2. Remédios estruturais que endereçam a variável trabalho em controle de estruturas	143
IV.3. Conclusões sobre remédios relacionados à dimensão trabalho dos mercados	145
V. PROPOSTAS	147
V.1. Atualização da Resolução Cade nº 33/2022.....	148
V.1.1. Critérios de notificação obrigatória e procedimento de análise	148
V.1.2. Formulário de notificação	153
V.2. Atualização de guias publicados pelo Cade	155

V.3. Regulação das cláusulas restritivas à concorrência	156
V.4. Celebração de acordo de cooperação técnica entre o Cade e o Ministério do Trabalho e Emprego	158
V.5. Incentivo à participação dos sindicatos na análise de atos de concentração...	159
VI. CONCLUSÃO	161
VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	164
ANEXO I - Linha do tempo com precedentes relevantes dos EUA.....	185
ANEXO II - Atuação dos sindicatos em atos de concentração.....	188
ANEXO III - Formulário de notificação não-sumário.....	191

I. INTRODUÇÃO

Como bem defende Katharina Pistor, em *The Code of Capital*¹, o Direito está no centro do debate sobre o sistema socioeconômico atual, sendo não apenas um reprodutor do *status quo*, mas também o mecanismo central pelo qual a riqueza é criada e acumulada no sistema capitalista. Fato é que o Direito hoje ocupa posição de destaque no que diz respeito à organização da sociedade contemporânea e do próprio sistema, atuando como ferramenta para a geração de riquezas e desigualdades e de produção de práticas e padrões regulatórios.

É nesse contexto que os *standards* do Direito da Concorrência se colocam como fundamental instrumento para a manutenção (ou enfrentamento) da concentração econômica dos mercados e, em especial, dos mercados de trabalho. Em estudo realizado nos EUA, a correlação entre a elevada concentração de mercado e a redução de salários foi confirmada em pesquisas que utilizaram diferentes fontes de dados, períodos de tempo e definições de mercado relevante². Na verdade, são vários os estudiosos que apontam para o fato de que elevadas concentrações em mercados de trabalho impactam negativamente não apenas trabalhadores, mas também consumidores finais³.

Apesar disso, o que se percebe é que o *enforcement* antitruste se centrou apenas na dimensão produto dos mercados, embora efeitos concorrenciais em mercados de trabalho também sejam verificados. É justamente nesse contexto que diversos doutrinadores sustentam que o exame dos efeitos de uma operação também deve abranger mercados de trabalho⁴ e que a autoridade antitruste deve atuar preventivamente diante da

¹ FOX, Eleanor M. **Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization**. In Post-Chicago developments in antitrust law. CUCINOTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e BERGH, Roger Van Den (Edition). Edward Elgar Publishing Limited. 2002, pp. 76-78.

² POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

³ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 23

⁴ Em documento da OCDE sobre o tema, publicado em 2020, discute-se o fato de que a ausência de atenção a mercados de trabalho pode ter encorajado empresas a se coordenar ou a se concentrar no sentido de reduzir salários. No original, “While competition authorities have devoted little attention to labour markets in merger control so far, many commentators have called for competition authorities to look at labour market effects in their merger scrutiny activity. Naidu et al. (2018, p. 572) note that the lack of merger scrutiny in these markets may have encouraged companies to engage in tacit coordination or anticompetitive mergers to achieve the goal of reducing wage competition whilst avoiding the more forceful enforcement activity that has sought to address collusive practices that achieve the same goal” (OECD. **Competition in Labour Markets**. 2020).

formação de monopólio (i.e., poder de mercado do *player* empregador com relação à aquisição de mão-de-obra)⁵.

No Brasil, há ainda um ponto adicional a se levar em consideração: além de ser um importante instrumento para a prevenção de concentrações empresariais e abusos de poder econômico, o Direito da Concorrência deve observar os princípios constitucionais que balizam a ordem econômica nacional, que se pautam por aspectos sociais voltados à valorização do trabalho humano, à redução das desigualdades social e à busca do pleno emprego^{6 - 7}.

O problema de pesquisa que se pretende enfrentar, portanto, pode ser sintetizado da seguinte forma: como o Direito da Concorrência, em especial por meio do controle de estruturas, pode analisar impactos concorrenciais decorrentes de operação em mercados de trabalho? Mais especificamente, há a necessidade de adaptações no sistema jurídico atualmente vigente para que se tenha uma análise antitruste capaz de endereçar aspectos que digam respeito ao mercado de trabalho e, em última instância, ao trabalhador?

Reconhece-se que muitos são os desafios enfrentados em discussões envolvendo antitruste e mercados de trabalho. Os desafios passam pela necessidade de avanço na análise antitruste atual em relação ao paradigma neoclássico, em especial se considerados os princípios constitucionais que preveem a valorização do trabalho humano atrelada à ordem econômica; pela avaliação das próprias características das operações, abrangendo a análise de eficiências, definição de mercado relevante, bem como o desenho de eventuais remédios a serem implementados; e pela proporcionalidade de cláusulas de não-concorrência.

Ao longo deste trabalho, não se propõe uma mudança na legislação de defesa da concorrência, tampouco a alteração do método clássico de análise antitruste para que o

⁵ DOMINGUES, Juliana O.; RIVERA, Amanda A. L M.; SOUZA, Nayara. M. S. **O Improvável Encontro entre o Direito Trabalhista e o Direito Antitruste**. Revista do IBRAC, Volume 24 - Número 2 - 201, 2019, p. 66.

⁶ A legislação antitruste da África do Sul também é pautada, em larga medida, em aspectos sociais (“*public interest*”). Dentre os requisitos na análise de atos de concentração pela autoridade sul-africana, há expressa indicação de que se deve considerar efeitos em níveis de emprego (vide cláusula 16 do Competition Act No. 89 de 1998). Sobre o tema, destacam-se textos como: BOSHOF, Willem et al, **The Economics of Public Interest Provisions in South African Competition Policy**, in: 6th Annual Conference on Competition Law, Economics and Policy, Pretoria: Competition Commission South Africa, 2012; FOX, Eleanor M., **Equality, Discrimination, and Competition law: lessons from and for South Africa and Indonesia**, Harvard International Law Journal, v. 41, n. 2, p. 579–594, 2000; HARTZENBERG, Trudi, **Competition Policy and Practice in South Africa: Promoting Competition for Development**, Northwestern Journal of International Law & Business, v. 26, n. 3, p. 667–685, 2005.

⁷ No Brasil, dentre os princípios gerais da atividade econômica e da própria ordem econômica impostos pelo constituinte, destacam-se o valor social do trabalho (artigo 170, caput), a redução das desigualdades sociais (artigo 170, inciso VII) e a busca do pleno emprego (artigo 170, inciso VIII).

controle de estruturas do Cade passe a abranger a avaliação de mercados de trabalho. Ao contrário, a redação e a prática antitruste já enfrentam preocupações relacionadas ao poder de monopólio. Parte-se, portanto, da análise clássica de atos de concentração detalhada no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal e do entendimento comum à autoridade e a estudiosos sobre conceitos importantes para se avançar na avaliação de efeitos concorrenciais decorrentes de operações em mercados de trabalho.

Nesse pano de fundo, o Capítulo II deste trabalho destacará a valorização do trabalho humano como variável relevante na análise de atos de concentração, especialmente em razão dos princípios constitucionais gerais da atividade econômica e da própria ordem econômica. Em seguida, apresentam-se as causas, o racional econômico e potenciais prejuízos decorrentes do exercício do poder de monopólio para, por fim, apresentar a teoria do dano que fundamenta a análise de impactos concorrenciais também em mercados de trabalho. Como último ponto desse capítulo, é apresentado breve panorama jurisprudencial dos EUA e do Brasil sobre o tema.

Nos Capítulos III e IV, entra-se na parte prática da análise de atos de concentração. Partindo das etapas da análise clássica apontadas no Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade, busca-se discutir os principais pontos a serem considerados na avaliação de casos concretos, bem como mapear possíveis desafios a serem enfrentados. Os pontos avaliados perpassam a definição de mercado relevante, a avaliação de fatores capazes de influenciar a probabilidade do exercício de poder de mercado (i.e., poder de monopólio) no cenário pós-operação, o debate sobre eventuais eficiências econômicas decorrentes da operação e sugestões de remédios a serem considerados para sanar preocupações concorrenciais que venham a ser identificadas.

Adiante, no Capítulo V, são apresentadas propostas a serem consideradas para avançar na discussão e incluir a avaliação dos impactos concorrenciais em mercados de trabalho, no âmbito do controle de estruturas. As sugestões perpassam ajustes na redação da Resolução Cade nº 33/2022, a necessidade de atualização dos guias publicados pelo Cade, a regulamentação de cláusulas restritivas à concorrência, a celebração de acordo de cooperação técnica com o MTE e o incentivo à maior participação de sindicatos na análise de operações.

Por fim, no Capítulo VI, apresentam-se as conclusões deste trabalho, retomando a pergunta de pesquisa e indicando a contribuição para o estudo de mercados de trabalho sob a perspectiva do Direito da Concorrência, em especial, do controle de estruturas.

II. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MERCADO DE TRABALHO NO CONTROLE DE ESTRUTURAS

São inúmeros os *papers* e estudos publicados acerca da necessidade de se passar a incluir a análise de mercados de trabalho no âmbito do controle de estruturas, não apenas no Brasil, mas em outras jurisdições⁸. No intuito de brevemente contextualizar a discussão e o cenário em que ela se coloca no Brasil, serão apresentadas considerações a respeito do fato de a valorização do trabalho humano ser relevante ao controle de estruturas de competência do Cade, especialmente por conta dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal (Tópico II.1).

Adiante, apresenta-se o racional por trás do exercício de poder de monopsonio, que em grande medida sustenta a teoria do dano aplicada à análise de mercados de trabalho no âmbito de atos de concentração (Tópico II.2). É justamente nesse contexto que se verifica que – ao contrário do que pode parecer – não é necessária alteração na atual legislação antitruste nem mesmo significativas mudanças do ferramental analítico para que se possa avaliar efeitos concorrenciais voltados a mercados de trabalho.

Ao final do capítulo, são apresentados breves panoramas a respeito do tema para os EUA e para o Brasil, com enfoque em casos que abordaram, ainda que preliminar e tangencialmente, questões voltadas a trabalhadores (Tópico II.3). Além de destacar casos brasileiros, este trabalho focará em precedentes estadunidenses em razão de ser a jurisdição com maior debate sobre o tema⁹, de as autoridades já terem tomado ativas

⁸ A título de exemplo: (i) NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Harvard Law Review, v. 132, 2018; (ii) POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021; (iii) HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019; (iv) MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. **Why Has Antitrust Law Failed Workers?** Social Science Research Network, 2019; (v) AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall; TASKA, Bledi. **Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data**. Labour Economics, v. 66, 2020; (vi) HAFIZ, Hiba M.; **Interagency Merger Review in Labor Markets**. Boston College Law School Faculty Papers, 2020; (vii) ATHAYDE, Amanda; 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; (viii) ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. **O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 24, n. 2, p. 65-93, 2018; (ix) COUTO, Victor Cavalcanti; GUIMARÃES, Olavo Severo; MUNHOZ, João R. Oliveira. **Os Fundamentos do Antitruste para Mercados de Trabalho**. Revista do IBRAC, n. 1, 2022; (x) MARQUES, Verônica do Nascimento. **Concorrência nos mercados de trabalho: os desafios na delimitação do mercado relevante antitruste**. Mulheres no Antitruste, Volume 4, pp. 241-268, 2021.

⁹ Além de diversos doutrinadores estadunidenses terem publicado artigos sobre o tema, membros do FTC e DOJ também já se manifestaram no sentido de que preocupações voltadas a mercados de trabalho são prioridade nos EUA. A atual presidente do FTC, Lina Khan, já se posicionou nesse sentido em algumas

medidas no sentido de endereçar preocupações concorrenciais voltadas a mercados de trabalho¹⁰ e de, no final de 2022, ter bloqueado operação por conta de prejuízos identificados em mercados de trabalho¹¹.

II.1. A valorização do trabalho humano como variável relevante na análise de atos de concentração

As relações e interseções entre o direito da concorrência e aspectos trabalhistas é um tema ainda pouco explorado na literatura jurídica, em especial, no Brasil. Isso porque, apesar de ter se tornado mais relevante nos últimos anos – principalmente nos Estados Unidos – a regulação dos mercados de trabalho foi historicamente coordenada¹². Isto é, excepcionou-se a aplicação da legislação concorrencial às formas de organização coletivas de trabalho, sendo estabelecidas isenções antitruste às atividades de sindicatos, por exemplo¹³.

Embora tenha ganhado maior relevância recentemente, o texto da Lei nº 8.884/1994 já fazia referência expressa a “alterações no nível de emprego” como critério para a definição de remédios via Termo de Compromisso de Desempenho (“TCD”)¹⁴.

oportunidades (a título de exemplo, ver FEDERAL TRADE COMMISSION. **Remarks of Chair Lina M. Khan at the White House Roundtable on the State of Labor Market Competition in the U.S. Economy**, 7 mar. 2022).

¹⁰ A título de exemplo, acordo de parceria firmado pelo FTC com a National Labor Relations Board para visando a proteger trabalhadores de práticas anticompetitivas (FEDERAL TRADE COMMISSION. **Federal Trade Commission, National Labor Relations Board forge new partnership to protect workers from anticompetitive, unfair, and deceptive practices**, 19 jul. 2022) e proposta de regulamentação de cláusulas de não-concorrência firmada com trabalhadores (FEDERAL TRADE COMMISSION. **FTC Cracks Down on Companies that Impose Harmful Noncompete Restrictions on Thousands of Workers**. FTC, 4 Jan 2023).

¹¹ USA. **United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al**, 1:21-cv-02886, 2022.

¹² HOVENKAMP, Herbert, **Labor Conspiracies in American Law, 1880-1930**, Texas Law Review, v.66, pp. 919 – 966, p. 926.

¹³ No Brasil, Amanda Athayde, Juliana Domingues e Nayara Souza explicam que o princípio da livre associação sindical, presente na CLT e no artigo 8º da CF, “é tido como importante para a composição das forças entre trabalhadores e detentores dos meios de produção” (DOMINGUES, Juliana O.; RIVERA, Amanda A. L M.; SOUZA, Nayara. M. S. **O Improvável Encontro entre o Direito Trabalhista e o Direito Antitruste**. Revista do IBRAC, Volume 24, 2019, p. 69) A isenção antitruste a sindicatos também se aplica nos EUA e UE (HANDLER, Milton; ZIFCHAK, William C., **Collective Bargaining and the Antitrust Laws: The Emasculation of the Labor Exemption**, Columbia Law Review, v. 81, n. 3, p. 459–515, 1981; e VAN DEN BERGH, Roger; CAMESASCA, P. D. N., **Irreconcilable Principles? The Court of Justice Exempts Collective Labour Agreements from the Wrath of Antitrust**, European Law Review, v. 25, n. 5, p. 492–508, 2000).

¹⁴ DOMINGUES, Juliana O.; RIVERA, Amanda A. L M.; SOUZA, Nayara. M. S. **O Improvável Encontro entre o Direito Trabalhista e o Direito Antitruste**. Revista do IBRAC, Volume 24, 2019, p. 68. Ainda sobre política de TCDs, ver PROENÇA, José Marcelo M., **Termos de Compromisso de Desempenho enquanto Solução Imposta pelo Cade**, in: GILBERTO, André M.; CAMPILONGO, Censo F.; VILELA, Juliana G. (Org.), **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**, São Paulo: Singular, 2011.

Muito embora tal dispositivo tenha sido retirado da redação da Lei nº 12.529/2011, certo é que a interpretação jurídica deve levar em consideração não apenas a lei específica, mas também o conteúdo normativo de cláusulas constitucionais (notadamente, os dispositivos do artigo 170, *caput* e incisos VII e VIII, da Constituição Federal¹⁵), a fim de promover a coerência interna do ordenamento jurídico¹⁶.

Apesar do texto constitucional, o que se verifica na atual experiência antitruste é que o método analítico usualmente adotado parte do paradigma e dos ensinamentos da teoria neoclássica, embasados nos trabalhos de juristas e economistas oriundos da chamada Escola de Chicago¹⁷. O foco de tal Escola cinge a análise atrelada ao fator preço refletido ao consumidor final, sob o fundamento de que a perseguição de outros valores seria inviável em razão da sua vagueza e indeterminação, o que resultaria em verdadeiro paradoxo¹⁸. Criou-se, assim, o que ficaria conhecido como o padrão dominante de análise antitruste: a busca pelo bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) como o seu único objetivo.

A visão da Escola de Chicago, todavia, é alvo de diversas críticas, principalmente diante de novos desafios enfrentados pelo Direito da Concorrência¹⁹. Ao contrário do que

¹⁵ Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego.

¹⁶ A Constituição Federal de 1988 é comumente classificada como “programática”, em razão de estabelecer objetivos como o alcance da justiça social, a promoção da dignidade humana, a defesa do meio ambiente e a valorização do trabalho. A lógica para a adoção de tal modelo constitucional é subjacente à ideia de que as garantias e liberdades previstas pelo paradigma liberal do século XIX não fazem sentido se não forem estendidas a uma parcela razoável da população. Torna-se, portanto, necessária a intervenção estatal para que sejam garantidos padrões mínimos de existência e o atendimento às necessidades básicas dos indivíduos (NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: Introdução ao Direito Econômico**. Ed. Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2016, p. 169). Estados que fizeram uma opção político-ideológica se vinculam aos objetivos assumidos nas constituições programáticas, não lhes restando opção senão a perseguição de tais objetivos. Dentre os princípios gerais da atividade econômica e da própria ordem econômica impostos pelo constituinte, destacam-se o valor social do trabalho (artigo 170, *caput*), a redução das desigualdades sociais (artigo 170, inciso VII) e a busca do pleno emprego (artigo 170, inciso VIII). Com isso, a despeito da ausência de previsão na Lei nº 12.529/2011 sobre questões relacionadas a aspectos trabalhistas, parece lógico afirmar que a Constituição Federal - programática e com forte viés social - estabeleceu, dentre os seus objetivos, a valorização do trabalho, além de ter admitido a existência da relação direta entre a ordem econômica e o valor social do trabalho.

¹⁷ O método analítico proposto pela Escola de Chicago associa-se, em grande medida, a uma interpretação de cunho consequencialista do direito concorrencial (ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2014, p. 63).

¹⁸ Robert Bork argumenta que haveria um paradoxo a ser enfrentado: a política antitruste teria por objetivo defender a concorrência, porém, tinha como consequência a ineficiência econômica no mercado. Para tanto, defendeu, o autor, a ênfase deveria recair sobre a eficiência econômica (que promoveria a concorrência) (BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox**, 1993 New I. Nova York: The Free Press, 1978).

¹⁹ Vale destaque para o fato de que, já no Sherman Antitrust Act, editado em 1890 nos Estados Unidos, o redator do projeto “expressava preocupação com o fato de que a concentração de poder econômico permitia que agentes no mercado comandassem o preço da mão-de-obra” (MARQUES, Verônica do Nascimento.

se previa, as premissas e metodologias próprias da Escola de Chicago não se verificaram na realidade tampouco promoveram o resultado esperado, em especial quando se avalia fatores como preço, qualidade e inovação. Além disso, as ideias promovidas pela Escola de Chicago vêm sendo associadas ao aumento da concentração econômica em diversos mercados²⁰, ao aumento de preços e à redução de investimentos²¹.

As críticas perpassam ainda por um reducionismo da análise concorrencial. Eleanor Fox argumenta que a interpretação da Escola de Chicago foi responsável pela dramática redução do escopo do antitruste, retirando-lhe o seu componente político²². Partilhando de uma visão semelhante, Ana Frazão afirma que a teoria neoclássica propôs a substituição da racionalidade jurídica pela transparência e previsibilidade do critério da eficiência econômica, sendo responsável por “um grande reducionismo” e pela “incorporação irrefletida do utilitarismo econômico”, além de ser indiferente a “qualquer problema relacionado à pobreza ou à distribuição de renda”²³.

Nesse contexto, muito embora o antitruste seja uma ferramenta importante para concretizar políticas públicas, o que se viu nos últimos anos foi que o Cade dá maior ênfase e peso a argumentos microeconômicos²⁴, a despeito de outros aspectos igualmente (ou mais) relevantes. Não por outro motivo, há poucas manifestações da autoridade sobre questões que envolvem aspectos trabalhistas, sendo que o primeiro processo administrativo para investigar prática anticompetitiva voltada a mercado de trabalho foi instaurado somente em março de 2021²⁵.

Concorrência nos mercados de trabalho: os desafios na delimitação do mercado relevante antitruste. Mulheres no Antitruste, Volume 4, pp. 241-268, 2021, p. 242).

²⁰ Pesquisa envolvendo o território estadunidense, indicou que 60% dos mercados de trabalho possuem HHI superior a 2.500 pontos (mercado altamente concentrado), enquanto 25% dos mercados de trabalho possuem HHI superior a 7.200 pontos (AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall; TASKA, Bledi. **Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data**. Labour Economics, v. 66, 2020).

²¹ FRAZÃO, Ana. **Um Direito Antitruste para o século XXI: a necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado – Parte XIV**, Jota, 18.11.2020.

²² FOX, Eleanor M. **Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization**. In Post-Chicago developments in antitrust law. CUCINOTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e BERGH, Roger Van Den (Edition). Edward Elgar Publishing Limited. 2002, pp. 76-78.

²³ FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2017, pp. 39-40.

²⁴ Gaban e Domingues desenvolveram pesquisa que demonstrou que o Cade, nos últimos anos, deu mais ênfase a argumento microeconômicos, ao invés de endereçar outras preocupações que seriam próprias do antitruste (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. Edição, Ed. Saraiva, 2016. p. 123).

²⁵ Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61. O Cade instaurou, em 17.3.2021, a partir da celebração de um acordo de leniência, o primeiro processo administrativo no país para investigar indícios de práticas anticompetitivas no mercado de trabalho contra empresas e profissionais de Recursos Humanos. Segundo a SG/Cade, essas práticas consistem em: (i) sistemática troca de informações comercial e

Feitas essas considerações, este trabalho assume os seguintes pontos de partida, que serão explorados adiante: (i) atos de concentração que resultam em elevado poder de mercado (i.e., poder de monopólio em relação a mercados de trabalho) podem prejudicar não apenas trabalhadores (e.g., redução de salários, perda de benefícios etc.), mas também consumidores finais (e.g., aumento de preços e/ou redução da qualidade de produtos e serviços)²⁶ – aspectos alinhados ao atual paradigma neoclássico; e (ii) não se pode afastar o pano de fundo constitucional, de modo que a constatação de relação entre o poder econômico e a dominação e exploração da mão-de-obra justifica a utilização do direito antitruste como instrumento do Estado brasileiro para a consecução de um de seus 7 objetivos constitucionais, a valorização do trabalho humano²⁷.

II.2. Poder de monopólio é espelho do poder de monopólio

Monopólio e monopólio são os polos opostos de uma competição perfeita, sendo que empresas que atingem quaisquer de tais posições por meio de práticas anticompetitivas violam a legislação antitruste²⁸. Como destacam Hovenkamp, Marinescu²⁹, Naidu, Posner e Weyl³⁰, o exercício do poder de monopólio é espelho do exercício de poder de monopólio no mercado de venda. Explica-se: enquanto o monopólio se refere a um mercado em que há apenas um vendedor e muitos compradores, o monopólio é justamente o contrário, pois há um comprador e muitos vendedores.

O termo “monopólio” foi cunhado pela economista britânica Joan Robinson em 1933³¹. Antes disso, os economistas que escreviam sobre a estrutura industrial focavam, principalmente, no poder de monopólio. Robinson percebeu que, além da monopolização de bens e serviços, as grandes corporações também exerciam poder de mercado no lado

concorrencialmente sensíveis sobre diversas variáveis de RH, principalmente relacionadas a salários e benefícios, e (ii) episodicamente fixação de preços e condições comerciais de contratação de mão de obra e gestão de pessoas, salários e benefícios, por meio de ação coordenada/alinhada entre concorrentes.

²⁶ Conforme será explorado no Tópico II.2.3.

²⁷ Por vezes, a relação entre poder econômico com a valorização do trabalho é ignorada pelas lentes da teoria econômica neoclássica, cujos métodos de análise antitruste ainda predominam no Brasil e cujo foco principal – e, muitas vezes, único – de análise diz respeito ao aumento de preços por meio da redução e da manipulação da oferta de bens ou serviços (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2ª edição revista e atualizada – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2021, p. 209).

²⁸ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 3.

²⁹ HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019.

³⁰ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Harvard Law Review, v. 132, 2018, p. 2.

³¹ ROBINSON, Joan. **The Economics of Imperfect Competition**. 1933.

da compra – isto é, em compras de insumos, o que inclui a aquisição de bens, serviços e mão-de-obra. Notou-se, assim, que o poder de monopsonio das corporações era tão comum quanto seu poder de monopólio (quicá mais comum, mas mais difícil de se detectar)³².

É nessa linha que o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade aponta que a autoridade “considera a possibilidade de um AC entre grandes compradores de insumos constranger o mercado à montante por meio de discriminação ou imposição de preços de compra”. Explica-se ainda que o poder de monopsonio “leva à redução dos preços de compra abaixo do nível competitivo, pressionando demasiadamente os fornecedores”, o que “pode ser prejudicial à concorrência”³³. A conclusão a que se chega é a de que, se há incentivos para o exercício de poder de monopsonio como consequência da operação, deve-se aprofundar a análise do caso, no intuito de aferir potenciais efeitos anticompetitivos³⁴:

“Caso conclua-se que há incentivos ao exercício de poder de monopsonio e que tal exercício tem nexo de causalidade com a operação, deve ser realizada a análise de probabilidade de exercício de poder de mercado, embora com foco na compra, a fim de se aferir o grau de efeitos prejudiciais potencialmente gerados aos consumidores e ao bem-estar econômico”.

Sendo assim, na medida em que empregadores (e.g., produtores) adquirem força de trabalho (e.g., insumo), a teoria econômica aplicável passa a ser a de poder de monopsonio. Nos mercados de trabalho, a OCDE destaca que o termo “monopsonio” é utilizado para se referir a “qualquer cenário em que as empresas tenham algum poder de mercado na dimensão trabalho que lhes permita determinar salários”³⁵. Isto é, do lado da demanda, empregadores com grande poder de mercado podem ser capazes de remunerar trabalhadores abaixo do nível competitivo ou ainda piorar os termos e condições empregatícias³⁶.

³² No original: “The term ‘monopsony’ was coined by the British economist Joan Robinson in 1933. Before then, economists who wrote about industry structure focused on monopoly and market power in the product market. It had long been clear that large corporations like Standard Oil monopolized goods and services. Robinson realized that corporations also exercised market power on the “buy side”— in their purchases of inputs, including goods, services, and labor. The monopsony power of corporations was just as common as their monopoly power, perhaps more common, but harder to detect”. (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 11).

³³ CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p.41.

³⁴ CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p.41.

³⁵ OCDE. **Competition in Labour Markets**, 2020, p. 7.

³⁶ OCDE. **Competition in Labour Markets**, 2020, p. 7.

Ao passo que a redação da legislação antitruste abrange a proteção da concorrência em todos os mercados de bens ou serviços impactados por determinada operação – seja na perspectiva da compra ou da venda – o que se viu no passar dos anos foi que o *enforcement* concorrencial centrou-se na dimensão produto dos mercados³⁷. Deixou-se de lado, nas análises de atos de concentração, eventuais impactos concorrenciais voltados à contratação (i.e., aquisição) de mão-de-obra³⁸.

Considerando que a teoria do monopólio é essencial para que se compreenda o fundamento econômico que embasa efeitos concorrenciais voltados a mercados de trabalho, é necessário melhor compreendê-la³⁹. Tendo como pano de fundo importantes *papers* e livro publicados por Posner⁴⁰, Naidu e Weyl⁴¹, passar-se-á a explorar brevemente, nos tópicos seguintes, as principais causas (Tópico II.2.1) e a teoria econômica (Tópico II.2.2) que sustentam o poder de monopólio, bem como os potenciais prejuízos a trabalhadores e a consumidores (Tópico II.2.3).

II.2.1. As causas do poder de monopólio referentes à dimensão trabalho

Existem diversas causas para o poder de monopólio. Assim como para o poder de monopólio, há aspectos capazes de favorecer o exercício de poder de monopólio, como o nível de concentração do mercado, os atritos de busca (*search frictions*), a diferenciação de empregos (*job differentiation*) e o grau de elasticidade pelo lado da oferta dos serviços (explorados no Capítulo III). Isso porque um mercado de trabalho depende, em larga medida, da possibilidade de mobilidade dos profissionais entre diferentes *players*, em busca de novas e melhores oportunidades de emprego.

Em maior detalhe, Eric Posner, em livro de referência sobre o tema, explica que as principais fontes de poder de monopólio na dimensão trabalho são, nesta ordem de importância: atritos de busca, diferenciação de empregos e concentração do mercado. Em resumo, (i) os atritos de busca referem-se às dificuldades inerentes à procura por novos

³⁷ Conforme será explorado no Tópico III.1.1, este trabalho divide os mercados relevantes envolvidos na operação em duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão trabalho.

³⁸ COUTO, Victor Cavalcanti; GUIMARÃES, Olavo Severo; MUNHOZ, João R. Oliveira. **Os Fundamentos do Antitruste para Mercados de Trabalho**. Revista do IBRAC, n. 1, 2022, p. 115.

³⁹ COUTO, Victor Cavalcanti; GUIMARÃES, Olavo Severo; MUNHOZ, João R. Oliveira. **Os Fundamentos do Antitruste para Mercados de Trabalho**. Revista do IBRAC, n. 1, 2022, p. 115.

⁴⁰ MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. **Why Has Antitrust Law Failed Workers?** Social Science Research Network, 2019; e POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

⁴¹ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Harvard Law Review, v. 132, 2018, p. 2.

empregos (como a elaboração de currículos, participação em processos seletivos e entrevistas); (ii) a diferenciação de empregos envolve elementos qualitativos e, por vezes, subjetivos da vaga de trabalho; e (iii) a concentração no mercado de trabalho se refere à limitada quantidade de empregadores que ofertam certos tipos de oportunidade de emprego⁴².

Outro ponto de grande relevância quanto às causas do exercício de poder de monopólio se refere à elasticidade da oferta. A oferta será “tanto mais elástica quanto os trabalhadores forem sensíveis a variações no salário. Isto é: se uma empresa pudesse diminuir salários indefinidamente, sem acumular demissões de seu pessoal, então a elasticidade seria zero e a oferta seria absolutamente inelástica”⁴³. Eric Posner explica o conceito de elasticidade voltado a mercados de trabalho⁴⁴:

“Economists use the word ‘elasticity’ to refer to the sensitivity with which one economic variable changes in response to a change in another. ‘Labor supply elasticity’ refers to the sensitivity with which workers react to changes in wages. Suppose that wages across the economy decline a tiny amount, and everyone quits. Then labor supply elasticity is (at the limit) infinity or, in other words, very high. Suppose instead that no one quits; then labor market elasticity is zero. Elasticity can range from zero to infinity”.

Verifica-se, portanto, que diversos são os fatores que podem influenciar o exercício de poder de monopólio por empregadores em relação a determinado mercado de trabalho. Principalmente no âmbito do controle de estruturas, uma vez constatados incentivos para o exercício de poder de monopólio decorrente de operação, deve-se passar a avaliar mais detidamente tais aspectos para que se possa avaliar a probabilidade do exercício de poder de monopólio e aferir potenciais efeitos negativos a consumidores e a trabalhadores.

II.2.2. Teoria econômica por trás do poder de monopólio

A teoria econômica por trás do poder de monopólio é bastante similar à teoria aplicada ao poder de monopólio. No exercício de poder de monopólio, para obter maior lucratividade, o monopolista aumenta os seus preços e, conseqüentemente, reduz volume

⁴² POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, pp. 14-19; e MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. **Why Has Antitrust Law Failed Workers?** Social Science Research Network, 2019, p. 1349.

⁴³ COUTO, Victor Cavalcanti; GUIMARÃES, Olavo Severo; MUNHOZ, João R. Oliveira. **Os Fundamentos do Antitruste para Mercados de Trabalho**. Revista do IBRAC, n. 1, 2022, p. 117.

⁴⁴ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 21.

de vendas. A maior lucratividade pelo monopolista se verifica na escolha de um preço ótimo (i.e., preço de monopólio), em que há um equilíbrio entre o volume de vendas perdidas e o aumento nos lucros por unidade⁴⁵.

Lógica bastante similar é aplicada ao poder de monopsonio – aqui considerada especialmente a aquisição de mão-de-obra (*labor monopsony*⁴⁶). Em um mercado de trabalho competitivo, as empresas tendem a igualar o salário dos trabalhadores à quantidade de receita adicional que tal trabalhador é capaz de gerar. Quando um empregador é monopsonista, considera-se o fato de que, para contratar um trabalhador adicional, aumentam-se os custos trabalhistas gerais. De outro lado, ao reduzir salários, há redução da massa salarial geral dos seus empregados, embora o empregador perca alguns trabalhadores. A maior lucratividade se observa na escolha de um valor salarial ótimo, em que há um equilíbrio entre a redução da produção decorrente da saída de empregados e a diminuição de custos salariais⁴⁷.

Os efeitos econômicos decorrentes do exercício de poder de monopólio e de monopsonio também apresentam semelhanças entre si. De acordo com a doutrina, o poder de monopólio possui dois efeitos principais: o distributivo e o alocativo. O primeiro diz respeito “à equidade na distribuição do produto social, ou, de outra forma, à capacidade de redução, pela concorrência ou regulação, da apropriação de excedentes econômicos pelo produtor”⁴⁸ (i.e., no cenário de monopólio, os consumidores pagarão mais caro pelos produtos, de modo que as empresas obterão maiores lucros em detrimento do consumidor). O segundo se refere ao “desperdício de recursos na economia”⁴⁹ (i.e., parcela de consumidores que deixarão de adquirir produtos em razão do aumento de preços, resultando em “peso morto”).

⁴⁵ Como explica a cartilha do Cade, “A concorrência é um processo empreendido por determinados agentes econômicos que se caracteriza pela busca de vantagens (diferenciação) obtidas por meio de estratégias deliberadas com o objetivo de gerar ganhos excepcionais (lucros de monopólio), ainda que temporários” (CADE. **Cartilha do Cade**, Brasília, 2016).

⁴⁶ Como explica Eric Posner, “this phenomenon - the power of employers to suppress wages below the competitive rate - is known among economists as labor monopsony, or simply labor market power. [...] When a small number of employers hire from a pool of workers of a certain skill level within the geographic area in which workers commute, the employers have labor market power” (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, pp. 1-2).

⁴⁷ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 20.

⁴⁸ GEOFFROY, Ricardo Corrêa. **Eficiências econômicas em atos de concentração: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas**. 2010. 120 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP, p. 85.

⁴⁹ GEOFFROY, Ricardo Corrêa. **Eficiências econômicas em atos de concentração: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas**. 2010. 120 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP, p. 85.

O poder de monopsonio em mercados de trabalho também decorre nos mesmos dois efeitos. Com relação ao efeito distributivo, verifica-se transferência de valores dos trabalhadores aos empregadores⁵⁰; e com relação ao alocativo, nota-se que a redução salarial resulta em desperdício econômico, visto que trabalhadores deixarão empregos por conta da menor remuneração⁵¹ (i.e., igualmente se cria um “peso morto”). Uma das consequências, portanto, é aumento no desemprego, já que trabalhadores podem considerar os salários vigentes inaceitáveis e se recusarem a aceitar as oportunidades disponíveis⁵².

Cenário já analisado pelo Cade em outras oportunidades apresenta racional similar ao que ora se estuda: investigações envolvendo cartéis de compra. Embora se trate de conduta, tais casos são capazes de ilustrar preocupações relacionadas ao poder de monopsonio. A título de exemplo, serão apresentadas considerações realizadas no âmbito do cartel conhecido como “cartel das laranjas”, que era o processo administrativo do Cade mais antigo à época de seu julgamento, em 2018. Trata-se de Processo Administrativo nº 08700.000729/2016-76⁵³, instaurado em 1999 para investigar alegado conluio no mercado de produção de laranja para processamento de suco.

Ao analisar o caso, a SG/Cade explicou justamente que “o monopsonista, por um lado, paga menos pelos insumos, mas, por outro, adquire uma quantidade menor de produtos do que seria socialmente ótimo e do que adquiriria se houvesse concorrência perfeita”. Como consequência, apontou-se que “há um problema alocativo perverso de ‘peso morto’ social análogo ao que acontece em um monopólio”. Do ponto de vista distributivo, argumentou-se que “o excedente do produtor diminui na presença de um monopsonio, pois a redução no preço e nas vendas implica perda de receita para os vendedores”, que é apenas parcialmente capturada pelo comprador na forma de um

⁵⁰ Há, portanto, transferência de riqueza dos empregados para empregadores de maneira indireta, visto que os trabalhadores receberam menor remuneração do que receberiam em um cenário de livre concorrência pela contratação de mão-de-obra (ROBINSON, Joan, **The Economics of Imperfect Competition**, 2. ed. London: Macmillan, 1969, p. 218).

⁵¹ Como explica Eric Posner, é possível que muitos trabalhadores optem por deixar empregos com baixo salários e viver de auxílios governamentais, o que resultará em menor arrecadação tributária e maiores gastos com desemprego (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 1).

⁵² Somado aos efeitos distributivo e alocativo mencionados, Eric Posner aponta ainda que o poder de monopsonio teriam o potencial de se desdobrar nas seguintes formas: levaria a prejuízos quanto à alocação de profissionais, ao corte de benefícios ofertados aos empregados, ao aumento de preços ao consumidor e ao reforço e intensificação do poder de mercado (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, pp. 22-23).

⁵³ Processo Administrativo nº 08700.000729/2016-76, Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira, julgado pelo Tribunal em 28.2.2018.

aumento no excedente do monopsonista”. Esse aumento do excedente, no entanto, “não é necessariamente repassado para o consumidor final”^{54 - 55}.

Por fim, a SG/Cade destacou que, na maioria das hipóteses de monopsonio, os grandes compradores não são consumidores finais, sendo apenas um intermediário na cadeia logística. Com isso, seria possível que, “ao comprarem menos insumos, empresas monopsonista passarão a ofertar menos produtos para os consumidores finais”, o que tende a resultar na elevação de preços de produtos para o consumidor final⁵⁶:

“Na grande maioria das hipóteses de monopsonio ou oligopsonio, os grandes compradores não são consumidores finais. Pelo contrário, geralmente, eles representam simples intermediários dentro de uma cadeia logística vertical. Assim, é possível que, ao comprarem menos insumos, empresas monopsonista passarão a ofertar menos produtos para os consumidores finais. Com menor oferta disponível, tal estratégia tem o potencial de gerar novo equilíbrio competitivo no mercado *downstream*, de produção de bens finalísticos. Desta forma, a elevação do poder de compra de alguns agentes pode, às vezes, significar também aumento de preços de produtos para o consumidor final”.

A existência de um poder de monopsonio, portanto, pode ter efeito não apenas alocativo, mas sobretudo distributivo, em razão da redução de salários de trabalhadores e do aumento de preço dos produtos comercializados. Assim, transfere-se renda de consumidores e de trabalhadores para as empresas monopsonista, detentoras de poder de mercado.

No caso do cartel das laranjas, a SG/Cade faz importante destaque que é igualmente aplicável à lógica envolvendo a aquisição de mão-de-obra⁵⁷. A autoridade ressalva que não se pode presumir que “uma empresa ou um grupo de empresas detenham, necessariamente, um poder de monopsonio a montante, com efeitos distributivos nocivos a jusante em relação a consumidores finais simplesmente porque os primeiros são comparativamente maiores do que seus fornecedores”. Segundo a SG/Cade, “é necessário que a empresa seja responsável por uma parcela substancial de compras no mercado *upstream*, devendo haver também barreiras à entrada no mercado

⁵⁴ Nota Técnica nº 93/2017 (SEI 0381703) proferida pela SG/Cade no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.000729/2016-76, que encaminhou os autos do caso para o Tribunal do Cade.

⁵⁵ Da mesma forma, a redução de custos trabalhistas em razão do exercício de poder de monopsonio, por empregadores, tende a não ser repassado aos consumidores finais. (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 23).

⁵⁶ Nota Técnica nº 93/2017 (SEI 0381703) proferida pela SG/Cade no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.000729/2016-76, que encaminhou os autos do caso para o Tribunal do Cade.

⁵⁷ Análises semelhantes são apresentadas nas análises do Processo Administrativo nº 08700.004404/2016-62 (mercado de compras de resíduos animais - graxarias e transporte de cargas relacionadas); e do Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16 (cartel de compra dos frigoríficos).

descendente”. Conclui-se, portanto, que para o exercício de poder de monopólio, deve existir também poder de mercado no *downstream* (i.e., na dimensão produto do mercado – vide Tópico III.1.1)⁵⁸.

A título de conclusão, portanto, entende-se que as variáveis necessárias para caracterizar o poder de compra das empresas como um oligopólio/monopólio são, em resumo: (i) mercado *upstream* possuir muitos fornecedores sem poder de mercado; (ii) mercado *downstream* possuir poucos compradores com poder de mercado; (iii) os grandes compradores não são consumidores finais, apenas intermediários; (iv) há elevadas barreiras à entrada no mercado *downstream*; e (v) não há compradores alternativos ao grupo que forma o oligopólio⁵⁹.

A partir das considerações elencadas pela SG/Cade no caso apresentado, verifica-se que (i) trabalhadores são essencialmente numerosos e não possuem poder de mercado; (ii) há mercados de trabalho concentrados em que se verificam poucos empregadores com poder de mercado; (iii) os empregadores não são consumidores finais, sendo a força de trabalho utilizada para a produção de produtos ou oferta de serviços; (iv) aspectos de rivalidade são importantes na análise, como a avaliação sobre barreiras à entrada nos mercados de produtos (i.e., barreiras à entrada podem afetar o número de empregadores); e (v) não há empregadores alternativos ao grupo que forma o oligopólio (i.e., os trabalhadores com certo conjunto de habilidades, naquela área, poderão ofertar serviços a poucas empregadoras).

Sendo assim, o que se percebe é que a avaliação sobre poder de monopólio de empregadores em relação a trabalhadores e potenciais prejuízos à concorrência daí decorrentes nada mais é do que a análise que se faz em relação ao exercício de poder de compra, na perspectiva do adquirente de mão-de-obra (i.e., insumo produtivo). Na análise de operações, entende-se que a lógica aplicada é baseada nos mesmos critérios já elencados na jurisprudência do Cade para se concluir sobre a existência (ou não) de poder de monopólio decorrente de um ato de concentração econômica.

⁵⁸ Nota Técnica nº 93/2017 (SEI 0381703) proferida pela SG/Cade no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.000729/2016-76, que encaminhou os autos do caso para o Tribunal do Cade.

⁵⁹ Nota Técnica nº 93/2017 (SEI 0381703) proferida pela SG/Cade no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.000729/2016-76, que encaminhou os autos do caso para o Tribunal do Cade.

II.2.3. Potenciais prejuízos a trabalhadores e a consumidores decorrentes de poder de monopólio

Diversos estudiosos têm argumentado que discussões sobre o bem-estar do consumidor e do trabalhador estão alinhados. Embora o argumento de defesa mais utilizado para justificar a redução de salários seja no sentido de apontar que a redução nos custos trabalhistas seria repassada aos consumidores por meio de redução de preços, isso não se verifica em concreto⁶⁰. Na verdade, a redução dos valores pagos a título de remuneração leva à perda de trabalhadores e à redução na produção e na oferta dos produtos, o que naturalmente decorre no aumento de preços aos consumidores finais (vide Tópico II.2.2)⁶¹.

São no mesmo sentido as conclusões da OCDE sobre o tema. Como resultado de *roundtables on competition issues in labour markets*, realizados nos últimos anos⁶², apontou-se que o poder de monopólio cria ineficiência econômica e redução na produção, o que leva à diminuição nos salários, a piores condições de trabalho e ao aumento nos preços dos produtos aos consumidores⁶³:

“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 [...]”.

⁶⁰ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, 23.

⁶¹ Há parte da doutrina que levanta observações a respeito dessa conclusão: primeiro, o aumento do poder de monopólio pode prejudicar trabalhadores sem causar danos a consumidores na hipótese de a dimensão mercado do produto ser competitiva ou se houver alguma compensação com relação à redução de vendas dos produtos; segundo, tal conclusão assume que não há discriminação de salários entre empregados (HAFIZ, Hiba M.; **Interagency Merger Review in Labor Markets**. Boston College Law School Faculty Papers, 2020, pp. 47).

⁶² Vide documentos e contribuições disponibilizados no *website* da OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>. Acesso em 15 mai. 2023.

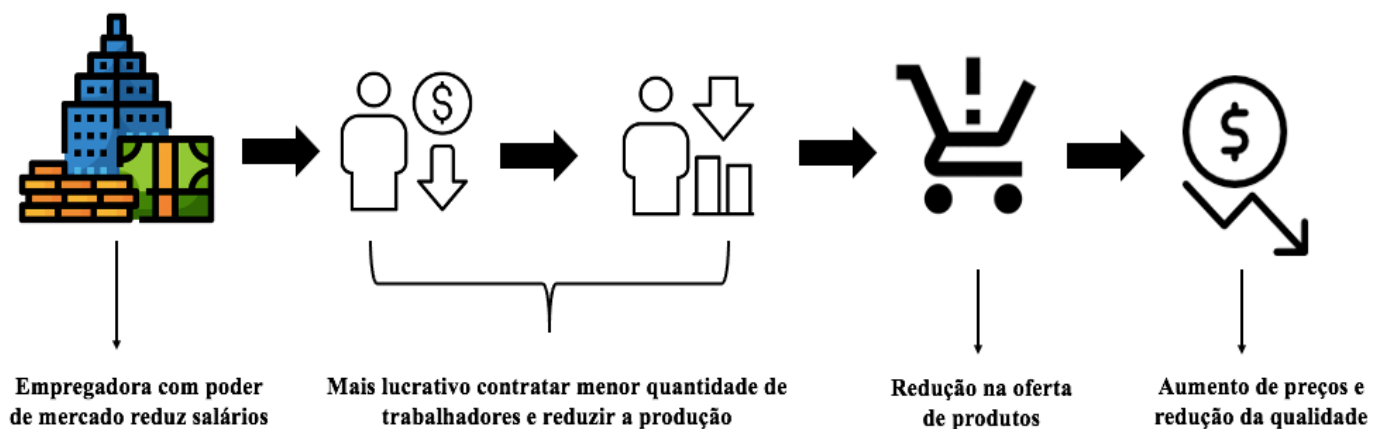
⁶³ RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. **10 anos da lei 12.529/2011: Os avanços no debate que resultaram na incontornável interface entre concorrência e trabalho**. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 10, n. 1., p. 40-61, 2022, p. 45.

Nota-se, portanto, que o exercício de poder de monopsonio torna mais lucrativo contratar menor quantidade de trabalhadores a menores salários e reduzir a produção do que empregar maior quantidade de funcionários a salários mais elevados e manter o volume produtivo. Em decorrência da opção pela redução de empregados, portanto, haverá menor oferta de produtos aos consumidores, o que tende a aumentar preços e/ou reduzir investimentos na qualidade de produtos e serviços.

Posner e Marinescu explicam que, como alternativa ao aumento de preços, os *players* empregadores podem reduzir a qualidade do produto ou serviço comercializado ao consumidor, para tentar disfarçar o aumento de preços. Pode-se, por exemplo, comercializar o produto em embalagem mais frágil, reduzir o período de garantia, aumentar o tempo de espera para eventual suporte técnico etc.⁶⁴. Outro fator relevante é que menores salários tendem a gerar menores incentivos para que os próprios trabalhadores invistam no seu aprimoramento⁶⁵.

Para demonstrar a teoria do dano referente ao exercício do poder de monopsonio em mercados de trabalho, segue ilustração a seguir:

Imagem 1 – Teoria do dano a trabalhadores e consumidores



Fonte: elaborado pela autora.

No cenário que se coloca, portanto, o exercício de poder de monopsonio de empregadores em relação a empregados decorre em prejuízos tanto para os trabalhadores

⁶⁴ MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. **Why Has Antitrust Law Failed Workers?** Social Science Research Network, 2019, p. 1381.

⁶⁵ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power.** Harvard Law Review, v. 132, 2018, p. 2.

(que terão seus salários reduzidos) quanto para os consumidores finais (que adquirirão produtos mais caros e/ou de menor qualidade). Como bem destaca Eric Posner, “o monopólio e o monopsônio compõem dois lados da mesma moeda, sendo que ambos prejudicam os mercados de trabalho e de produto”⁶⁶.

II.3. Breve panorama atual da análise antitruste voltada a mercados de trabalho: Estados Unidos e Brasil

Ao longo dos anos, poucos foram os esforços envidados pelas autoridades de defesa da concorrência para proteger trabalhadores, mas tal cenário tem recentemente se transformado. Aos poucos, tal avaliação tem passado a ser considerada nas análises concorrenciais, tanto na perspectiva do controle de condutas quanto na perspectiva do controle de estruturas.

Estudiosos levantam justificativas para a razão de haver poucos casos envolvendo poder de monopsônio na dimensão trabalho. Inicialmente, acreditava-se que os mercados de trabalho seriam majoritariamente competitivos e por isso não demandariam a atenção antitruste; todavia, pesquisas recentes apontam para o sentido contrário e chegam a afirmar que os mercados de trabalho seriam ainda mais concentrados do que os mercados de produto⁶⁷.

Além de se imaginar que os mercados de trabalho seriam pulverizados, outros aspectos contribuem para o fato de haver pouca discussão sobre o tema. Tais obstáculos compreendem, por exemplo, os limitados dados estatísticos referentes à concentração de mercados de trabalho e de dados públicos relacionados a remunerações, a ausência de atuação das autoridades de defesa da concorrência e de jurisprudência sobre o assunto e as dificuldades inerentes a litígios privados visando a reparar danos concorrenciais causados a trabalhadores⁶⁸.

Apesar da limitada experiência, fato é que há casos que já discutiram – ainda que preliminar ou tangencialmente – aspectos voltados a mercados de trabalho, tanto no Brasil

⁶⁶ No original, “Monopoly and monopsony are two sides of the same coin, and both harm labor and product markets” (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 23).

⁶⁷ MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. **Why Has Antitrust Law Failed Workers?** Social Science Research Network, 2019, pp. 1375-1376.

⁶⁸ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Harvard Law Review, v. 132, 2018, pp. 4-6; e MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. **Why Has Antitrust Law Failed Workers?** Social Science Research Network, 2019, pp. 1375-1382.

quanto em outras jurisdições. Adiante, será apresentado breve panorama jurisprudencial dos Estados Unidos e do Brasil sobre o tema.

Vale dizer que a análise focará em casos estadunidenses – além de em casos brasileiros – inicialmente em razão da inegável relevância e influência da prática antitruste nos Estados Unidos e, depois, porque é um país no qual se verifica grande discussão sobre a matéria⁶⁹: (i) autoridades já apresentaram declarações no sentido de que a avaliação de mercados de trabalho será foco nos próximos anos⁷⁰; (ii) autoridades já tomaram medidas no sentido de endereçar preocupações concorrenciais voltadas a mercados de trabalho⁷¹; e (iii) em agosto de 2022, Corte estadunidense bloqueou operação em razão de efeitos anticompetitivos especialmente relacionados a trabalhadores⁷².

II.3.1. Breve panorama estadunidense

O primeiro caso de destaque relacionado a efeitos anticompetitivos em mercados de trabalho ocorreu nos EUA. Em 2010, revelou-se que empresas de tecnologia do Vale do Silício, incluindo a Apple e o Google, teriam firmado *no-poaching agreements*, nos quais teriam concordado em não contratar funcionários umas das outras. Na legislação antitruste, tal conduta representa uma violação ao Sherman Act. À época, a maneira casual com que as empresas se envolveram na prática anticompetitiva chamou atenção, em especial porque se tratava de grandes empresas assessoradas por preparados times jurídicos⁷³.

Embora esse tenha sido o primeiro caso com maior repercussão sobre o tema – em especial por envolver grandes *players* de tecnologia – fato é que o DOJ já havia

⁶⁹ COUTO, Victor Cavalcanti; GUIMARÃES, Olavo Severo; MUNHOZ, João R. Oliveira. **Os Fundamentos do Antitruste para Mercados de Trabalho**. Revista do IBRAC, n. 1, 2022, p. 111.

⁷⁰ Além de diversos doutrinadores estadunidenses terem publicado artigos sobre o tema, membros do FTC e DOJ também já se manifestaram no sentido de que preocupações voltadas a mercados de trabalho são prioridade nos EUA. A atual presidente do FTC, Lina Khan, já se posicionou nesse sentido em algumas oportunidades (a título de exemplo, ver FEDERAL TRADE COMMISSION. **Remarks of Chair Lina M. Khan at the White House Roundtable on the State of Labor Market Competition in the U.S. Economy**, 7 mar. 2022).

⁷¹ A título de exemplo, acordo de parceria firmado pelo FTC com a National Labor Relations Board para visando a proteger trabalhadores de práticas anticompetitivas (FEDERAL TRADE COMMISSION. **Federal Trade Commission, National Labor Relations Board forge new partnership to protect workers from anticompetitive, unfair, and deceptive practices**, 19 jul. 2022) e proposta de regulamentação de cláusulas de não-concorrência firmada com trabalhadores (FEDERAL TRADE COMMISSION. **FTC Cracks Down on Companies that Impose Harmful Noncompete Restrictions on Thousands of Workers**. FTC, 4 Jan 2023).

⁷² USA. *United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al*, 1:21-cv-02886, 2022.

⁷³ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Harvard Law Review, v. 132, 2018.

enfrentado casos de fixação de salários, de acordos de não-contratação e discussões relacionadas à adequada abrangência de cláusulas restritivas à concorrência em oportunidades anteriores.

Para fins de mapeamento do cenário atual sobre o tema, uma linha do tempo com casos e marcos interessantes é apresentada no Anexo I⁷⁴. Além disso, será apresentado a seguir um breve panorama da jurisprudência dos Estados Unidos sobre o tema, para situar a discussão.

Ainda em 1994, o DOJ investigou hospitais e associações médicas pela prática de troca de informações sensíveis e fixação de salários de enfermeiros⁷⁵. Na ação do caso, argumentou-se que os hospitais representados competiam entre si na contratação de enfermeiros registrados na cidade de Salt Lake, Utah. À época, os hospitais representados empregavam cerca de 75% dos enfermeiros registrados na cidade e, dentre outros efeitos, a conduta teria resultado na privação dos enfermeiros do benefício da ampla concorrência pela contratação de serviços de enfermagem, na estabilização de salários e na redução dos aumentos anuais⁷⁶.

Em 2000, em *Eichorn v. AT&T Corp.*, discutiu-se a adequação do escopo de cláusula de não-aliciamento firmada entre partes de uma operação. A AT&T alienou uma das suas subsidiárias a outra empresa, comprometendo-se a não contratar quaisquer dos empregados qualificados (“*employee or consultant whose compensation exceeded USD 50.000*”) de tal subsidiária pelo período de oito meses⁷⁷. Em reação a isso, um grupo de empregados ajuizou uma ação argumentando que tal cláusula violaria a legislação antitruste, visto que tais empresas competiriam pela contratação de empregados e que tal acordo impediria que trabalhadores buscassem oportunidades junto a outros *players*. Ao

⁷⁴ Para fins de transparência, destaca-se que não se trata de lista exaustiva das investigações estadunidenses, mas de um levantamento de casos interessantes e relevantes sobre o tema.

⁷⁵ *USA. United States v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, et al.* Civil Action 94C282G, 1994.

⁷⁶ Vide *complaint* do caso *United States v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, et al.*, no original: “The combination and conspiracy had the following effects, among others: (a) unreasonably restrained wage competition for the purchase of registered-nursing services; (b) deprived registered nurses of the benefits of free and open competition in the purchase of registered-nursing services; (c) stabilized registered-nurse entry wages; (d) resulted in smaller annual increases in the registered-nurse entry wage, as well as the hourly wage paid to registered nurses at all levels of experience, than would have been paid absent the combination and conspiracy; and (e) promoted interdependent wage setting strategies among the hospital defendants”.

⁷⁷ Vide decisão proferida pela United States Court of Appeals, Third Circuit, *Eichorn v. AT&T Corp.* no caso *Eichorn v. AT&T Corp.*: “The premise for the hiring bar was AT T's belief that one of Paradyne's most marketable assets was its skilled employees. The retention of Paradyne's employees, therefore, was considered essential for the sale of Paradyne” (*USA. Eichorn v. AT&T Corp.*, n. 99-5791, 2001).

final, a Corte decidiu a favor da AT&T, concluindo que a cláusula seria adequada e proporcional para os fins da operação.

No ano seguinte, em 2001, houve julgamento de outro caso envolvendo troca de informações sensíveis e fixação de salários⁷⁸. A ação foi ajuizada por trabalhadores contra catorze grandes *players* da indústria de petróleo, que responderiam por cerca de 80% a 90% do faturamento do setor e empregariam aproximadamente o mesmo percentual da mão-de-obra.

O ponto de destaque do caso reside na apresentação – ainda que insuficiente – de uma definição de mercado relevante na dimensão trabalho. Ao analisar a questão, além de entender que os autores teriam falhado em apresentar evidências que provassem os acordos de fixação de salários, o tribunal estadunidense argumentou que "o mercado relevante proposto pelo autor não atinge o nível de plausibilidade exigido em uma ação antitruste", indicando que "o autor deve alegar fatos que tendam a mostrar que os 'produtos' aqui em questão - funcionários MPT - são razoavelmente intercambiáveis ou que existe uma elasticidade cruzada de demanda por substitutos potenciais"⁷⁹.

Vale ainda mencionar outro caso de fixação de salários, com destaque para a definição do mercado relevante na dimensão trabalho apresentada pelo DOJ. Em 2007, hospitais nas áreas metropolitanas de Phoenix e de Tucson enfrentaram processo por suposta violação ao Sherman Act. Para fundamentar a ação, o DOJ se valeu do Teste do Monopsonista Hipotético para definir o mercado relevante afetado pela conduta (detalhado no Tópico III.1.2), que consistiram nos mercados de aquisição, por hospitais, de serviços diários de enfermagem nas áreas metropolitanas de Phoenix e de Tucson (*Hospitals' Purchases of Per Diem Nursing Services in the Phoenix and Tucson Metropolitan Areas*); e de aquisição, por hospitais, de serviços de enfermagem para viagens no estado do Arizona (*Hospitals' Purchases of Travel Nursing Services in Arizona*).

Em 2010, foi o ano da ação que deu maior destaque a discussões envolvendo Direito da Concorrência e trabalhadores. Nesse ano, o DOJ ajuizou uma ação civil contra

⁷⁸ USA. *Todd v. Exxon Corp.*, n. 01-7091, 2001.

⁷⁹ No original, "One traditional way to demonstrate market power is by defining the relevant product market and showing defendants' percentage share of that market. Plaintiff argues that the relevant market in this case is the market for "the services of experienced, salaried, non-union, managerial, professional and technical (MPT) employees in the oil and petrochemical industry, in the continental United States and various submarkets thereof". If the market is defined in this way, defendants would have a substantial market share of 80-90%. If the market cannot be limited in this way, defendants' percentage market share would drop substantially".

grandes empresas de tecnologia (i.e., Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Pixar), por violação ao Sherman Act⁸⁰. As empresas haviam firmado cinco acordos bilaterais entre si⁸¹ por meio dos quais teriam se comprometido a não contratar empregados qualificados umas das outras, como profissionais especializados em ciência da computação e engenheiros. A alegação apresentada pelo DOJ foi de que as representadas seriam “concorrentes diretas por trabalhadores” e que os acordos reduziram a competição por funcionários, interromperam mecanismos normais de fixação de preços e “diminuíram substancialmente a concorrência em detrimento dos funcionários afetados, que provavelmente foram privados de informações competitivas importantes e de acesso a melhores oportunidades de emprego”⁸².

No mesmo ano, ainda em 2010, houve outro caso com pano de fundo bastante semelhante. Dessa vez, a investigação consistia em suposto *no-poaching agreement* firmado entre a Pixar e a Lucasfilm para restringir a concorrência com relação à contratação de animadores digitais altamente qualificados⁸³. Assim como no caso envolvendo as grandes empresas de tecnologia, o DOJ argumentou que o acordo seria anticompetitivo e limitaria a concorrência pela contratação de trabalhadores, que acabariam impedidos de buscar melhores oportunidades de emprego⁸⁴.

Outras investigações envolvendo práticas de *no-poaching agreements* e de troca de informações sensíveis foram apuradas pelas cortes estadunidenses nos últimos anos⁸⁵. Um caso que merece destaque em razão da análise sobre o mercado relevante envolvido na conduta foi julgado em 2012⁸⁶. Ao avaliar os efeitos anticompetitivos decorrentes de troca de informações sobre salários, as partes discutiram a definição do mercado

⁸⁰ USA. *United States v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar*, 1:10-cv-01629, 2011.

⁸¹ Os acordos foram celebrados entre (i) a Apple e a Google, (ii) a Apple e a Adobe, (iii) a Apple e a Pixar, (iv) a Google e a Intel, e (v) a Google e a Intuit. Tais acordos eram muito semelhantes e restringiam a concorrência pelos trabalhadores, proibindo que as empresas requisitassem trabalhadores umas das outras (“*no cold calls of employees*”). À exceção do acordo entre a Google e a Intuit, que apenas proibia a Google de contatar trabalhadores da Intuit, os restantes abrangiam todos os trabalhadores de ambas as partes.

⁸² Vide *complaint* do *United States v. Adobe Systems, Inc. et al.*

⁸³ USA. *United States v. Lucasfilm Ltd.*, 1:10-cv-02220, 2011. Além do *United States v. Lucasfilm*, há outros casos posteriores que também possuem o mesmo pano de fundo como discussão: *United States v. eBay, Inc.* e *United States v. Knorr-Bremse AG et al.*

⁸⁴ Vide *complaint* do *United States v. Lucasfilm Ltd.*

⁸⁵ USA. *Todd v. Exxon Corp.*, n. 01-7091, 2001; USA. *Cason–Merenda v. Detroit Med. Ctr.*, Case No. 06-15601, 2012; USA. *United States v. eBay, Inc.*, 12-CV-05869-EJD-PSG, 2014; USA. *United States v. Knorr-Bremse AG and Westinghouse Air Brake Technologies Corporation*, 1:18-cv-00747-CK, 2018; USA. *United States v. Surgical Care Affiliates, LLC and SCAI Holdings, LLC*, 3:21-cr-00011-L, 2021; USA. *United States v. Ryan Hee and VDA OC LLC*, 2023; USA. *United States v. DaVita Inc. and Kent Thiry*, 2021; USA. *United States v. Mahesh Patel et. al.*, 3:21-cr-00220-VAB, 2021; USA. *United States District Court v. Manahe, al.*, 2022.

⁸⁶ USA. *Cason–Merenda v. Detroit Med. Ctr.*, Case No. 06-15601, 2012.

adequada: se abrangeria enfermeiros que trabalham em hospitais ou se abarcaria também enfermeiros que trabalhavam em consultórios médicos, centros de cirurgia ambulatorial, lares de idosos e agências de saúde pública. Ao final, a Corte não chegou a entrar no mérito da questão porque entendeu que a definição exata do mercado não era necessária para se aferir os efeitos anticompetitivos da conduta investigada.

Ações privadas também foram interpostas visando a discutir a adequação de cláusulas de não-contratação ou de não-aliciamento. Em 2014, um ex-empregado ajuizou ação questionando a razoabilidade de cláusula restritiva à concorrência⁸⁷ e, no intuito de demonstrar prejuízos concorrenciais, apontou que a dimensão trabalho do mercado relevante afetado pela cláusula consistiria em “ex e atuais representantes e associados da AXA [ré] qualificados e com experiência”. Ocorre que, ao analisar a questão, a Corte entendeu que a definição do mercado de trabalho apresentada pelo autor teria sido insuficiente, na medida em que não teria discutido eventuais profissionais substitutos ou elasticidade-cruzada da demanda, barreiras à entrada ou mesmo dificuldades que pudessem impedir a mobilidade dos empregados.

Em 2015, ex-empregados ajuizaram ação alegando que empregadoras teriam incluído cláusulas restritivas à concorrência indevidamente⁸⁸. Apesar de terem apresentado as definições de mercado relevante para sustentar a detenção de poder de mercado pelas contratantes, a Corte entendeu que os autores não teriam conseguido devidamente justificá-las e, visto que a análise se daria pela regra da razão, tal falha prejudicaria a avaliação do mérito do caso.

Na mesma linha, foi o entendimento em ação na qual se discutia a adequação da cláusula de não-aliciamento firmada contratualmente entre as partes de uma operação. Dado que a análise ocorreria por meio da regra da razão, as autoras se esforçaram para indicar que haveria poder de mercado no “*labor market for specialized engineers*”. A Corte indicou que os autores, embora tivessem apontado para o mercado na dimensão trabalho, não teriam suficientemente o delimitado, na medida em que não apontaram se haveria substituíbilidade entre os engenheiros das empresas envolvidas e não fizeram menção à definição geográfica do mercado.

Mais recentemente, *class actions* movidas por trabalhadores começaram a ganhar força. Em 2020, por exemplo, um grupo de trabalhadores firmou acordo no valor de aproximadamente USD 85 milhões com empresas da indústria de processamento de aves,

⁸⁷ USA. Mooney v. AXA Advisors, L.L.C., Civil Action No. 13–3093, 2014.

⁸⁸ USA. Hanger v. Berkley Grp., Inc., Civil Action No 5:13-cv-113, 2015.

sob a alegação de que, por mais de vinte anos, as empregadoras teriam compartilhado entre si informações sensíveis e fixado salários de seus funcionários⁸⁹. Pouco tempo depois, ação com teor semelhante também foi proposta por trabalhadores da indústria de processamento de carne vermelha, em novembro de 2022⁹⁰.

Além disso, visando a intensificar a aplicação da lei antitruste para combater práticas anticompetitivas, ações criminais passaram a ser propostas pelo DOJ nos últimos anos⁹¹. No final de 2020, foi proposta a primeira ação criminal visando a punir prática de fixação de salários⁹². A ação foi apresentada em face de duas pessoas físicas, afirmando-se expressamente que “a legislação antitruste integralmente se aplica a mercados de trabalho”. Em tal ação, embora o DOJ tenha detalhadamente apresentado o caso e evidências a respeito da conduta, o júri decidiu ao final pela absolvição dos representados em relação às acusações antitruste⁹³.

Pouco tempo depois, em janeiro de 2021, houve a primeira persecução criminal relacionada a *no-poaching agreement*⁹⁴. A Surgical Care Affiliates LLC e a SCAI Holdings foram acusadas de envolvimento em dois acordos bilaterais com outras empresas de assistência médica para restringir a concorrência entre elas pelos serviços de funcionários de nível sênior. O caso ainda está em análise e pendente de julgamento⁹⁵.

Outras ações criminais relacionadas a condutas anticompetitivas também foram propostas nos EUA, mas duas valem destaque por já terem sido julgadas. A primeira, trata de persecução relacionada à prática de *no-poaching agreement*, apresentada em julho de 2021, contra a DaVita Inc. e seu ex-CEO, Kent Thiry⁹⁶. Tanto a empresa quanto a pessoa física representadas foram, ao final, absolvidas. A segunda ação também trata de envolvimento em *no-poaching agreement*, movida em face de quatro pessoas físicas⁹⁷. Em março de 2023, todos os quatro indivíduos foram inocentados.

⁸⁹ USA. Jien et al v. Perdue Farms, Inc. et al, 1:2019cv02521, 2020.

⁹⁰ USA. Ron Brown at. al v. JBS USA Food Company et al, 1:22-CV-02946, 2022.

⁹¹ USA. United States v. Surgical Care Affiliates, LLC and SCAI Holdings, LLC, 3:21-cr-00011-L, 2021; USA. United States v. Mahesh Patel et. al., 3:21-cr-00220-VAB, 2021; USA. United States District Court v. Manahe, al., 2022; USA. United States v. DaVita Inc. and Kent Thiry, 2021; USA. United States v. Ryan Hee and VDA OC LLC, 2023.

⁹² USA. United States of America v. Neeraj Jindal and John Rodgers, 4:20-cr-00358-ALM-KPJ. 2021.

⁹³ Para fins de completude, no caso United States of America v. Neeraj Jindal and John Rodgers, embora o júri tenha inocentado ambos os representados em relação às acusações antitruste, o representado Neeraj Jindal foi condenado por obstrução da justiça.

⁹⁴ USA. United States v. Surgical Care Affiliates, LLC and SCAI Holdings, LLC, 3:21-cr-00011-L, 2021.

⁹⁵ *Status* do caso na data de conclusão deste trabalho, em 4.5.2023.

⁹⁶ USA. United States v. DaVita Inc. and Kent Thiry, 2021.

⁹⁷ USA. United States District Court v. Manahe, al., 2022.

A primeira vitória do DOJ no âmbito criminal ocorreu apenas no segundo semestre de 2022 e em janeiro de 2023, quando houve assinatura de acordo com a VDA OC LLC e com o seu ex-diretor Ryan Hee em ação movida por envolvimento em *no-poaching agreement* referente à contratação de enfermeiros. Ao comentar o caso, o Procurador Richard A. Powers destacou que, para o DOJ, é prioridade “garantir que os trabalhadores estadunidenses usufruam dos benefícios da livre e justa concorrência”, indicando que “quando os empregadores conspiram para alocar funcionários e fixar salários, eles roubam dos trabalhadores americanos salários mais altos e a capacidade de barganhar por empregos melhores e com salários mais altos”⁹⁸.

Com relação ao controle de estruturas, em 2017, o DOJ contestou operação proposta entre duas das quatro maiores operadoras de planos de saúde dos EUA, apontando aspectos referentes ao poder de monopólio⁹⁹. Em adição às preocupações na dimensão produto do mercado, o DOJ alegou que a operação também resultaria na redução da concorrência quanto à aquisição de serviços de cuidados à saúde em trinta e cinco mercados, em decorrência do elevado poder de compra da entidade combinada no cenário pós-operação. O DOJ se opôs à operação em parte com base nos efeitos no mercado de trabalho, mas o argumento principal focou em preocupações no mercado de produtos, assim como a decisão proferida pelo Tribunal de Apelação.

Mais recentemente, em agosto de 2022, pela primeira vez houve o bloqueio de operação em razão de potenciais efeitos concorrenciais voltados especificamente a mercado de trabalho¹⁰⁰. Trata-se de fusão de duas das maiores editoras de livros do mundo, envolvendo o mercado de aquisição dos direitos de publicação de livros *best sellers*. Após longa instrução, a operação foi proibida pela *United States District Court for the District of Columbia* (conforme detalhado no Tópico III.1.2).

Por fim, em janeiro de 2023, pela primeira vez, o FTC interpôs três ações visando a proibir a vigência de cláusulas restritivas à concorrência firmadas em contratos de trabalho. As cláusulas foram vistas pela autoridade estadunidense como barreiras à entrada de novos concorrentes, ao mesmo tempo em que restringiriam a mobilidade de

⁹⁸ Conforme publicação no *website* do United States Attorney’s Office – District of Nevada, em 30.3.2021, intitulada “Health Care Staffing Company and Executive Indicted For Colluding To Suppress Wages Of School Nurses”.

⁹⁹ USA. *United States et al v. Anthem, Inc., and Cigna Corp.*, 1:16-cv-01493, 2017.

¹⁰⁰ USA. *United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al*, 1:21-cv-02886, 2022.

trabalhadores com relação a possíveis novos e melhores empregadores (conforme detalhado no Tópico III.2.1.1)¹⁰¹.

Diante desse breve panorama, nota-se que o debate nos EUA tem avançado ao longo dos últimos anos. São diversos os casos relacionados à investigação de condutas anticompetitivas capazes de resultar em prejuízos a trabalhadores. Somado a isso, o DOJ e o FTC publicaram, em 2016, o Guia Antitruste para Profissionais de Recursos Humanos, abordando temas como troca de informações sensíveis, acordos entre empregadores, cláusulas contratuais e, até mesmo, perguntas e respostas bastante ilustrativas de situações cotidianas enfrentadas por tais profissionais¹⁰².

Também há, nos EUA, bastante discussão em relação a cláusulas contratuais restritivas à concorrência que são, hoje, amplamente adicionadas em contratos de trabalho. Além de ações interpostas pelo FTC visando a eliminar a vigência de cláusulas que, de modo desproporcional, limitam a mobilidade de trabalhadores, em janeiro de 2023, o FTC propôs nova regulamentação no sentido de que tais cláusulas sejam, a princípio, proibidas¹⁰³.

Apesar do avanço com relação às investigações de condutas, nota-se que a evolução é substancialmente menor em controle de estruturas, na medida em que, até o momento, houve análise aprofundada sobre mercados de trabalho em apenas um ato de concentração, em agosto de 2022. De todo modo, o DOJ já indicou que está trabalhando na atualização do seu *Horizontal Merger Guidelines* disponibilizado em 2010 para incluir orientações voltadas a impactos anticompetitivos em mercados de trabalho¹⁰⁴. Tal nuance, portanto, tende a ser cada vez mais presente na avaliação concorrencial.

¹⁰¹ USA. United States v. O-I Glass, Inc., C-4786, 2023; USA. United States v. Ardagh Group, et al., C-4785, 2023; USA. United States v. Prudential Security, et al., C-4787, 2023.

¹⁰² U.S. DOJ; FTC. **Antitrust Guidance for Human Resource Professionals**, Washington, D.C., 2016.

¹⁰³ FEDERAL TRADE COMMISSION. **FTC proposes rule to ban noncompete clauses, which hurt workers and harm competition**, 5 jan. 2023.

¹⁰⁴ Em 18.1.2022, em manifestação oficial sobre o tema, a Presidente do FTC Lina Khan anunciou que o FTC e o DOJ estariam trabalhando em conjunto para revisar os guias de análise de operações dos EUA. Para isso, Lina Khan indicou que a autoridade estadunidense teria enviado ofícios ao mercado solicitando informações sobre pontos chave da análise concorrencial, que servirão de substrato para a revisão das *guidelines* (FEDERAL TRADE COMMISSION. **Remarks of Chair Lina M. Khan regarding the request for information on merger enforcement**, 18 jan. 2022. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1599783/statement_of_chair_lina_m_khan_regarding_the_request_for_information_on_merger_enforcement_final.pdf. Acesso em 28.5.2023).

II.3.2. Breve panorama brasileiro

No Brasil, há ainda pouca discussão sobre impactos concorrenciais voltados a mercados de trabalho. Embora o debate tenha ganhado força nos últimos anos tanto do lado da academia quanto do lado do Cade, até o momento são poucas as experiências sobre o tema. Como se observará a seguir, fato é que – assim como nos EUA – há processos analisados pelo Cade que tangenciam questões relacionadas a mercados de trabalho, embora casos especificamente focados no tema sejam pouquíssimos.

Apesar de pouco tratar na jurisprudência, a autoridade brasileira já reconheceu a importância da valorização do trabalho aliado ao direito antitruste em algumas oportunidades, especialmente no passado. O Relatório Anual do Cade de 1996, por exemplo, aponta que o processo de reestruturação industrial teria sido marcado por fusões, aquisições e *joint-ventures* de empresas, sendo que por vezes as operações teriam gerado impacto negativo sobre o nível de emprego. O relatório destaca ainda que a busca pelo pleno emprego seria princípio constitucional da ordem econômica e que seria compreensível “que não tenha escapado ao legislador a relação entre a avaliação de atos de concentração e os problemas relacionados com o nível de emprego”¹⁰⁵:

“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, alternando, ou mesmo evitando, as externalidades negativas no mercado de trabalho associadas ao processo de reestruturação.

[...]

De fato, quando a economia se afasta do pleno emprego, cuja busca é consagrada como princípio constitucional da Ordem Econômica (inciso VII 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.

[...]

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 caput do art. 170 da CF). É 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”.

O Cade também já reconheceu a interseção entre a defesa da concorrência e a política de emprego em outras oportunidades, em especial quando firmou protocolos de

¹⁰⁵ CADE. **Relatório de Gestão**. 1996, pp. 28-29.

intenções com o Ministério do Trabalho e Emprego, em fevereiro de 1997 e em abril de 2000. Como explica Ana Paula Martinez, os protocolos visavam a “garantir apoio da massa popular e política à atuação do Cade”¹⁰⁶, à época da difusão da existência do controle prévio de estruturas após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011. Os protocolos tinham por objetivo, principalmente, a parceria das entidades antitruste e trabalhista na avaliação de programas de requalificação e recolocação profissional de empregados que fossem dispensados em razão de operações.

Sobre os precedentes que tenham discutido questões voltadas a trabalhadores, é importante destacar – principalmente no contexto de atos de concentração – que uma importante alteração na redação da Lei de Defesa da Concorrência pode explicar o fato de que foi majoritariamente à época da lei antiga que o Cade estabeleceu obrigações relacionadas à manutenção dos níveis de emprego ou à oferta de treinamento em TCDs firmados com requerentes. Isso porque a Lei nº 12.529/2011 “não faz qualquer menção ao mercado de trabalho ou manutenção de nível de emprego na análise de atos de concentração ou na aplicação de remédio antitruste”¹⁰⁷, diferentemente da redação da Lei nº 8.884/1994, que expressamente previa a possibilidade de celebração de APRO e de TCD visando a preservar “as alterações no nível de emprego”¹⁰⁸.

Essa alteração legislativa pode também ter se refletido no posicionamento de membros do Tribunal do Cade. Em julgamentos passados, ex-Conselheiros reconheceram que “o Cade, mais que guardião da livre concorrência, é ainda garantidor dos princípios gerais da atividade econômica”, sendo que “entre eles encontra-se a busca pelo pleno

¹⁰⁶ Como explica Ana Paula Martinez, na íntegra: “[...] Ainda, para garantir apoio da massa popular e política à atuação do CADE, o órgão firmou em 12 de abril de 2000 com o Ministério do Trabalho e Emprego acordo pelo qual se comprometia a atuar em parceria com referido Ministério ‘na avaliação de programas de requalificação e recolocação profissional para trabalhadores cuja perda de emprego esteja relacionada à reestruturação e fusão de empresas’”. (MARTINEZ, Ana Paula. **Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil: an overview of merger review in Brazil and upcoming challenges**. Revista de Concorrência e Regulação, v.7/8, p. 331-346, 2012, p. 45.

¹⁰⁷ Como explicam Amanda Athayde, Juliana Domingues e Nayara Mendonça, “[a] atual Lei de Defesa da Concorrência (LDC) não faz qualquer menção ao mercado de trabalho ou manutenção de nível de emprego na análise de atos de concentração ou na aplicação de remédios antitruste. Entretanto, do ponto de vista do controle de estruturas, a Lei 8.884/94 previa a possibilidade de celebração de Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO) e de Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) considerando dentro das circunstâncias relevantes ‘as alterações no nível de emprego’” (ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. **O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 24, n. 2, p. 65-93, 2018, p. 70-71).

¹⁰⁸ Artigo 58, da Lei nº 8.884/1994: 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.

emprego”¹⁰⁹. De outro lado, manifestações posteriores proferidas, em 2016, por membros do Tribunal são no sentido de que, embora seja uma preocupação legítima, “tal pleito não configura uma preocupação concorrencial *strictu sensu*” e de que a preservação de empregos “é um bem social que deve ser perseguido por políticas públicas específicas, e não pela autoridade de defesa da concorrência”¹¹⁰.

Ao passo que o Tribunal não teve, mais recentemente, oportunidade para discutir o tema a fundo, a SG/Cade em nota técnica que instaurou a mais relevante investigação de *no-poaching agreement* no Brasil, em 2021, indicou que assim como “as empresas competem para que os consumidores comprem seus produtos, elas também concorrem para contratar ou reter seus empregados”. Destacou ainda que a principal diferença na análise competitiva estaria no “nível em que se dá a concorrência”, na medida em que a competição pelos consumidores ocorre no mercado da venda dos produtos” e a competição “pelos empregados se verifica no mercado de compra de insumos, como matéria-prima ou quaisquer outros fatores necessários à produção do bem ou comercialização do serviço, dentre eles, o insumo laboral”¹¹¹.

É nesse contexto que se passa a apresentar, brevemente, precedentes e questões analisadas pelo Cade que, de alguma forma, tratam de temas voltados a trabalhadores, seja no âmbito do controle de estruturas, seja no âmbito do controle de condutas. Primeiro, serão apresentados casos de ato de concentração que envolvam remédios e discussões sobre cláusulas de não-aliciamento; depois, serão apresentadas investigações relacionadas a práticas anticompetitivas envolvendo mercados de trabalho.

Começando pelo controle de estruturas, em 25.3.1994, foi notificada ao Cade operação referente à aquisição da totalidade das quotas da empresa alemã Korf GmbH por uma sociedade uruguaia pertencente ao Grupo Gerdau, aprovada condicionada ao

¹⁰⁹ Voto proferido pelo ex-Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe em 27.4.2005, no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.000777/2005-60 (Requerentes: Bemis Company Inc. e Dixie Toga S.A.) (SEI 0000204). O ato de concentração foi aprovado com restrições referentes à necessidade de exclusão da expressão “empregado(s)” da cláusula de não-aliciamento/não-contratação do Contrato de Compra e Venda de Ações, nos termos do voto do ex-Conselheiro Luiz Scaloppe, em 27.4.2005.

¹¹⁰ Voto proferido pelo ex-Conselheiro João Paulo Resende em 17.6.2016, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41 (Requerentes: Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda.). No mesmo caso, o voto-vista proferido pela Conselheira Cristiane Alkmin concorda com o Relator que o nível de emprego “não é exatamente o foco das preocupações antitruste”.

¹¹¹ Anexo à Nota Técnica de Instauração do Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61, p. 5 (SEI 0877689). O processo administrativo visa a investigar práticas anticompetitivas que teriam afetado trabalhadores, envolvendo diversas grandes indústrias farmacêuticas, além de fornecedores de serviços e equipamentos médico-hospitalares e profissionais de recursos humanos.

cumprimento de TCD¹¹². O caso foi julgado em março de 1995 e, após a aprovação com restrições, as requerentes se comprometeram a adotar dez medidas para evitar a concentração de mercado, dentre elas, que proveria programa de requalificação profissional e de realocação no mercado para os trabalhadores cuja perda de emprego estivesse diretamente associada à operação. O programa seria desenvolvido e executado pelo SENAI, sob a supervisão de comissão vinculada ao Ministério do Trabalho e Emprego.

Pouco tempo depois, em novembro de 1995, foi julgado ato de concentração proposto entre a Oriento e Ajinomoto, que também previa medida semelhante em TCD¹¹³. Dentre as condicionantes estabelecidas pelo Cade, previa-se que as requerentes deveriam “garantir a manutenção do nível de emprego existente nas unidades fabris [...] ressaltados os casos de demissão por justa causa e aquelas decorrentes da mudança no processo produtivo”.

No ano seguinte, em julho de 1996, medidas relacionadas a trabalhadores foram mais uma vez aplicadas no âmbito de operações. No ato de concentração proposto entre a Grace Produtos Químicos e Crown Química¹¹⁴, firmou-se TCD no qual as requerentes se comprometeram a “desenvolver um programa de recolocação dos profissionais que, porventura, vierem a ser dispensados”. No mês seguinte, em agosto de 1996, no ato de concentração proposto entre a Santisa Alimentos e Carfepe¹¹⁵, firmou-se TCD no qual se estabeleceu que as requerentes deveriam “realizar novos investimentos [...] em treinamento de pessoal [...] objetivando a melhoria da qualidade dos produtos”.

Outros remédios relacionados à política de emprego foram utilizados na operação proposta entre a Kolynos e a Colgate, julgada em setembro de 1996¹¹⁶. Dentre as obrigações, estabeleceu-se que, no cenário pós-operação, as requerentes deveriam “promover o treinamento e desenvolvimento dos empregados” por meio de cursos que envolveriam programas de alfabetização e instrução de outras habilidades básicas”, bem

¹¹² Ato de Concentração nº 16/1994 (Requerentes: Siderúrgica Laisa S.A. - Grupo Gerdau e Korf GmbH - Cia. Siderúrgica Pains), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD, em 29.5.1995.

¹¹³ Ato de Concentração nº 19/1994 (Requerentes: Oriento Indústria e Comércio S.A. e Ajinomoto Co. Inc.), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em restrições em 13.11.1995.

¹¹⁴ Ato de Concentração nº 24/1995 (Requerentes: Grace Produtos Químicos e Plásticos Ltda. e Crown Química S.A.), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 10.7.1996.

¹¹⁵ Ato de Concentração nº 25/1995 (Requerentes: Santista Alimentos S.A. e CARFEPE S.A. Administradora e Participadora), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 7.8.1996.

¹¹⁶ Ato de Concentração nº 27/1995 (Requerentes: Kolynos do Brasil Ltda., Colgate-Palmolive Company e K&S Aquisições Ltda.), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 18.9.1996.

como “implementar e executar programa de qualificação profissional de retreinamento e realocação”.

No ano seguinte, em 1997, ao avaliar a operação proposta entre a Panex e Alcan¹¹⁷, o Tribunal e as requerentes firmaram TCD que, de forma similar a casos anteriores, também previa obrigação de “implementar programa de apoio e orientação à recolocação de pessoal” que viesse a ser dispensado por conta do fechamento da operação.

Maior destaque cabe para a discussão do tema realizada no âmbito do ato de concentração proposto entre a Companhia Antarctica Paulista – Indústria de Bebidas e Conexos e Cia. Cervejaria Brahma (conhecido como o “ato de concentração da Ambev”)¹¹⁸, julgado em março de 2000. O voto do Presidente do Cade à época, Gesner Oliveira, dedicou um tópico específico para tratar da relação entre empregos e defesa da concorrência. O ex-Presidente refutou a ideia de que “o tema transcenderia o escopo das competências de uma autoridade de defesa da concorrência”, afirmando que “o emprego atende os quesitos jurídico e econômico [...] para ser incorporado na análise antitruste”:

“Emprego e Defesa da Concorrência

O Parecer do ilustre Procurador Geral assinalou com propriedade a questão do emprego. Tal preocupação, ausente nos demais pareceres, é por vezes mal entendida como tema que transcenderia o escopo [e] competências de uma autoridade de defesa da concorrência.

Divirjo desta visão simplista e reitero que [...] o emprego atende os quesitos jurídico e econômico explicitados antes para ser incorporado na análise antitruste”.

Ao final, o ex-Presidente seguiu o voto proferido pela Conselheira Relatora Hebe Romano, que, dentre as suas conclusões, indicou que a operação poderia impactar a “questão social do desemprego”. Em seu voto, a Conselheira Relatora estabeleceu a “neutralização dos impactos negativos sobre o emprego mediante programa de treinamento e recolocação da mão-de-obra afetada pela operação durante um período de quatro anos” e indicou que “a Ambev deverá se comprometer a manter o nível de

¹¹⁷ Ato de Concentração nº 79/1996 (Requerentes: Panex S.A. Indústria e Comércio e Alcan Alumínio do Brasil S.A.), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 19.11.1997.

¹¹⁸ Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12 (Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência e outros), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 29.3.2000.

emprego, sendo que a eventual dispensa sem justa causa, que venha a ocorrer nos próximos quatro anos, deverá ser justificada ao Cade”.

Depois do ato de concentração da Ambev, a adoção de medidas de emprego parece ter sido interrompida por mais de dez anos¹¹⁹. Foi apenas em 2011, no ato de concentração proposto entre a Sadia e a Perdigão, que se voltou a levantar questões nesse tema, embora de uma forma diferente¹²⁰. Na ocasião, a obrigação de se manter o nível de emprego foi utilizada como instrumento para a efetivação dos remédios estruturais negociados pelas requerentes. Isso porque, para que as atividades das unidades produtivas a serem desinvestidas fossem protegidas e permanecessem funcionais até que fossem alienadas, as partes ficaram obrigadas a manter o nível de trabalhadores em cada uma delas.

A previsão de remédios voltados à manutenção de níveis de emprego conjugada à efetivação de remédios estruturais já foi aplicada em outras oportunidades. Foi assim na operação proposta entre a Camargo Correa e a Cimpor¹²¹, e na operação proposta entre a Rede D’or e o Hospital Santa Lúcia¹²², por exemplo. Hoje, nota-se que obrigações relacionadas à manutenção de nível de emprego visando a preservar a efetividade de desinvestimentos (i.e., remédios estruturais) é utilizada pelo Cade em algumas ocasiões, especialmente para garantir que os desinvestimentos acordados se mantenham plenamente operacionais até a efetiva data da alienação¹²³.

Mais recentemente, remédios comportamentais por meio dos quais as requerentes se comprometem a fornecer um programa de treinamento voltado a seus próprios

¹¹⁹ No mesmo sentido, é o entendimento de Alberto Barbosa em pesquisa sobre o tema, “[d]epois do caso Ambev, a aplicação de medidas de emprego parece ter sido interrompida por mais de uma década. O Conselho voltou a utilizá-las em 2011, no caso Sadia/Perdigão, embora com função aparentemente diversa: a obrigação de manter o nível de emprego tornava-se um instrumento para a efetivação de remédios estruturais” (BARBOSA JUNIOR, Alberto Lucio. **Antitruste e Política de Emprego**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 32).

¹²⁰ Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18 (Requerentes: Sadia S.A. e Perdigão S.A.), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 13.7.2011.

¹²¹ Ato de Concentração nº 08012.002259/2012-18 (Requerentes: Camargo Corrêa S.A. e CIMPOR - Cimentos de Portugal, SGPS, S.A.), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 4.7.2012

¹²² Ato de Concentração nº 08700.004150/2012-59 (Requerentes: Rede D’or São Luiz S.A. e outros), aprovado com restrições em 5.6.2013.

¹²³ Ao estudar o tema, Alberto Barbosa explica ainda que “os remédios para manutenção de nível de emprego utilizados nos casos Sadia/Perdigão, Camargo Correa/CIMPOR e Rede D’or/Hospital Sta. Lúcia aproximam-se funcionalmente das obrigações previstas nos antigos Acordos de Preservação de Reversibilidade” [...] Portanto, assim como os diversos compromissos estabelecidos nos APRO, as medidas de emprego aplicadas em casos mais recentes visam assegurar a efetividade das decisões definitivas do CADE. Por outro lado, deve-se destacar que, embora as disposições dos APRO voltem-se à regulação dos mercados de consumo, esses compromissos tornaram-se fundamento jurídico em recente demanda trabalhista contra empresas-parte em uma operação já aprovada pelo Conselho” (BARBOSA JUNIOR, Alberto Lucio. **Antitruste e Política de Emprego**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 33-34).

empregados, a despeito de eventuais demissões decorrentes da operação, foram incluídos em ACCs celebrados pela autoridade. Na operação proposta entre Itaú e Banco Citibank, em 2017, as requerentes se comprometeram a adotar ações de treinamento para capacitação do pessoal interno e melhoria do atendimento aos clientes¹²⁴. Obrigação semelhante foi incluída no ACC celebrado no escopo do ato de concentração proposto entre o Banco Bradesco e o HSBC, em 2016¹²⁵.

Além de medidas relacionadas à política de emprego incluídas em TCDs à época da Lei nº 8.884/1994, de obrigações firmadas com as requerentes no sentido de garantir a efetividade de desinvestimentos (i.e., remédios estruturais) e do compromisso de implementar treinamento de pessoal incluído em ACCs, há ainda discussões sobre o escopo de cláusulas de não-aliciamento firmadas no âmbito de operações.

Como será apresentado em detalhe no Tópico III.2.1.1, o Cade já analisou em algumas oportunidades se cláusulas de não-aliciamento firmada entre as partes contratantes e que alcançam empregados de maneira genérica seriam adequadas e proporcionais aos fins que se pretende. Apesar de já ter imposto restrições às categorias de empregados abarcados por cláusulas de não-aliciamento em algumas oportunidades no passado, o que se verifica atualmente é que o debate sobre o tema não se fortaleceu na jurisprudência. Ao menos do que se nota dos autos públicos, tal nuance não chega a ser usualmente avaliada pelo Cade quando da análise de atos de concentração.

No que diz respeito à participação dos sindicatos na avaliação de operações, verifica-se que não são muitos os casos em que sindicatos solicitaram e foram homologados nos autos na qualidade de terceiro interessado (o Anexo II apresenta levantamento de atos de concentração nos quais sindicatos foram homologados e as suas respectivas atuações)¹²⁶. Isto é, são poucos os atos de concentração nos quais os sindicatos

¹²⁴ Ato de Concentração nº 08700.001642/2017-05 (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Banco Citibank S.A.), aprovada condicionada ao cumprimento de ACC em 16.8.2017. A íntegra da Cláusula 2.4. prevê o seguinte: “A Compromissária se compromete a adotar as seguintes ações de treinamento para capacitação do seu pessoal interno e consequente melhoria do atendimento aos clientes (“Ações de Treinamento”): 2.4.1.1. 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; 2.4.1.2. Medida 8: Estimular a participação em cursos, presenciais ou digitais, que contenham o tema Excelência no Atendimento para Gerentes das agências do Citibank; e 2.4.1.3. 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”.

¹²⁵ Ato de Concentração 08700.010790/2015-41 (Requerentes: Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A e HSBC Serviços e Participações Ltda.), aprovado condicionado ao cumprimento de ACC em 8.6.2016.

¹²⁶ Para fins de completude, explica-se a metodologia utilizada para verificar a participação dos sindicatos em atos de concentração: em 28.3.2023, na "Pesquisa Avançada de Ato de Concentração" disponibilizada no *website* do Cade, pesquisou-se por menções a "sindicato" em "voto", "parecer" ou "nota técnica", filtrando por atos de concentração em que houve participação de terceiro interessado. Como resultado,

efetivamente contribuem na instrução do caso e, menos ainda, os casos em que tais entidades de classe levantam preocupações focadas em impactos competitivos voltados a mercados de trabalho.

Já com relação ao controle de condutas, vale dizer que são igualmente poucas as investigações que envolvem aspectos voltados a trabalhadores. Em 9.7.2015, a SG/Cade instaurou processo administrativo para apurar suposto cartel em licitações públicas e privadas destinadas à contratação de serviços de tecnologia da informação em vários estados do país¹²⁷. O interessante desse caso é que – além de se investigar ajustes referentes à fixação de preços, vantagens em licitações e divisão do mercado – foram identificados “indícios de que membros do cartel teriam ainda um suposto acordo de não contratação dos funcionários uns dos outros, acordo esse que poderia apresentar efeitos anticompetitivos para o mercado de trabalho de prestação de serviços de tecnologia da informação”¹²⁸.

Vale notar que a Nota Técnica nº 54/2015, que fundamentou a instauração do processo administrativo, expressamente menciona que a conduta investigada, por objeto ou por efeito, poderia causar a redução de salários de empregados em comparação a um ambiente competitivo:

“107. Diante disso, entende-se que tais comunicações e contatos indicam que os Representados teriam supostamente ajustado uma política de respeitar o funcionário da empresa concorrente, por meio da não realização de ofertas para trabalho, conduta essa que importaria condições artificiais para o mercado de trabalho para as empresas prestadoras de serviços de tecnologia da informação, condutas essas que teriam por objeto ou efeito, por exemplo, manter os salários de seus empregados mais baixos do que seria verificado em um ambiente de competição efetiva”.

Apesar da breve menção a preocupações voltadas a trabalhadores no caso instaurado em 2015, foi apenas em março de 2021 que, pela primeira vez, o Cade instaurou processo administrativo especialmente focado em mercados de trabalho¹²⁹. A partir da celebração de um acordo de leniência firmado por uma das empresas

foram encontrados 21 processos. Dentre os 21 resultados, 13 referem-se a casos que não correspondem à participação de sindicatos na qualidade de terceiro interessado.

¹²⁷ Processo Administrativo nº 08012.003021/2005-72, instaurado em 9.7.2015 pela SG/Cade.

¹²⁸ Nota Técnica nº 54/2015 que fundamentou a instauração do Processo Administrativo nº 08012.003021/2005-72 (SEI 0081637), publicada em 10.7.2015. O processo administrativo ainda está em fase de instrução, na SG/Cade (*status* do caso em 8.5.2023, data de conclusão deste trabalho).

¹²⁹ Conforme destacado pelo ex-Procurador Geral do Cade, Victor Rufino, em entrevista sobre o tema. **Cade investiga formação de cartel entre departamentos de recursos humanos**, Sindeprestem, 30.3.2021. Disponível em: <https://sindeprestem.com.br/cade-investiga-formacao-de-cartel-entre-departamentos-de-recursos-humanos/>. Acesso em 8 mai. 2023.

participantes do conluio, o Cade foi capaz de coletar indícios suficientes para a abertura de investigação contra diversas grandes indústrias farmacêuticas, além de fornecedores de serviços e equipamentos médico-hospitalares e profissionais de recursos humanos¹³⁰.

Segundo a SG/Cade, os representados teriam se envolvido nas seguintes práticas: (i) sistemática troca de informações comercial e concorrencialmente sensíveis sobre diversas variáveis de recursos humanos, principalmente relacionadas a salários e benefícios, e (ii) episodicamente fixação de preços e de condições comerciais de contratação de mão de obra e gestão de pessoas, salários e benefícios, por meio de ação coordenada/alinhada entre concorrentes¹³¹.

Em breve síntese, é esse o panorama atual do tema no Brasil. Do lado de controle de estruturas – foco deste trabalho – não há até o momento casos em que mercados de trabalho tenham sido efetivamente considerados em análises de atos de concentração. As medidas relacionadas a políticas de emprego incluídas em TCDs são antigas e datam da época de vigência da Lei nº 8.884/1994, cuja redação expressamente previa que alterações no nível de emprego deveriam ser consideradas na análise. Além disso, remédios mais recentes que mencionam questões de emprego visam essencialmente a garantir a efetividade de um desinvestimento (i.e., remédio estrutural) ou a implementação de programas de treinamento profissional.

O holofote, em verdade, parece estar do lado do controle de condutas. O processo administrativo instaurado pelo Cade em 2021 para investigar suposta troca de informações e *no-poaching agreements* firmados entre profissionais de recursos humanos ganhou bastante destaque no debate antitruste nacional, sendo até hoje objeto de discussões e de publicações acadêmicas.

III. ANÁLISE DA DIMENSÃO TRABALHO EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A análise de atos de concentração notificados ao Cade exige, em um primeiro momento, empreender algum esforço a fim de identificar as estruturas, justificativas e possíveis problemáticas advindas de efeitos concorrenciais relacionados à dimensão trabalho. Além disso, para que se possa adequadamente abordar aspectos voltados a

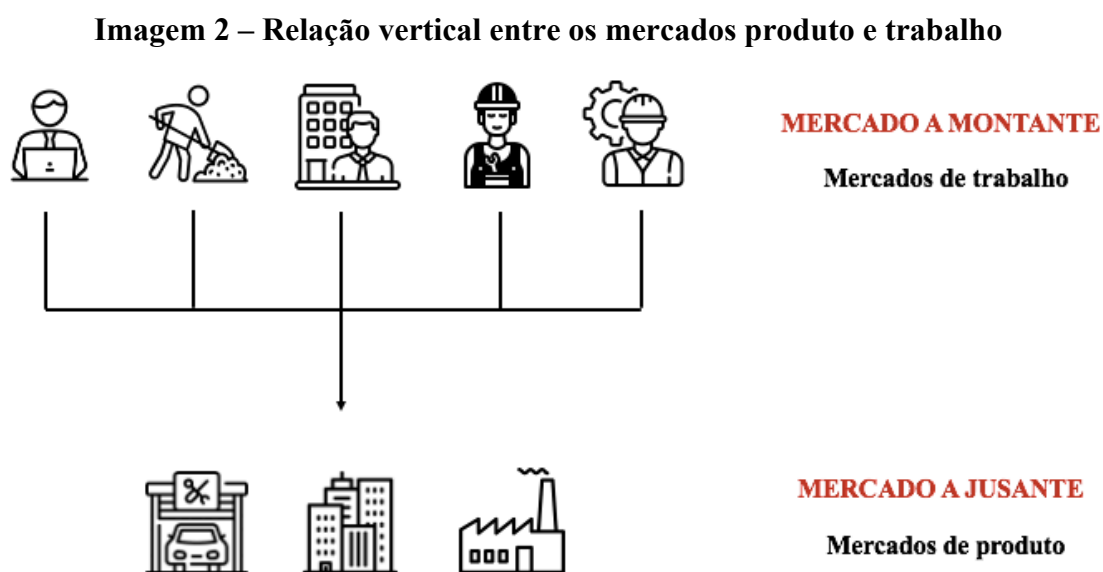
¹³⁰ Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61. No total, são 37 empresas e 108 funcionários investigados.

¹³¹ Anexo à Nota Técnica de Instauração do Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61 (SEI 0877689).

mercados de trabalho, é inevitável que alguns conceitos-chave sejam aprimorados (como os relacionados à definição de mercado relevante, abordados no Tópico III.1), para facilitar a discussão.

Partindo das etapas apontadas no Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, a análise clássica de operações realizada pelo Cade compreende os seguintes passos: (i) definição do mercado relevante; (ii) análise do nível de concentração; (iii) avaliação da probabilidade de uso de poder de mercado adquirido por meio da operação, considerando variáveis como a possibilidade de entrada tempestiva, provável e suficiente e o nível de rivalidade restante no mercado; (iv) avaliação do poder de compra existente no mercado ou criado pela operação; e, por fim, (v) ponderação das eficiências econômicas inerentes ao ato de concentração¹³².

É a partir daí que se pretende discutir a inclusão da análise da dimensão trabalho dos mercados nos atos de concentração submetidos à prévia aprovação do Cade. Partindo da premissa de que há uma relação vertical entre as atividades desempenhadas por prestadores de serviços (i.e., trabalhadores) e pelas empresas adquirentes de tais serviços (i.e., mão-de-obra como insumo), deve-se analisar os potenciais efeitos concorrenciais de uma operação em trabalhadores. Os *players* do mercado, portanto, concorrem pela aquisição de mão-de-obra – ou seja, os agentes são considerados concorrentes não apenas quanto à oferta de produtos/serviços, mas também quanto à compra do que se entende verdadeiro insumo produtivo:



Fonte: elaborado pela autora.

¹³² CADE. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016, pp. 9-10.

Vale esclarecer que o objetivo central dessa seção não é o de esgotar os conceitos-chave nem mesmo abranger todas as nuances que existem em relação à análise de atos de concentração, o que apenas a experiência prática e as avaliações de casos concretos pela autoridade antitruste poderão propiciar. O que se pretende é discutir e mapear os principais pontos a serem levados em consideração quando da análise de impactos concorrenciais relacionados a mercados de trabalho, bem como colocar desafios a serem enfrentados pelo Cade. Afinal, trata-se de questão ainda muito pouco estudada, mesmo que protegida pela Constituição Federal e provida de inegável importância econômica.

Os pontos a serem avaliados serão estruturados da seguinte forma: primeiro, discute-se a caracterização do mercado relevante, passando por conceitos-chave próprios da análise antitruste, pelo debate relacionado às dimensões produto (i.e., ocupação) e geográfica do mercado relevante e por desafios envolvendo o cálculo de estimativas de *market share* (Tópico III.1); depois, passa-se à avaliação de fatores capazes de influenciar a probabilidade do exercício de poder de mercado (i.e., poder de monopsonio), no cenário pós-operação (Tópico III.2); e, por fim, debate-se possíveis eficiências econômicas inerentes à operação que estejam relacionadas, especificamente, a trabalhadores (Tópico III.3).

III.1. Definição da dimensão trabalho do mercado relevante

A delimitação de mercado relevante é passo inicial¹³³ para a análise de atos de concentração não apenas no Brasil, mas também nos EUA¹³⁴ e na Comissão Europeia¹³⁵,

¹³³ OCDE. **Competition in Labour Markets**, 2020.

¹³⁴ Horizontal Merger Guidelines, publicado em 19.8.2010: “When the Agencies identify a potential competitive concern with a horizontal merger, market definition plays two roles. First, market definition helps specify the line of commerce and section of the country in which the competitive concern arises. In any merger enforcement action, the Agencies will normally identify one or more relevant markets in which the merger may substantially lessen competition. Second, market definition allows the Agencies to identify market participants and measure market shares and market concentration. See Section 5. The measurement of market shares and market concentration is not an end in itself, but is useful to the extent it illuminates the merger’s likely competitive effects (DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Division Policy Guide to Horizontal Merger Guidelines**. Falls Church, Estados Unidos da América, 2010).

¹³⁵ Como explica a “Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”, publicada pela CE em 1997: “A definição de mercado constitui um instrumento para identificar e definir os limites da concorrência entre as empresas. Permite estabelecer o enquadramento no âmbito do qual a Comissão aplica a política de concorrência. O principal objeto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa (2) têm de enfrentar. O objetivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efetivos das empresas em causa susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de atuar independentemente de uma pressão concorrencial efetiva. É nesta óptica que a definição de mercado permite subsequentemente calcular as quotas de mercado, o que representa uma informação profícua em

por exemplo. Tal determinação é importante para a aplicação da Lei nº 12.529/2011¹³⁶, especialmente no que diz respeito ao controle de estruturas. Conforme prevê a redação do §5º, do artigo 88, da Lei, “serão proibidos os atos de concentração que impliquem na eliminação da concorrência em parte substancial do *mercado relevante*, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de *mercado relevante* de bens ou serviços”¹³⁷.

Partindo da própria redação da lei, é inegável que o conceito de mercado relevante é útil à análise antitruste. Ao se avaliar atos de concentração submetidos ao Cade, a primeira etapa envolve justamente a definição do(s) mercado(s) relevante(s) envolvido(s) na operação¹³⁸. Como prevê o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, a delimitação do mercado relevante envolve o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade, entre outras, da empresa resultante da operação¹³⁹.

No mesmo sentido, Paula Forgioni explica que o “mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”¹⁴⁰. Além disso, Calixto Salomão ressalta que não apenas a substituição do lado da demanda deve ser considerada quando da avaliação sobre a substituíbilidade de produtos/serviços, mas se deve avaliar também a substituíbilidade do lado da oferta¹⁴¹.

relação ao poder de mercado para apreciar a existência de uma posição dominante ou para efeitos de aplicação do artigo 85” (OCDE. **Comunicação da Comissão Relativa à Definição de Mercado Relevante para Efeitos do Direito Comunitário da Concorrência**, Paris, 1997).

¹³⁶ A Lei nº 4.137/1962, que regulava a repressão ao abuso do poder econômico, embora não fizesse menção expressa ao conceito de mercado relevante (e sim a “mercados nacionais”, no artigo 2, inciso I), já delimitava o mercado em termos geográfico e produto, por conta da influência norte-americana (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Poder econômico: exercício e abuso**. Direito antitruste brasileiro, p. 39). A partir da redação da Lei nº 8.884/1994, passou-se a fazer menção expressa ao termo “mercado relevante” (especialmente nos artigos 14, 20 e 54), redação que também foi adotada na atual lei em vigor, a Lei nº 12.529/2011 (especialmente nos artigos 36 e 88). Nenhuma das leis estabelece uma definição do conceito “mercado relevante”, que é uma expressão traduzida do inglês *relevant market*, originada nos EUA.

¹³⁷ O §6º, do artigo 88, da Lei nº 12.529/2011, prevê exceção para a proibição apresentada no §5 ao prever que poderão ser autorizados atos de concentração que repassem aos consumidores parte relevante de benefícios decorrentes da operação, quais sejam, aumentem a produtividade ou a competitividade do mercado; melhorem a qualidade de bens ou serviços; ou propiciem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

¹³⁸ CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 9.

¹³⁹ CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 13.

¹⁴⁰ FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 222.

¹⁴¹ Em maior detalhe, o autor explica que “para determinar qual o mercado em que se encontra um agente econômico fabricando o produto ‘X’, é necessário verificar (a) que produtos o consumidor (demanda) vê

A análise antitruste a partir da definição de mercado relevante é, portanto, muito realizada por autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, ainda que parte da doutrina mais recente se posicione contra o uso exclusivo ou principal de tal ferramenta¹⁴². No Brasil, por exemplo, tal instrumento é utilizado tanto para decidir quais tipos de ato de concentração se encaixam no rito sumário¹⁴³, como para a avaliação do mérito em si¹⁴⁴. Ainda, a delimitação do mercado relevante afetado pela operação é importante para se verificar a adequação de cláusulas de não-concorrência eventualmente incluídas em contratos de operações submetidas ao Cade¹⁴⁵.

Ocorre que não é estritamente necessária a exata definição do mercado relevante, em todos os casos. Ao passo que a definição do mercado relevante não é “um fim em si mesmo”¹⁴⁶, o Cade pode optar por deixar tal definição em aberto a depender da situação em concreto, especialmente quando houver baixa concentração em todos os cenários possíveis apresentados pelas requerentes, considerando diferentes delimitações geográficas e/ou de produtos. Tal solução não é incomum na atual análise de atos de concentração promovida pelo Cade.

Diante desse pano de fundo, é possível replicar o esforço que se faz para se definir a dimensão produto do mercado relevante para se definir a sua dimensão trabalho¹⁴⁷. Ao se transpor o mesmo racional comumente adotado ao que ora se propõe, conclui-se que a delimitação da dimensão trabalho do mercado relevante identifica o conjunto de

como substitutos de ‘X’ e (b) quais novos produtores podem razoavelmente entrar no mercado de ‘X’ para produzi-lo” (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 156-157).

¹⁴² Diversos doutrinadores e atuantes na área argumentam que a definição de mercado relevante produto tal como realizada hoje não faz sentido, sendo até mesmo impossível. Tal observação, de forma semelhante, também se aplica para eventual definição de mercados de trabalho (KAPLOW, Louis. **Market Definition: Impossible and Counterproductive**, Antitrust Law Journal, John Olin Center for Law, Economics and Business, v. 79, n. 1, 2013, pp. 361-365). Whish and Bailey também apontam que o mercado relevante é um método de análise, e não um fim em si mesmo para avaliar pressões competitivas entre empresas (WHISH, R.; BAILEY, D. **Competition Law**. 7th ed. New York: Oxford University Press Inc., 2012).

¹⁴³ O artigo 8, inciso III, da Resolução Cade nº 33/2022 prevê que são enquadráveis no procedimento sumário “situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial”.

¹⁴⁴ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do Debate sobre a Definição do Mercado Relevante**, 2021, p. 8.

¹⁴⁵ Conforme explica o Guia para Análises de Atos de Concentração Horizontal, a “cláusula de não concorrência estipulada deve se restringir ao mercado de atuação (sob a ótica geográfica e do produto)”, orientação em linha com a Súmula 4/2009 do Cade, de 9.12.2009 (CADE. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016, p. 56).

¹⁴⁶ CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 13.

¹⁴⁷ Como explicado ao longo do Capítulo I, uma operação – sem dúvidas – tem o potencial de afetar trabalhadores, agentes de um mercado *upstream* referente à oferta de força de trabalho em determinada localidade.

empregos que – tanto no escopo “ocupação” quanto “geográfico” – são suficientemente substituíveis entre si, considerando a disposição e a capacidade dos trabalhadores de se mover entre eles¹⁴⁸.

Assim como na análise antitruste clássica¹⁴⁹, certo é que são diversos os obstáculos e dificuldades para que se possa, de forma exata, definir o mercado na sua dimensão trabalho¹⁵⁰. Deve-se encontrar um equilíbrio entre uma definição muito restrita e uma definição muito ampla de mercado: caso a definição seja muito restrita, muitos agentes relevantes ficam de fora do mercado e, de outro lado, caso a definição seja muito ampla, superestimam-se as oportunidades disponíveis dentro do mercado objeto da operação¹⁵¹.

Feitas essas considerações, passa-se a apresentar as principais discussões envolvendo a definição da dimensão trabalho de mercados relevantes. Inicialmente, serão apresentados os conceitos e pressupostos básicos para que se avance na discussão sobre a definição do mercado relevante (Tópico III.1.1). Em seguida, partindo de *papers* relevantes, da experiência do Cade e de precedentes estadunidenses¹⁵², serão apresentadas sugestões de abordagens que poderiam ser realizadas – ao menos em um primeiro momento – para que se possa definir a dimensão trabalho do mercado relevante tanto na

¹⁴⁸ DECHAMPS, Pascale, et. al. **Labour markets: a blind spot for competition authorities?** Forthcoming – Competition Law Journal, pp. 2-3.

¹⁴⁹ Para fins de transparência e completude, entende-se como “análise clássica” a metodologia atualmente adotada pelo Cade na análise de atos de concentração, conforme denominação adotada no próprio Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 9).

¹⁵⁰ A título de exemplo, eventuais dificuldades para se definir o mercado de trabalho na sua dimensão trabalho perpassam elementos qualitativos sobre oportunidades de emprego. Somado ao valor correspondente à remuneração salarial, outros aspectos podem ser importantes para a escolha do trabalhador, como a localização do posto de trabalho (e.g., se é perto da casa do trabalhador ou de estações de metrô), o ambiente profissional (e.g., boa convivência com colegas, disponibilidade de café, frutas etc.), as políticas de licença parental e eventuais benefícios adicionais concedidos aos trabalhadores. Todos esses elementos, por certo, adicionam maior complexidade à avaliação sobre eventual substituíbilidade entre oportunidades de emprego. Diante de tantas nuances, Eric Posner e Naidu destacam que há boas razões para se acreditar que existem maiores peculiaridades quando se analisa o mercado na sua dimensão trabalho do que na sua dimensão produto. Os autores explicam que, por isso, a delimitação de mercados de trabalho tende a ser mais restrita do que a delimitação de mercados de produtos (NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Harvard Law Review, v. 132, 2018, p. 13).

¹⁵¹ AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall; TASKA, Bledi. **Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data**. Labour Economics, v. 66, 2020, p. 8.

¹⁵² Como já indicado, o trabalho focará em precedentes dos Estados Unidos, além de precedentes do Cade. Optou-se por aprofundar a análise jurisprudencial nos Estados Unidos porque é o país no qual se verifica maior discussão sobre a matéria, tanto em razão de declarações realizadas por membros do FTC no sentido de que a avaliação de mercados de trabalho será foco da autoridade nos próximos anos quanto porque foi o primeiro país que, em agosto de 2022, bloqueou operação por conta de efeitos anticompetitivos relacionados ao mercado de trabalho (USA. United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al, 1:21-cv-02886, 2022).

dimensão produto (i.e., ocupação) quanto geográfica. Primeiro, aplica-se o Teste do Monopsonista Hipotético (Tópico III.1.2) e, depois, apresenta-se considerações a respeito da metodologia denominada “*downward wage pressure*”, ferramenta alternativa capaz de auxiliar na definição de mercado relevante (Tópica III.1.3). Ao final, são apresentadas conclusões sobre a definição da dimensão trabalho do mercado relevante (Tópico III.1.4).

III.1.1. Pressupostos metodológicos básicos para análise de mercado relevante

Inicialmente, vale fazer esclarecimentos conceituais para avançar na discussão. Como se sabe da análise clássica, a definição do mercado relevante envolve dois aspectos complementares e indissociáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante produto¹⁵³. Essas duas categorias comumente utilizadas na análise clássica serão, daqui em diante, denominadas “dimensão produto do mercado”.

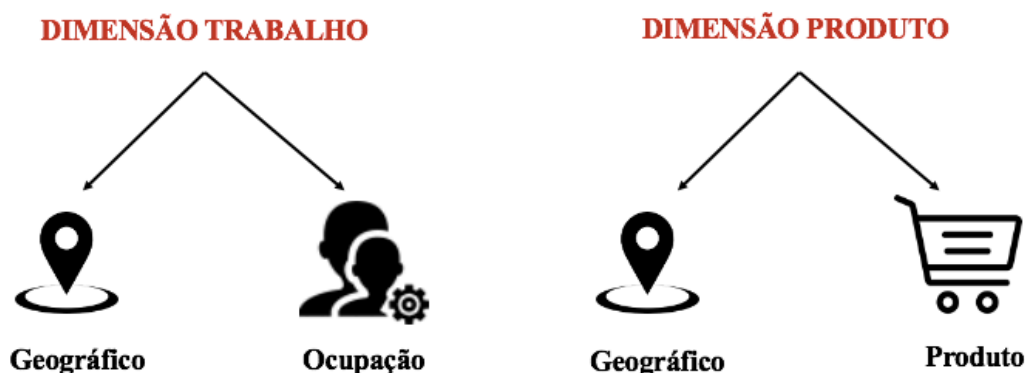
Para que se possa avaliar os efeitos de uma operação no mercado de trabalho, deve-se somar, à dimensão produto do mercado, uma segunda perspectiva: a “dimensão trabalho do mercado”. Alinhada à dimensão produto, a definição do mercado relevante, na sua dimensão trabalho, envolve os seguintes dois aspectos: o *mercado relevante geográfico* e o *mercado relevante ocupação*.

Entende-se que a análise da autoridade antitruste deve, portanto, levar em consideração potenciais efeitos concorrenciais tanto na dimensão produto quanto na dimensão trabalho dos mercados relevantes envolvidos no ato de concentração¹⁵⁴:

¹⁵³ FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 223.

¹⁵⁴ A diferença estabelecida para a dimensão produto e trabalho dos mercados é utilizada para fins conceituais. Como destaca Eric Posner, “a partir de uma perspectiva econômica, os prejuízos ao bem-estar público decorrentes do poder de mercado na dimensão produto e na dimensão trabalho são os mesmos (tradução livre)”. Eric Posner cita, ainda, Adam Smith para explicar que empresas lucram tanto por meio da exploração da dimensão produto quanto da dimensão trabalho dos mercados – a partir do aumento de preços (no primeiro caso) ou redução de custos salariais (no segundo caso) (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, pp. 3-4).

Imagem 3 – Dimensão trabalho e dimensão produto dos mercados relevantes



Fonte: elaborado pela autora.

É a partir desses dois importantes conceitos (i.e., “dimensão produto do mercado relevante” e “dimensão trabalho do mercado relevante”) que se desenvolverá este estudo. Veja que o que aqui se propõe é a adição, à tradicional análise de controle de estruturas, de perspectiva voltada à avaliação de potenciais aspectos concorrenciais decorrentes de uma operação em mercados de trabalho.

Tal adaptação conceitual se faz necessária porque, obviamente, há diferenças entre a definição da dimensão produto e da dimensão trabalho dos mercados relevantes objeto de determinada operação. A OCDE explica que um determinado mercado de trabalho pode compreender *players* que não concorrem na dimensão produto dos mercados envolvidos na operação¹⁵⁵.

Tanto é assim que há casos em que empresas não-concorrentes na dimensão produto do mercado são investigadas por práticas de *no-poaching agreements*, justamente porque concorrem na dimensão trabalho (i.e., concorrem pela contratação de profissionais). A título de exemplo, pode-se mencionar investigações instauradas, nos Estados Unidos, em face do Bay e do Intuit¹⁵⁶ e, no Brasil, em face de empresas da indústria de *healthcare* para se averiguar supostos acordos de *no-poaching*¹⁵⁷.

Na investigação estadunidense, as empresas envolvidas no alegado acordo não são, a princípio, concorrentes na dimensão produto do mercado relevante: o Intuit é uma

¹⁵⁵ OCDE. **Competition in Labor Markets**, 2020.

¹⁵⁶ USA. *United States v. eBay, Inc.*, 12-CV-05869-EJD-PSG, 2014.

¹⁵⁷ Como explica o Guia Antitruste para Profissionais de Recursos Humanos, publicado pelo DOJ e FTC em 2016, “[u]m indivíduo provavelmente está violando a legislação antitruste se ele ou ela entrar em um acordo com o(s) indivíduo(s) de outra empresa para se recusar a solicitar ou contratar os empregados dessa outra empresa” (tradução livre) (U.S. DOJ; FTC. **Antitrust Guidance for Human Resource Professionals**, Washington, D.C., 2016, p. 3).

empresa desenvolvedora de produtos como o TurboTax (que fornece suporte à elaboração de declaração de imposto de renda) e o Quickbooks (que fornece suporte contábil voltado a pequenas e médias empresas), ao passo que o eBay é um dos portais de comércio eletrônico mais populares do mundo. Nesse cenário, caso o Intuit e o eBay venham a submeter um ato de concentração perante o Cade, provavelmente a operação seria simples e de rápida aprovação, dada a ausência de sobreposição horizontal na dimensão produto do mercado relevante. De outro lado, fato é que as empresas efetivamente concorrem por “engenheiros e cientistas especializados em computação”, senão nem mesmo haveria razão para que firmassem um acordo de não-contratação¹⁵⁸.

No Brasil, o mesmo se verifica no processo administrativo instaurado, pelo Cade, para investigar prática de *no-poaching agreement* entre empresas da indústria de *healthcare*. Há, dentre as 36 pessoas jurídicas representadas, empresas que atuam nos mais variados segmentos do setor de saúde (i.e., as representadas atuam em diferentes mercados relevantes, na dimensão produto). No entanto, a SG/Cade entendeu que a conduta afetaria o “mercado de provimento de mão-de-obra para a indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde (*healthcare*)”, com destaque para o envolvimento de empresas sediadas na região metropolitana da cidade de São Paulo¹⁵⁹ — justamente o que poderia ser considerado a dimensão trabalho do mercado relevante.

Além disso, a avaliação sobre níveis de concentração na dimensão produto do mercado pode não capturar os níveis de concentração na dimensão trabalho. A título de exemplo, suponha-se a existência de uma única mina em determinado município, o que leva a crer que o mercado envolvendo a contratação de mineiros é concentrado. Essa mesma mina, de outro lado, compete com diversas empresas na comercialização de produtos em todo o território nacional e em outros países ao redor do mundo. Vê-se, portanto, que embora a dimensão produto do mercado seja pulverizada, na dimensão trabalho, há alto nível de concentração¹⁶⁰.

¹⁵⁸ HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. Anticompetitive **Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019, pp. 1032-1045.

¹⁵⁹ Anexo à Nota Técnica de Instauração do Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61, p. 4 (SEI 0877689).

¹⁶⁰ Outro exemplo interessante sobre esse ponto é apresentado por Eric Posner. Considere-se uma operação entre dois hospitais que possuem atuação em todo o território nacional. Tal operação pode reduzir o número de hospitais em uma grande cidade de 15 para 14, ao mesmo tempo em que, em uma cidade pequena, pode reduzir o número de hospitais de 3 para 2. Obviamente, os efeitos anticompetitivos resultantes da operação na dimensão produto serão maiores na cidade pequena, o que não necessariamente é verdade para eventuais efeitos na dimensão trabalho. Se, na cidade pequena, existe uma grande população de idosos que demandam por atenção de enfermeiras, seja em asilos ou em domicílio, é possível que os efeitos da operação no

Sabe-se das dificuldades e nuances que abrangem a definição do mercado relevante objeto de operações. Além das especificidades e características próprias do mercado de cada país, há diversos aspectos sociais e econômicos capazes de influenciar na exata definição do mercado relevante, seja na sua dimensão produto ou trabalho. É, de fato, desafiador estabelecer o mercado relevante que melhor se adequa à determinada operação, o que tem motivado diversos estudiosos da área a se aprofundar e propor soluções para os obstáculos que se colocam.

É nesse contexto que surgem propostas interessantes publicadas por autores referência no assunto, para que se avance no debate. Em texto que trata especialmente de atos de concentração com potencial anticompetitivo, Hovenkamp e Naidu apresentam alternativa para que se possa definir a dimensão trabalho do mercado relevante em atos de concentração, visando a aprimorar a análise antitruste clássica¹⁶¹. Sugestões semelhantes são apresentadas por Eric Posner, Ioana Marinescu, José Azar, Roland Rathelot, Marshall Steinbaum, Aryeh Mellmann, por exemplo, em diversos *papers* recentemente publicados sobre o tema¹⁶².

Nesse pano de fundo, apresenta-se, a seguir, considerações a respeito da definição da dimensão trabalho do mercado relevante, a partir da perspectiva de importantes publicações estrangeiras sobre o tema e de precedentes que tenham – ainda que tangencialmente – abordado a questão, adaptando-as, por fim, ao cenário brasileiro.

mercado de enfermeiras sejam mais brandos, na medida em que, na hipótese de redução de salários, enfermeiras que antes trabalhavam em hospitais podem migrar para outros postos de trabalho (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 83).

¹⁶¹ HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019, pp. 1040-1057.

¹⁶² MARINESCU, Ioana; RATHELOT, Roland. **Mismatch Unemployment and the Geography of Job Search**. American Economic Journal: Macroeconomics, v. 10, n. 3, 2018; MELLMAN, Aryeh. **Measuring the Impact of Mergers on Labor Markets**, Columbia Journal of Law and Social Problems, New York, v. 53, ed. 1, 2019; MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. **Why Has Antitrust Law Failed Workers?** Social Science Research Network, 2019; AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall. **Labor Market Concentration**, Journal of Human Resources, 2022.

III.1.2. Teste do Monopsonista Hipotético como ferramenta para a definição da dimensão trabalho do mercado relevante

O Teste do Monopsonista Hipotético é equivalente ao Teste do Monopolista Hipotético, metodologia usualmente utilizada pelo Cade – e por autoridades antitrustes ao redor do mundo – para auxiliar na definição da dimensão produto do mercado relevante, de acordo com a OCDE¹⁶³. Tal teste foi adotado pela primeira vez pelo Departamento de Justiça dos EUA em 1982, nos Guias de Análises de Atos de Concentração (*Merger Guidelines*)¹⁶⁴.

O Teste do Monopolista Hipotético é utilizado para que se possa identificar o menor grupo de produtos e a menor área geográfica com relação aos quais um *player* tenha condições de impor um pequeno, porém significativo e não transitório, aumento de preços (*small but significant, non-transitory increase in prices* – “SSNIP”). A partir da avaliação da reação do consumidor a um hipotético aumento de preços, procura-se aferir o grau de substituíbilidade entre bens ou serviços para a definição do mercado relevante¹⁶⁵.

Como bem explica o ex-Conselheiro do Cade Eduardo Pontual em estudo sobre o tema, o teste visa a avaliar o “menor conjunto de empresas e/ou produtos, incluindo os participantes do ato de concentração, em que o aumento (de 5%) permanente e não transitório de preços será lucrativo para os partícipes”¹⁶⁶. A extensão do mercado relevante será aquela em que as empresas podem efetivamente contestar aumento de preços unilaterais das requerentes¹⁶⁷, que terão seus lucros reduzidos se aumentarem de modo persistente (não transitório) seus preços¹⁶⁸. Em maior detalhe:

¹⁶³ OCDE. **Policy Roundtables: Market Definition**, Paris, 2012, p. 11.

¹⁶⁴ FIUZA, Eduardo P. S., **Delimitação de Mercado Relevante e Simulação de Fusões Horizontais: uma Abordagem Unificada**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Rio de Janeiro, 2010, p. 7.

¹⁶⁵ CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 17.

¹⁶⁶ JACINTO, Paulo de Andrade; RIBEIRO, Eduardo Pontual. **Delimitação de Mercado Relevante para Produtos Diferenciados Usando Elasticidades: O Caso de Chá Pronto para Beber**. Revista *Economia*, Selecta, Brasília, v. 11, nº 4, p. 267-284, 2010, p. 268.

¹⁶⁷ HARRIS, Barry C.; SIMONS, Joseph J. **Focusing Market Definition: How much substitution is necessary?** Research in Law and Economics, v. 12, pp. 153-172, 1989, p. 155.

¹⁶⁸ Como explica o Documento de Trabalho nº 006/2021, publicado pelo DEE/Cade, “[n]o Guia-H-2016, compreendeu-se que ‘em geral’ o SSNIP seria de 5%. Nos Estados Unidos, também, aceita-se que o SSNIP seja, em regra, de 5%, sendo que a Autoridade resguarda o direito de determinar um SSNIP maior ou menor a depender das especificidades da indústria que está analisando (ver item 4.1.3 do Guia-EUA-2010)” (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do Debate sobre a Definição do Mercado Relevante**, p. 11).

“A metodologia parte do comportamento dos lucros de uma empresa e verifica se um SSNIP de 5% seria lucrativo. Se por um lado um aumento de preços eleva as margens preço-custo por unidade, o aumento de preços reduz as quantidades vendidas. Se o segundo efeito for maior que o primeiro os lucros caem e a empresa percebe competidores para os quais os consumidores irão se deslocar frente a aumentos de preços. Estes competidores fazem parte do mercado relevante e assim o mercado relevante deve incluir tais empresas. A análise segue de modo sequencial até incluir empresas que, em conjunto (atuando como monopolista), conseguem aumentos de lucros frente a um SSNIP conjunto. O mercado relevante fica assim delimitado”¹⁶⁹.

O Departamento de Estudos Econômicos do Cade apresenta considerações interessantes capazes de aclarar a utilização do Teste do Monopolista Hipotético, em Documento de Trabalho publicado, em dezembro de 2021, para debater potenciais metodologias aplicáveis à definição de mercado relevante¹⁷⁰:

“A menor delimitação possível envolvendo os produtos das requerentes que consiga realizar um SSNIP deve ser considerada a fronteira ideal do mercado relevante. [...] o MR candidato seja pequeno demais para um SSNIP, então, deve-se aumentar o escopo do referido mercado (incluindo no referido mercado analisado os substitutos mais próximos em termos de produto ou de região geográfica), testando, novamente, se um SSNIP é possível na versão expandida do mercado. O MR vai gradativamente se expandindo. O exercício se interrompe apenas quando for encontrado o menor grupo de produtos e localidades, envolvendo os produtos das requerentes de um AC, em que o suposto monopolista consiga, de fato, impor um SSNIP no mercado afetado, sendo tal definição adotada como MR, em sua dimensão geográfica e do produto. O TMH possui limitações, em especial quando a expansão do mercado não garanta substitutos próximos”.

É dessa forma, portanto, que se busca definir as molduras da dimensão produto dos mercados relevantes envolvidos em determinada operação. Importante mencionar que não necessariamente o Teste do Monopolista Hipotético considera um aumento de lucro no cenário pós SSNIP (cenário de “maximização de lucros”), mas pode tão somente constatar a compensação da perda da demanda pós SSNIP, o que deixaria o monopolista em situação idêntica em relação à lucratividade (cenário de *breakeven*)¹⁷¹.

No sentido diametralmente oposto ao Teste do Monopolista Hipotético usualmente adotado para se definir mercados relevantes, está o Teste do Monopsonista Hipotético, aplicável para investigar potenciais efeitos unilaterais de poder de compra, na

¹⁶⁹JACINTO, Paulo de Andrade; RIBEIRO, Eduardo Pontual. **Delimitação de Mercado Relevante para Produtos Diferenciados Usando Elasticidades: O Caso de Chá Pronto para Beber**. Revista Economia, Selecta, Brasília, v. 11, nº 4, p. 267-284, 2010, p. 269.

¹⁷⁰ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do Debate sobre a Definição do Mercado Relevante**, p. 11.

¹⁷¹ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do Debate sobre a Definição do Mercado Relevante**, Brasília, 2021, p. 12.

forma de redução do preço. Em linha com o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, publicado pelo Cade:

“Tal teste [Teste do Monopsonista Hipotético] se destina a delimitar uma área geográfica, um produto e um período, em que a criação de um monopsonio hipotético no mercado intermediário poderia gerar incentivo e possibilidade significativa e não transitória de imprimir um decréscimo do preço de compra de seus insumos em valor, no mercado à montante”¹⁷².

Partindo da ideia de que a contratação de trabalhadores em muito se assemelha à relação vertical referente à aquisição de insumos, por determinada empresa, de *players* a montante, a ferramenta mais adequada para se pensar a definição do mercado relevante na dimensão trabalho é o Teste do Monopsonista Hipotético¹⁷³. Isso porque é este o teste que se propõe a avaliar efeitos concorrenciais relacionados ao exercício de poder de compra (i.e., aquisição de insumos ou contratação de força de trabalho no mercado a montante, a menores valores).

Nessa perspectiva, portanto, o Teste do Monopsonista Hipotético visa a investigar se um *player* detentor de poder de monopsonio, no cenário pós-operação, seria capaz de reduzir remunerações de empregados em um pequeno, mas significativo e não transitório, valor (i.e., pequena, mas não transitória, redução na remuneração – “PNTRR”)¹⁷⁴. A conclusão do teste levaria ao menor conjunto de ocupações profissionais no qual a diminuição de um significativo e não transitório percentual nas remunerações seria lucrativa para o hipotético monopsonista. Isto é, tal conjunto corresponderia ao grupo de profissionais que provavelmente não passariam a desempenhar outras atividades em razão de uma permanente e significativa redução salarial por parte do empregador (i.e., adquirente da força de trabalho).

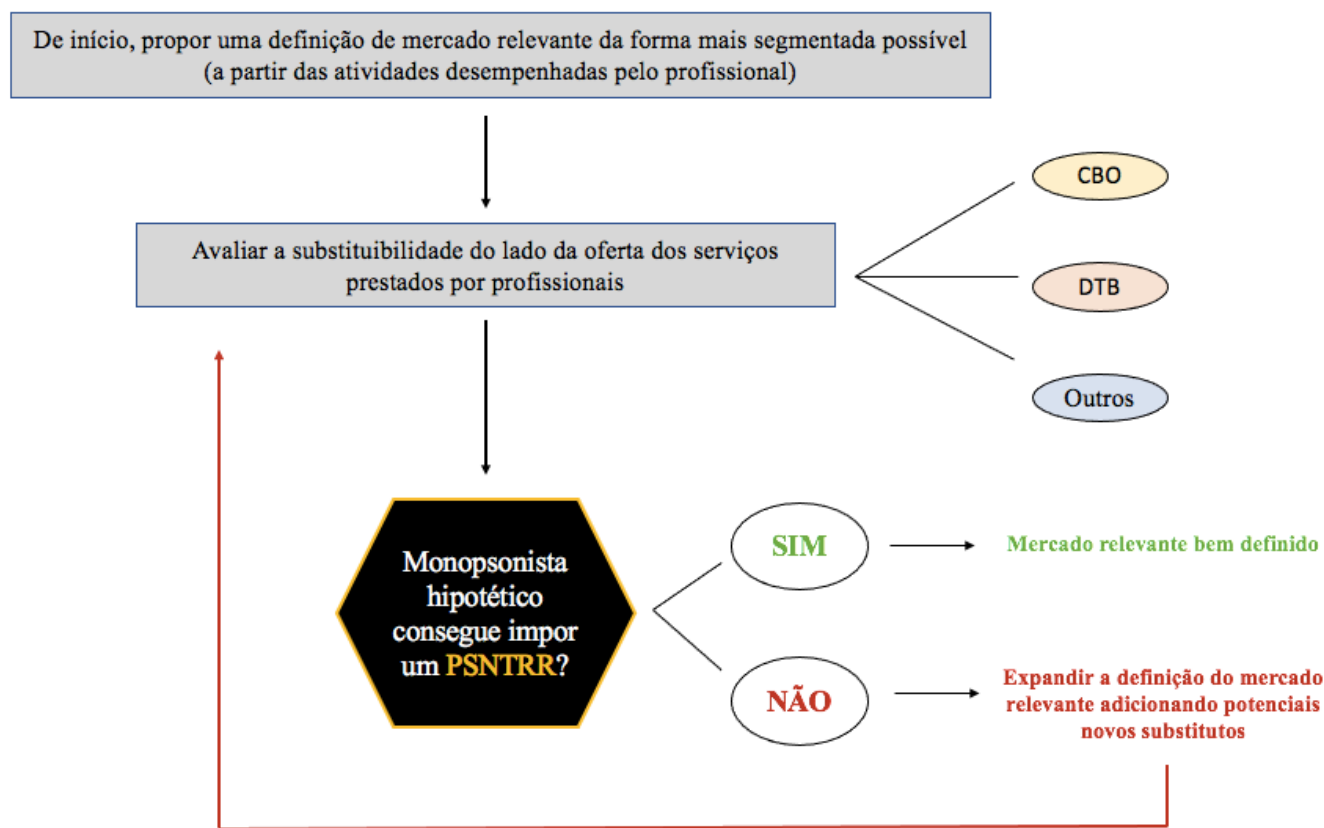
Para facilitar, segue ilustração sobre o raciocínio a ser realizado no Teste do Monopsonista Hipotético, bastante similar ao aplicado no tradicional Teste do Monopolista Hipotético para definir a dimensão produto de mercados relevantes:

¹⁷² CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 18.

¹⁷³ A OCDE explica que, no original, que “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” (OCDE. **Competition in Labour Markets**, 2020, p. 32).

¹⁷⁴ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Harvard Law Review, v. 132, 2018, p. 27.

Imagem 4 – Teste do Monopsonista Hipotético para definição da dimensão trabalho do mercado relevante



Fonte: adaptado pela autora¹⁷⁵.

A partir do resultado do Teste do Monopsonista Hipotético, portanto, a ideia é que a dimensão trabalho do mercado relevante abranja empresas empregadoras, localizadas em certa região, que concorram na contratação de empregados com determinado conjunto de habilidades profissionais¹⁷⁶.

De pronto, pode-se apresentar algumas considerações a respeito da delimitação da dimensão trabalho dos mercados relevantes, como o fato de que o nível de escolaridade

¹⁷⁵ A Imagem 4 foi elaborada pela autora a partir de ilustração elaborada pelo Economista-Chefe do DEE/Cade, Guilherme Resende, para demonstrar o Teste do Monopolista Hipotético em artigo publicado sobre o lançamento do Documento de Trabalho nº 006/2022 (RESENDE, Guilherme Mendes. **Análise Econômica e o Departamento de Estudos Econômicos do Cade**, Consultor Jurídico, 28 nov. 2022).

¹⁷⁶ Além dos fatores objetivos para diferenciar os mercados, vale destacar que a decisão (ainda que involuntária) por aceitar remuneração mais baixa não necessariamente se dá em razão de aspectos salariais, mas também porque uma mudança de emprego envolve esforços complementares relacionados à procura por novas vagas, ao tempo gasto em processos seletivos, à elaboração e envio de currículos, aos custos de adaptação, entre outros. Além disso, é possível que uma oportunidade alternativa não explore por completo as suas habilidades e experiências profissionais, o que também tende a pesar sobre esse tipo de decisão. Além disso, outros benefícios diferentes do salário podem ser relevantes para a escolha do trabalhador por uma determinada vaga de emprego. Pesquisa de Harvard explica que 88% dos entrevistados indicaram que considerariam vagas com menores salários, mas que apresentassem melhores benefícios (como horas de trabalho e flexibilidade) (**Harvard Business Review**, 15 fev. 2017).

e de especialização para determinadas funções sinalizam para maior (ou menor) probabilidade de se tratar de mercado concentrado. Trabalhadores especialistas (e.g., com nível de educação e especialização mais elevados) tendem a compor mercados relevantes mais restritos. De outro lado, trabalhadores generalistas (e.g., funcionários de limpeza, recepcionistas, cargos administrativos) podem mais facilmente encontrar oportunidades de emprego que sejam compatíveis com as suas habilidades, em diferentes tipos de setores¹⁷⁷.

Eric Posner, Naidu e Weyl apresentam interessante exemplo sobre esse ponto¹⁷⁸. Suponha-se que existam quatro grandes empresas desenvolvedoras de aplicativos de tecnologia em determinada localidade, que contratam dois tipos de empregados: especialistas, que têm experiência e habilidades profissionais relacionadas ao desenvolvimento de aplicativos de tecnologia; e generalistas, que prestam serviços gerais. Na hipótese de um empregado generalista (funcionário de limpeza, por exemplo) ser demitido, tal funcionário pode encontrar trabalho em uma ampla gama de empresas (no caso de funcionários de limpeza, em qualquer empresa que demande serviços de limpeza). Por sua vez, caso um dos especialistas seja demitido, este a princípio teria de procurar emprego em outra empresa desenvolvedora de aplicativos de tecnologia, que são poucas no país.

Avançando um pouco mais, verificam-se ainda outros aspectos relevantes que podem impactar na definição de mercado relevante. Suponha-se que, dentre as quatro empresas desenvolvedoras de aplicativos de tecnologia, duas delas possuam produção que demanda atenção e cuidado ao longo de toda a noite – ou seja, demanda a contratação de especialista que esteja disposto a trabalhar no período noturno. O número de empregados que possuam tal conjunto de atribuições tende a ser ainda mais limitado, visto que aqui há dois filtros principais: o que envolve o conjunto de competências para o desenvolvimento da atividade e a disposição para trabalho noturno. Poder-se-ia,

¹⁷⁷ No entanto, como explicam Naidu, Posner e Weyl, “trabalhadores pouco qualificados podem ser tão ou até mais vulneráveis ao monopólio do que trabalhadores altamente qualificados, apesar de possivelmente serem vistos como menos diferenciados pelos empregadores. Trabalhadores com baixa qualificação podem ter menos acesso a transporte, mercados imobiliários bem situados e informações sobre empregos, além de serem mais dependentes de redes informais, o que torna os empregos menos substituíveis e os empregadores mais diferenciados (tradução livre)” (NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Harvard Law Review, v. 132, 2018, p. 14).

¹⁷⁸ O exemplo apresentado tem como pano de fundo cenário apresentado por Eric Posner, Naidu e Weyl (NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**, pp. 27-28).

portanto, argumentar que trabalhadores especialistas com disposição para trabalhar no período noturno compõem um mercado relevante distinto e ainda mais restrito.

Aspectos relacionados à disposição dos trabalhadores a longos deslocamentos também podem ser avaliados. Imagine que uma quinta empresa desenvolvedora de aplicativos de tecnologia esteja localizada em uma região próxima à cidade das outras quatro. Se especialistas contratados por uma das quatro empresas têm disponibilidade para se deslocarem até essa outra região, então o mercado relevante abrange tal quinta empresa. No entanto, verificam-se nuances com relação à disposição para tal deslocamento, como a constatação de que pessoas mais jovens e/ou que não constituíram família tendem a ser mais flexíveis em relação a longos deslocamentos, ou mesmo em relação à mudança de cidade, se preciso¹⁷⁹.

Certo é que, assim como no Teste do Monopolista Hipotético, há alguma complexidade em se avaliar a exata extensão dos mercados relevantes envolvidos em uma operação, especialmente em se tratando de profissionais generalistas e/ou que possuem níveis de escolaridade e especialização mais baixos. De todo modo, entende-se que tais obstáculos não podem servir de justificativa para que autoridades antitruste e estudiosos da área deixem de envidar esforços para avançar na análise de efeitos concorrenciais de operações em mercados de trabalho.

Veja que, embora a discussão tenha ganhado maior destaque nos últimos anos, ainda em 2007, ao apurar suposta prática de fixação de preços e condições para a aquisição de serviços de enfermagem por meio da intermediação de associação (*Arizona Hospital and Healthcare Association*), o DOJ se valeu do Teste do Monopsonista Hipotético para delinear o mercado relevante afetado pela conduta¹⁸⁰. Para analisar o caso, o DOJ definiu os mercados relevantes como o de aquisição, por hospitais, de serviços diários de enfermagem nas áreas metropolitanas de Phoenix e de Tucson (*Hospitals' Purchases of Per Diem Nursing Services in the Phoenix and Tucson Metropolitan Areas*) e o de aquisição, por hospitais, de serviços de enfermagem para viagens no estado do Arizona (*Hospitals' Purchases of Travel Nursing Services in Arizona*).

¹⁷⁹ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**, p. 28.

¹⁸⁰ USA. United States and State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corp., c V07-1030-PHX, 2007.

Para se chegar à definição do mercado ocupação, primeiro o DOJ diferenciou enfermeiros que ofertam serviços diários (i.e., profissionais locais contratados por um curto prazo e para atender às necessidades imediatas de hospitais em um único turno) de enfermeiros que ofertam serviços de viagens (i.e., profissionais contratados para trabalhar em hospitais por períodos mais longos, geralmente treze semanas) a partir de aspectos como salários, benefícios complementares (e.g., férias, planos de saúde), condições de trabalho e flexibilidade de horários. Ao final, concluiu-se que enfermeiros que ofertam serviços diários e enfermeiros que ofertam serviços de viagem não são substituíveis entre si¹⁸¹ e compõem diferentes mercados relevantes.

Passou-se à definição dos mercados geográficos. Para o mercado relacionado à aquisição de serviços diários de enfermagem, o DOJ explicou que os enfermeiros que ofertam serviços diários geralmente vivem a uma distância razoável dos hospitais onde trabalham, para que o seu trabalho seja lucrativo. Os enfermeiros afetados pela conduta, portanto, residiriam em Phoenix ou em Tucson e morariam ao máximo na região metropolitana da cidade em que trabalham. O DOJ explica que “hospitais mais distantes não são bons substitutos para enfermeiros que ofertam serviços diários”.

Já em relação ao mercado relacionado à aquisição de serviços de enfermagem para viagens, o DOJ definiu o mercado geográfico como o estado do Arizona, em razão de aspectos como preferência por clima menos quente, oportunidades recreativas na região, proximidade de amigos e parentes e o fato de o estado ser membro do *Nurse Licensure Compact* de vários estados, o que reduziria custos de transação caso o profissional desejasse prestar serviços no Arizona.

Para ambos os mercados relevantes definidos pelo DOJ, a autoridade estadunidense concluiu que a representada teria estabelecido remuneração (diária ou por viagem) abaixo dos níveis competitivos e que tal redução não teria induzido enfermeiros a deixar de ofertar seus serviços em quantidades suficientes a ponto de torná-la não lucrativa. Estariam, portanto, definidos os mercados relevantes envolvidos na conduta.

Para o cálculo das estimativas de participação em ambos os mercados relevantes, o DOJ utilizou o “número de leitos hospitalares como *proxy* para a demanda por serviços

¹⁸¹ Conforme destaca a ação proposta pelo DOJ, para fins de análise, o mercado agrega vários também a aquisição de outros tipos de serviços, incluindo auxiliares de enfermagem licenciados, auxiliares de enfermagem certificados, técnicos de sala de cirurgia, técnicos de saúde comportamental e assistentes.

de enfermagem”¹⁸², a fim de verificar a posição dominante da representada. Por fim, concluiu-se que a conduta violaria a Seção 1 do Sherman Act, resultando na redução dos salários dos enfermeiros sem gerar eficiências capazes de compensar os efeitos anticompetitivos verificados.

Mais recentemente nos EUA, pela primeira vez, em agosto de 2022, houve o bloqueio de operação em razão de seus potenciais efeitos concorrenciais no mercado de trabalho¹⁸³. A operação, avaliada em USD 2,175 bilhões, envolvia a fusão de duas das maiores editoras de livros do mundo e foi proibida, pela United States District Court for the District of Columbia, após longa instrução e julgamento, com fundamento na Seção 7 do Clayton Act¹⁸⁴.

De acordo com o DOJ, a operação aumentaria a concentração de mercado na indústria editorial, o que permitiria que as grandes editoras pagassem menores valores a determinados autores pela aquisição dos direitos de publicação de seus livros. O caso foi a julgamento em 1.8.2022 e, após doze dias de discussão (incluindo depoimentos de autores, *experts* econômicos, agentes literários e executivos do setor), entendeu-se que a operação reduziria substancialmente a concorrência no mercado de aquisição dos direitos de publicação de livros *best sellers*¹⁸⁵, resultando em adiantamentos (*advances*) menores e em termos contratuais menos favoráveis aos autores de tais livros.

Vejamos o caso em maior detalhe. Em 2.11.2021, o DOJ apresentou uma ação civil (*civil action*) para impedir a aquisição da Simon & Schuster (“S&S”)¹⁸⁶, detida pela Paramount Global, pela Penguin Random House (“PRH”)¹⁸⁷, a maior editora de livros do

¹⁸² Vide *Complaint* do United States and State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corp.

¹⁸³ USA. United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al, 1:21-cv-02886, 2022.

¹⁸⁴ O Clayton Act é uma das leis antitruste estadunidenses, tendo sido aprovado em 1914 para clarificar alguns aspectos do Sherman Act. O Clayton Act visa regular a fixação de preços e a proibir operações que resultem em prejuízos concorrenciais ou criem monopólio.

¹⁸⁵ Vide *Memorandum Opinion* do United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al, no original: “the case proceeded to trial on August 1, 2022. For twelve days, the Court heard evidence and argument about how PRH's acquisition of S&S would affect competition in the “upstream” market for publishing rights. The Court heard testimony from authors, publishers, literary agents, and industry executives, and admitted over 230 exhibits.2 After a thorough review of the record and careful consideration of the parties' arguments, the Court concludes that PRH's acquisition of S&S is likely to substantially lessen competition to acquire “the publishing rights to anticipated top-selling books,” which comprise the relevant market in this case. The Court therefore will enjoin the proposed merger of PRH and S&S”.

¹⁸⁶ De acordo com o *Memorandum Opinion*, a Simon & Schuster, Inc., de propriedade da gigante da mídia Paramount Global (anteriormente ViacomCBS), é a terceira maior editora dos EUA. A S&S publica cerca de 1.000 novos títulos anualmente e registrou mais de US\$ 760 milhões em vendas líquidas em 2020.

¹⁸⁷ De acordo com o *Memorandum Opinion*, a Penguin Random House é de propriedade da Bertelsmann SE & Co. KGaA, uma empresa internacional de mídia e serviços, a PRH publica anualmente mais de 2.000 novos livros nos EUA e gera quase US\$ 2,5 bilhões em receita.

país. Em resumo, o fundamento para a proibição da operação cingiu potenciais efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho, em razão de significativo incremento no poder de monopólio das requerentes em relação ao mercado de aquisição de direitos de publicação dos autores mais vendidos (*relevant market for the acquisition of U.S. publishing rights to anticipated top-selling books*). Além de se vislumbrar preocupações decorrentes do poder de monopólio, a decisão também argumentou que, ao se permitir que a fusão fosse adiante, haveria significativa diminuição do número de *players* no mercado, o que facilitaria a coordenação entre as grandes editoras remanescentes.

De acordo com a ação, a PRH e a S&S seriam concorrentes diretas na aquisição de direitos de publicação de livros *best sellers*. O DOJ apontou ainda, com base em documentos e declarações internas das requerentes, que o mercado editorial de livros estaria sendo dominado pelas Cinco Grandes editoras (*Big Five publishers*) (i.e., PRH, S&S, HarperCollins, Hachette e Macmillan Publishing), já que as editoras menores teriam dificuldades em competir com as maiores tanto em razão dos valores de adiantamentos (*advances*) e *royalties* pagos aos autores, quanto por conta de nuances como “prestígio, reputação, experiência e capacidade de maximizar a possibilidade de um livro se tornar comercialmente bem sucedido”¹⁸⁸.

A ação apresentada pelo DOJ centra-se nas alegações de poder de monopólio, isto é, no poder de compra da entidade combinada em relação aos direitos de publicação de *best sellers* – e não em eventual poder de mercado relacionado à venda de livros ao público. A ação visa a proteger principalmente os autores de livros *best sellers*, embora também aponte para o fato de que a operação, em última instância, também prejudica os leitores (i.e., consumidores) ao reduzir a “quantidade e variedade de livros publicados”¹⁸⁹.

Vale destaque para a metodologia adotada pelo DOJ para definir o mercado relevante ocupação e geográfico envolvido na operação¹⁹⁰. Inicialmente, o *Memorandum Opinion* destaca que os tribunais avaliam os mercados relevantes de duas formas: considerando os indícios práticos (*practical indicia*) qualitativos e examinando a substituíbilidade do lado da oferta, por meio do Teste do Monopsonista Hipotético¹⁹¹.

¹⁸⁸ Vide *Complaint* do United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al, no original: “prestige, reputation, experience, and ability to maximize the book’s chances of becoming commercially successful”.

¹⁸⁹ Vide *Complaint* do United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al, no original: “the quantity and variety of books published”.

¹⁹⁰ Para fins de transparência, vale mencionar que o *Memorandum Opinion* denominou os mercados como “produto”, e não como “ocupação”, conforme proposto pela autora nesta dissertação.

¹⁹¹ Vide *Memorandum Opinion* do United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al.

De início, avaliou-se o mercado de aquisição de direitos de publicação de livros a partir da análise de indícios práticos, como o reconhecimento público de tal segmentação e as suas características. Para identificar livros *best sellers*, o DOJ se concentra no critério de "preço diferenciado" (*distinct pricing*), considerando livros *best sellers* como aqueles em que as editoras pagam antecipadamente, pelo menos, USD 250.000,00 aos autores a título de aquisição de direitos de publicação¹⁹². Tal parâmetro foi confirmado ao longo da instrução do caso, que contou com a participação de diversos agentes do mercado editorial. Verificou-se que, de fato, autores de livros com maior expectativa de venda tendem a receber pagamentos antecipados mais elevados, bem como que o valor correspondente a USD 250.000,00 para aquisição do direito de publicação seria indicador razoável¹⁹³.

Somado a isso, o DOJ afirmou ainda que livros *best sellers* possuem características peculiares, na medida em que demandam *marketing* mais forte e maiores gastos com publicidade e com suporte de vendas, visando a alcançar um número maior de leitores. Os próprios autores dos livros *best sellers* (i.e., vendedores) seriam diferenciados, na medida em que se preocupam com a reputação das editoras e com a qualidade dos serviços de distribuição e de propaganda dos seus livros, além de terem condições contratuais mais favoráveis do que outros autores.

Após identificadas tais características, passou-se ao Teste do Monopsonista Hipotético. A ideia foi responder à seguinte questão: se toda a concorrência entre os participantes no mercado fosse eliminada – ou seja, se todas as grandes editoras se juntassem e formassem uma única monopsonista – os adiantamentos (*advances*) seriam significativamente reduzidos? O ponto chave é saber se um número suficiente de autores de livros *best sellers* optariam pela auto-publicação (*self-publishing*) ou passariam a trabalhar com editoras menores caso enfrentassem uma pequena, mas significativa e não transitória redução na remuneração, de tal forma que não seria rentável para o hipotético monopsonista impô-la.

Primeiro, buscou-se avaliar se eventual alternativa pela auto-publicação (*self-publishing*) seria viável, na hipótese de os autores enfrentarem uma pequena, mas

¹⁹² No *Memorandum Opinion* do *United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al.*, explica-se que “preços distintos” são elementos importantes quando da definição dos mercados relevantes (*USA. Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. at 325, 1962).

¹⁹³ Vide *Memorandum Opinion* do *United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al.*, no original: “an industry publication, classifies deals over \$250,000 as significant or major deals”. Além disso, destacou-se que o valor apontado como corte de análise é “meramente útil”, sendo uma ferramenta para facilitar a avaliação de potenciais efeitos anticompetitivos decorrentes da operação.

significativa e não transitória redução em suas remunerações. Pontuou-se que a auto-publicação não paga, por óbvio, adiantamentos aos autores, tampouco inclui a amplitude de serviços editoriais, de distribuição e de *marketing* fornecidos pelas editoras, que são bastante importantes para o sucesso de um livro. A auto-publicação, portanto, não seria alternativa razoável para a maioria dos autores que procuram vender os direitos de publicação de seus livros, não sendo uma ameaça crível às editoras¹⁹⁴.

Também não se verificou a possibilidade de que os autores de livros *best sellers* passassem a contratar com editoras menores na hipótese de uma redução na remuneração. Como verificado pela Corte, tais autores têm necessidades e preferências específicas, visto que desejam que seus livros sejam publicados por editoras capazes de amplamente distribuí-los e promovê-los na mídia.

Com isso, o Teste do Monopsonista Hipotético teria sido satisfeito, de acordo com argumentação levantada pelo DOJ. Os autores de livros *best sellers* não possuem substitutos viáveis a quem recorrer em resposta a uma redução de remuneração. Isso porque, da perspectiva de um autor, a auto-publicação não seria viável, tampouco vender os direitos de publicação de seu livro a uma editora de menor porte¹⁹⁵. Na hipótese de uma redução dos valores pagos antecipadamente aos autores de livros *best sellers*, não seria provável que isso causasse, aos editores, a perda da aquisição dos direitos de publicação de um determinado livro¹⁹⁶. As editoras, por consequência, seriam capazes de auferir maiores lucros.

Já com relação ao escopo geográfico, o DOJ definiu o mercado relevante como mundial. Entendeu-se que, embora os autores que vendem direitos de publicação de livros *best sellers* nos EUA estejam predominantemente ali localizados, eles poderiam residir em qualquer parte do mundo. Da mesma forma, o mercado incluiria também editoras que adquirem direitos de publicação nos EUA, mesmo localizadas fora do país.

¹⁹⁴ Como explica a *Complaint* do United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al., os autores de livros não substituiriam a auto-publicação em número suficiente para dissuadir um hipotético monopsonista de impor uma pequena, mas significativa, e não transitória diminuição dos avanços.

¹⁹⁵ Vide United States' Corrected Proposed Findings of Fact and Conclusions of Law do United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al., no original: "That is not the case here. Because the United States alleged a market that includes all publishers as buyers of anticipated top-selling books, there exist no reasonable substitutes outside the defined market, and Defendants have not attempted to propose any alternative product or service that authors of anticipated top sellers would turn to as a reasonable substitute when faced with a significant price increase. Self-publishing, as discussed below, is not a credible alternative and Defendants concede as much".

¹⁹⁶ Vide Memorandum Opinion do United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al., no original: "Those publishers therefore can target authors of anticipated top-selling books for a decrease in advances (prices) because it is not as likely that such a price decrease will cause the publishers to lose a book".

Sendo assim, os mercados relevantes objeto da operação foram definidos da seguinte forma: (i) na dimensão produto, como o de aquisição de direitos de publicação de livros *best sellers*; e (ii) na dimensão geográfica, como mundial. A partir de tal definição, a análise dos efeitos da operação aos autores de livros *best sellers* reduziu o conjunto de *players* atuantes no mercado editorial de centenas de empresas para apenas cinco (as denominadas *Big Five publishers*).

Passada a discussão a respeito da mais adequada definição do mercado relevante objeto da operação, estimou-se as participações de mercado de cada um dos *players* atuantes (e variações de HHI). De acordo com estimativas apresentadas pelo DOJ a partir de parecer econômico elaborado para o caso, a operação resultaria no *share* combinado das requerentes correspondente a cerca de 50% no mercado de aquisição de direitos de publicação de livros *best sellers*. No cenário pós-operação, a segunda empresa mais relevante teria participação de mercado correspondente a menos da metade da participação da entidade combinada¹⁹⁷.

Com base nas estimativas de participação de mercado das editoras e na avaliação de variação de HHI, a Corte estadunidense concluiu que a operação proposta entre a PRH e a S&S resultaria em uma “empresa capaz de controlar uma indevida parcela do mercado relevante e em um aumento significativo da concentração dos *players* atuantes”¹⁹⁸. Somado a isso, entendeu-se que a maior concentração do mercado no cenário pós-operação elevaria o risco de práticas anticompetitivas pelas grandes editoras, arrefeceria a concorrência entre os *players* e, em última instância, prejudicaria os leitores (i.e., consumidores finais) ao reduzir a quantidade e a variedade de livros publicados.

A análise e esforços envidados pelo DOJ e pelas partes envolvidas na operação no sentido de construir a definição do mercado relevante é bastante elucidativa e pode ser um bom ponto de partida para eventual análise que venha a ser realizada pela autoridade antitruste brasileira. Embora boa parte dos autos do caso sejam confidenciais (o que inclui o parecer econômico elaborado por *expert* a pedido do DOJ), certo é que, nas manifestações públicas da Corte, há informações de grande valia ao estudo,

¹⁹⁷ Vide *Memorandum Opinion* do United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al.

¹⁹⁸ Vide *Memorandum Opinion* do United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al., no original: “Based on the market-share analysis and the HHI analysis, the government has met its burden to establish that the proposed merger between PRH and S&S would produce ‘a firm controlling an undue percentage share of the relevant market, and [would] result in a significant increase in the concentration of firms in that market’”.

especialmente considerando que se trata da primeira operação bloqueada em razão de potenciais efeitos anticompetitivos relacionados ao mercado de trabalho.

Tendo isso como pano de fundo, serão apresentadas adiante classificações que podem auxiliar na definição de mercado relevante, especialmente se aplicado o Teste do Monopsonista Hipotético. A partir de sugestões apontadas em relevantes *papers* e livro publicados nos EUA sobre o tema, buscou-se adaptá-las para o contexto e informações disponíveis no Brasil. Primeiro serão apresentadas considerações para a definição do mercado relevante ocupação (Tópico III.1.2.1) e, depois, para a definição do mercado relevante geográfico (Tópico III.1.2.2). Por fim, apresenta-se considerações sobre o cálculo de estimativa do total da dimensão trabalho do mercado relevante (Tópico III.1.2.3).

III.1.2.1. Definição do mercado relevante ocupação

Para a definição do mercado relevante ocupação, Posner, Naidu, Hovenkamp, Marinescu, entre outros¹⁹⁹, partem da classificação elaborada pelo *US Bureau of Labor Statistics* (“*US Bureau*”) para identificar as diversas ocupações existentes e, a partir daí, avaliar o grau de substituíbilidade entre cada uma delas²⁰⁰. Tal classificação, em larga medida, compreende uma definição bastante específica sobre as diferentes ocupações que atualmente existem na sociedade²⁰¹.

O *US Bureau* elaborou uma classificação de todas as ocupações “nas quais o trabalho é realizado por remuneração ou lucro”²⁰², por meio do denominado *Standard*

¹⁹⁹ A classificação por códigos SOC é utilizada por diversos outros estudiosos em papers e livro publicados, nos EUA, sobre o tema (AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall; TASKA, Bledi. **Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data**. Labour Economics, v. 66, 2020. HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019. MELLMAN, Aryeh. **Measuring the Impact of Mergers on Labor Markets**, Columbia Journal of Law and Social Problems, New York, v. 53, ed. 1, 2019. MARINESCU, Ioana; POSNER A. Eric. **A Proposal to Enhance Antitrust Protection Against Labor Market Monopsony**. Roosevelt Institute, Roosevelt Institute Working Paper, New York, 2018).

²⁰⁰ No original: “First, we define a labor market by the type of job. The empirical literature relies on a list of “Standard Occupational Classifications” (SOC) maintained by the Bureau of Labor Statistics, and more specifically an occupation at the 6-digit SOC level, which represents a fairly specific definition of a job or occupation” (MARINESCU, Ioana; POSNER A. Eric. **A Proposal to Enhance Antitrust Protection Against Labor Market Monopsony**. Roosevelt Institute, Roosevelt Institute Working Paper, New York, 2018, p. 5).

²⁰¹ HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019.

²⁰² Como explica o Manual elaborado em 2018: “The SOC classifies all occupations in which work is performed for pay or profit. The SOC covers all jobs in the national economy, including occupations in the public, private, and military sectors. All federal agencies that publish occupational data for statistical purposes are required to use the SOC to increase data comparability across federal programs. State and

Occupational Classification (“SOC”)²⁰³, visando a aprimorar o método de coleta de dados relacionados à estrutura ocupacional dos Estados Unidos. Conforme consta em seu manual, o SOC é utilizado por agências estatísticas federais estadunidenses para classificar trabalhadores e empregos por categoria ocupacional, no intuito de facilitar a coleta, análise e divulgação de dados.

O SOC abrange todas as ocupações que existem no território estadunidense, incluindo ocupações nos setores público, privado e militar. O sistema de classificação é importante na realização de estudos e avaliações comparativas, funcionando como uma espécie de linguagem comum de categorização entre diferentes ocupações desempenhadas no país. Mais especificamente, o sistema SOC contém 867 ocupações abrangentes (compostas por 6 dígitos), agregadas em 459 ocupações mais específicas. Essas 459 ocupações são, por sua vez, divididas em 98 grupos menores, derivados de 23 grupos principais.

Para fins ilustrativos, segue a seguir exemplo de classificação de determinada ocupação segundo o código SOC, em seus diversos níveis:

Tabela 1 – Exemplo de classificação de ocupação por código SOC

Código SOC	Detalhamento
Grupo principal: 29-0000	Profissionais de saúde e ocupações técnicas
Grupo menor: 29-1000	Profissionais de diagnóstico ou tratamento de saúde
Ocupação ampla: 29-1020	Dentistas
Ocupação detalhada: 29-1022	Cirurgiões orais e maxilofaciais

Fonte: Manual SOC 2018

Como bem esclarecido no Manual, vale destacar que os “títulos ocupacionais” (*job titles*) não necessariamente correspondem a “ocupações” (*occupations*), estas últimas identificadas por um código SOC. Um título ocupacional demanda um conjunto de atividades desempenhadas por um empregado, que pode variar a depender do tamanho e da organização do contratante. De outro lado, uma ocupação corresponde a um agrupamento de diversos títulos ocupacionais. Ou seja, a definição de uma ocupação

local government agencies are strongly encouraged to use this national system to promote a common language for categorizing and analyzing occupations” (UNITED STATES. **Standard Occupational Classification Manual**. Executive Office of the President Office of Management and Budget, 2018, p. 1).

²⁰³ UNITED STATES. **Standard Occupational Classification Manual**. Executive Office of the President Office of Management and Budget, 2018.

consiste em uma descrição abrangente de diferentes títulos ocupacionais que apresentam semelhanças, embora com algumas variações a depender do estabelecimento ou da especificidade da atividade desempenhada. Como explica o Manual, os trabalhadores são classificados em ocupações SOC (e não em títulos ocupacionais) de acordo com as suas respectivas demandas de trabalho²⁰⁴.

Um ponto a se considerar é o seguinte: um código SOC não necessariamente corresponde a um mercado relevante específico, podendo ser (i) muito restrito, porque uma ocupação designada por um código SOC pode eventualmente concorrer com ocupações designadas por outros códigos SOC; ou (ii) muito abrangente, porque uma ocupação identificada por um código SOC pode incluir diversos níveis de um mesmo cargo, que tendem a não demandar o mesmo conjunto de competência (e.g., contador sênior e um contador júnior). Vejamos exemplos para ambos os cenários.

Um mercado pode ser definido de forma restrita caso ocupações designadas por diferentes códigos SOC possam ser desempenhadas por trabalhadores que detenham um mesmo conjunto de habilidades. Um “cozinheiro” (SOC 35-2010), por exemplo, pode trabalhar em uma lanchonete de *fast food* (SOC 35-2011), cafeterias (SOC 35-2012), hotéis (SOC 35-2013), restaurantes (SOC 35-2014), entre outras possibilidades (SOC 35-2019). Isto é, na hipótese de um anúncio de uma vaga de cozinheiro em um restaurante *self-service* na cidade, estão aptos a se candidatarem à vaga não apenas cozinheiros com experiência em restaurantes, mas também outros que tenham tido prática em lanchonetes ou hotéis. Neste exemplo, é visível algum grau de substituíbilidade entre trabalhadores que têm ocupações definidas por diferentes códigos SOC²⁰⁵.

De outro lado, é possível que a definição do mercado segundo códigos SOC seja muito abrangente, podendo os cargos específicos servirem como melhor parâmetro para a definição do mercado. Como destacam Posner e Marinescu, embora seja uma classificação detalhada, a definição de determinado mercado por código SOC provavelmente será muito ampla²⁰⁶. A título de exemplo, o código que se refere à

²⁰⁴ O Manual destaca ainda que “[s]ob o sistema SOC, os trabalhadores são classificados em ocupações a partir das suas demandas de trabalho, não a partir dos seus cargos. Trabalhadores que ocupem um mesmo cargo podem ser classificados em diferentes ocupações, a depender das suas funções individuais (tradução livre)” (UNITED STATES. **Standard Occupational Classification Manual**. Executive Office of the President Office of Management and Budget, 2018, p. 23).

²⁰⁵ Exemplo elaborado com base em artigo publicado por Hovenkamp e Marinescu sobre o tema (HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019, pp. 1050 e 1051).

²⁰⁶ MARINESCU, Ioana; POSNER A. Eric. **A Proposal to Enhance Antitrust Protection Against Labor Market Monopsony**. Roosevelt Institute, Roosevelt Institute Working Paper, New York, 2018, p. 5

ocupação “advogados” (SOC 23-1011) engloba níveis de empregados com conjunto de competências diversos: um advogado júnior, por exemplo, não possui o mesmo conjunto de habilidades que um advogado pleno e, menos ainda, que um advogado sênior. Isto é, dentro de um mesmo código SOC, pode-se argumentar pela existência de mais de um mercado relevante.

De todo modo, entende-se que a definição do mercado relevante ocupação, segundo a classificação por códigos SOC, é pertinente e consiste em uma presunção razoável a respeito da composição de determinado mercado, ao menos até que análises mais aprofundadas sobre o tema comecem a ser realizadas pelas autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo. Além disso, como um código SOC provavelmente se refere a uma definição de mercado ampla (abrangendo diversas ocupações específicas, por exemplo), tal classificação tende a ser uma suposição pró-requerentes, na medida em que provavelmente subestimar o grau de concentração do mercado²⁰⁷.

Partindo do ferramental inicialmente apresentado por importantes doutrinadores e estudiosos do Direito da Concorrência para avaliação e definição do mercado relevante ocupação, busca-se, a seguir, aplicar raciocínio semelhante para avaliação dos mercados no Brasil.

(i) Aplicação de classificação por ocupação no Brasil

No Brasil, o Ministério do Trabalho e Emprego (“MTE”), em conjunto com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (“IBGE”), elaborou a Classificação Brasileira de Ocupações (“CBO”). A estrutura básica da CBO foi elaborada em 1977, com base na Classificação Internacional Uniforme de Ocupações, de autoria da Organização Internacional do Trabalho (“OIT”). A CBO foi aprimorada ao longo de diversos anos até que se chegasse à categorização atual²⁰⁸, sendo hoje uma “ferramenta

²⁰⁷ MARINESCU, Ioana; POSNER A. Eric. **A Proposal to Enhance Antitrust Protection Against Labor Market Monopsony**. Roosevelt Institute, Roosevelt Institute Working Paper, New York, 2018, p. 5

²⁰⁸ Além das instituições conveniadas, o MTE contou com os serviços de uma consultoria nacional e com o treinamento dos facilitadores feito por instituição canadense. Na fase de definição da nomenclatura, contou com a participação de uma perita da OIT. Além disso, cada uma das famílias ocupacionais foi descrita por um grupo de 8 a 12 trabalhadores da área, em oficina de trabalho (ou painel) com duração de três dias, sendo dois dias de descrição e um dia de validação, por outro comitê, também formado por trabalhadores. Ao todo, foram realizadas 1.800 reuniões/dia, em vários pontos do Brasil, com a participação de aproximadamente 7.000 trabalhadores (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Classificação Brasileira de Ocupações: Livro 1: Códigos, Títulos e Descrições**, Brasília, 3ª edição, 2010, p. 7).

fundamental para as estatísticas de emprego-desemprego”²⁰⁹, estudo sobre o desenvolvimento das ocupações no país, elaborações de currículos, rastreamento de vagas, entre outros.

A ideia por trás da criação da CBO foi a unificação e a uniformização das classificações das ocupações utilizadas por diversas entidades em território nacional²¹⁰. A classificação visa a facilitar a comparação entre pesquisas e estudos realizados por diferentes fontes, bem como melhor viabilizar a comparação entre eventuais estatísticas produzidas no Brasil com aquelas geradas em outros países²¹¹.

Os conceitos são bastantes semelhantes aos utilizados, nos Estados Unidos, na classificação segundo códigos SOC, inclusive com relação à lógica de títulos ocupacionais e de ocupações. De acordo com material explicativo publicado pelo MTE, “ocupação é a agregação de empregos ou situações de emprego similares quanto às atividades realizadas” e o “título ocupacional, em uma classificação, surge de uma agregação de situações similares de emprego e/ou trabalho”²¹².

A organização das classificações também guarda muitas semelhanças com o modelo estadunidense. Como explicou o então Ministro de Estado do Trabalho e Emprego Carlos Lupi, a CBO “contém as ocupações, organizadas e descritas por famílias”, sendo que “cada família constitui um conjunto de ocupações similares correspondente a um domínio de trabalho mais amplo que aquele da ocupação”²¹³. Mais detalhadamente, há 10 grandes grupos que formam o nível mais agregado da classificação²¹⁴. Esses 10 grupos são, por sua vez, divididos em 48 subgrupos principais,

²⁰⁹ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Classificação Brasileira de Ocupações: Livro 1: Códigos, Títulos e Descrições**, Brasília, 3ª edição, 2010, p. 6.

²¹⁰ Como explica o MTE, a “função enumerativa da CBO é utilizada em registros administrativos como a Relação Anual de Informações Sociais – Rais, Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – Caged; Seguro Desemprego; Declaração do Imposto de Renda de Pessoa Física – Dirpf, entre outros. Em pesquisas domiciliares é utilizada para codificar a ocupação como, por exemplo, no Censo Demográfico, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Pnad e outras pesquisas de institutos de estatísticas como o IBGE e congêneres nas esferas dos estados e dos municípios” (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Classificação Brasileira de Ocupações: Livro 1: Códigos, Títulos e Descrições**, Brasília, 3ª edição, 2010, p. 10).

²¹¹ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Classificação Brasileira de Ocupações: Livro 1: Códigos, Títulos e Descrições**, Brasília, 3ª edição, 2010, p. 6. Vale ressaltar que a proposta de criação e de utilização da CBO é muito semelhante à da criação dos códigos SOC, nos EUA.

²¹² Emprego ou situação de trabalho é “definido como um conjunto de atividades desempenhadas por uma pessoa, com ou sem vínculo empregatício” (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Classificação Brasileira de Ocupações: Livro 1: Códigos, Títulos e Descrições**, Brasília, 3ª edição, 2010, p. 7).

²¹³ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Classificação Brasileira de Ocupações: Livro 1: Códigos, Títulos e Descrições**, Brasília, 3ª edição, 2010, p. 4.

²¹⁴ Os 10 grandes grupos, na classificação CBO, são: forças armadas, policiais e bombeiros militares; membros superiores do poder público, dirigentes de organizações de interesse público e de empresas e gerentes; profissionais das ciências e das artes; técnicos de nível médio; trabalhadores de serviços

depois em 192 subgrupos e, por fim, em 607 grupos de base ou famílias ocupacionais, onde se agrupam 2.511 ocupações e cerca de 7.419 títulos sinônimos²¹⁵.

Para fins ilustrativos, segue a seguir exemplo de classificação de determinada ocupação de acordo com o código CBO, em seus diversos níveis²¹⁶:

Tabela 2 – Exemplo de classificação de ocupação por código CBO

Código CBO	Detalhamento
Grande grupo: 2	Profissionais da ciência e das artes
Subgrupo principal: 22	Profissionais das ciências biológicas, da saúde e afins
Subgrupo: 223	Profissionais da medicina, da saúde e afins
Grupo de base (ou família): 2232	Cirurgiões-dentistas
Ocupação: 2232-08	Cirurgião-dentista – clínico geral
Sinônimos do CBO 2232-08	Dentista, odontologista, odontólogo

Fonte: Livro 1 da CBO²¹⁷

Diante desse contexto, o que se tem é que – assim como a classificação por códigos SOC é ponto de partida para a definição do mercado relevante ocupação por estudiosos nos Estados Unidos – a CBO, no Brasil, classifica as diversas ocupações desempenhadas em território nacional. Tal classificação é, inclusive, amplamente reconhecida na área e é há anos utilizada para promover a uniformização de análises, coleta e publicação de dados sobre trabalho.

Na esteira das recentes conclusões de autores estadunidenses como Hovenkamp, Posner, Marinescu e Naidu, entende-se que a presunção de que mercados relevantes

administrativos; trabalhadores dos serviços, vendedores do comércio em lojas e mercados; trabalhadores agropecuários, florestais, da caça e pesca; trabalhadores da produção de bens e serviços industriais (trabalhos artesanais); trabalhadores da produção de bens e serviços industriais (operadores de máquinas); e trabalhadores da manutenção e reparação (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Classificação Brasileira de Ocupações: Livro 1: Códigos, Títulos e Descrições**, Brasília, 3ª edição, 2010, p. 13).

²¹⁵ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Classificação Brasileira de Ocupações: Livro 1: Códigos, Títulos e Descrições**, Brasília, 3ª edição, 2010, p. 11.

²¹⁶ Vale destacar que, como explicado no material publicado pelo MTE, “[o] primeiro ponto é a confusão estabelecida entre ocupação e formação. A CBO é uma classificação ocupacional e não uma classificação educacional, de formação ou de diplomas, visto que indivíduos de formação idêntica podem exercer ocupações distintas. Um engenheiro que trabalha como analista financeiro de um banco será classificado como analista financeiro e não como engenheiro. Um médico que trabalha na função de diretor de um hospital será classificado como diretor de um hospital e não como médico. Também será classificado como diretor de hospital o administrador que ocupar essa posição. Portanto, a relação formação–ocupação não é necessariamente uma relação biunívoca” (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Classificação Brasileira de Ocupações: Livro 1: Códigos, Títulos e Descrições**, Brasília, 3ª edição, 2010, p. 13).

²¹⁷ As classificações das ocupações por código CBO podem ser acessadas também em ferramenta disponibilizada pelo MTE. Disponível em: <https://www.ocupacoes.com.br>.

ocupação correspondem a uma determinada CBO é razoável, ao menos até que o Cade possa se debruçar sobre diferentes operações e aprofundar o seu estudo sobre a mais adequada definição de mercado para uma determinada atividade a partir de casos concretos que sejam submetidos à autoridade.

Um paralelo interessante com relação à análise clássica antitruste vale ser mencionado. Um passo inicial quando da avaliação sobre a existência de eventual sobreposição horizontal na dimensão produto do mercado é justamente verificar as atividades desempenhadas pelas empresas que compõem os grupos econômicos das requerentes a partir da Classificação Nacional de Atividades Econômicas (“CNAE”) do IBGE – essa é, inclusive, informação que deve obrigatoriamente ser fornecida pelas requerentes no formulário de notificação de uma operação, seja no procedimento sumário ou ordinário (Item II.8 e Item II.9²¹⁸).

De modo geral, somente após uma primeira avaliação sobre as atividades desempenhadas pelas partes envolvidas na operação de acordo com as CNAEs apresentadas, passa-se a avaliar mais detidamente a definição de mercado relevante produto mais adequada ao caso concreto, bem como precedentes do Cade que já tenham analisado tal mercado em maior detalhe. Essa é justamente a lógica que aqui se propõe para a definição do mercado relevante ocupação.

III.1.2.2. Definição do mercado relevante geográfico

Na análise tradicional de atos de concentração, entende-se que o mercado relevante geográfico corresponde ao “espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas” na avaliação de determinada operação²¹⁹. Em outras

²¹⁸ Pare referência, segue a redação do formulário de notificação, segundo a Resolução Cade nº 33/2022: (i) Item II.8. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas partes diretamente envolvidas na operação, no Brasil, indicando o faturamento bruto obtido com cada uma das atividades no ano fiscal anterior ao da apresentação da notificação. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual; e (ii) Item II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.

²¹⁹ “Identifica-se o mercado relevante geográfico com o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas. Pode ser compreendido como a área na qual o agente econômico é capaz de aumentar os preços que pratica sem (i) perder um grande número de clientes, que passariam a utilizar-se de um fornecedor alternativo situado fora da mesma área ou (ii) provocar imediatamente a inundação da região por bens de outros fornecedores que, situados fora dela, produzem bens similares” (FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 224).

palavras, o mercado relevante geográfico nada mais é do que a área onde a concorrência se dá em relação a determinado produto.

A lógica utilizada por autores como Hovenkamp, Naidu, Posner e Marinescu, entre outros, para a análise geográfica da dimensão trabalho de atos de concentração, é bastante parecida²²⁰. Propõe-se a utilização da classificação por Zonas de Comutação (*Commuting Zones*), elaborada pelo Departamento de Agricultura dos Estados Unidos na década de 1980 e atualizada, pela última vez, em 2012²²¹.

A classificação de localidades por Zonas de Comutação foi pensada para melhor delimitar as economias locais dentro do território estadunidense, tendo em vista que as fronteiras municipais, por exemplo, nem sempre refletem os limites e influência de uma determinada área. *Commuting Zones* são, portanto, unidades geográficas de análise destinadas a refletir um local específico, no qual as pessoas vivem e trabalham²²².

A atual lista de Zonas de Comutação contém 3.141 diferentes zonas, identificadas por um código numérico e, para cada uma das zonas, há informação sobre o seu respectivo total populacional. Conforme verificado em estudo publicado por Marinescu e Hovenkamp, mais de 80% das ofertas de emprego ocorrem a candidatos que se encontram na mesma *Commuting Zone* que o empregador²²³, o que corrobora o entendimento de que Zonas de Comutação são presunções razoáveis acerca da delimitação geográfica do mercado relevante na sua dimensão trabalho.

Tendo isso como pano de fundo, busca-se a seguir aplicar raciocínio semelhante para avaliação dos mercados relevante geográficos, no Brasil.

²²⁰ AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall; TASKA, Bledi. **Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data**. Labour Economics, v. 66, 2020. HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019. MELLMAN, Aryeh. **Measuring the Impact of Mergers on Labor Markets**, Columbia Journal of Law and Social Problems, New York, v. 53, ed. 1, 2019. MARINESCU, Ioana; POSNER A. Eric. **A Proposal to Enhance Antitrust Protection Against Labor Market Monopsony**. Roosevelt Institute, Roosevelt Institute Working Paper, New York, 2018.

²²¹ A lista de Zonas de Comutação é disponibilizada na página do Serviço de Pesquisa Econômica do Departamento de Agricultura dos Estados Unidos. Disponível em: <https://www.ers.usda.gov/data-products/commuting-zones-and-labor-market-areas/>. Acesso em 10.4.2023.

²²² ECONOMIC RESEARCH SERVICE. **Commuting Zones and Labor Market Areas**, Estados Unidos da América, 2012.

²²³ MARINESCU, Ioana; RATHELOT, Roland. **Mismatch Unemployment and the Geography of Job Search**. American Economic Journal: Macroeconomics, v. 10, n. 3, 2018.

(i) Aplicação de classificação por território no Brasil

No Brasil, há uma lista de subdivisões municipais preparada pelo IBGE, que é atualizada de acordo com eventuais alterações na divisão político-administrativa do país. A chamada Divisão Territorial Brasileira (“DTB”) “detalha a estrutura territorial, enumerando as macrorregiões, unidades da federação, mesorregiões, microrregiões e municípios, além de suas subdivisões internas, os distritos e subdistritos ou regiões administrativas”²²⁴.

A finalidade da divisão territorial em muito se assemelha à ideia referente às *Commuting Zones* dos Estados Unidos. De acordo com o IBGE, a finalidade da DTB refere-se ao conhecimento do território nacional no sentido de se “estruturar os estudos geocientíficos e a atualização da base territorial para fins operacionais de pesquisas, de censos e na divulgação de dados estatísticos”²²⁵.

De acordo com a lista mais recente (referente ao ano de 2021), a estrutura territorial brasileira é composta por 5.568 municípios, somados do Distrito Federal (Brasília) e um Distrito Estadual em Pernambuco (Fernando de Noronha), 10.649 distritos municipais e 683 subdistritos. Cada uma das divisões do território nacional é representada por um código, isto é, estados, regiões geográficas intermediárias, municípios, distritos e subdistritos são identificados por um conjunto de números.

Com relação aos dados populacionais correspondentes a cada uma dessas divisões, não há, até o momento, informações disponíveis em fontes públicas sobre o tamanho populacional em cada uma das divisões que constam no DTB. De todo modo, embora não tão segmentado como a classificação da DTB (que chega ao nível de subdistritos), o IBGE disponibiliza ferramenta com dados relevantes a respeito de todos os municípios brasileiros²²⁶.

²²⁴ IBGE atualiza lista de subdivisões municipais do Brasil: Levantamento, referente a 2019, acrescenta 111 novos distritos municipais, 2023. Disponível em: [https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/05/ibge-atualiza-lista-de-subdiviso-es-municipais-do-brasil#:~:text=A%20Divis%20Territorial%20Brasileira%20\(DTB,e%20subdistritos%20ou%20regi%20es%20administrativas](https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/05/ibge-atualiza-lista-de-subdiviso-es-municipais-do-brasil#:~:text=A%20Divis%20Territorial%20Brasileira%20(DTB,e%20subdistritos%20ou%20regi%20es%20administrativas). Acesso em 10.4.2023.

²²⁵ IBGE atualiza lista de subdivisões municipais do Brasil: Levantamento, referente a 2019, acrescenta 111 novos distritos municipais, 2023. Disponível em: [https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/05/ibge-atualiza-lista-de-subdiviso-es-municipais-do-brasil#:~:text=A%20Divis%20Territorial%20Brasileira%20\(DTB,e%20subdistritos%20ou%20regi%20es%20administrativas](https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/05/ibge-atualiza-lista-de-subdiviso-es-municipais-do-brasil#:~:text=A%20Divis%20Territorial%20Brasileira%20(DTB,e%20subdistritos%20ou%20regi%20es%20administrativas). Acesso em 10.4.2023.

²²⁶ O sistema “Cidades@” agrega informações do IBGE sobre os municípios e estados do Brasil. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br>. Acesso em 13.3.2023.

Os dados disponibilizados têm como base o resultado do Censo Demográfico de 2010 e englobam informações como o volume populacional de determinado município, densidade demográfica, pirâmide etária, valores referentes à quantidade de pessoas empregadas e ao salário médio mensal, taxa de escolarização, PIB *per capita*, área territorial, entre outros aspectos interessantes²²⁷. Há, portanto, dados disponíveis em fontes públicas capazes de auxiliar na definição geográfica da dimensão trabalho do mercado relevante.

Reconhece-se que os limites municipais podem, em diversos casos, ser excessivamente restritos ou abrangentes e englobar áreas que não necessariamente estariam na mesma definição geográfica de um mercado. Todavia, a dimensão geográfica de mercados de trabalho tende a ser local²²⁸, de modo que – ao menos neste primeiro momento – entende-se que a classificação por município segundo o IBGE é razoável para a análise de mercados relevantes envolvidos em atos de concentração. Ademais, argumentos e estudos mais aprofundados sobre a adequada definição do mercado relevante podem ser realizados caso a caso, a depender das características da operação submetida à análise do Cade.

III.1.2.3. Estimativa do total dos mercados relevantes na dimensão trabalho

Após a definição dos mercados relevantes ocupação e geográfico relativos à dimensão trabalho, o próximo passo da análise passa a ser obter um valor correspondente ao mercado total, para que se possa calcular as estimativas de participação de cada um dos *players* envolvidos. Para tanto, os estudiosos do tema, nos EUA, têm utilizado informações disponíveis no CareerBuilder.com²²⁹, “indiscutivelmente o maior *website* de

²²⁷ A prévia da população, por município, calculada com base nos resultados do Censo Demográfico 2022 já estão disponíveis, embora as estatísticas completas ainda não tenham sido publicadas pelo IBGE, até a data da finalização deste trabalho, em 10.4.2023.

²²⁸ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 79.

²²⁹ Segue breve descrição da ferramenta, conforme consta no *website* da empresa: “No CareerBuilder, temos fornecido às pessoas as ferramentas de que precisam para encontrar o sucesso pessoal nos últimos 20 anos - desde centenas de milhares de empregadores em busca de grandes talentos até milhões de candidatos a emprego em busca das oportunidades certas. Entendemos as necessidades de empresas grandes e pequenas quando se trata de encontrar, contratar e gerenciar talentos. Por isso, estamos sempre adaptando soluções inovadoras para tudo, desde recrutamento até triagem de empregos e gerenciamento de capital humano. Como líder global do setor, usamos as mais recentes tecnologias, software e serviços para atender às necessidades de contratação de sua empresa para que sua equipe tenha sucesso. Apoiado pela Apollo Global Management (NYSE: APO), você pode encontrar o CareerBuilder e nossas subsidiárias nos EUA, Canadá, Europa e Ásia” (tradução livre). Disponível em: <https://hiring.careerbuilder.com>. Acesso em 3.4.2023.

busca por vagas de emprego dos Estados Unidos e amplamente representativo do mercado de trabalho do país”²³⁰.

Com isso, a partir do cruzamento das informações obtidas por meio do CareerBuilder.com com as classificações segundo código SOC e *Commuting Zones*, foi possível estimar participações de mercado dos agentes econômicos, especificamente na dimensão trabalho. Daí em diante, o raciocínio para avaliação de probabilidade de exercício de poder econômico a partir do cálculo de variação de HHI foi o mesmo adotado na análise antitruste clássica. Foram observados os parâmetros para aferição do grau de concentração dos mercados segundo o *Horizontal Merger Guidelines* do DOJ.

A utilização, portanto, de base de dados capaz de correlacionar os profissionais dedicados à determinada ocupação (ou conjunto de ocupações) a uma certa localidade tem-se mostrado razoável para que se possa calcular estimativas de participação dos *players* nos mercados envolvidos em dada operação. Embora certamente não se possa apreender a totalidade das oportunidades de emprego disponíveis ou mesmo absorver todas as nuances relacionadas a cada uma das ocupações existentes, fato é que tal metodologia tem sido utilizada por doutrinadores e alcançado resultados satisfatórios para que se avance na análise de potenciais efeitos concorrenciais decorrentes de atos de concentração econômica voltados, especificamente, à dimensão trabalho.

(i) Estimativa do total do mercado relevante no Brasil

No Brasil, dados detalhados sobre as atividades trabalhistas integram a Relação Anual de Informações Sociais (“RAIS”), preparada pelo MTE. Anualmente, todos os estabelecimentos do setor público e privado têm a obrigação de submeter ao Ministério informações referentes a cada um de seus empregados, incluindo – além de dados cadastrais e menções a jornadas desempenhadas, remunerações e eventuais benefícios – referência ao cargo ocupado de acordo com a classificação CBO e à localidade do posto de trabalho²³¹.

²³⁰ No original: “CareerBuilder.com is arguably the largest job board in the United States, and is broadly representative of the US labor market” (MARINESCU, Ioana; RATHELOT, Roland. *Mismatch Unemployment and the Geography of Job Search*. American Economic Journal: Macroeconomics, v. 10, n. 3, 2018, p. 43).

²³¹ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Manual de Orientação: Relação Anual de Informações Sociais**, Ano-Base 2022, Brasília, 2023, p. 26.

É por meio da RAIS que o Estado monitora de forma constante e meticulosa as tendências de emprego e renda do país, para estudo e implementação de políticas públicas mais eficientes. A RAIS, “com o transcorrer do tempo, foi se tornando, no país, uma das fontes estatísticas mais confiáveis sobre o mercado de trabalho formal”, constituindo verdadeira “referência nacional e internacional” sobre o tema²³².

Dada a relevância dos dados coletados, a RAIS já é utilizada pelo Cade não apenas para identificação de cargo de pessoas físicas representadas no âmbito de processos administrativos sancionatórios²³³, mas também como fonte de dados para cálculo de estimativas de participação de mercado dos agentes econômicos em sede de controle de estruturas²³⁴.

A título de exemplo, no Ato de Concentração nº 08700.009460/2022-31²³⁵ recentemente analisado pela SG/Cade, o mercado relevante objeto da operação foi o de gestão de serviços de recursos humanos e, num cenário mais conservador, o segmento voltado às “atividades conexas à instalação e manutenção de ar condicionado e sistemas de refrigeração”. Para se estimar o *share* das requerentes no segmento voltado às atividades específicas ligadas à instalação e reparação de equipamentos de ar condicionado e refrigeração, em cada um dos estados do Brasil, utilizou-se o número de funcionários das empresas envolvidas no mercado a partir de dados da RAIS.

Da forma similar, no Ato de Concentração nº 08700.003775/2018-99²³⁶, as estimativas de participação das requerentes no mercado nacional de prestação de serviços

²³² MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Manual de Orientação: Relação Anual de Informações Sociais**, Ano-Base 2022, Brasília, 2023, p. 5.

²³³ A título de exemplo, pode-se mencionar o Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51; Processo Administrativo nº 08012.002222/2011-09; Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51; Processo Administrativo nº 08700.004176/2020-15; Processo Administrativo nº 08012.007043/2010-79.

²³⁴ A título de exemplo, pode-se mencionar o Ato de Concentração nº 08700.010156/2022-37 (Requerentes: Cobasi Comércio de Produtos Básicos e Industrializados S.A. e Universo Pet Comércio de Produtos e Serviços Veterinários S.A.), aprovado sem restrições em 17.1.2023; Ato de Concentração nº 08700.000530/2021-13 (Requerentes: Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A. e Sorovale Administradora de Benefícios e Convênios S.A.), aprovado sem restrições em 22.2.2021; Ato de Concentração nº 08700.003294/2020-06 (Requerentes: São Marcos Saúde e Medicina Diagnóstica S.A. e Diagnósticos da América S.A.), aprovado sem restrições em 29.9.2020; Ato de Concentração nº 08700.005796/2019-20 (Requerentes: Fleury S.A. e Diagmax Participações Societárias S.A.), aprovado sem restrições em 20.12.2019; Ato de Concentração nº 08700.004550/2019-31 (Requerentes: Notre Dame Intermédica Saúde S.A. e Ghelfond Participações S.A.), aprovado sem restrições em 11.11.2019; Ato de Concentração nº 08700.003662/2018-93 (Requerentes: Prosegur Brasil S.A. Transportadora de Valores e Segurança e Transfederal Transporte de Valores Ltda.), aprovado sem restrições em 20.3.2019; Ato de Concentração nº 08700.003775/2018-99 (Requerentes: RHMED Consultores Associados S.A. e Notre Dame Intermédica Saúde S.A.), aprovado sem restrições em 21.6.2018.

²³⁵ Requerentes: In-Haus Industrial e Serviços de Logística Ltda. e ENGIE Brasil Serviços de Energia Ltda. e ENGIE Facilities, Limpeza e Conservação Ltda. Aprovado sem restrições em 16.12.2022.

²³⁶ Ato de Concentração nº 08700.003775/2018-99 (Requerentes: RHMED Consultores Associados S.A. e Notre Dame Intermédica Saúde S.A.), aprovado sem restrições em 21.6.2018.

de medicina e segurança do trabalho foram calculadas com base nos dados da RAIS. O esforço para se aferir as estimativas contou com a aplicação de filtros (i.e., excluiu-se do total o número de empregados correspondentes a empresas pequenas e a membros da Administração Pública) e, por fim, chegou-se à estimativa correspondente ao mercado total para a análise dos cenários pré e pós-operação.

Além disso, há casos em que o Cade se valeu da RAIS para avaliar a dinâmica do mercado ao longo de um período de tempo. No Ato de Concentração nº 08700.003662/2018-93²³⁷, envolvendo o mercado de transporte e custódia de valores, o DEE/Cade utilizou dados da RAIS para “descrever como esse mercado se comportou nos últimos cinco anos”. Usando como parâmetro de análise a “evolução de empregados” na atividade de transporte de valores no Brasil, o DEE/Cade concluiu que “houve uma queda no número de empregados nesse setor” o que indicaria que “esse mercado esteve em retração”²³⁸.

Como pontos a se considerar, vale dizer que a RAIS contém dados e informações apenas sobre o mercado formal de trabalho, ou seja, leva em consideração relações empregatícias devidamente formalizadas por um contrato e registradas dentro das normas da Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”)²³⁹. Há, todavia, outras fontes de dados que podem auxiliar análises que venham a tratar do mercado informal, como os resultados obtidos na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (“PNAD”) realizada pelo IBGE, que visa a acompanhar o desenvolvimento das forças de trabalho para o estudo e desenvolvimento socioeconômico do país, produzindo indicadores trimestrais sobre o tema²⁴⁰.

Para demonstrar que os dados existentes são suficientes para se analisar níveis de concentração no mercado de trabalho, observa-se que já há exemplos de estudos protocolados nos autos de processos do Cade nos quais há avaliação (ainda que inicial)

²³⁷ Ato de Concentração nº 08700.003662/2018-93 (Requerentes: Prosegur Brasil S.A. Transportadora de Valores e Segurança e Transfederal Transporte de Valores Ltda.), aprovado sem restrições em 20.3.2019.

²³⁸ Vide Nota Técnica Pública nº 20/2018/ DEE/Cade, elaborada no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003662/2018-93 (Requerentes: Prosegur Brasil S.A. Transportadora de Valores e Segurança e Transfederal Transporte de Valores Ltda.).

²³⁹ O trabalho formal consiste na relação de trabalho formalizada por um contrato e pelo registro oficial na carteira de trabalho, garantindo o respaldo da CLT (Consolidação das Leis de Trabalho). Para as empresas que contratam seus colaboradores como trabalhadores formais, é essencial respeitar as leis e condições de trabalho estipuladas pela legislação e pelos sindicatos. O trabalho informal se configura, de forma geral, para toda atividade profissional que não possua vínculo empregatício, seja em contrato ou CLT.

²⁴⁰ PNAD Contínua – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=o-que-e>. Acesso em 4.4.2023.

sobre o tema. Recentemente, a terceira interessada Associação Brasileira dos Promotores de Eventos (“ABRAPE”) apresentou material interessante no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21²⁴¹, que visa a apurar alegada conduta anticompetitiva praticada pela Ambev ao contratar condições de exclusividade com pontos de venda, no mercado de cervejas.

Ao interpor recurso voluntário contra medida preventiva imposta pela SG/Cade, a ABRAPE protocolou estudo sobre o setor de eventos no Brasil, apresentando informações interessantes e capazes de subsidiar uma avaliação sobre mercados de trabalho. Dentre os dados apontados, há o número de empresas atuantes no setor por CNAE e as suas respectivas participações por município, número de empregos no setor discriminado por CNAE ao longo dos últimos quinze anos, e a sua respectiva representatividade por município, massa salarial, salário médio por CNAE, empregos gerados pelo setor classificados por CBO, percentual de emprego formal, dentre outros²⁴².

Foram apresentados também diversos dados interessantes no Ato de Concentração nº 08700.006195/2016-91, envolvendo o setor de segurança privada²⁴³. Como explica o Sindicato das Empresas de Segurança Privada, Segurança Eletrônica, Serviços de Escolta e Cursos de Formação do Estado de São Paulo (“SESVESP”), “tendo como base a CNAE e a CBO, é possível delimitar o segmento especializado na prestação de serviços de segurança privada e acompanhar a sua evolução nos últimos anos”. A partir das descrições correspondentes a cada CBO, avaliou-se quais títulos fazem “parte do universo legal da segurança privada”. Quanto aos dados populacionais adotados como parâmetro para a análise, foram utilizadas as informações por município segundo estimativas do IBGE²⁴⁴.

Dentre as conclusões apresentadas no material, destacou-se que “uma importante característica do segmento especializado na prestação de serviços de segurança privada no estado de São Paulo é a presença de grandes empresas dominando a oferta de serviços”. De acordo com os dados, as dez maiores empresas do estado seriam responsáveis por empregar cerca de 40% dos vigilantes ocupados no segmento. Traçou-

²⁴¹ Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21 (Representada: Ambev S.A.) e Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65 (Recorrente: HNK BR Indústria de Bebidas Ltda.).

²⁴² Manifestação protocolada nos autos pela ABRAPE em 24.10.2022 (SEI 1138077).

²⁴³ Ato de Concentração nº 08700.006195/2016-91 (Requerentes: Top Service Serviços e Sistemas Ltda., GPS Predial de Segurança Ltda. - BA, TSR Participações Societárias S.A., Prosegur Brasil S.A. Transportadora de Valores e Segurança, Prosegur Sistemas de Segurança Ltda.), aprovada sem restrições em 21.9.2016.

²⁴⁴ Anexo 18 ao Formulário de Notificação (SEI 0237652), intitulado “I Estudo SESVESP sobre o Segmento Prestador de Serviços de Segurança Privada”.

se ainda um perfil dos vigilantes com base em dados da RAIS, segundo faixa etária, sexo e grau de escolaridade, destacando-se que a “mão de obra é o insumo mais importante na área de segurança”. Foram apresentados ainda os números de vigilantes por estado brasileiro ao longo dos últimos anos.

Feito esse panorama, o que se nota é que o Cade em alguns casos já reconhece, avalia e calcula estimativas de *share* com base em número de empregados da RAIS, bem como que há estudos de mercado tecendo conclusões a respeito dos níveis de concentração na dimensão trabalho que partem das classificações segundo CBO e divisão municipal. Embora alguns dados importantes (como os da RAIS) não sejam disponíveis em fontes públicas, certo é que o Cade pode solicitar informações ao MTE ou oficiar as principais empresas do mercado para requerer dados complementares. Com informações em mãos, entende-se que o Cade – com auxílio do DEE/Cade, se necessário – poderá ser capaz de avaliar as características e estimar a participação dos *players* na dimensão trabalho dos mercados relevantes.

III.1.3. Ferramenta alternativa para a definição do mercado relevante: aferição de “pressão de salários para baixo” (*downward wage pressure*)

Em dezembro de 2021, o DEE/Cade publicou o Documento de Trabalho nº 006/2021 intitulado “Atualização do debate sobre a definição do mercado relevante”²⁴⁵. O documento visa a apresentar novos enfoques e metodologias quantitativas capazes de auxiliar na definição de mercado relevante de operações submetidas à análise da autoridade antitruste brasileira²⁴⁶. Como explica o DEE/Cade, em cerca de 97% dos precedentes do Cade, a definição do mercado relevante ocorre exclusivamente por meio de informações qualitativas, sendo que em vários deles não há uma metodologia clara ou estruturada para se definir o mercado²⁴⁷.

Uma das técnicas quantitativas para a delimitação da dimensão produto do mercado relevante apresentadas no Documento de Trabalho refere-se à metodologia

²⁴⁵ O Documento de Trabalho nº 006/2021 venceu a categoria “*Best Soft Law – Economics*” do prêmio *Antitrust Writing Awards* 2023. A premiação é promovida pela revista francesa *Concurrences* e a cerimônia foi realizada em 28.3.2023 em Washington, nos Estados Unidos. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-conquista-premiacao-internacional-com-estudo-sobre-a-definicao-de-mercado-relevante>. Acesso em 4.4.2023.

²⁴⁶ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do Debate sobre a Definição do Mercado Relevante**, p. 5.

²⁴⁷ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do Debate sobre a Definição do Mercado Relevante**, p. 8.

denominada “*upward pricing pressure*” ou “pressão de preços para cima” (“UPP”), que, embora ainda seja pouco aplicada, é mencionada no *Horizontal Merger Guidelines*²⁴⁸ do DOJ e, com o passar dos anos, tem ganhado mais espaço nos Estados Unidos²⁴⁹. De acordo com levantamento realizado pelo DEE/Cade, o Cade parece ter utilizado pouquíssimas vezes tal método em suas análises até o momento²⁵⁰.

Em breve síntese, a metodologia denominada UPP parte do conceito de *diversion ratio* (ou taxa de desvio), que é a medida do grau de substituição ou competição entre dois ou mais produtos, para avaliar a proporção de vendas capturadas, em termos de quantidades ou de faturamento, por diferentes produtos quando o preço de outro é aumentado. Como resultado, verificam-se produtos substitutos próximos (que comporão o mesmo mercado relevante) e identificam-se os *players* que exercem maior pressão competitiva entre si²⁵¹.

Ao adaptar essa metodologia para que se possa avaliar a dimensão trabalho dos mercados, Eric Posner explica que – de forma análoga à dimensão produto – pode-se definir o mercado relevante envolvido em dada operação a partir da reação dos trabalhadores a respeito de uma pressão dos salários para baixo (ao invés de uma pressão de preços para cima). Tal metodologia é denominada, pelo autor, de *Downward Wage Pressure* (“DWP”)²⁵².

²⁴⁸ Há breve menção a tal metodologia no Horizontal Merger Guidelines dos EUA. No original: “In some cases, the Agencies may seek to quantify the extent of direct competition between a product sold by one merging firm and a second product sold by the other merging firm by estimating the diversion ratio from the first product to the second product. The diversion ratio is the fraction of unit sales lost by the first product due to an increase in its price that would be diverted to the second product. Diversion ratios between products sold by one merging firm and products sold by the other merging firm can be very informative for assessing unilateral price effects, with higher diversion ratios indicating a greater likelihood of such effects. Diversion ratios between products sold by merging firms and those sold by non-merging firms have at most secondary predictive value” (DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Division Policy Guide to Horizontal Merger Guidelines**. Falls Church, Estados Unidos da América, 2010).

²⁴⁹ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 79.

²⁵⁰ De acordo com levantamento jurisprudencial apresentado, pelo DEE/Cade, no âmbito do Documento de Trabalho, termos como “upp” e “*diversion ratio*” foram citados “marginalmente”, apenas em 0,05% da amostra que compreende votos proferidos por conselheiros do Cade entre 2004 e 2014 (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do Debate sobre a Definição do Mercado Relevante**, p. 47).

²⁵¹ Para ilustrar, vale reproduzir exemplo apresentado pelo DEE/Cade: “[c]onsiderando três produtos A, B e C, e supondo que após um aumento pequeno de preços do produto A este tenha suas vendas diminuídas em 100 unidades e, ainda, que em razão disso os produtos B e C capturem estas vendas, desviando 70 unidades para B e 30 unidades para C. Então, a TD de A para B é de 70 unidades (ou 70%) e o TD de A para C é de 30 unidades (ou 30%)” (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do Debate sobre a Definição do Mercado Relevante**, pp. 29-30).

²⁵² POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 80.

De forma semelhante à metodologia denominada UPP, a DWP também parte do conceito de *diversion ratio* para identificar o mercado relevante afetado pela operação²⁵³. Dentre as vantagens relacionadas ao cálculo da *diversion ratio*, em comparação ao Teste do Monopsonista Hipotético, está o fato de que tal medida seria capaz de mensurar o aumento de poder de mercado no cenário pós-operação de forma mais direta do que a variação de HHI, por exemplo. Em maior detalhe, a partir da DWP, avaliar-se-ia o percentual de trabalhadores de uma Empresa A que passaria a trabalhar em uma Empresa B – e não em outras empresas do mercado – caso se deparassem com uma redução salarial. A Empresa A e a Empresa B estariam em um mesmo mercado relevante na hipótese de existir uma significativa taxa de desvio (*diversion ratio*) dos trabalhadores da Empresa A para a Empresa B²⁵⁴.

Eric Posner sugere ainda uma outra fonte de informações que pode ser utilizada para a avaliação da *diversion ratio*: dados provenientes de empresas de *job hunting*²⁵⁵. O autor explica que, caso um número considerável de funcionários contratados pela Empresa A também tenham participado de processo seletivo para a Empresa B, há bons indícios de que as duas empresas competem pela contratação de funcionários (i.e., elas estariam no mesmo mercado relevante), bem como de que uma operação entre elas levaria à concentração do mercado²⁵⁶.

A DWP, portanto, é mais uma ferramenta à disposição das autoridades de defesa da concorrência para se definir a dimensão trabalho do mercado relevante e analisar os efeitos concorrenciais decorrentes de determinada operação. Ainda que não se tenha grande experiência prática sobre essa técnica, fato é que o seu aprimoramento – principalmente por parte do DEE/Cade – pode ser de grande valia para o Cade, em especial porque tende a ser um indicador mais facilmente calculável, segundo estudiosos do tema.

²⁵³ Outros autores apresentam essa metodologia para avaliação de mercados de trabalho, como Naidu, Posner e Weyl (NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Harvard Law Review, v. 132, 2018).

²⁵⁴ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 81.

²⁵⁵ No Brasil, poderiam ser utilizados dados advindos, por exemplo, do LinkedIn e de outros *websites* voltados à oferta de vagas de emprego, como o Site Nacional de Empregos, Catho, Vagas.com, Empregos, InfoJobs, Emprega Brasil, CIEE, entre outros.

²⁵⁶ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 81.

III.1.4. Conclusões sobre a definição da dimensão trabalho dos mercados relevantes

No Brasil, o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal indica expressamente que o primeiro passo da análise clássica de operações compreende a delimitação do mercado relevante. Para se chegar à definição do mercado mais adequada, o Guia aponta para o Teste do Monopolista Hipotético e para o Teste do Monopsonista Hipotético como ferramentas capazes de auxiliar na tarefa²⁵⁷. Tais testes, por sua vez, podem se valer de classificações amplamente utilizadas em estudos e estatísticas para traçar as molduras de determinado mercado relevante (como a CBO, DTB e dados municipais do IBGE). Para o cálculo de *shares*, há fontes de dados capazes de abalizar o tamanho total dos mercados (como RAIS e PNAD).

Foi justamente nessa linha que a Corte dos EUA pontuou a metodologia aplicada para a definição do mercado relevante objeto da operação proposta entre a S&S e a Penguin Random House. No *Memorandum Opinion*, a Corte argumentou que o Teste do Monopsonista Hipotético não seria capaz de, por si só, comprovar as alegações levantadas ao longo da ação movida pelo DOJ, mas – além de comumente utilizada – seria sim ferramenta analítica relevante para a avaliação da operação. Ao final da análise, concluiu-se que o teste seria capaz de corroborar a definição do mercado relevante inicialmente proposta pelo DOJ²⁵⁸.

A operação proposta entre a S&S e a Penguin Random House é a única operação bloqueada, até o momento, especificamente em razão de potenciais efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho²⁵⁹. Embora possa servir de exemplo e orientar futuras análises antitruste, fato é que a maior parte dos autos não é de acesso público, o que dificulta a avaliação – tanto para os profissionais da área quanto para os próprios agentes econômicos – sobre os parâmetros adotados pela Corte estadunidense para definir o mercado relevante, estimar as participações de mercado e mensurar efeitos concorrenciais.

²⁵⁷ Como explicado por doutrinadores referência sobre o tema, um ponto positivo quanto à forma de medir a concentração do mercado a partir da definição de mercado relevante é de que a metodologia é flexível e pode ser facilmente modificada se evidências futuras mostrem que o mercado tal qual definido anteriormente é excessivamente amplo ou restrito (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 83; MARINESCU, Ioana; RATHELOT, Roland. **Mismatch Unemployment and the Geography of Job Search**. American Economic Journal: Macroeconomics, v. 10, n. 3 2018; NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Harvard Law Review, v. 132, 2018).

²⁵⁸ Vide *Memorandum Opinion* do United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al.

²⁵⁹ Informação segundo o melhor conhecimento da autora, na data de conclusão deste trabalho, em 20.6.2023. Considera-se especialmente casos avaliados no Brasil e nos EUA.

Feitas essas considerações, a pergunta que se deve ter em mente quando da definição da dimensão trabalho do mercado objeto da operação a partir do Teste do Monopsonista Hipotético é a seguinte: na hipótese de um monopsonista hipotético reduzir significativa e não-transitoriamente a remuneração paga a determinado trabalhador, qual a probabilidade deste trabalhador se candidatar a uma ocupação diferente ou, ao menos, deixar o seu emprego atual?²⁶⁰

É inegável que definir a dimensão trabalho do mercado relevante envolve grande complexidade, especialmente porque há pouquíssima (ou praticamente nenhuma) jurisprudência sobre o tema, seja em âmbito nacional ou internacional. O que há são ferramentas que podem ser utilizadas para a avaliação dos potenciais efeitos concorrenciais decorrentes de uma operação, tais como o Teste do Monopsonista Hipotético.

Somado a isso, outras metodologias quantitativas podem ser adotadas para a delimitação do mercado relevante e avaliação de potenciais efeitos concorrenciais no mercado de trabalho²⁶¹. Dentre elas, destaca-se a denominada *Downward Wage Pressure*, que visa a mensurar a taxa de desvio de trabalhadores entre um determinado conjunto de empresas caso haja redução de salários. A partir disso, verifica-se o mercado afetado por dada operação e avalia-se o impacto nos níveis de concentração.

As ferramentas propostas não são exaustivas nem mesmo aplicáveis a todos os casos. Além disso, o grau de dificuldade para a delimitação dos mercados, por óbvio, depende da situação em concreto. Há ocupações, por exemplo, que possuem contornos muito bem delineados, como profissões reguladas por lei e/ou que demandam maior nível de educação e especialização. De outro lado, quanto mais generalista, maior a possibilidade do trabalhador de se movimentar entre diferentes ocupações.

A título ilustrativo, há precedentes que, embora não se refiram especificamente a análises de atos de concentração, são interessantes e, em alguma medida, já delimitaram mercados relevantes na dimensão trabalho. Na maioria dos casos, no entanto, a dimensão trabalho dos mercados relevantes é definida de maneira superficial, sem distinção de categorias dentro de uma mesma classe de trabalhadores ou devida delimitação

²⁶⁰ MARINESCU, Ioana; POSNER A. Eric. A Proposal to Enhance **Antitrust Protection Against Labor Market Monopsony**. Roosevelt Institute, Roosevelt Institute Working Paper, New York, 2018, p. 5.

²⁶¹ Documento de trabalho publicado pelo DEE/Cade, em 2021, estuda o tema e apresenta exemplos de metodologias quantitativas a serem consideradas para a definição de mercado relevante (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do Debate sobre a Definição do Mercado Relevante, Brasília, 2021).

geográfica²⁶². Tais falhas ocorreram tanto do lado das partes envolvidas no caso quanto do lado dos próprios tribunais, como será apresentado a seguir a título de exemplo.

Em 2001, uma Corte de Apelação estadunidense enfrentou tal questão ao analisar a legalidade de cláusula de não-aliciamento firmada entre empresas concorrentes na contratação de funcionários²⁶³. Em 1995, a AT&T, provedora de telefonia, decidiu vender uma de suas subsidiárias, a Paradyne Corp. ("Paradyne"), fabricante de produtos de acesso à rede para o setor de telecomunicações. No intuito de garantir a competitividade da Paradyne, as partes firmaram um acordo que estabelecia que empresas do Grupo AT&T não contratariam ou aliciariam qualquer empregado ou consultor da Paradyne cuja remuneração ultrapassasse USD 50.000,00 por ano, pelo período de oito meses após o fechamento da operação. De acordo com os autores, tal restrição à contratação violaria §1º do Sherman Act, pois consistiria em espécie de fixação de preços entre concorrentes.

Para fundamentar a existência de prática anticompetitiva, os autores apontaram que as empresas compradora e vendedora competiriam horizontalmente pelas habilidades técnicas e serviços prestados pelos autores (i.e., empregados) e, por isso, um acordo entre elas se assemelharia à prática de fixação de preços. O acordo, portanto, impediria os empregados de vender a sua força de trabalho para empresas relevantes no mercado.

Ao analisar a questão, a Corte entendeu que a cláusula de não-aliciamento seria legítima e proporcional, para garantir a efetiva continuidade Paradyne no setor. Além disso, a Corte pontuou que (i) a cláusula impediria os empregados de trabalhar apenas nas empresas envolvidas na operação, isto é, os autores estariam livres para procurar oportunidades em qualquer outra empresa do setor de telecomunicações; (ii) não haveria qualquer evidência capaz de demonstrar que as empresas envolvidas no acordo seriam as únicas para as quais os autores poderiam trabalhar; (iii) o tribunal teria identificado mais de vinte outras empresas de telecomunicação que competiria pela contratação de serviços técnicos; e (iv) o mercado de trabalho dos autores é caracterizado por uma “formação educacional e profissional mais geral”, o que abrangeria um vasto número de outras oportunidades pelo país.

Para concluir, a Corte explicou ainda que a definição de mercado relevante indicada pelos autores seria “inapropriada” e “irreal”, sendo tão restrita que abrangeria somente as empresas envolvidas no acordo. Argumentou-se que “o mercado de trabalho

²⁶² MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. Why Has Antitrust Law Failed Workers? Social Science Research Network, 2019, p. 36.

²⁶³ USA. Eichorn v. AT&T Corp., 99-5791, 2001.

dos autores é muito mais amplo” e inclui “todas as empresas de tecnologia e provedores de serviços de rede que competem ativamente por funcionários com habilidades e treinamento detidos pelos autores”²⁶⁴.

Outro caso que vale menção se refere à investigação de suposta prática de troca de informações sensíveis entre as maiores catorze empresas da indústria petroquímica, responsável por empregar cerca de 80-90% da mão-de-obra do setor²⁶⁵. Em 2001, os autores da ação argumentaram que as empresas do setor teriam violado o §1º do Sherman Act ao trocar informações sobre remunerações pagas a empregados, que posteriormente seriam utilizadas para fixar salários a níveis mais baixos.

De acordo com os autores, o mercado relevante envolvido seria o de “serviços de empregados experientes, assalariados, não sindicalizados, gerenciais, profissionais e técnicos na indústria (“MPT”) de petróleo e petroquímica, nos EUA e em diversos submercados”. Ao decidir o caso, a Corte Distrital explicou que a definição do mercado é orientada por uma análise de substituíbilidade da utilização ou da elasticidade cruzada de potenciais produtos e que os autores não teriam aplicado tal teste ao caso concreto. Entendeu-se, por fim, que os autores deveriam demonstrar que os “‘produtos’ em questão – funcionários do MPT – são razoavelmente substituíveis ou que existe uma elasticidade cruzada”.

A Corte Distrital apontou que a definição de mercado relevante proposta pelos autores seria excessivamente ampla ou restrita, na medida em que (i) primeiro, não teria explicado “como contabilistas, advogados, engenheiros químicos e outros empregados MPT” da indústria seriam substituíveis entre si, visto que os trabalhos desempenhados por cada um deles seriam completamente diferentes”; e (ii) segundo, não teria esclarecido a razão de se considerar apenas profissionais atuantes na indústria petroquímica, destacando que ocupações menos técnicas tendem a não envolver competências muito específicas da indústria. Esse entendimento, no entanto, foi reformado pela Corte de Apelação.

Houve ainda outros casos em que se discutiram as definições da dimensão trabalho dos mercados relevantes. Em 22.3.2012, ao avaliar efeitos anticompetitivos

²⁶⁴ No original, “We believe this narrow market definition is inappropriate. As we recently stated, ‘[t]he outer boundaries of a product market are determined by the reasonable interchangeability of use or the cross-elasticity of demand between the product itself and substitutes for it.’ [...] By defining the market so narrowly that it only includes the defendants, plaintiffs’ proffered geographic and product markets are unrealistic”.

²⁶⁵ USA. *Todd v. Exxon Corp.*, n. 01-7091, 2001.

decorrentes de troca de informações entre hospitais sobre salários de enfermeiros, as partes discutiram se a definição do mercado relevante mais adequada abrangeria apenas os enfermeiros que trabalham em hospitais ou abarcaria também enfermeiros que trabalhavam em consultórios médicos, centros de cirurgia ambulatorial, lares de idosos e agências de saúde pública²⁶⁶. Ao final, a Corte não chegou a entrar no mérito da questão porque entendeu que a definição exata do mercado não era necessária para se aferir os efeitos anticompetitivos da conduta investigada.

Em 10.4.2014, uma Corte Distrital avaliou a razoabilidade de cláusula que impunha restrição em relação à atividade que viesse a ser desempenhada por ex-funcionário, no ramo de corretagem de seguros²⁶⁷. No intuito de demonstrar potenciais efeitos anticompetitivos decorrente da cláusula, aplicando-se a regra da razão, o autor apontou que a dimensão trabalho do mercado relevante consistia em “ex e atuais representantes e associados da AXA [representada] qualificados e com experiência”. Ocorre que, ao analisar a questão, a Corte argumentou que a definição do mercado de trabalho apresentada pelo autor teria sido insuficiente, pois não discutiria a elasticidade-cruzada da demanda por profissionais, barreiras à entrada no mercado de corretagem de seguros ou mesmo aspectos capazes de dificultar a mobilidade dos empregados.

Em 28.5.2015, uma Corte Distrital dos EUA avaliou ação civil que, dentre outros pontos, discutia a adequação de cláusula de não-concorrência e de não-aliciamento firmadas entre ex-empregados e empregadora, e entre duas empresas atuantes na área de vendas de *timeshare resorts*²⁶⁸. Uma vez que se tratava de cláusulas auxiliares em contratos, a regra da razão seria aplicada e, por isso, os autores se esforçaram para demonstrar a existência de posição dominante das empresas envolvidas.

Ao final, a Corte concluiu que os autores teriam falhado ao apresentar definições de mercado relevante muito restritas, que não seriam razoáveis para demonstrar as participações e eventual exercício de poder de mercado pelas representadas. Segundo a decisão do caso, embora se reconheça que as partes competem “como adquirentes de serviços de vendedores de *timeshare*”, o mercado relevante não seria restrito apenas às duas empresas representadas, mas abrangeria também outros *players* atuantes na área de vendas de *timeshare resorts*. Os autores não teriam apresentado elementos fáticos de que as duas representadas seriam “tão únicas que constituiriam todo o mercado de produtos

²⁶⁶ USA. Cason–Merenda v. Detroit Med. Ctr., Case No. 06-15601, 2012.

²⁶⁷ USA. Mooney v. AXA Advisors, L.L.C., Civil Action No. 13–3093, 2014.

²⁶⁸ USA. Hanger v. Berkley Grp., Inc., Civil Action No 5:13-cv-113, 2015.

ou que os vendedores de *timeshare* não pudessem procurar emprego em outras localidades”²⁶⁹.

Em caso julgado em 21.12.2017, mais uma vez se discordou da definição de mercado relevante apresentada ao se discutir, dentre outras questões, a adequação de cláusula de não-aliciamento contida em contrato de licenciamento. Dada que a avaliação da conduta ocorreu segundo a regra da razão, a autora se esforçou para demonstrar a existência de posição dominante no mercado de trabalho de engenheiros especializados (*labor market for specialized engineers*).

Ao julgar o caso, a Corte entendeu pela adequação da cláusula de não-aliciamento firmada entre as partes, concluindo ainda que a autora, embora tenha apontado para o mercado na dimensão trabalho, não teria suficientemente o delimitado. De acordo com a decisão, teria se deixado de apontar se haveria substituíbilidade entre os engenheiros das empresas envolvidas e também não se teria sequer feito menção à sua definição geográfica.

O cenário que se coloca, portanto, é o de que, embora já se tenha tangenciado a discussão e se tentado delimitar mercados relevantes na dimensão trabalho em algumas oportunidades, há significativos obstáculos ainda a serem superados. Verifica-se ainda certo ceticismo tanto de alguns estudiosos quanto de profissionais da área em relação ao tema, compreendendo críticas que vão desde a suposta (in)competência do Cade para avaliar prejuízos em mercados de trabalho até pontos sobre os aspectos práticos da análise concorrencial.

Fato é que a acomodação da análise clássica a novos cenários é importante e depende de esforços não apenas dos administrados, mas também da própria autoridade de defesa da concorrência. O DEE/Cade, especialmente, possui *expertise* técnica para realizar análises quantitativas rigorosas, especialmente envolvendo casos de maior complexidade²⁷⁰, ao passo que a SG/Cade e o Tribunal são capazes de aprofundar no detalhamento de aspectos qualitativos dos mercados envolvidos a partir de informações disponíveis em fontes públicas, mas também a partir de dados complementares que

²⁶⁹ No original: “At most, the amended complaint alleges that Bluegreen and Berkley Group are in the timeshare resort business and compete as buyers of timeshare salespersons' services. But the Amended Complaint is devoid of any factual allegation that these two entities have market power, enjoy any measure of market share, are so unique as to constitute the entire product market, or that timeshare sales personnel could not look elsewhere for employment”.

²⁷⁰ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do Debate sobre a Definição do Mercado Relevante**, 2021, p. 8.

podem ser diretamente solicitados a *players* do mercado (e.g., concorrentes, clientes, associações e sindicatos)²⁷¹.

Sendo assim, partindo dos precedentes internacionais que já tenham (ainda que superficialmente) debatido a questão e de estudos publicados por doutrinadores referência no Direito da Concorrência sobre o tema, deve-se trilhar caminho para que os desafios que se colocam quando da avaliação de efeitos concorrenciais em mercados de trabalho sejam pouco a pouco superados. O que se nota é que, por vezes, a análise da dimensão produto do mercado igualmente enfrenta alguma dificuldade, mas nem por isso a avaliação antitruste se torna inviável. Da mesma forma não se pode abrir mão de se avaliar impactos de atos de concentração nos mercados de trabalho, sob pena de se ver violados importantes princípios constitucionais que balizam a ordem econômica nacional.

III.2. Avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado decorrente da operação

Na análise clássica de atos de concentração, após a definição do mercado relevante e de estimativas de participação dos agentes econômicos, a próxima etapa diz respeito à avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado obtido com a operação. Como destaca o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal publicado pelo Cade, os dois principais pontos a serem considerados quando dessa avaliação referem-se a questões envolvendo a possibilidade de uma entrada tempestiva, provável e suficiente do novo *player* e o nível de rivalidade restante no mercado²⁷².

É nesse contexto que se colocam as discussões a respeito de barreiras à entrada e de elementos de rivalidade importantes para a dinâmica dos mercados²⁷³. Quanto a

²⁷¹ Em comunicação da CE sobre definição de mercado relevante, há indicação de que, “[s]empre que for considerada necessária uma definição de mercado precisa, a Comissão contactará frequentemente os principais clientes e as principais empresas do sector com vista a auscultar as suas opiniões quanto à demarcação dos mercados do produto e dos mercados geográficos e no intuito de obter os elementos comprovativos necessários para chegar a uma conclusão. A Comissão pode igualmente contactar as associações profissionais competentes e, se for caso disso, as empresas que operam nos mercados a montante, de modo a estar em condições de definir, sempre que necessário, mercados geográficos ou de produtos distintos para os diferentes níveis de produção ou de distribuição dos produtos/serviços em causa. Pode igualmente solicitar informações adicionais às empresas em causa” (OCDE. **Comunicação da Comissão Relativa à Definição de Mercado Relevante para Efeitos do Direito Comunitário da Concorrência**, Paris, 1997).

²⁷² CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 9.

²⁷³ O mero número de *players* atuantes em um determinado mercado não é elemento suficiente para se constatar a existência de poder econômico. Em verdade, um fator de grande relevância para o exercício de poder de mercado por meio da elevação de preços a um patamar acima do que se cobraria em um cenário de livre concorrência é a presença (ou não) de barreiras à entrada. Isso porque, em um cenário de baixas

possíveis barreiras à entrada que se relacionam à dimensão trabalho dos mercados, apresentadas no Tópico III.2.1, pode-se mencionar as cláusulas restritivas à concorrência (i.e., cláusulas de não-concorrência firmadas entre empregador e empregado e cláusulas de não-aliciamento), atritos de busca (*search frictions*), diferenciação de empregos (*job differentiation*) e obstáculos relacionados a exigências de licenças profissionais para que se possa desempenhar uma certa atividade.

Já a análise de rivalidade compreende nuances relacionadas à “efetividade da competição entre a empresa resultante da operação e as demais empresas instaladas (seus rivais)”, de modo que seja “pouco provável o exercício do poder de mercado adquirido”²⁷⁴. Como será detalhado adiante no Tópico III.2.2, há diversos elementos capazes de auxiliar nessa avaliação, como o grau de concentração de mercado, variância de *market share*, elasticidade da oferta de trabalho, capacidade de expansão da dimensão produto do mercado, grau de qualificação para o desempenho da atividade profissional, existência de cláusulas restritivas à concorrência, dentre outros.

Verifica-se, portanto, que tanto a avaliação sobre a concorrência existente no mercado quanto sobre a concorrência potencial é essencial para se completar a análise antitruste. Em mercados com intensa rivalidade, espera-se que existam rivais efetivos, isto é, empresas capazes de concorrer com a entidade resultante do ato de concentração na contratação de mão-de-obra. Além disso, na ausência de significativas barreiras à entrada, novos *players* podem entrar na dimensão produto do mercado, passando a incrementar ainda mais a concorrência por trabalhadores.

III.2.1. Barreiras à entrada na dimensão produto de mercados relevantes relacionadas à dimensão trabalho

As barreiras à entrada são definidas como qualquer fator que coloque um potencial competidor em desvantagem com relação aos *players* já estabelecidos em determinado mercado²⁷⁵. Quanto mais elevadas as barreiras, maiores são os custos para que um potencial entrante efetivamente passe a competir no mercado.

barreiras à entrada, novos concorrentes podem passar a atuar em tal mercado, caso visualizem oportunidade de competir com menores preços (NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. **Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions**. Mason: Thomson South-Western, 2008, p. 491).

²⁷⁴ CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 33.

²⁷⁵ CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 27.

Essa discussão é importante porque a redução da competitividade e lucros elevados em determinado setor tendem a encorajar a entrada de novos *players*²⁷⁶. Na medida em que a concorrência é um processo dinâmico, caracterizado pela entrada e saída de competidores ao longo do tempo, um mercado poderá auferir lucratividade superior à média apenas pelo tempo necessário para que novos competidores entrem em tal mercado (construam uma planta industrial, por exemplo). Se, ao contrário, empresas sejam impedidas de ingressar em tal mercado, entende-se que existem elevadas barreiras à entrada²⁷⁷.

Sendo assim, o debate sobre concorrência potencial – especialmente em mercados concentrados – é essencial para a constatação de poder de mercado²⁷⁸. Isso porque um *player* detentor de participação substancial do mercado relevante pode, muitas vezes, estar impossibilitado de abusar da sua posição dominante em razão da provável entrada de novos concorrentes²⁷⁹.

A entrada, no entanto, além de provável, deve ser tempestiva e suficiente para fazer frente a eventual aumento de preços imposto por *player* dominante²⁸⁰, como bem explica Paula Forgioni²⁸¹:

“Para que a expansão ou entrada sejam prováveis, elas devem mostrar-se suficientemente lucrativas para o concorrente ou para o novo *player*, exigindo o estudo de fatores como (a) barreiras à expansão ou à entrada, (b) prováveis reações da empresa investigada e dos concorrentes e (c) os riscos e custos de fracasso (“*sunkcosts*”). Para que a expansão ou a entrada seja considerada

²⁷⁶ KUPFER, D. **Barreiras estruturais à entrada**. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: campus, 2002.

²⁷⁷ O raciocínio é o de que, na ausência de significativas barreiras à entrada, empresas que a princípio estão afastadas de determinado mercado podem nele entrar, reestabelecendo a concorrência.

²⁷⁸ Como explica a cartilha do Cade “[p]ara que seja caracterizada a existência de poder de mercado faz-se necessário proceder a uma análise complexa, que parte da existência de posição dominante, mas envolve ainda a investigação de outras variáveis, tais como existência de barreiras à entrada naquele mercado, a possibilidade de importações ou ainda a efetividade de competição entre a empresa que tem posição dominante e seus concorrentes”. Ao passo que se verifica a existência de posição dominante “quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa de tal forma que a empresa ou grupo de empresas seja capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado. A parcela substancial de mercado relevante que trata a lei é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% do mercado relevante em questão. Porém, dependendo do caso concreto, a lei autoriza o Cade a alterar esse percentual para setores específicos da economia (art. 36, §2º da Lei 12.529/11)” (CADE. **Cartilha do Cade**, Brasília, 2016, p. 9).

²⁷⁹ FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 285.

²⁸⁰ Na mesma linha, o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal aponta que a avaliação acerca da “probabilidade de uso de poder de mercado adquirido por meio de maior concentração na operação” considera a “possibilidade de uma entrada tempestiva, provável e suficiente” (CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 9).

²⁸¹ FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 289.

adequadamente rápida, deve ser capaz de dissuadir ou impedir eventuais abusos. Por fim, para que a expansão ou a entrada seja suficiente, não se pode apresentar como simples entrada de pequena escala, por exemplo, em um nível de mercado, devendo ser de tal magnitude a ponto de desestimular qualquer tentativa de aumento de preços pela empresa investigada”.

Na análise clássica de atos de concentração, é bastante comum a avaliação sobre eventuais barreiras à entrada de novos *players* no mercado objeto da operação. Tal informação é, inclusive, solicitada tanto no Anexo I (formulário de notificação para ato de concentração ordinário) quanto no Anexo II (formulário de notificação para ato de concentração sumário)²⁸², quando da submissão de operação ao Cade.

De acordo com o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, os seguintes fatores constituem as mais convencionais barreiras à entrada: custos irrecuperáveis, barreiras regulatórias, recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas, economias de escala e/ou de escopo, grau de integração da cadeia produtiva, fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas e ameaça de reação dos competidores já instalados²⁸³. Vale destacar ainda que o formulário de notificação para ato de concentração ordinário expressamente questiona sobre a existência de barreiras relativas ao “acesso à mão-de-obra especializada” (item IX.2 do Anexo I)²⁸⁴.

Fato é que a dificuldade para se contratar profissionais é capaz de representar efetiva barreira à entrada para novos concorrentes na dimensão produto de determinado mercado, tendo em vista haver diversas ocupações que são essenciais para que uma empresa possa desempenhar as suas funções. A força de trabalho, portanto, é recurso produtivo, representando espécie de insumo (*input*) para o desempenho das atividades empresariais, de modo que a restrição de acesso a esse insumo configura barreira à entrada de novos *players*.

Nesse contexto, quando um *player* deseja entrar em determinado mercado, inicialmente deve-se contratar pessoal. A depender de como for, o entrante pode contratar

²⁸² No formulário de notificação de ato de concentração sumário (Anexo II), solicita-se informações sobre “barreiras tarifárias, regulatórias ou de qualquer natureza” que possam afetar importações (Item VI.6). Já no formulário de notificação de ato de concentração ordinário ou não-sumário (Anexo I), soma-se ainda a requisição de informações sobre distribuição dos produtos, marca, custos de transferência entre concorrentes (Etapa VII), a existência de barreiras legais ou regulamentares à entrada, barreiras relativas ao acesso a insumos ou infraestruturas, à detenção de direitos de propriedade intelectual e à importância de economias de escala e escopo e do grau de verticalização das atividades (Etapa IX). Vide Resolução Cade nº 33/2022.

²⁸³ CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 28.

²⁸⁴ Etapa IX – Análise das condições de entrada e rivalidade [...] IX.2. Considerando o(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5, indique a existência de barreiras relativas ao acesso a insumos ou infra-estruturas ou, ainda, a necessidade de possuir experiência comprovada ou acesso a mão de obra especializada.

ex-empregados das empresas incumbentes ou deverá apresentar um diferencial competitivo (e.g., oferecer maior remuneração, menor carga horária, benefícios) capaz de atrair profissionais que já estejam trabalhando em empresas instaladas. Na medida em que há barreiras que impedem a mobilidade de trabalhadores entre diferentes empregadores, a entrada de novos *players* na dimensão produto do mercado é também obstaculizada²⁸⁵.

Tanto a contratação de profissionais pode configurar significativa barreira à entrada que o entendimento do Cade é, há alguns anos, pacífico no sentido de que a prática de unimilitância no setor de saúde configura violação à legislação antitruste, justamente porque impede que profissionais de uma determinada região prestem serviços para concorrentes. Entende-se que, por meio de tal prática, incumbentes impedem a entrada de novos *players* em mercados relacionados²⁸⁶.

A título de exemplo, ainda em 27.7.1993, a PREVLIFE Socorro Médico e Assistência Integral Ltda. apresentou uma representação contra a UNIMED Nova Friburgo, alegando em síntese que “encontrou dificuldade para promover o credenciamento de profissionais da área de saúde em alguns municípios do estado do Rio de Janeiro pela resistência das cooperativas médicas locais (UNIMED) apoiadas pela Federação Estadual”²⁸⁷.

De acordo com a PREVLIFE, a UNIMED teria obstaculizado a sua entrada no mercado em razão de manter os profissionais médicos da região e adjacências, especialmente do município de Nova Friburgo/RJ, “sob controle, no sentido de não permitir que os mesmos prestem serviços à Requerente sob ameaça do imediato descredenciamento”. De 1993 para cá, casos desse tipo foram analisados mais de uma

²⁸⁵ Como explica a autoridade de defesa da concorrência de Portugal sobre o tema, “[a]o restringirem as decisões de aquisição de um *input* por parte das empresas, os acordos de não-angariação podem ter efeitos nos mercados onde essas empresas concorrem” (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, p. 11).

²⁸⁶ Conforme explicado no Caderno do Cade - Mercado de Saúde Suplementar: Condutas, publicado em dezembro de 2021, “[a] prática de unimilitância no setor de saúde é a exigência de qualquer agente econômico (por exemplo: hospital, operadora de planos de saúde ou cooperativa) no sentido de que o médico não preste serviço para concorrentes. Tal prática foi extensivamente analisada pelo Cade. Em geral, a mesma tem sido perpetrada pelas Unimeds, planos de saúde na modalidade cooperativa médica, que impedem ou desestimulam seus médicos cooperados de atenderem outros planos de saúde que atuam no mesmo mercado relevante”. Segundo o estudo do Cade, entre junho de 1996 e dezembro de 2021, 157 processos administrativos foram analisados, dos quais 103 resultaram na condenação dos representados e 39 foram encerrados mediante a assinatura de TCC nos quais Unimeds se comprometeram a se abster de exigir exclusividade de seus médicos cooperados (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; *Cadernos do Cade – Mercado de Saúde Suplementar: Condutas*, Brasília, 2021, p. 76).

²⁸⁷ Processo Administrativo nº 08000.004961/1995-76. Em 30.5.2000, a UNIMED foi condenada por condutas anticompetitiva tipificadas no artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos IV, V e VI da Lei nº 8.884/94, em linha com precedentes do Cade.

centena de vezes pelo Cade, que hoje sedimentou entendimento no sentido de que unimilitância no setor médico viola a legislação antitruste essencialmente porque impede a entrada de novos *players*.

No âmbito do controle de estruturas, no Ato de Concentração nº 08700.002595/2022-76²⁸⁸, a contratação de mão-de-obra já foi apontada como espécie de barreira à entrada em formulários de notificação. Em caso recente, ao submeter uma operação no mercado de comércio varejista de autosserviço oferecido por supermercados, hipermercados e atacarejos, as requerentes argumentaram pela ausência de barreiras à entrada, quanto à infraestrutura, apontando que a estruturação de imóveis comerciais para oferta dos produtos é viável e que a contratação de “mão de obra requerida para o funcionamento das obras não é especializada, havendo, portanto, ampla oferta de trabalhadores aptos”.

Já nos EUA, ao analisar a operação entre a S&S e a PRH – que em agosto de 2022 foi bloqueada pela Corte Distrital em razão de efeitos anticompetitivos no mercado de trabalho – barreiras à entrada foram consideradas na argumentação²⁸⁹. Ao decidir o caso, concluiu-se que as requerentes teriam deixado de comprovar a possibilidade de efetivas entradas no mercado, no cenário pós-operação, e que nenhuma editora teria passado a competir com as *Big Five* nos últimos trinta anos.

Dentre as razões para se entender que há significativas barreiras à entrada no mercado de aquisição dos direitos de publicação de livros *best sellers* e que as participações de mercado das *Big Five* não poderiam ser “facilmente contestadas por editoras menores”, a Corte estadunidense elencou aspectos como a capacidade financeira das grandes editoras e a importância das equipes de *marketing*, de vendas e de distribuição detidas por tais *players*²⁹⁰.

Nesse contexto, observa-se que a discussão sobre barreiras à entrada nos mercados a jusante (i.e., dimensão produto) envolvem não apenas os tradicionais obstáculos avaliados na análise clássica de atos de concentração, mas abrange também dificuldades na contratação de pessoal para o desempenho das atividades comerciais e impasses para

²⁸⁸ Ato de Concentração nº 08700.002595/2022-76 (Requerentes: Savegnago Supermercados Ltda., Peralta Comércio e Indústria Ltda., Peralta Distribuidora de Alimentos Ltda., Brastera Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Peralta Investimentos e Participações Empresariais Ltda.), aprovado sem restrições em 5.9.2022.

²⁸⁹ USA. United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al, 1:21-cv-02886, 2022.

²⁹⁰ Vide *Memorandum Opinion* do United States v. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al.

capturar, a depender do caso, uma parcela distinta dos profissionais (como foi o caso da operação S&S e PRH).

É nesse contexto que cláusulas de não-concorrência e de não-aliciamento firmadas entre empregadores e empregados, atritos de busca (*search frictions*), diferenciação de empregos (*job differentiation*) e exigência de licenças profissionais, por exemplo, colocam-se como verdadeiras barreiras à entrada. Partindo da ideia de que tais barreiras restringem a mobilidade dos trabalhadores, certo é que se dificulta a entrada de novos agentes capazes de rivalizar com incumbentes tanto na dimensão trabalho quanto na dimensão produto dos mercados²⁹¹.

Válido mencionar que não se trata aqui de barreiras à entrada de novos trabalhadores na dimensão trabalho do mercado, mas sim à entrada de concorrentes na dimensão produto. Isso se justifica porque cabe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano. A conclusão, portanto, é que cabe ao Cade avaliar, a partir da concentração de estruturas econômicas que a ele são notificadas, potenciais efeitos concorrenciais de determinada operação visando também à proteção dos trabalhadores (e não apenas dos consumidores finais). De outro lado, barreiras à entrada de trabalhadores na dimensão trabalho estão principalmente relacionadas à organização social da sociedade alheias à competência do Cade.

A seguir, serão apresentados considerações, exemplos e aspectos da jurisprudência do Cade²⁹² em relação a cada um desses pontos. Primeiro, serão apresentadas considerações a respeito das cláusulas restritivas à concorrência firmadas em contratos, seja entre empregadores ou entre empregadores e empregados (Tópico III.2.1.1); depois, serão abordados aspectos voltados aos atritos de busca (*search frictions*) e à diferenciação de empregos (*job differentiation*) (Tópico III.2.1.2), e à obrigatoriedade de licenças profissionais para o desempenho de determinadas atividades (Tópico III.2.1.3), que compreendem questões capazes de influir na mobilidade de trabalhadores e de interferir na dinâmica dos mercados envolvidos.

²⁹¹ “Ao contribuírem para o reforço do poder negocial dos empregadores face aos trabalhadores, os acordos de não-angariação podem limitar a medida em que os salários refletem os ganhos de produtividade. Num mercado de trabalho sem entraves à mobilidade, os aumentos de produtividade tenderão a aumentar a remuneração dos trabalhadores através da disputa entre empregadores ao nível da contratação” (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, p. 12).

²⁹² Os casos apresentados ao longo deste trabalho foram identificados a partir de buscas por palavras-chave no sistema de pesquisa SEI do Cade, e englobam tanto manifestações da SG/Cade quanto do Tribunal.

III.2.1.1. Cláusulas restritivas à concorrência na análise de barreira à entrada na dimensão produto dos mercados relevantes

Cláusulas de não-concorrência celebradas entre empregador e empregado e cláusulas de não-aliciamento firmadas entre empregadores consistem em restrições verticais que, a depender do caso, podem ser objeto do escrutínio antitruste. Em realidade, essas restrições funcionam como uma espécie de cláusula de exclusividade firmada entre o empregador e o empregado, visto que em larga medida impede o empregado de prestar serviços a outras empresas concorrentes do empregador.

De um lado, verifica-se que cláusulas desse tipo restringem a livre atuação, a mobilidade dos trabalhadores no mercado²⁹³ e a circulação e difusão de conhecimento entre as empresas, em prejuízo à inovação²⁹⁴; de outro, protegem legítimos interesses comerciais do empregador. Dentre os motivos para justificá-las estão o afastamento de *free ridings*, o incentivo a maior investimento em treinamento dos empregados²⁹⁵, a proteção de segredos industriais e a redução da rotação de funcionários em determinada localidade²⁹⁶.

Partindo da premissa de que o trabalhador pode ser entendido como fornecedor de mão-de-obra (i.e., insumo) para que empresas possam desempenhar atividades produtivas, é inegável que a celebração de cláusulas desse tipo tem o potencial de dificultar a entrada de novos *players*. Atos de concentração submetidos à análise do Cade, portanto, devem estar atentos à abrangência de tais restrições, para que sejam proporcionais e não impeçam excessivamente a mobilidade dos trabalhadores²⁹⁷.

²⁹³ MCADAMS, John M. **Non-Compete Agreements: A Review of the Literature**. Working Paper, 2019.

²⁹⁴ Explica a autoridade de defesa da concorrência portuguesa que a “contratação de trabalhadores a outras empresas, em particular os trabalhadores mais qualificados, constitui uma forma de as empresas adquirirem a expertise e o *know-how* de que necessitam para inovar. Na impossibilidade de contratarem esses trabalhadores aos seus concorrentes, as empresas ver-se-iam obrigadas a formar os seus recursos humanos internamente, o que se pode revelar um processo moroso ou com custos demasiado elevados” (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, p. 16).

²⁹⁵ Pesquisas indicam que, quanto maior o *enforcement* das cláusulas de não-concorrência, maior o volume de investimento do empregador com relação ao seu empregado, bem como maiores serão os treinamentos patrocinados pelo empregador (STARR, Evan. Consider This: Training, Wages and the Enforceability of Covenants Not to Compete, Forthcoming at Industrial and Labor Relations Review, v. 72, 2019, 783-785).

²⁹⁶ AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, p. 11.

²⁹⁷ A Autoridade da Concorrência de Portugal destaca que cláusulas desse tipo “não consubstanciam um mecanismo proporcional de garantir que os empregados possam salvaguardar o investimento em formação dos seus trabalhadores”, existindo outras soluções menos restritivas do ponto de vista da mobilidade dos

Um ponto que deve ser levado em consideração cinge a própria estrutura do mercado e a rivalidade entre os demais concorrentes. Em particular, é necessário investigar se concorrentes poderiam entrar no mercado sem a necessidade de contratar os funcionários sujeitos às cláusulas de não-concorrência ou de não-aliciamento. Em outras palavras, é interessante avaliar se novos entrantes dependeriam do acesso àqueles trabalhadores para efetivamente competirem na dimensão produto do mercado.

Sendo assim, observa-se que as cláusulas de não-concorrência previstas em contratos de trabalho e de não-aliciamento celebradas entre empregadores podem resultar em prejuízos tanto na dimensão produto quanto na dimensão trabalho dos mercados relevantes envolvidos. Isso porque, na medida em que criam verdadeiras barreiras à entrada de novos *players* na dimensão produto, prejudicam trabalhadores ao impedir que eles busquem melhores oportunidades em empresas já instaladas e/ou em potenciais firmas futuras²⁹⁸.

A título de ilustrar o cenário no qual cláusulas restritivas à concorrência impactam os mercados de trabalho e se tornam barreiras à entrada na dimensão produto, segue breve exemplo de situação prática a seguir.

Tabela 3 – Cláusulas restritivas à concorrência como barreira à entrada na dimensão produto dos mercados relevantes

<i>Exemplo prático</i>
Suponha-se que existam cinco grandes redes de farmácias que acirradamente competem no município A e que são responsáveis por empregar cerca de 80% dos farmacêuticos da região, seja para atendimento ao público ou para o desenvolvimento de novos produtos. Imagine-se ainda que as cinco redes de farmácias impõem a todos os seus funcionários, nos contratos de trabalho, tanto cláusulas de não-concorrência quanto de não-aliciamento, de modo que os empregados e ex-empregados de quaisquer das farmácias ficam impedidos de trabalhar tanto para as concorrentes da sua antiga empregadora, como para novas farmácias que passem a atuar no município. Partindo da premissa de que, para nova rede de farmácias entrar no mercado será necessário contratar pessoal – em particular, farmacêuticos –, certo é que a existência de cláusulas restritivas à mobilidade de trabalhadores levaria à criação de barreira à entrada de novos <i>players</i>. Como reflexo da ampla adoção desse tipo de cláusula, a oferta de farmacêuticos que poderiam trabalhar em nova rede de farmácias seria reduzida, e possivelmente abarcaria profissionais menos qualificados e sem experiência no mercado. Uma nova rede de farmácias poderia, com isso, enfrentar significativa dificuldade para contratar pessoal, ainda que ofereça boas remunerações.

trabalhadores (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, p. 14).

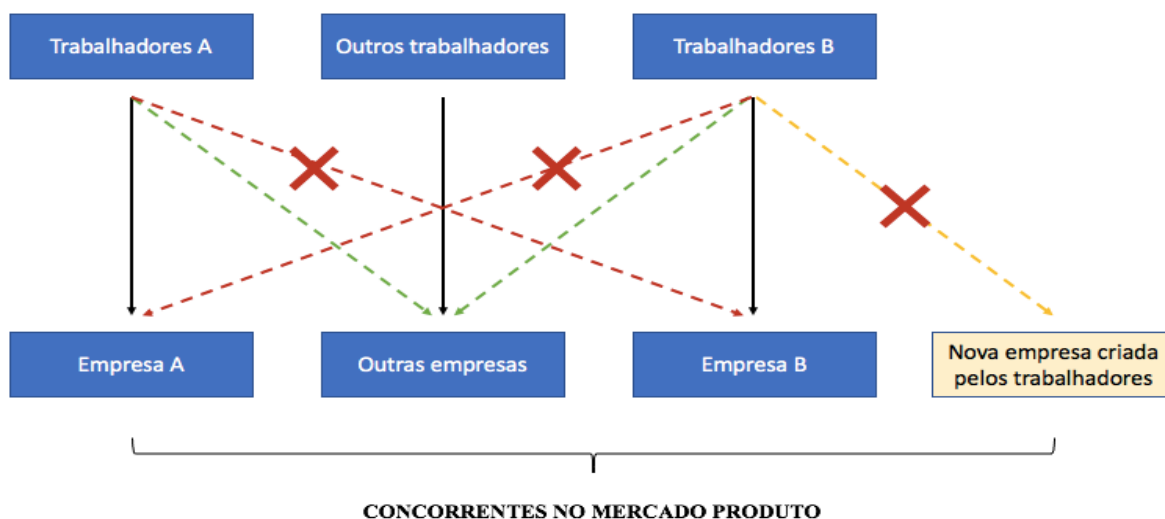
²⁹⁸ Uma importante discussão que se coloca diz respeito ao fato de que a maior parte dos empregadores estão sujeitos – ou em algum momento da vida já estiveram submetidos – a esse tipo de restrição, ainda que exerça ocupação generalista, sem qualquer poder decisório ou acesso a informações comerciais e/ou estratégicas da empresa (vide Tópico III.2.1.1 (i)).

Verifica-se, portanto, que os obstáculos colocados à mobilidade de profissionais configuraram barreira à entrada de novos *players* no mercado (na dimensão produto). Não apenas os trabalhadores são prejudicados, estando impedidos de buscar melhores oportunidades de emprego, mas também os consumidores finais, na medida em que serão limitadas as chances de que incumbentes sejam efetivamente contestados na hipótese de aumento de preços.

(i) Cláusulas de não-concorrência celebradas entre empregador e empregado como barreira à entrada na dimensão produto dos mercados

Cláusulas de não-concorrência consistem em acordos nos quais o empregador proíbe empregados de trabalhar para um de seus concorrentes ou iniciar um negócio concorrente, normalmente dentro de uma determinada área geográfica e período de tempo após o término do contrato de trabalho²⁹⁹. A cláusula, portanto, “compreende a obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o empregador”³⁰⁰, conforme ilustração a seguir:

Imagem 5 – Cláusulas de não-concorrência celebrada entre empregador e empregado



Fonte: adaptado pela autora³⁰¹.

²⁹⁹ BELTRAN, Ari Possidonio. **A Cláusula de Não-concorrência no Direito do Trabalho**. Revista do Advogado, nº 53. S. Paulo: AASP, dezembro de 1998. p. 66.

³⁰⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**, Editora Saraiva: São Paulo, 34º ed., 2018, p. 130).

³⁰¹ A Imagem 6 foi elaborada pela autora com base em ilustração do Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência, da Autoridade da Concorrência de Portugal (AUTORIDADE DA

Como bem explica Eric Posner em obra de referência sobre o tema, cláusulas de não-concorrência estão sujeitas a um teste de razoabilidade: uma cláusula de não-concorrência apenas é aplicável se as restrições que impõe ao trabalhador não forem mais onerosas do que as necessárias para proteger os legítimos interesses comerciais do empregador – geralmente, relacionados à proteção de segredos de empresa³⁰². Os empregadores devem ser capazes de demonstrar tais interesses³⁰³.

A fim de que a restrição imposta pela cláusula seja adequada e proporcional à pretensa proteção de interesses comerciais, observa-se três dimensões importantes, consolidadas tanto na jurisprudência nacional quanto internacional³⁰⁴: a cláusula (i) deve se limitar ao mercado relevante produto objeto da operação; (ii) deve se limitar ao mercado relevante geográfico objeto da operação; e (iii) não pode se estender por longo período de tempo^{305 - 306}.

Se, de um lado, as cláusulas de não-concorrência protegem interesses comerciais legítimos do empregador, de outro, elas reduzem a mobilidade dos empregados entre

CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, Portugal, 2021, p. 10).

³⁰² POSNER, Eric A. *How Antitrust Failed Workers*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 91.

³⁰³ Como explica Bruno Renzetti, “[p]ercebe-se, assim, que a legislação trabalhista não veda a inserção de cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho. Todavia, partindo da premissa de hipossuficiência do empregado e considerando a assimetria de informações entre as partes de um contrato de trabalho, a jurisprudência dos tribunais entende pela necessidade de observância de alguns requisitos que sejam capazes de proteger o trabalhador, prestando uma contrapartida à impossibilidade de se movimentar livremente no mercado de trabalho devido às restrições contratuais” (RENZETTI, Bruno Polonio. *Cláusulas de Não-Concorrência no Direito Concorrencial e Trabalhista*, Revista do IBRAC, n. 1, pp. 68-87, São Paulo, 2022, p. 78).

³⁰⁴ Dada a relevância que o tema tem tomado nos últimos anos, o DOJ passou a revisitar a sua jurisprudência a respeito de cláusulas de não-concorrência firmadas entre empregados e empregadores. Em janeiro de 2020, por exemplo, o DOJ promoveu seminário para discutir, em conjunto com a sociedade civil, a legalidade e aspectos econômicos relacionados a tais cláusulas, conforme publicado no website do FTC (Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/events/2020/01/non-competes-workplace-examining-antitrust-consumer-protection-issues>. Acesso em 7.4.2023). Já em Portugal, por exemplo, tal cláusula é válida se (i) não exceder período de dois anos (podendo ser considerados até três anos caso o trabalhador esteja afeto ao exercício de uma atividade que supõe uma especial relação de confiança ou tenha acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência), (ii) for estabelecida por escrito, e (iii) consagrar uma determinada compensação a atribuir ao ex-empregador ou critérios para a sua determinação, conforme artigo 136 do Código do Trabalho português (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, p. 17).

³⁰⁵ POSNER, Eric A. *How Antitrust Failed Workers*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 94.

³⁰⁶ Nessa linha, vale mencionar que o Tribunal Superior do Trabalho (“TST”) possui entendimento que reconhece a validade da estipulação de cláusula de não-concorrência, desde que respeitadas algumas condições, tais como a estipulação de limitação territorial, vigência por prazo certo e vantagem que assegure o sustento do empregado durante o período de não-concorrência pactuado (TST -RR: 10660320145120022, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 30/08/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/09/2017. Veja também: TRT 3ª R.; ROT 0011402-65.2017.5.03.0134; Oitava Turma; Rel. Des. Márcio Ribeiro do Valle; Julg. 14/08/2020; DEJTMG 17/08/2020; TRT 6ª R.; RO 0001457-64.2016.5.06.0018; Quarta Turma; Relª Desª Ana Cláudia Petruccilli de Lima; DOEPE 14/03/2019).

players e, por vezes, impedem que ex-empregados criem suas próprias empresas para concorrer no mercado³⁰⁷³⁰⁸. Apesar de justificáveis para evitar *free ridings*, para incentivar maior investimento em treinamentos de empregados e para proteger segredos comerciais³⁰⁹, a avaliação sobre a imposição de tais cláusulas a empregados é importante, em especial em se tratando de cargos que não apresentam relevância estratégica para as empresas contratantes.

Atualmente, o que se observa é que cláusulas de não-concorrência são impostas a diversas categorias de empregados, tornando-se alvo de críticas. Um relatório da Casa Branca, publicado em 2016 nos EUA, concluiu que a imposição de cláusula de não-concorrência, em especial em relação a empregados com remunerações mais baixas, pode reduzir o bem-estar do empregado “e dificultar a eficiência da economia como um todo, diminuindo salários, limitando a mobilidade e inibindo a inovação”³¹⁰. Em relatório mais recente publicado pelo Departamento do Tesouro dos EUA, em 2022, mais uma vez se argumentou que empregados podem ser impedidos de procurar oportunidades mais bem remuneradas em razão desse tipo de cláusula³¹¹.

Estudos verificam ainda que empregados sujeitos a tal restrição permanecem por períodos mais longos junto ao mesmo empregador ou, ao mudar de emprego, saem para desempenhar atividades em outros setores. Em consequência da mudança de ramo de atuação de funcionários, há perda de todo o treinamento investido naquele profissional ao longo de anos, levando a potenciais prejuízos à inovação (especialmente em setores nos quais a contribuição do trabalhador é particularmente relevante, como em indústrias de tecnologia)³¹².

³⁰⁷ MCADAMS, John M. **Non-Compete Agreements: A Review of the Literature**. Working Paper, 2019.

³⁰⁸ Como explica a Presidente da FTC Lina Khan, em press release publicado em 5.1.2023: “The freedom to change jobs is core to economic liberty and to a competitive, thriving economy. Noncompetes block workers from freely switching jobs, depriving them of higher wages and better working conditions, and depriving businesses of a talent pool that they need to build and expand. By ending this practice, the FTC’s proposed rule would promote greater dynamism, innovation, and healthy competition.”. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/01/ftc-proposes-rule-ban-noncompete-clauses-which-hurt-workers-harm-competition>. Acesso em 8.4.2023.

³⁰⁹ EDVINSSON, Leif; S. MALONE, Michael. **Capital Intellectual**. Tradução de Roberto Galman. 1ª ed. Makron Books, 1998.

³¹⁰ No original: “and hamper the efficiency of the economy as a whole by depressing wages, limiting mobility, and inhibiting innovation” (THE WHITE HOUSE. **Non-Compete Agreements: Analysis of the Usage, Potential Issues, and State Responses**, 2016, p. 5).

³¹¹ De acordo com relatório publicado pelo U.S. Department of the Treasury dos EUA, há estudos que indicam que o aumento da aplicação dessas cláusulas está associado a um aumento de 14% em formação, mas a uma diminuição de 4% nos salários (U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. **The State of Labor Market Competition**. Estados Unidos da América, 2022).

³¹² BISHARA, Norman; PRESCOTT, J.J.; STARR, Evan. **Noncompete Agreements in the U.S. Labor Force**. Journal of Law and Economics, 2021, p. 15.

Fato é que a imposição de cláusulas de não-concorrência pode fazer sentido quando se refere à contratação de empregados especializados e bem-remunerados, mas o que se nota no cenário atual é que essa restrição é frequentemente imposta a empregados generalistas e de baixa qualificação – que de forma alguma participam de decisões comerciais ou estratégicas³¹³ - ³¹⁴. Nos EUA, estima-se que um a cada cinco empregados está atualmente sujeito à cláusula de não-concorrência, e que dois entre cinco já teriam sido vinculados a esse tipo de restrição no passado³¹⁵.

Diante desse cenário, verifica-se que cláusulas de não-concorrência firmadas entre empregados e empregadores podem representar barreira à entrada de novos concorrentes – em especial, se o mercado objeto da operação for relativamente concentrado. Situação ilustrativa apresentada por Eric Posner facilita o entendimento a respeito dos potenciais efeitos anticompetitivos que tais cláusulas podem resultar a trabalhadores e também a consumidores:

Tabela 4 – Cláusula de não-concorrência como barreira à entrada na dimensão produto dos mercados

<i>Exemplo prático</i>
Como pano de fundo, imagina-se um mercado que abranja um município localizado em uma zona rural. Suponha-se que há cem enfermeiros que residem neste município e que a metade deles atualmente trabalha para o único hospital ali existente (“Hospital A”), enquanto a outra metade está desempregada ou trabalha em outros mercados que não exploram a sua formação educacional. Tendo em vista que o Hospital A é o único do município, o dono tem receio que outros hospitais possam se estabelecer na região, passando a ser seus concorrentes tanto com relação à dimensão produto do mercado (i.e., serviços médicos), quanto com relação à dimensão trabalho (i.e., contratação de enfermeiros, médicos, técnicos de laboratório etc.). Suponha-se ainda que, para um hospital atuar de forma lucrativa deve-se empregar, ao menos, cinquenta enfermeiros – e que presunções semelhantes possam ser realizadas em relação a outros cargos do hospital. No cenário que se coloca, para que se impeça a entrada de outros <i>players</i> no mercado, o Hospital A pode contratar enfermeiros adicionais (sem que seja necessário para o desempenho das atividades do hospital) e incluir, no contrato de trabalho, cláusula de não-concorrência por um período

³¹³ No original: “18,1% of US labor force, or roughly 28 million people, we subject to a noncompete agreement as of 2014, and nearly 40% have signed a noncompete at some point in their careers” (BISHARA, Norman; PRESCOTT, J.J; STARR, Evan. **Noncompete Agreements in the U.S. Labor Force**. Journal of Law and Economics, 2021, p. 5).

³¹⁴ Em relação a empregados especializados e de maior remuneração, Hovenkamp destaca que cláusulas de não-concorrência podem ser “socialmente valiosas”, desde que razoáveis em escopo e duração. No original: “[...] Other employees are different. They may receive specialized training that is costly to their employer and “portable” in the sense that the training can be carried to a different employer. They might also hold confidential information, trade secrets, customer lists, or other knowledge that would be of value to a different employer. For many of these employees, a noncompete agreement is the only effective way an employer can protect its investment from the risk of “free riding,” which occurs when one person is able to commandeer another person’s investment. [...]. Here, noncompete agreements are socially valuable, provided that they are reasonable in scope and duration” (HOVENKAMP, Herbert. **Noncompete Agreements and Antitrust’s Rule of Reason**. The Regulatory Review, 16 Jan. 2023).

³¹⁵ U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. **The State of Labor Market Competition**. Estados Unidos da América, 2022.

de dois anos, por exemplo³¹⁶. Isso significa que um Hospital B terá dificuldades de entrar no mercado pelos próximos dois anos, a não ser que atraia enfermeiros de outras localidades para trabalhar.

Veja que, no cenário descrito, a cláusula de não-concorrência prevista em contrato de trabalho celebrado entre o Hospital A e enfermeiros consiste em efetiva barreira à entrada de novos *players* no mercado, prejudicando não apenas enfermeiros, mas também outros profissionais de saúde que seriam empregados pelo Hospital B (e.g., médicos, técnicos de laboratório etc.). Além disso, a barreira à entrada também prejudica os consumidores, na medida em que dificulta a entrada de novo concorrente nos mercados relacionados à prestação de serviços médico-hospitalares³¹⁷.

Conclui-se, portanto, que cláusulas de não-concorrência podem efetivamente representar barreira à entrada de novos *players* na dimensão produto e, paralelamente, afetar trabalhadores que compõem diversos mercados de trabalho, que ficaram impedidos de buscar melhores oportunidades de emprego.

Argumenta-se, nessa linha, que apesar de poderem ser legítimas, cláusulas de não-concorrência podem resultar em efeitos anticompetitivos mais graves do que restrições horizontais – como a prática conhecida como *no-poaching agreement*. Como explica Eric Posner, uma cláusula de não-concorrência proíbe um empregado de trabalhar para qualquer concorrente do seu empregador, ao passo que um *no-poaching agreement* impede que o empregado trabalhe especificamente para os concorrentes membro do acordo³¹⁸. Isto é, a cláusula de não-concorrência, na prática, acaba por figurar uma restrição muito mais ampla à mobilidade de trabalhadores do que eventual acordo anticompetitivo que venha a ser firmado entre somente alguns *players*.

O Cade já se manifestou em relação ao tema. Em contribuição ao *Competition Open Day* de 2020, promovido pela OCDE, a autoridade brasileira indicou que elaboraria guia com orientações concorrenciais voltadas ao mercado de trabalho. Dentre os tópicos a serem abordados, há menção ao fato de que “as empresas devem garantir que as previsões de não-concorrência nos documentos de negociação [sejam] adequadas e razoáveis em termos de duração e escopo”³¹⁹.

³¹⁶ Eric Posner destaca que, ainda que se imagine um cenário em que o empregado possa efetivamente barganhar com o Hospital A para obter maior remuneração em razão da existência da cláusula de não-concorrência em seu contrato de trabalho, tais custos ao Hospital A seriam pequenos em comparação aos benefícios que se obteria em relação aos outros mercados envolvidos em suas atividades (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 104).

³¹⁷ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 104.

³¹⁸ Como explica Eric Posner, há duas razões possíveis para que cláusulas de não-concorrência sejam tratadas com maior leniência do que *no-poaching agreements*. Primeiro, porque cláusulas de não-concorrência são celebradas com os empregados e, a depender do caso, tal empregado pode ser recompensando financeiramente por celebrar tal cláusula – o que não parece ser o caso, há que a maior parte dos empregados não possuem força para barganhar com os seus empregadores e, por vezes, nem têm conhecimento da existência de tal cláusula contratual. Segundo, porque pode-se argumentar que cláusulas de não-concorrência resultam em maior investimento em treinamentos de empregados – embora tal justificativa também possa ser utilizada para justificar *no-poaching agreements* (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 112).

³¹⁹ No original: “The following topics should be covered by a labor antitrust guideline in Brazil: [...] 4. companies should ensure that the non-competition provisions in the transaction documents are business fit

Além disso, o Guia de Remédios em Atos de Concentração publicado, em 2018, pelo Cade reconhece a importância de “pessoal chave”³²⁰ para o bom desempenho das atividades comerciais. O documento explica que, ao se definir o pacote de ativos a ser incluído em um ACC, “é importante haver referências à transferência de pessoal chave ou a contratos essenciais com terceiros, fatores que podem ser cruciais para o sucesso de um novo *player* em determinados mercados relevantes”³²¹.

Nos EUA, a discussão está a pleno vapor³²². Em janeiro de 2023, a FTC propôs nova regra³²³ visando a proibir os empregadores de impor cláusulas de não-concorrência a seus empregados, pontuando que tal prática generalizada reduz salários, dificulta a inovação e impede que empreendedores abram novos negócios³²⁴. A agência estima que, com a nova regulamentação, pode-se aumentar os salários de trabalhadores em quase USD 300 bilhões por ano e expandir as oportunidades de carreira para cerca de 30 milhões de estadunidenses³²⁵.

and reasonable in duration and scope” (OECD. **Competition Issues in Labor Markets – Note by Brazil**, 2019).

³²⁰ Conforme definido no Guia, o conceito de pessoal-chave se refere à equipe e a gerentes, que são parte ou são requisitados de forma permanente e independente na operação do negócio desinvestido, e que detêm contatos de clientes e fornecedores chaves ou possuem habilidades específicas e *know how* relativos a P&D, TI, produção, logística, que são importantes para a competitividade do negócio objeto de desinvestimento. Ao adquirente, deve ser permitido celebrar contratos de trabalho em substituição às Requerentes” (CADE. **Guia de Remédios Antitruste**, 2018, p. 23).

³²¹ CADE. **Guia de Remédios Antitruste**, 2018, p. 22.

³²² Já a Comissão Europeia demonstra uma preocupação menor sobre o tema. Ao ser questionada sobre a proposta de regulamentação do FTC, em fevereiro de 2023, Margrethe Vestager elogiou a iniciativa estadunidense, mas apontou que tais cláusulas não seriam amplamente utilizadas na União Europeia e que, do contrário, a Comissão também voltaria a sua atenção para o tema. No entanto, em oposição à afirmação de Vestager, estudos apontam que, na Itália, 16% dos empregados do setor privado estão atualmente vinculados a cláusulas de não-concorrência, na Holanda, tal número corresponderia a 18,9% dos empregados e, na Finlândia, a 37% (**Non-Compete Clauses For Workers: Will The EU Follow The US Lead?** North Bief, 6 fev.2023. Disponível em: <https://northbrief.com/news/non-compete-clauses-for-workers-will-the-eu-follow-the-us-lead/>. acesso em 8.4.2023).

³²³ Non-Compete Clause Rulemaking, disponibilizada pelo FTC em 5.1.2023. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/federal-register-notices/non-compete-clause-rulemaking>. Acesso em 8.4.2023.

³²⁴ Além da redação tradicional da cláusula de não-concorrência, a regulamentação proposta pelo FTC estabelece que também serão entendidos como tais (*de facto non-compete clause*) previsões contratuais que estabeleçam acordo de não divulgação entre empregador e empregado que, em razão da sua larga amplitude, efetivamente impeça um ex-empregado de trabalhar para outro *player* atuante no mesmo mercado; ou que exija que o empregado reembolse eventuais custos de treinamento (Paragraph 910.1 (2) da Non-Compete Clause Rulemaking, apresentada pelo FTC em 5.1.2023. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/federal-register-notices/non-compete-clause-rulemaking>. Acesso em 8.4.2023).

³²⁵ O FTC está disponibilizou minuta da nova regulamentação para comentários públicos. A nova regra se baseia em uma constatação preliminar de que tais cláusulas de não-concorrência configuram concorrência desleal e, portanto, violam a Seção 5 do Federal Trade Commission Act. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/01/ftc-proposes-rule-ban-noncompete-clauses-which-hurt-workers-harm-competition>. Acesso em 8.4.2023.

Além disso, nos Estados Unidos, cláusulas de não-concorrência firmadas entre empregadores e empregados foram recentemente consideradas barreiras à entrada de novos *players*. Em janeiro de 2022, o FTC aprovou com restrições operação que consistia na aquisição, pela DaVita Inc. (maior prestadora de serviços de diálise dos EUA), de ativos detidos pela Universidade de Utah³²⁶.

Ao analisar o caso, o FTC entendeu que a entrada de novos *players* no mercado de prestação de serviços de diálise ambulatorial não seria provável, tempestiva nem suficiente para impedir efeitos anticompetitivos decorrentes da operação, apontando que a barreira à entrada mais significativa seria a “contratação de nefrologista com base de referência estabelecida para ocupar o cargo de diretor médico da clínica de diálise”, em especial porque “por lei, cada clínica de diálise deve ter um diretor médico nefrologista”³²⁷.

Segundo o FTC, o processo de busca e contratação de nefrologista para o cargo de diretor seria difícil porque as clínicas atuantes no mercado costumam celebrar acordos contratuais de não-concorrência com os seus médicos. Além disso, o aspecto geográfico seria relevante na contratação porque, para um médico nefrologista que não tenha conexões locais, pode ser difícil atrair pacientes, pois a maioria dos nefrologistas costuma encaminhar os seus pacientes ou para clínicas em que eles próprios sejam diretores ou para clínicas de parceiros.

Já em relação a condutas, em janeiro de 2023, o FTC pela primeira vez interpôs ação visando a proibir a vigência de cláusulas restritivas à concorrência firmadas entre empregado e empregador³²⁸. Trata-se de ações movidas em face de três empresas e duas pessoas físicas visando a eliminar cláusulas de não-concorrência impostas em milhares de contratos de emprego, sendo destacadas preocupações concorrenciais relacionadas ao mercado de trabalho³²⁹.

De acordo com o FTC, as empresas impunham restrições a empregados que ocupavam desde cargos de baixo salário (como os de segurança), até posições de

³²⁶ USA. United States v. DaVita Inc. and Total Renal Care, Inc., n. 2110013, 2021.

³²⁷ Vide *Complaint* do USA. United States v. DaVita Inc. and Total Renal Care, Inc., n. 2110013, 2021.

³²⁸ De acordo com o press release publicado pelo FTC em 4.1.2023: “Drawing from the FTC’s substantial expertise in this space, these actions mark the first time that the agency has sued to halt unlawful noncompete restrictions”. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/01/ftc-cracks-down-companies-impose-harmful-noncompete-restrictions-thousands-workers>. Acesso em 14.3.2023.

³²⁹ O FTC interpôs ação contra as seguintes empresas: Prudential Security, Inc. e Prudential Command Inc.; O-I Glass, Inc.; e Ardagh Group S.A. Ao final, as três empresas representadas celebraram acordos (*Consent Agreements*) com o FTC se comprometendo a suspender a vigência de tais cláusulas, bem como a deixar de firmar cláusulas de não-concorrência com funcionários.

engenheiros. Como consequência, uma ampla gama de funcionários era impedida de procurar ou aceitar melhores oportunidades de trabalho em *player* concorrente à sua empresa empregadora ou mesmo iniciar um novo negócio a fim de passar a competir em tal mercado. O FTC, ao final, concluiu que as referidas cláusulas violariam a Seção 5 do FTC Act³³⁰, ordenando a que todos os empregados fossem notificados para que tomassem ciência de que não mais estavam vinculados à tal restrição.

Duas das três ações foram interpostas contra as maiores fabricantes de embalagens de vidro para alimentos e bebidas nos Estados Unidos, a Ardagh Group S.A. e O-I Glass, Inc.³³¹. Ao apontar que tal indústria era altamente concentrada, o FTC afirmou que a imposição de cláusulas de não-concorrência a empregados tornava ainda mais difícil a entrada de novos concorrentes, em parte devido à necessidade de encontrar e contratar pessoas qualificadas e experientes na fabricação de vidros. O FTC expressamente indicou que a utilização de cláusulas de não-concorrência prejudicaria a concorrência, consumidores e trabalhadores, inclusive por (i) impedir a entrada e expansão de rivais na indústria de embalagens de vidro, (ii) limitando a mobilidade dos empregados e (iii) piorando salários e condições de trabalho.³³²

GLASS CONTAINER INDUSTRY

“Respondent manufactures and sells glass containers used for food and beverage packaging. The primary customers of such glass containers are companies that sell food, beer, non-alcoholic beverages, and wine and spirits.

The glass container industry in the United States is highly concentrated. There are substantial barriers to entry and expansion, including the ability to identify and employ personnel with skills and experience in glass container manufacturing”.

RESPONDENT’S NON-COMPETE AGREEMENTS

[...] “Respondent’s use of Non-Compete Agreements as described herein is unfair and has the tendency or likely effect of harming competition, consumers, and workers, including by: (i) impeding the entry and expansion of rivals in the glass container industry, (ii) reducing employee mobility, and (iii) causing lower wages and salaries, reduced benefits, less favorable working conditions, and personal hardship to employees”.

³³⁰ A Seção 5 do FTC Act trata de concorrência desleal.

³³¹ USA. United States v. O-I Glass, Inc., C-4786, 2023; e USA. United States v. Ardagh Group, et al., C-4785, 2023.

³³² Tal redação consta na *Complaint* das duas ações interpostas pelo FTC.

A terceira ação foi interposta contra empresa prestadora de serviços de segurança em vários estados estadunidenses, a Prudential Security, Inc., com base em alegações semelhantes³³³. Por meio da celebração de cláusulas de não-concorrência, empregados da representada ficavam impedidos, pelo período de dois anos após findo o contrato de trabalho, de prestar serviços à empresa concorrente dentro de um raio de cem milhas. De acordo com o FTC, tais cláusulas resultavam em prejuízos aos empregados, na diminuição do poder de barganha frente aos seus empregadores, na redução de salários e na piora de condições de trabalho³³⁴.

Dado o contexto, certo é que as cláusulas de não-concorrência “significam uma alteração na competição no mercado”³³⁵ e se colocam como verdadeiras barreiras à entrada de novos *players*. É incontestado que a busca e a contratação de pessoal podem representar obstáculos ao desempenho de atividades comerciais, em particular em se tratando de empregados qualificados e chave. Sendo assim, as cláusulas de não-concorrência firmadas entre empregadores e empregados – sem dúvidas – podem ser ferramenta para a consolidação e ampliação do poder de mercado dos incumbentes na dimensão trabalho.

(ii) Cláusulas de não-aliciamento celebrada entre empresas como barreira à entrada na dimensão produto dos mercados

Cláusulas de não-aliciamento também podem configurar barreiras à entrada de novos *players* e impactar mercados de trabalho. Embora tenham conteúdo semelhante ao de cláusulas de não-concorrência firmada entre empregador e empregado, há diferenças: as cláusulas de não-aliciamento são utilizadas em contratos de modo a evitar que empregados e ex-empregados possam contratar e/ou persuadir funcionários do antigo empregador a trabalhar em suas próprias empresas³³⁶.

Para referência, segue ilustração a respeito da lógica de cláusulas de não-aliciamento firmadas entre empregadores:

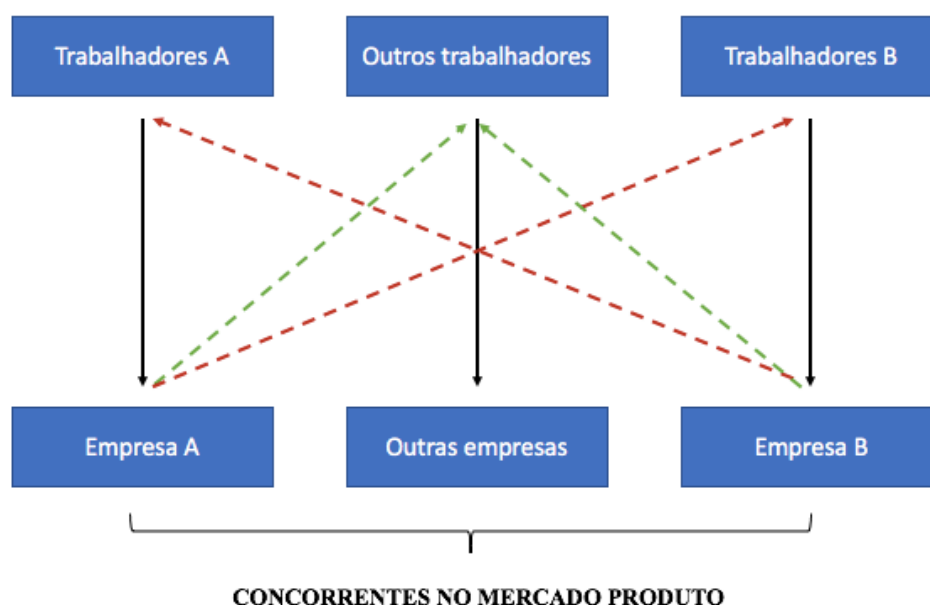
³³³ USA. United States v. Prudential Security, et al., C-4787, 2023.

³³⁴ Vide *Complaint* do USA. United States v. Prudential Security, et al., C-4787, 2023.

³³⁵ RENZETTI, Bruno Polonio. **Cláusulas de Não-Concorrência no Direito Concorrencial e Trabalhista**, Revista do IBRAC, n. 1, pp. 68-87, São Paulo, 2022, p. 71.

³³⁶ RENZETTI, Bruno Polonio. **Cláusulas de Não-Concorrência no Direito Concorrencial e Trabalhista**, Revista do IBRAC, n. 1, pp. 68-87, São Paulo, 2022, pp. 69-70.

Imagem 6 – Cláusulas de não-aliciamento celebrada entre empregadores



Fonte: adaptado pela autora³³⁷.

Um contexto em que uma cláusula de não-aliciamento tende a ser mais facilmente justificável se refere ao cenário de compra e venda de participações em empresas e/ou de ativos. Por vezes, em contrato estabelecido no âmbito de uma operação, há previsão de que os vendedores (incluindo os seus sócios) não poderão aliciar, contratar ou empregar funcionários da empresa adquirida. Isso se explica porque, quando uma empresa adquire uma concorrente no mercado, é importante que os aspectos essenciais para a manutenção das suas atividades sejam protegidos, o que inclui a preservação de pessoal-chave³³⁸.

Já na hipótese de a operação se tratar de um vínculo contratual (i.e., contrato associativo, *joint venture* ou consórcio), essas cláusulas também são justificáveis. Considerando que as partes, em conjunto, visam a desenvolver um empreendimento comum, tais cláusulas buscam proteger os interesses das requerentes contra estratégias

³³⁷ A Imagem 7 foi elaborada pela autora com base em ilustração do Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência, da Autoridade da Concorrência de Portugal (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, Portugal, 2021, p. 10).

³³⁸ Na ausência de cláusula contratual com esse teor, assume-se a hipótese de um sócio da parte vendedora, por exemplo, cooptar parte dos empregados da empresa-objeto (i.e., adquirida pela compradora) a trabalhar para uma nova empresa a ela concorrente que ele venha a constituir em paralelo. Nesse cenário, é possível que o negócio fique comprometido, visto que, certamente, a empresa-objeto enfrentaria maiores dificuldades para se manter no mercado (CADE. *Guia de Remédios Antitruste*, 2018, p. 24).

que possam ser facilitadas em razão do compartilhamento de informações entre as partes³³⁹.

Fato é que, apesar de plenamente justificável no âmbito de atos de concentração, cláusulas de não-aliciamento podem configurar barreira à entrada de novos *players* na dimensão trabalho dos mercados, pois colocam obstáculos à livre movimentação de trabalhadores entre diferentes concorrentes. O uso de tais cláusulas pode, sem dúvidas, favorecer os incumbentes a manter a sua posição no mercado.

Como bem destaca a autoridade de defesa da concorrência de Portugal em *issue paper* sobre o tema, cláusulas de não-aliciamento “podem ter efeitos a nível dos salários, da mobilidade e do investimento em capital humano”, o que se traduz em uma ineficiência alocativa³⁴⁰. Na medida em que tais obrigações “incidem sobre as condições de aquisição de um *input*, [...] podem ter um impacto também nas condições de concorrência nos mercados onde as empresas concorrem a jusante”, afetando tanto o volume comercializado e preços, como também aspectos de qualidade e de inovação.

A ampla adoção de cláusulas desse tipo, portanto, além de afetar os trabalhadores, também prejudicam os consumidores finais³⁴¹. Isso porque, ao mesmo tempo que restringem a mobilidade dos trabalhadores e as suas oportunidades de progressão na carreira³⁴², limitam também a concorrência entre *players* na dimensão produto dos mercados relevantes objeto da operação.

Os acordos de não-aliciamento, nessa linha, “são passíveis de afetar o equilíbrio verificado no mercado de trabalho através da redução do número de empresas que procuram serviços de cada trabalhador”, aumentando assim o poder de compra das empresas *vis-à-vis* os trabalhadores. No cenário em que grande parte dos potenciais empregadores – ou ainda, em que todos os potenciais empregadores – tenham celebrado

³³⁹ AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, p. 37.

³⁴⁰ Como explica a autoridade de defesa da concorrência portuguesa, “[p]or outras palavras, os acordos de não-angariação podem impedir os trabalhadores de serem alocados aos projetos que melhor desempenhariam, com impacto na eficiência da afetação dos recursos às empresas” (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, p. 11).

³⁴¹ AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, p. 11.

³⁴² DAVIS, Roachella T. *Talent Can’t Be Allocated: a Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation*. Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, v. 12, pp. 279-310, 2018, p. 303.

acordo de não-aliciamento entre si, fato é que a estrutura de mercado passa a se aproximar cada vez mais de um oligopsônio ou mesmo de um monopsônio³⁴³.

Não por outro motivo, as cláusulas de não-aliciamento são objeto de avaliação do Cade em atos de concentração. No formulário de notificação tanto de operações submetidas no rito sumário quanto no rito ordinário, as requerentes devem informar a existência de quaisquer cláusulas restritivas à concorrência existentes em contratos relacionados à operação – o que engloba cláusulas de não-aliciamento (Item III.6 do formulário de notificação)³⁴⁴.

Conforme explicado pelo Cade ao analisar o Ato de Concentração nº 08012.002243/2005-78³⁴⁵, envolvendo o setor de medicamentos, compreende-se que cláusulas de não-aliciamento “destinam-se à proteção de informações de negócio e são consideravelmente mais importantes naquelas indústrias intensivas em capital humano, nas quais partes significativas de seus ativos são intangíveis e, portanto, demandam proteção adequada”.

Diante desse cenário, o entendimento pacífico e reiteradamente adotado pelo Cade é o de que cláusulas de não-aliciamento são, a princípio, legítimas, desde que sejam proporcionais ao negócio firmado entre as partes e observem certa limitação temporal³⁴⁶. A jurisprudência da autoridade é no sentido de que o teor de tal cláusula deve se restringir

³⁴³ A autoridade de defesa da concorrência de Portugal destaca que em “situações em que uma proporção elevada ou mesmo todos os potenciais empregadores de um tipo de trabalhador tenham celebrado entre si um acordo de não-angariação, cada trabalhador está limitado a vender os seus serviços a um número reduzido de potenciais empregadores ou até mesmo apenas ao seu atual empregador. Nestes casos, a estrutura de mercado aproxima-se de um oligopsônio ou mesmo de um monopsônio – i.e., estruturas de mercado em que, respectivamente, um número reduzido de empresas, ou mesmo apenas uma empresa, adquirem determinado input. No mercado de trabalho, por exemplo, um oligopsônio está associado a estruturas de mercado em que um número reduzido de empregadores contrata o mesmo *pool* de trabalhadores de certo tipo, cujo poder negocial se assume ser reduzido” (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, p. 12).

³⁴⁴ RENZETTI, Bruno Polonio. **Cláusulas de Não-Concorrência no Direito Concorrencial e Trabalhista**, Revista do IBRAC, n. 1, pp. 68-87, São Paulo, 2022, p. 72.

³⁴⁵ Ato de Concentração nº 08012.002243/2005-78 (Requerentes: Novartis AG e Hexal AG), aprovado com restrições em 18.5.2005. A operação foi aprovada com restrições pelo Tribunal do Cade em 18.5.2005. O Tribunal, por unanimidade, entendeu o seguinte em relação às cláusulas restritivas de concorrência que constam no contrato da operação: “o início dos prazos de vigência a que se referem os itens 2 e 3 do capítulo XI do Contrato de Venda e de Transferência Ações e Participação Acionária deve ser contados a partir da assinatura do Contrato”.

³⁴⁶ De acordo com a “Comunicação da Comissão relativa às restrições diretamente relacionadas e necessárias às concentrações”, publicada em 5.3.2005 pela Comissão Europeia, aplicam-se os seguintes princípios: (i) quanto à duração, limita-se “para aquisições de controle, por um período máximo de três anos [...] e, para a criação de empresas comuns, durante o período de vida da empresa comum”; (ii) quanto ao alcance material, deve-se ter “âmbito limitado aos trabalhadores-chave; e (iii) quanto ao alcance geográfico, deve-se “limitar à área em que se oferece os produtos ou serviços relevantes”.

aos escopos produto e geográfico dos mercados relevantes envolvidos na operação e deve vigor por, no máximo, cinco anos³⁴⁷.

Com relação à sua abrangência, o Tribunal do Cade já discutiu a licitude de cláusulas de não-aliciamento amplas, que abarcam quaisquer níveis de funcionários. Quando da análise do Ato de Concentração nº 08012.000777/2005-60³⁴⁸, em 27.4.2005, o Tribunal, por maioria, decidiu pela aprovação de operação condicionada à “exclusão da expressão ‘empregados’ da cláusula de não aliciamento/não contratação”. No julgamento, entendeu-se não haver quaisquer motivos para que tal restrição abarcasse todos os trabalhadores de forma generalizada, de modo que o escopo da cláusula deveria se limitar a “empregados especializados, a conselheiros ou a diretores da sociedade, porque são cargos que representam conhecimentos mais aprofundados a respeito dos segredos da empresa”^{349 - 350}.

Pouco tempo depois, em 18.5.2005, o ex-Conselheiro Luis Rigato, ao relatar o Ato de Concentração nº 08012.002243/2005-78³⁵¹, entendeu que estender o objeto de cláusula de não-aliciamento a “qualquer funcionário, agente ou consultor” com poucas exceções transbordaria a sua legítima finalidade e votou pela restrição da cláusula a empregados “que detêm informações sigilosas ou segredos comerciais dos negócios da empresa objeto da operação”. No entanto, esse não foi o entendimento da maioria do Tribunal, sendo o voto do Relator vencido nesse ponto.

³⁴⁷ Vide Súmula nº 4 do Cade, que estabelece que “é lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de joint-venture, desde que guarde relação direta com o seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação”, e Súmula nº 5 do Cade, que estabelece 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”. Ademais, na ausência de disposições expressas na Lei nº 12.529/2011 sobre o prazo de vigência de tais cláusulas, a jurisprudência do Cade consagra o prazo de cinco anos como razoável para sua admissibilidade também com fundamento no artigo 1.147 do Código Civil. *In verbis*: “Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência”.

³⁴⁸ Ato de Concentração nº 08012.000777/2005/60 (Requerentes: Bemis Company Inc. e Dixie Toga S.A.), aprovado sem restrições em 27.4.2005 pelo Tribunal do Cade.

³⁴⁹ Vide voto-vista proferido pelo Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe, em 27.4.2005, no Ato de Concentração nº 08012.000777/2005/60 (Requerentes: Bemis Company Inc. e Dixie Toga S.A.).

³⁵⁰ Após o trânsito em julgado do processo julgado pelo Cade no Ato de Concentração, a Bemis Company determinou a alteração da cláusula de não-concorrência e não-aliciamento. Em 19.6.2008, a ação foi julgada procedente, sob o fundamento de que o Cade “procurou tutelar interesses que vão além da sua competência, buscando proteger os trabalhadores que poderiam ter o seu mercado de trabalho restrito”. Ação ordinária nº 2005.34.00.027375-3. Autor Bemis Company Inc. em face do Cade. Seção judiciária do Distrito Federal. 5º Vara.

³⁵¹ Ato de Concentração nº 08012.002243/2005-78 (Requerentes: Novartis AG e Hexal AG), aprovado com restrições em 18.5.2005.

Alguns anos mais tarde, em 20.1.2008, no Ato de Concentração nº 08012.013851/2007-70³⁵², mais uma vez o ex-Conselheiro Luis Rigato destacou que cláusula de não-aliciamento escrita em “termos gerais” não seria compatível com a proteção a que ela se propõe. O ex-Conselheiro, em seu voto, argumentou que a cláusula de não-aliciamento incluída no contrato da operação não deveria endereçar “qualquer empregado, independentemente de sua função”. O mais adequado seria limitar a sua redação a “funcionários que detenham informações sigilosas ou segredos comerciais dos negócios”. Assim como anteriormente, esse posicionamento foi vencido pela maioria do Tribunal.

Anos mais tarde, fazendo referência ao entendimento proferido pelo ex-Conselheiro Luis Rigato, o ex-Conselheiro Eduardo Pontual, ao relatar o Ato de Concentração nº 08012.013200/2010-85³⁵³, argumentou que a restrição à mobilidade de empregados deve ser limitada aos “profissionais que detêm parte do ativo intangível da empresa, como por exemplo, os que detenham segredos do negócio ou informações sigilosas”. Destacou ainda que “não é possível impedir que outros empresários possam desenvolver os seus próprios negócios por meio de vedação à contratação de trabalhadores qualificados” e que a “competição entre empresas implica em disputa pela obtenção dos melhores profissionais”. Vale destaque para trecho do voto do ex-Conselheiro Eduardo Pontual sobre o tema:

“[...] não é possível impedir que outros empresários possam desenvolver os seus próprios negócios por meio de vedação à contratação de trabalhadores qualificados. A competição entre empresas implica em disputa pela obtenção dos melhores profissionais, restringir a possibilidade de ingresso de empregados bem habilitados em negócios geridos por concorrentes é criar assimetria nas condições de recrutar e, portanto, de empreender.

Cabe insistir, a cláusula de não concorrência tem por papel proteger o fundo de comércio, e a capacidade profissional de! cada pessoa que trabalha para a empresa não é patrimônio do dono do negócio, mas sim patrimônio do empregado. Buscar restringir a liberdade dos empregados de usufruírem da possibilidade de nova colocação, inclusive com os alienantes do negócio adquirido, é assumir que a boa reputação do empregado, individualmente considerado, integra o fundo de comércio da empresa, o que não é verdade”.

³⁵² Ato de Concentração nº 08012.013851/2007-70 (Requerentes: PCP Latin América power Fund Ltd. e Equatorial Energia Holdings LLC.), aprovado sem restrições em 20.1.2008.

³⁵³ Ato de Concentração nº 08012.013200/2010-85 (Requerentes: Serviços Hospitalares Ltda.; Hospital Pró-Cardíaco S.A.; Hospital das Clínicas de Niterói; e Clínica Médico-Cirúrgica de Botafogo S.A.), aprovada sem restrições em 4.12.2013, nos termos do voto do Conselheiro Relator Eduardo Pontual.

Diferentemente dos casos anteriores, dessa vez a decisão unânime proferida pelo Tribunal do Cade, em 4.12.2013, foi no sentido de aprovar a operação condicionada à alteração da redação da cláusula de não-aliciamento, nos termos do voto do ex-Conselheiro Eduardo Pontual. Entendeu-se pela necessidade de se ajustar a cláusula no sentido de limitar o trânsito dos trabalhadores apenas ao “estritamente necessário à proteção do fundo do comércio”.

De lá para cá, fato é que muitos atos de concentração prevendo cláusulas de não-aliciamento foram submetidos à apreciação do Cade³⁵⁴. Ao avaliar os pareceres proferidos pela SG/Cade ao longo dos últimos anos (i.e., 2015 a 2023)³⁵⁵, verificou-se que não há discussão aprofundada sobre as devidas categorias de empregados que podem ser abrangidas por cláusulas de não-aliciamento³⁵⁶. Há operações aprovadas nas quais a cláusula restringe-se a trabalhadores ocupantes de cargos de gerência ou superiores³⁵⁷, ao mesmo tempo em que há outras operações nas quais a referida cláusula engloba funcionários, de forma genérica³⁵⁸. Em ambas as situações, a SG/Cade concluiu que as cláusulas de não-aliciamento estariam de acordo com a jurisprudência do Cade.

³⁵⁴ A maior parte das informações a respeito do teor de cláusulas contratuais – especialmente referentes a restrições à concorrência – são de acesso restrito às requerentes, o que dificulta a completa avaliação do entendimento do Cade sobre o tema. A análise dos precedentes do Cade fora realizada, portando, com base no conteúdo dos autos públicos dos atos de concentração.

³⁵⁵ A metodologia utilizada para a pesquisa por posicionamentos da SG/Cade sobre o tema foi a seguinte: no sistema SEI de pesquisa, buscou-se por “parecer” proferidos em atos de concentração sumário e ordinário, a partir do termo de pesquisa “‘não-concorrência’ OU ‘não concorrência’ OU ‘não-aliciamento’ OU ‘não aliciamento’”. Como resultado, foram obtidos 62 resultados para atos de concentração sumário; e 23 resultados para atos de concentração ordinários. Para avaliar o posicionamento do Tribunal, utilizaram-se os mesmos termos de pesquisa, mas filtrados por “voto”. Como resultado, foram obtidos 0 resultados para atos de concentração sumário; e resultados para atos de concentração ordinários. Vale destacar que a maior parte das informações sobre o tema são de acesso restrito às requerentes, de modo que a avaliação sobre o posicionamento do Cade se deu com base nos poucos pareceres que transcreveram a cláusula contratual nos autos públicos.

³⁵⁶ No *issue paper* publicado pela Autoridade da Concorrência de Portugal, aponta-se que “das 95 decisões de não oposição adotadas no período de 2019-2020, 34% incluíam as referidas cláusulas (32 decisões). Das 32 decisões, a AdC limitou o âmbito material das cláusulas em 13 casos (cerca de 40% dos casos), restringindo o referido âmbito aos trabalhadores-chave [...] e por uma duração, em regra, não superior a três anos” (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, p. 38).

³⁵⁷ No Ato de Concentração nº 08700.002918/2021-41, redação da cláusula de não-aliciamento se limita a “qualquer empregado da Companhia ou das Controladas que ocupe cargo de gerência ou superior” pelo período de dois anos (Ato de Concentração nº 08700.002918/2021-41 (Requerentes: Grupo de Moda SOMA S.A. e Cia. Hering S.A.), aprovado sem restrições em 30.6.2021).

³⁵⁸ Em 13.6.2018, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.007777/2017-76, o ex-Conselheiro Maurício Bandeira Maia analisou os termos de ACC a ser firmado pelas requerentes e, ao final, entendeu que a cláusula por meio da qual as partes se comprometiam a não aliciar qualquer indivíduo (sem exceções) empregado pelos “Negócios Desinvestidos” à época da operação estaria de acordo com a jurisprudência do Cade (Ato de Concentração nº 08700.007777/2017-76 (Requerentes: Praxair, Inc. e Linde AG), aprovada com restrições em 13.6.2018).

O cenário que hoje se observa é o de que cláusulas de não-aliciamento podem abranger quaisquer níveis de funcionários. Muito recentemente, por exemplo, em 5.4.2023, a SG/Cade analisou o Ato de Concentração nº 08700.002101/2023-34³⁵⁹, e concluiu que cláusula de não-aliciamento abrangendo “funcionário de qualquer uma das contrapartes, a menos que tal indivíduo tenha deixado de ser funcionário da contraparte por não menos de 180 dias” estaria de acordo com a jurisprudência do Cade, sem fazer qualquer menção aos diferentes cargos dos trabalhadores abrangidos pela cláusula.

O que se percebe é que, embora tenha sido discutido em algumas oportunidades do passado a necessidade de se restringir a abrangência das cláusulas de não-aliciamento a funcionários-chave e com relevância estratégia e comercial na empresa, não é esse o entendimento que hoje prevalece. Ao contrário, observa-se que em operações recentemente analisadas pelo Cade, amplas cláusulas de não-aliciamento foram consideradas como adequadas à jurisprudência da autarquia.

Com relação à experiência internacional sobre o tema, vale destaque para o entendimento da CE e dos EUA. Em 2005, a Comissão Europeia publicou uma “Comunicação da Comissão relativa às restrições diretamente relacionadas e necessárias às concentrações”, estabelecendo princípios a serem observados com relação à sua duração e ao seu alcance geográfico e material³⁶⁰. Nessa linha, em vários precedentes, a Comissão limitou a abrangência da cláusula de não-aliciamento apenas a trabalhadores-chave da empresa-alvo e a uma duração, em regra, inferior a dois ou três anos. Tal entendimento vale tanto para a aquisição de participação quanto para a criação de empreendimento comum³⁶¹.

Nos EUA, as cláusulas de não-aliciamento estabelecidas no âmbito de fusões e aquisições são avaliadas segundo a regra da razão (*rule of reason*). O entendimento é no sentido de que tais cláusulas são a princípio lícitas, observada a legítima necessidade comercial, a adequação da restrição aos escopos produto e geográfico e a um determinado período de tempo. Com relação a empregados, a cláusula deve identificar com razoável

³⁵⁹ Ato de Concentração nº 08700.002101/2023-34 (Requerentes: Ocyan Oil & Gas GmbH, AIG Asset Management (U.S.) LLC, Contrarian Capital Management LLC, Moneda S.A.), aprovada sem restrições em 5.4.2023.

³⁶⁰ EUROPEAN COMMISSION. Comunicação da Comissão Relativa às Restrições Diretamente Relacionadas e Necessárias às Concentrações, Paris, 2005.

³⁶¹ AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. *Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência*, 2021, p. 38.

especificidade os empregados que estão sujeitos ao acordo, isto é, não podem ser genéricas e abranger empregados de modo geral³⁶².

No Brasil, portanto, cláusulas de não-aliciamento demandam maior discussão pelos estudiosos e pelos aplicadores do Direito da Concorrência³⁶³. Embora já se tenha discutido, em casos mais antigos, se deve haver restrição às categorias de empregados abarcados pelas cláusulas de não-aliciamento, o que se verifica atualmente é que tal debate não se fortaleceu na jurisprudência, de modo que tal nuance não chega a ser comumente avaliada pelo Cade quando da análise de atos de concentração.

III.2.1.2. Atritos de busca (*search frictions*) e diferenciação de empregos (*job differentiation*) como barreira à entrada na dimensão produto dos mercados

Atritos de busca (*search frictions*) referem-se às dificuldades dos trabalhadores em procurar e encontrar novos empregos quando são demitidos ou estão insatisfeitos³⁶⁴. Os obstáculos na procura por uma nova oportunidade de trabalho compreendem não apenas tempo e esforço para participar de processos seletivos, mas também fatores relacionados à diferenciação de empregos (*job differentiation*)³⁶⁵ – que envolvem elementos qualitativos e, por vezes, subjetivos, como o ambiente de trabalho, facilidades para tirar férias, horário de trabalho, possibilidade de *home office* etc.³⁶⁶.

Além dos esforços inerentes à procura de vagas de trabalho, o empregado que busca nova oportunidade pode, ainda, deparar-se com o seguinte risco: o empregado participa de um processo seletivo em uma empresa concorrente à sua atual empregadora

³⁶² Conforme apresentado pelo escritório de advocacia dos EUA, Mayer Brown, em evento que visava a discutir acordos de no-poach e de não-aliciamento entre empresas, realizada em 10.3.2021, nos EUA. Material do evento disponível em: <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2021/03/no-poach.pdf>.

³⁶³ O IBRAC, em livro publicado em 2022, em homenagem aos 10 anos da Lei de Defesa da Concorrência, destacou a importância de se discutir temas relacionados a cláusulas de não-aliciamento: “[c]om relação a novos temas fronteirizos que se colocam, cada vez mais discutidos, como tratá-los? Os limites do escopo e aplicação do direito concorrencial passam, assim, por escolhas bastante difíceis, como temas de sustentabilidade, devedor contumaz, não aliciamento de talentos, além de outros, e suas respectivas interações com a pauta concorrencial”.

³⁶⁴ MANNING, Alan. **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**, Princeton University Press, 2003.

³⁶⁵ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Harvard Law Review, v. 132, 2018.

³⁶⁶ A diferenciação de empregos (*job differentiation*) “refere-se à forma como diferentes empregadores podem oferecer a um trabalhador diferentes pacotes de facilidades - incluindo, por exemplo, flexibilidade de turnos de trabalho, cuidados infantis, férias e licença em razão de doença, e o ambiente geral no trabalho, como por exemplo, se é intenso, descontraído, ruidoso, colegial ou competitivo” (MARINESCU, Ioana; POSNER A. Eric. A **Proposal to Enhance Antitrust Protection Against Labor Market Monopsony**. Roosevelt Institute, Roosevelt Institute Working Paper, New York, 2018, p. 1350).

e, no intuito de obter maiores informações sobre a qualidade do seu trabalho, a potencial futura empregadora entra em contato com o seu atual empregador para questionar a respeito do desempenho do candidato. O seu atual empregador, portanto, terá conhecimento de que o seu empregado está em busca de novas oportunidades. Tal situação pode, sem dúvidas, causar constrangimento entre empregador e empregado (i.e., candidato à vaga).

Embora algumas *search frictions* surjam naturalmente, os empregadores também podem tomar medidas para ativamente elevar ou criar atritos. Exemplos de *search frictions* “naturais” envolvem, por exemplo, os desgastes inerentes à mudança de trabalho e as preferências pessoais de cada um, além da assimetria de informação relacionada aos potenciais salários que se poderia receber em outras firmas³⁶⁷.

Se de um lado há atritos “naturais”, de outro os empregadores também são capazes de ativamente incrementá-los. A título de exemplo, empregadores podem obstaculizar a transparência a respeito de valores de salários pagos a profissionais do mercado, bem como podem impor certos tipos de acordo no sentido de estabelecer a obrigação de reembolso, por parte do trabalhador, de custos de treinamento na hipótese de ele deixar a empresa.

É por isso que – como bem explicam Marinescu e Posner – os atritos de busca (*search frictions*) e a diferenciação de empregos (*job differentiation*) podem representar barreiras à entrada a novos *players* e, ao mesmo tempo, obstáculos à rivalidade entre os potenciais empregadores já estabelecidos no mercado (i.e., na dimensão produto), inibindo a mobilidade dos trabalhadores³⁶⁸. Partindo da premissa de que encontrar um emprego é difícil e arriscado, trabalhadores tendem a se contentar com ofertas de baixas remunerações ao invés de procurar novas (e melhores) oportunidades. É nesse cenário que o empregador incumbente pode mais facilmente estagnar salários ou mesmo reduzi-los.

Diante desse pano de fundo, verifica-se que as *search frictions* e a *job differentiation* mitigam a rivalidade entre empregadores já estabelecidos no mercado ao

³⁶⁷ De acordo com relatório publicado, em 2022, pelo U.S. Department of Treasury, estudo realizado por pesquisadores alemães concluiu o que “[e]vidências recentes [...] sugerem que o entendimento dos trabalhadores sobre outras oportunidades é forte e indevidamente influenciado por seu salário atual, o que prejudica ainda mais os trabalhadores com salários mais baixos. [Os pesquisadores] estimam que 10% dos cargos de emprego alemães não poderiam continuar com seus salários atuais se os trabalhadores tivessem a compreensão correta de suas opções externas” (JÄGER, Simon, et al. **Worker Beliefs About Outside Options**, National Bureau of Economic Research, Estados Unidos da América, 2021).

³⁶⁸ MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. **Why Has Antitrust Law Failed Workers?** Social Science Research Network, 2019, p. 41.

mesmo tempo que representam barreiras à entrada de novo *player* que, porventura, seria capaz de rivalizar com o agente incumbente tanto com relação à oferta de produtos/serviços (i.e., dimensão produto) quanto com relação à contratação de trabalhadores (i.e., dimensão trabalho).

III.2.1.3. Obrigatoriedade de licenças profissionais como barreira à entrada na dimensão produto dos mercados

A contratação de empregados pode ser ainda mais difícil caso se deseje contratar profissionais que necessitem de licenças para desempenhar determinada atividade. Verifica-se que, de um lado, a exigência de licença profissional protege a segurança pública e os consumidores, bem como garante a qualidade de serviços; de outro, pode restringir a oferta de trabalhadores e obstaculizar a contratação de pessoal por novos *players* que pretendam entrar no mercado³⁶⁹.

Por meio de legislação específica, algumas profissões exigem licenças profissionais para que um indivíduo – ainda que já graduado – possa atuar na área. Advogados, médicos, engenheiros, arquitetos, enfermeiros e psicólogos são exemplos de ocupações que demandam a obtenção de licença específica para o desempenho de atividades profissionais.

Além de dificuldades relacionadas à própria obtenção da licença (que, por vezes, demandam a aprovação em exame específico) e ao pagamento de anuidade ao conselho responsável, óbice relevante diz respeito ao fato de que a maior parte desse tipo de licença é válida tão somente em um estado da federação. Como os conselhos são organizados por estado, a certificação profissional é também limitada àquele estado – justamente para o qual se recolhe a anuidade.

Nesse pano de fundo, válido mencionar um exemplo de como tais licenças podem representar barreiras à entrada de novos competidores em determinado mercado. Suponhamos que a Construtora A atue no município de São Paulo na construção de casas e edifícios e que empregue grande quantidade de engenheiros civis e arquitetos. Suponha-se que se deseje abrir uma filial no município do Rio de Janeiro (denominada Construtora B) e que, para se dar início às atividades, a Construtora B precisa contratar diversos engenheiros civis e arquitetos.

³⁶⁹ DEPARTMENT OF THE TREASURY. **The State of Labor Market Competition**. Estados Unidos da América, 2022.

Apesar de muito procurar, a Construtora B enfrenta enormes dificuldades para contratar profissionais e, por esse motivo, decide passar a apresentar propostas de emprego a profissionais que habitam municípios localizados no estado vizinho a São Paulo. O fato de tais potenciais trabalhadores estarem sujeitos a licenças profissionais válidas em âmbito estadual pode tornar a decisão pela mudança de estado e – por consequência, a sua contratação pela Construtora B – ainda mais difícil. Somado às complexidades inerentes a tal decisão, seriam necessários, ainda, gastos financeiros e esforços burocráticos para a obtenção da licença válida para o estado do Rio de Janeiro, por exemplo, em especial se o candidato já tiver projetos profissionais pessoais no seu estado de origem.

Sendo assim, conclui-se que a exigência de licenças profissionais para o desempenho de certas atividades, pode não apenas limitar o ingresso de novos profissionais em determinado mercado como também restringir o deslocamento entre profissionais. Tais licenças, portanto, podem consistir em barreira à entrada de uma empresa (no exemplo, na entrada da Construtora B) no mercado, na medida em que é capaz de obstaculizar o início das suas atividades comerciais.

III.2.2. Análise de rivalidade na dimensão trabalho dos mercados

Como bem explica o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, publicado pelo Cade, a efetividade da competição entre a entidade combinada e as demais empresas instaladas (i.e., rivais), no cenário pós-operação, pode tornar pouco provável o exercício do poder de mercado adquirido. A efetiva rivalidade entre *players* se verifica em contextos em que empresas já estabelecidas tenderiam a adotar estratégias agressivas para aumentar a sua participação de mercado como reação ao exercício do poder de mercado da entidade combinada³⁷⁰.

Ao se analisar as variáveis capazes de caracterizar o grau de rivalidade de mercados na sua dimensão produto, nota-se que boa parte das mesmas variáveis podem também ser utilizadas para aferir o grau de rivalidade na dimensão trabalho. Há diversos elementos capazes de auxiliar nessa avaliação, como o grau de concentração de mercado, variância de *market share*, elasticidade da oferta de trabalho, capacidade de expansão da dimensão produto do mercado, necessidade de elevada qualificação para aptidão ao bom

³⁷⁰ CADE. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016, p. 33.

desempenho da atividade profissional, índice de imposição de cláusulas restritivas à concorrência, dentre outros.

Em maior detalhe, vejamos adiante cada uma das variáveis mencionadas e de que forma elas podem influenciar na análise de atos de concentração, assim como faz o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, ao analisar a dimensão produto dos mercados envolvidos na operação:

Tabela 5 – Algumas variáveis que podem influenciar a análise de rivalidade na dimensão trabalho dos mercados

Variável analisada	Em mercados com alta rivalidade
Concentração de mercado	Há baixa concentração de mercado.
Variância de <i>market share</i>	Há elevada variância de <i>market share</i> , em razão da contestabilidade do mercado por outras empresas empregadoras de mão-de-obra capazes de oferecer melhores oportunidades aos trabalhadores.
Elasticidade da oferta de trabalho	Há elevada mobilidade de profissionais entre diferentes ocupações (e.g., CBOs), na hipótese de variação salarial. Maior probabilidade de ser verificada em mercados relacionados a profissionais generalistas.
Capacidade de expansão da dimensão produto do mercado	Há capacidade ociosa na dimensão produto do mercado e expectativa de expansão da produção, o que tende a resultar em maior demanda por profissionais.
Necessidade de elevada qualificação para desempenho da atividade profissional	Não é necessária elevada qualificação do empregado para o bom desempenho da atividade profissional. A alta qualificação pode envolver a necessidade de licenças profissionais, especialização acadêmica e/ou profissional, muitos anos de experiência na área de atuação, conhecimento de idiomas, prévia atuação em posições de gerência/diretoria etc. Quanto menor o grau de qualificação necessário, mais homogêneo será o mercado.
Índices de imposição de cláusulas restritivas à concorrência no mercado	Baixo índice de imposição de cláusulas restritivas à concorrência, possibilitando a maior mobilidade de profissionais entre <i>players</i> concorrentes.

Em mercados com intensa rivalidade, espera-se que exista efetiva competição, isto é, empresas capazes de contestar eventual exercício de poder de monopsonio pela entidade combinada. Espera-se que, na hipótese de os trabalhadores se depararem com redução de salários ou perda de benefícios, rivais já instalados no mercado ou novos entrantes possam assegurar oportunidades de emprego alternativas, com melhores condições empregatícias.

III.3. Eficiências que impactam a dimensão trabalho dos mercados

Passada a análise do nível de concentração e da probabilidade do uso de eventual poder de mercado adquirido em decorrência da operação (i.e., barreiras à entrada e rivalidade), a última fase da análise clássica de operações compreende a ponderação das eventuais eficiências econômicas. A Lei nº 12.529/2011 estabelece que o Cade deve ponderar as eficiências específicas de cada operação *vis-à-vis* seus efeitos negativos³⁷¹.

Cumpra à autoridade, portanto, verificar se os efeitos negativos da operação superam seus efeitos positivos. Se o resultado líquido for não-negativo e parte relevante dos seus benefícios for repassada para os consumidores, haverá condições de aprová-la³⁷². Como bem explica o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, “os efeitos líquidos advindos do ato de concentração serão avaliados a partir da comparação entre os benefícios específicos resultantes da realização do AC e os potenciais prejuízos para o bem-estar dos consumidores advindos da eliminação da concorrência”³⁷³.

De modo geral, praticamente qualquer tipo de eficiência pode ser suscitado pelas requerentes em defesa da aprovação de operações³⁷⁴, mas há dois importantes limites. O primeiro deles diz respeito ao padrão de “bem-estar do consumidor” adotado nas análises antitruste, que aponta para o fato de que a eficiência deve ser suficiente para beneficiar os consumidores, apesar do aumento do poder de mercado (i.e., que os custos de produção se reduzem o suficiente a ponto que, mesmo com o aumento da sua participação de mercado, a entidade combinada cobrará preços mais baixos). O segundo diz respeito ao

³⁷¹ Artigo 88, da Lei nº 12.529/2011: “Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: [...] §5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo. § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”.

³⁷² CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 46.

³⁷³ Como esclarece o Guia de Análise de Atos de Concentração do Cade, “[a] Lei nº 12.529/2011 estabelece que o Cade deve ponderar as eficiências específicas de cada AC vis-à-vis seus efeitos negativos (art. 88, § 6º). Trata-se do já mencionado critério do efeito líquido não-negativo [...] Destaque-se que, nos termos da Lei, a transferência relevante dos benefícios aos consumidores é componente necessário nesta avaliação final dos efeitos do AC” (CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 45).

³⁷⁴ “Consideram-se “eficiências passíveis de contabilização” apenas aquelas que sejam específicas da operação, ou seja, somente aquelas que não poderiam ser alcançadas de outra forma senão por meio do AC. Entende-se que não serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvam menores restrições para a concorrência” (CADE. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016, p. 46).

fato de que as eficiências devem ser específicas à operação (*merger-specific*), ou seja, que sejam possíveis – ou razoavelmente possíveis – apenas por meio da operação³⁷⁵.

Partindo da premissa de que a análise antitruste também deve considerar efeitos concorrenciais relacionados à dimensão trabalho do mercado, pode não ser adequada a aprovação sem restrições de um ato de concentração que resulte em prejuízos aos trabalhadores, ainda que aumente os lucros e gere benefícios aos consumidores finais. No entanto, “isso não significa dizer que operações que prejudicam trabalhadores não devem ser aprovadas”³⁷⁶.

Ao se avaliar o efeito líquido da operação, deve-se verificar se eventuais prejuízos a trabalhadores podem ser compensados por ganhos em outras esferas econômicas. Atos de concentração propostos entre duas empresas que atuam em mercados de trabalho competitivos, por exemplo, podem não resultar em prejuízos aos trabalhadores mesmo que resultem em demissões. Isso porque, em um mercado de trabalho competitivo, os trabalhadores demitidos podem, com alguma facilidade, encontrar novos empregos igualmente bons³⁷⁷.

Uma operação, todavia, não pode se justificar tão somente com base no argumento de que o corte de empregos – por qualquer que seja o motivo – reduzirá custos e resultará em melhores preços de venda dos produtos aos consumidores finais. A legislação antitruste não permite tal entendimento a respeito da avaliação de eficiências, tampouco o repasse de tal economia aos consumidores finais costuma ocorrer, na realidade³⁷⁸.

Como explicam Hovenkamp e Marinescu³⁷⁹, para que um ato de concentração se justifique em razão de argumentos de eficiência que impactam trabalhadores, deve-se demonstrar (i) que a entidade combinada (i.e., cenário pós-operação) diminuirá a

³⁷⁵ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 84.

³⁷⁶ Como explicado por Eric Posner, no original: “This is not to say that mergers that harm workers should never be approved. The losses to workers could be offset by gains elsewhere in the economy. Indeed, the merger of two firms that operate in a friction-less labor market should not greatly harm workers even if it does result in significant layoffs, because in a competitive labor market the laid-off workers can easily find equally good jobs. In contrast, a merger that does create competitive concern should not be excused simply on the basis that it allows the firm to cut costs by destroying jobs. Antitrust law does not allow such a trade-off, nor should it” (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 85).

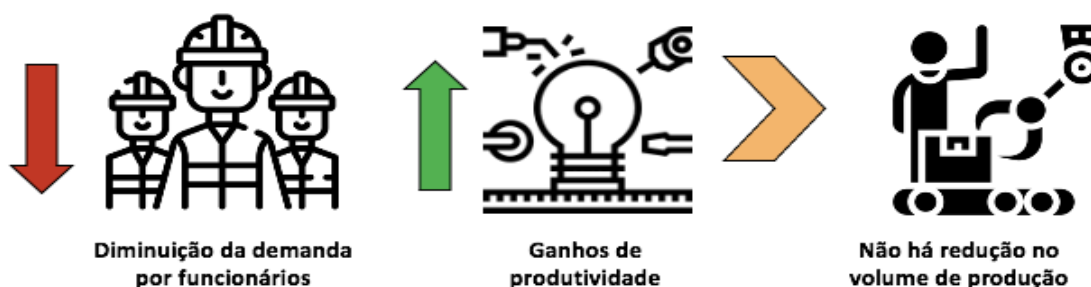
³⁷⁷ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 85.

³⁷⁸ AREEDA, Phillip; HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application**, 2016, p. 971.

³⁷⁹ Outros autores também apresentam considerações similares, como Carl Shapiro (SHAPIRO, Carl. **Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets**, Journal of Economic Perspectives, v. 33, n. 3, pp. 69-93, 2019) e Posner e Naitu e Weyl (NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. Harvard Law Review, v. 132, 2018).

demanda da empresa por funcionários – em razão de ganhos relacionados à produtividade, por exemplo; e (ii) que a entidade combinada não reduzirá o volume de produção total. Segundo os autores, ambos os requisitos são essenciais³⁸⁰. A ideia é refletida na imagem a seguir:

Imagem 7 – Análise de eficiências



Fonte: elaborado pela autora.

Hovenkamp e Marinescu justificam o seu entendimento acerca de tais requisitos. Em decorrência de uma operação, a entidade combinada pode diminuir a sua necessidade por trabalhadores não em razão de eficiências produtivas, de fato, mas em razão do exercício de poder de monopsonio. Ao reduzir salários, o empregador pode ser capaz de obter maior margem e, por conseguinte, auferir maiores lucros mesmo em um cenário de menor produção. Diminuindo a produção, haverá menor oferta de produtos aos consumidores e, conseqüentemente, os preços tendem a subir. É justamente essa a situação, grosso modo, que se deseja evitar.

Um cenário diferente é o que a operação verdadeiramente torna o processo produtivo mais eficiente, reduzindo a necessidade de um quantitativo de trabalhadores ao mesmo tempo que mantém os níveis de produção. Uma das conseqüências dos ganhos auferidos com a melhor produtividade pode ser, inclusive, o aumento da remuneração dos empregados e a diminuição de preços aos consumidores finais³⁸¹.

Para ilustrar cenários em que argumentos de eficiências – tanto horizontais quanto verticais – relacionadas a trabalhadores poderiam ser levantados pelas requerentes para justificar a aprovação de uma operação, seguem a seguir exemplos práticos sobre o tema:

³⁸⁰ HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019, pp. 1060-1062.

³⁸¹ HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019, pp. 1060-1062.

Tabela 6 – Eficiências horizontais e verticais relacionadas à dimensão trabalho dos mercados

<i>Exemplos práticos</i>
<u>Eficiências horizontais</u> Suponha que uma operação submetida entre a Empresa A e a Empresa B seja notificada ao Cade. Ainda na fase de instrução, o Cade sinaliza às requerentes que teria verificado que a operação resultará em efeitos anticompetitivos na dimensão trabalho do mercado. Para refutar as preocupações levantadas pela autoridade, as requerentes apresentam diversas evidências de que a operação levará à redução de custos para a produção dos itens comercializados em razão, por exemplo, da redução de custos trabalhistas. A princípio, estar-se-ia argumentando que os potenciais efeitos anticompetitivos capazes de afetar a dimensão trabalho do mercado (i.e., os trabalhadores) poderiam ser compensados em razão da constatação de que a operação resultaria em benefício aos consumidores (i.e., indivíduos que, ao menos em tese, adquiririam produtos a menores preços). Esse pode ser um bom argumento para defender a operação, no entanto, caso se verifique a alegada redução dos custos trabalhistas se dá em razão de exercício de poder de monopólio – e não em razão do aumento da produtividade – tal eficiência não seria considerada pelo Cade para fins de análise dos efeitos líquidos da operação. Em cenário alternativo, imagina-se que uma única grande fábrica (“Fábrica A”) pode ser capaz de produzir aviões com mais eficiência do que duas pequenas fábricas (“Fábrica B” e “Fábrica C”). Isso porque a Fábrica A pode subdividir a sua linha de montagem no sentido de obter maiores ganhos com a especialização das habilidades de cada trabalhador. Como consequência, o aumento da produtividade no trabalho pode causar a diminuição da demanda por grande número de trabalhadores, visto que a nova dinâmica faz com que um único empregado consiga produzir mais produtos ao longo de sua jornada diária. Verifica-se, portanto, que há redução na necessidade de contratação de trabalhadores, na mesma medida em que a produção se mantém constante. Outro exemplo é ilustrativo. Imagina-se um ato de concentração entre duas empresas fabricantes de automóveis, como foi o caso da Daimler (Mercedes-Benz) e Chrysler, em 1998. Na medida em que tais fabricantes passam a poder comercializar automóveis de ambas as marcas em uma única instalação comercial, é provável que os custos de distribuição sejam reduzidos. As requerentes podem argumentar, nessa linha, que a redução dos custos de distribuição é eficiência resultante da operação, capaz de gerar bem-estar para os consumidores – ainda que também seja capaz de reduzir os postos de emprego nas concessionárias. Nesse exemplo, para que a autoridade antitruste venha a entender que eventuais prejuízos à concorrência são compensados por eficiências (i.e., efeito líquido negativo), as requerentes devem demonstrar que a redução no número de postos de trabalho em concessionárias se dá em razão do incremento na produtividade, como a melhora na logística de distribuição de veículos, por exemplo³⁸². <u>Eficiências verticais</u> Exemplos de eficiência vertical envolvendo profissionais com atividades complementares entre si são bastante palpáveis. Suponha-se que uma Empresa A emprega pesquisadores que têm como principal função a invenção de novos produtos, ao passo que uma Empresa B emprega bons vendedores de mercadorias. Nesse caso, pode ser mais produtivo que pesquisadores e vendedores trabalhem em conjunto, na medida em que os dois grupos de profissionais poderiam interagir entre si e cooperar mais estreitamente na hipótese de trabalharem para a mesma empresa do que para entidades diferentes. Além disso, há complementariedade entre as atividades desempenhadas por diferentes profissionais que podem ser menos diretas. Engenheiros com experiência em obras de construção civil podem não colaborar diretamente com engenheiros elétricos, mas tê-los trabalhando no mesmo estabelecimento pode auxiliar e estimular a criatividade durante conversas em reuniões de equipe e até mesmo na hora do almoço, por exemplo. Uma operação, portanto, envolvendo empresas compostas por engenheiros civis e engenheiros elétricos pode aumentar a produtividade. No cenário descrito, a operação entre duas empresas pode ser pró-competitiva, considerando que a suposta entidade combinada é capaz de internalizar a produtividade extra que cada grupo de

³⁸² HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019, pp. 1060-1062.

trabalhadores pode agregar. A maior produtividade pode resultar em salários mais altos para ambas as equipes de engenharia, estimular o aprimoramento dos produtos/serviços prestados e incentivar a inovação³⁸³.

Sobre o tema, o Cade endereçou situação parecida no passado. Em 25.3.1994, foi notificada ao Cade operação referente à aquisição da totalidade das quotas da empresa alemã Korf GmbH por uma sociedade uruguaia pertencente ao Grupo Gerdau, aprovada condicionada ao cumprimento de TCD³⁸⁴. Dentre as eficiências mencionadas pelas requerentes, apontou-se a “possibilidade de aumentar a produtividade, através da otimização dos fluxos de produção das empresas do Grupo Gerdau”³⁸⁵.

Ao apresentarem os “índices de eficiência” que deveriam ser atingidos nos anos subsequentes à operação, as requerentes apontaram para a redução dos principais custos fixos, incluindo “custos com pessoal de produção” e com “pessoal administrativo”. Explicou-se que os investimentos previstos contemplam aumento da capacidade de produção de aço, ao passo que serão reduzidos os seus principais custos fixos (incluindo custos com mão-de-obra). Apontou-se ainda que “o nível de emprego nas áreas produtivas deverá se manter praticamente inalterado”, mas que, “em relação ao pessoal administrativo, em função da reorganização administrativa do Grupo Gerdau, prevê-se a redução de um percentual um pouco acima de 20%”. Por fim, as requerentes afirmaram que estariam “previstos ganhos reais de salários médios de 14%”³⁸⁶.

Ao analisar as eficiências, o Conselheiro Relator José Matias Pereira apontou que “as integrações que buscam eficiência devem ser entendidas como benéficas para o mercado, desde que levem à redução de preço dos produtos ofertados no mercado”, – sem levantar questões relacionadas a aspectos trabalhistas. Os pontos diretamente enfrentados pelo ex-Conselheiro cingem aspectos relacionados à elevada concentração do setor siderúrgico, valores de investimentos, características do produto, importação, dentre outros. Em relação a “políticas internas de gerenciamento empresarial”, o voto explicou que tais medidas “não estão na área de competência deste Colegiado”, eis que

³⁸³ Exemplo elaborado a partir de cenário inicialmente apresentado por Eric Posner em livro de referência sobre o tema (POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 86).

³⁸⁴ Ato de Concentração nº 16/1994 (Requerentes: Siderúrgica Laiza S.A. - Grupo Gerdau e Korf GmbH - Cia. Siderúrgica Pains), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD, em 29.5.1995

³⁸⁵ Vide Formulário de notificação do Ato de Concentração nº 16/1994 (SEI 0259693).

³⁸⁶ Vide Informações adicionais solicitadas pelo Cade prestadas pelo Grupo Gerdau (p. 569 do volume 2 (SEI 0259696)).

basicamente relacionadas a decisões de caráter gerencial do Grupo Gerdau, visando à sua própria eficiência”³⁸⁷.

Por maioria, o Tribunal do Cade aprovou a operação condicionada a cumprimento de TCD³⁸⁸. Embora não tenha sido tema dos votos proferidos pelos Conselheiros no julgamento do caso, o TCD inclui obrigação que diretamente afeta os trabalhadores: no cenário pós-operação, a empresa se comprometeu a prover programa de requalificação profissional e de realocação para todos os trabalhadores cuja perda de emprego estivesse diretamente associada à operação (“medida compensatória de emprego”)³⁸⁹. O programa foi desenvolvido e executado pelo SENAI, sob a supervisão de comissão vinculada ao Ministério do Trabalho e Emprego.

O caso é interessante porque os argumentos de eficiência apresentados pelas requerentes, na perspectiva da dimensão trabalho do mercado, são legítimos. Veja que, ao passo que as requerentes reconhecem que a operação gerará demissões (i.e., redução de custos fixos), explica-se que haverá incremento na capacidade produtiva, investimentos em melhorias tecnológicas a nível industrial, além de ganhos reais nos salários médios dos empregados. Cumprem-se, portanto, os requisitos para que se entenda que a redução dos custos não advém do exercício de poder de monopsônio, mas sim de eficiência produtiva.

Em outro caso, o Cade ponderou a justificativa de demissões de pessoal. A avaliação foi realizada no âmbito do Ato de Concentração nº 2/1994, proposto entre Ultrafertil e Fosfertil, em 1997³⁹⁰. Ao se considerar que o ato de concentração poderia gerar dispensa de uma quantidade de trabalhadores pelas requerentes, no cenário pós-operação, o Conselheiro Relator Mércio Felsky pontuou que eventuais demissões

³⁸⁷ Vide voto proferido pelo Conselheiro Relator José Matias Pereira (p. 638 a 643 – volume 2 (SEI 0259696)).

³⁸⁸ No caso, a Gerdau poderia escolher entre três opções: arrendar a Pains por vinte anos, vender a siderúrgica, ou adotar dez medidas para evitar a concentração de mercado. O grupo optou pelas dez determinações do conselho, dentre as quais, reconstituir e vender a unidade de laminação da Pains em Contagem (MG), vender a Transpains (transportadora) e recolocar no mercado trabalhadores demitidos.

³⁸⁹ Na íntegra da cláusula: “Medida Compensatória de Emprego: 7. A empresa deverá prover programa de requalificação profissional e realocação a ser aprovado pelo CADE com base em parecer técnico da Secretaria de Formação Profissional do Ministério do Trabalho para todos os trabalhadores cuja perda de emprego esteja diretamente associada à operação de compra da Pains pelo Grupo Gerdau e que assim o desejarem” (p. 1379 do volume 3 (SEI 0259699)).

³⁹⁰ Ato de Concentração nº 2/1994 (Requerentes: Fosfertil- Fertilizantes Fosfatados S.A e Ultrafertil S.A Indústria e Comércio de Fertilizantes), aprovado sem restrições em 29.11.2000.

deveriam ser necessariamente justificadas como resultado das eficiências obtidas por meio do ato de concentração³⁹¹.

No Ato de Concentração proposto entre a Companhia Antarctica Paulista – Indústria de Bebidas e Conexos e Cia. Cervejaria Brahma (conhecido como o “ato de concentração da Ambev”)³⁹², também houve discussão similar. No voto proferido pela Conselheira Relatora Hebe Romano, explica-se que, dentre as eficiências observadas na operação, “haverá impactos positivos no nível de empregos [...], tendo em vista a possibilidade de expansão na produção” e que “as requerentes se comprometeram a melhorar as práticas de treinamento de pessoal”, aumentando a qualificação e a produtividade de seus funcionários.

Já com relação à operação proposta entre a S&S e PRH, recentemente analisada nos EUA, envolvendo o mercado de aquisição de direitos de publicação de *best sellers* (detalhada no Tópico III.1.2), dois foram os principais argumentos de eficiência levantados. Primeiro, ao argumentar que a operação geraria benefícios aos trabalhadores envolvidos (i.e., autores), as requerentes indicaram que os autores usufruiriam de diversas vantagens ao trabalhar com a entidade combinada, incluindo acesso à rede de distribuição de livros da PRH. Segundo, as requerentes apontaram que, ao contrário do que a investigação do caso levaria a crer, a operação resultaria em aumento nos valores de pagamentos realizados aos autores.

Ao avaliar a questão, a conclusão da Corte sobre os argumentos apresentados a título de eficiência foi no sentido de que as requerentes não teriam sido capazes de comprová-las nos autos, em especial no que tange o suposto aumento das remunerações aos autores de livros no cenário pós-operação. Com isso, as alegações relacionadas às supostas eficiências apresentadas pela S&S e PRH foram desconsideradas.

Conclui-se, portanto, que – tal como na análise da dimensão produto do mercado – argumentos de eficiência relacionados à dimensão trabalho podem ser levantados pelas requerentes para justificar a aprovação de um ato de concentração. No entanto, tal alegação não deve se limitar à redução de custos decorrentes da dispensa de pessoal, mas deve se fiar à verificação de maior produtividade, de modo que os níveis de produção sejam mantidos – ainda que com menos trabalhadores; e à efetiva constatação de que não

³⁹¹ Voto proferido pelo Conselheiro Relator Mércio Felsky, no Ato de Concentração nº 2/1994 (p. 937, volume 10 (SEI 0689131)).

³⁹² Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12 (Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência e outros), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 29.3.2000.

haverá redução de salários em razão de poder de monopólio da entidade combinada, no cenário pós-operação.

IV. REMÉDIOS CONCORRENCIAIS

Passada a avaliação sobre o nível de concentração do mercado, os aspectos de rivalidade e as eficiências, caso a autoridade conclua que o ato de concentração não deve ser aprovado sem restrições (i.e., que o efeito líquido da operação não é positivo ou, ao menos, neutro), a imposição de remédios passa a constituir condição necessária para que a operação possa seguir adiante.

Como bem explica o Guia para Remédios Antitruste do Cade, os remédios buscam evitar que uma operação “possa resultar na eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante”³⁹³. Isto é, remédios antitruste são “restrições aprovadas pelo Cade para corrigir efeitos deletérios à concorrência”³⁹⁴, podendo ser negociados por meio de Acordo em Controle de Concentrações (“ACC”) ou designados unilateralmente pelo Tribunal do Cade³⁹⁵. São, portanto, considerados soluções intermediárias entre a aprovação sem restrições de uma operação e a sua reprovação³⁹⁶.

Há dois tipos de remédios na seara antitruste: estruturais e comportamentais. Os remédios estruturais são aqueles em que ocorre o desinvestimento de uma unidade total ou parcial dos negócios envolvidos. Já os remédios comportamentais são aqueles que se referem a restrições a determinados direitos, como o uso de determinados ativos (i.e., marcas e patentes) ou obrigações de práticas comerciais, financeiras ou econômicas³⁹⁷. A adoção de um ou de outro tipo de remédio não é excludente, havendo diversos exemplos, na jurisprudência do Cade, de operações nas quais foram aplicados tanto remédios estruturais quanto comportamentais³⁹⁸.

³⁹³ CADE. **Guia de Remédios Antitruste**, 2018, p. 7.

³⁹⁴ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 002/2020: Remédios Antitruste no Cade: uma Análise da Jurisprudência**, 2020, p. 7.

³⁹⁵ A aprovação do ato de concentração condicionada a um ACC compete ao Tribunal do Cade, nos termos do artigo 61, da Lei nº 12.529/2011: “No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato”.

³⁹⁶ CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios Antitruste em Atos de Concentração: Uma Análise da Prática do Cade**. 2014. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia do Setor Público), Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 10.

³⁹⁷ CADE. **Guia de Remédios Antitruste**, 2018, pp. 19 e 39.

³⁹⁸ A título de exemplo, o Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18 (Requerentes: BRF Brasil Foods S.A. e Sadia S.A.) aprovado condicionado à celebração de TCD em 13.7.2011; Ato de Concentração nº

No Guia para Remédios Antitruste, o Cade elenca os quatro princípios gerais que devem ser observados durante a negociação de um ACC³⁹⁹. Resumidamente, são eles: (i) proporcionalidade: o remédio deve ser proporcional no sentido de impor ações mitigadoras necessárias, adequadas e suficientes à efetiva reversão do potencial prejuízo à concorrência; (ii) tempestividade: descrição de um prazo razoável para a implementação do remédio, que tende a ser mais curto para o cenário de remédios estruturais e mais longo para o cenário de remédios comportamentais; (iii) factibilidade: o remédio deve ter condições de ser aplicado e monitorado ao longo do tempo; e (iv) verificabilidade: os remédios devem ser suscetíveis a mecanismos de checagem das obrigações, ao acompanhamento das ações realizadas pelas partes, à aferição de eventuais consequências e à identificação dos sujeitos das ações necessárias para o cumprimento das condições impostas⁴⁰⁰.

Com relação às diretrizes gerais para a definição dos remédios a serem negociados, o Cade expressamente menciona que “remédios estruturais devem ser considerados prioritariamente” em atos de concentração horizontais e atos de concentração verticais, visto que a origem do problema concorrencial reside em mudança na configuração da estrutura de um mercado relevante⁴⁰¹. Conforme explicado, um remédio estrutural “tende a ser mais efetivo”, visto que direciona a causa do dano concorrencial de forma mais direta⁴⁰².

08700.005447/2013-12 (Requerentes: Anhanguera Educacional S.A. e Kroton Educacional S.A.), aprovado ao cumprimento de ACC em 10.6.2014.

³⁹⁹ Além do Guia de Remédios Antitruste do Cade (CADE. Guia de Remédios Antitruste, Brasília, 2018) e Documento de Trabalho publicado pelo DEE (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; Documento de Trabalho nº 002/2020: Remédios Antitruste no Cade: uma Análise da Jurisprudência, 2020), princípios semelhantes são observados na literatura internacional sobre o tema, como em documentos da OCDE (OCDE. Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases, Paris, 2011), Guia para Remédios Antitruste publicado pelo DOJ (DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies**. Falls Church, Estados Unidos da América, 2011) e da ICN (ICN. **Merger Remedies Review Project**, Report for the Fourth ICN Annual Conference, 2005).

⁴⁰⁰ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 002/2020: Remédios Antitruste no Cade: uma Análise da Jurisprudência**, 2020, p. 8.

⁴⁰¹ Embora o Cade destaque a preferência por remédios estruturais, na prática, tal escolha não se observa na prática antitruste. Em pesquisa publicada em 2020, concluiu-se que “o panorama geral das decisões do Cade já demonstrou um contexto de baixa intervenção do controle de estruturas brasileiro” e que, de junho de 1994 até o final de 2018, nos casos em que houve aprovação com restrições, 24,62% dos remédios foram puramente comportamentais e 15,08% foram estruturais, sendo a maioria, 60,31%, restrições “anciliares” majoritariamente relacionadas a cláusulas de não-concorrência (BORGES, Rodrigo Fialho. **Descontrole de Estruturas: dos Objetivos do Antitruste às Desigualdades Econômicas**. 2020. Dissertação (Doutorado em Direito Comercial), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 266).

⁴⁰² A preferência por uma intervenção estrutural vai ao encontro das proposições da Escola de Harvard, ou seja, é melhor uma intervenção estrutural (realocação de ativos) do que uma intervenção comportamental, isto é, a imposição ou restrição ao modo como são operados os ativos. Como consequência, quando as intervenções comportamentais ocorrem, elas são consideradas, em geral, acessórias. Resumidamente, de

A escolha do remédio mais adequado depende da análise do caso em concreto e deve observar o nexo causal entre o dano à concorrência identificado e a operação em análise, não havendo uma regra única e universal⁴⁰³. Em se tratando de uma discussão nova não apenas para o Cade, como para as demais autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, fato é que ainda não são claras as soluções capazes de endereçar preocupações concorrenciais relacionadas à dimensão trabalho do mercado relevante⁴⁰⁴.

Partindo dos princípios gerais e das demais orientações da autoridade, bem como do ferramental há anos utilizado na análise clássica de atos de concentração, é importante que se passe a avaliar possíveis remédios voltados a solucionar preocupações em um contexto adicional. Passa-se a ser essencial que se avaliem remédios não apenas voltados a impactos que envolvam a dimensão produto, mas também a dimensão trabalho do mercado⁴⁰⁵.

Além das características do mercado e das atividades e identidade das requerentes envolvidas no ato de concentração⁴⁰⁶, estudos econômicos relacionados ao cenário pré e pós-operação e à efetividade da restrição imposta também auxiliam na avaliação do

acordo com a Escola de Harvard, o desempenho da indústria seria um resultado indireto da estrutura da oferta (número de concorrentes, possibilidade de entrada, estrutura de custos, tamanho mínimo, entre outros) dada uma suposta subordinação das condutas/estratégias (preços, qualidades, quantidades, diferenciação de produtos, etc.). (RUIZ, Ricardo. **Restrições comportamentais em atos de concentração**. In: CARVALHO, Vinicius (Org.). A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência. São Paulo: Singular, 2015. p. 203). De forma semelhante, documento de trabalho elaborado pelo DEE que analisa a jurisprudência do Cade sobre o tema também aponta que remédios estruturais devem ser considerados prioritariamente (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 002/2020: Remédios Antitruste no Cade: uma Análise da Jurisprudência**, 2020, p. 10).

⁴⁰³ ICN. **Merger Remedies Review Project**, Report for the Fourth ICN Annual Conference, 2005; FEDERAL TRADE COMMISSION. **A Study of the Commission's Divestiture Process**, Estados Unidos da América, 1999; OCDE. **Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases**, Paris, 2011.

⁴⁰⁴ É inegável que aspectos relacionados ao mercado de trabalho, em alguma medida, se diferenciam de questões que envolvem a dimensão produto. Cita-se, por exemplo, a natureza bilateral das contratações trabalhistas, isto é, além do currículo e valor da remuneração a ser paga a empregadores, características pessoais do candidato também acabam sendo muito importantes (e.g., grau de competência e de diligência e caráter) (WALES, D. P. et. al. **The Unlikely Role of Labor Markets in Merger Antitrust Review**. Bloomberg Law, 2018).

⁴⁰⁵ MELLMAN, A. **Measuring the Impact of Mergers on Labor Markets**. Columbia Journal of Law and Social Problems. New York, v. 53, n.1, 2019; e HAFIZ, Hiba M.; **Interagency Merger Review in Labor Markets**. Boston College Law School Faculty Papers, 2020.

⁴⁰⁶ DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies**. Falls Church, Estados Unidos da América, 2011, p. 10.

pacote de remédios mais adequado. Além disso, a realização de *market tests*⁴⁰⁷ pode minimizar riscos de erros na composição de pacotes de remédios⁴⁰⁸.

É essencial, portanto, que o pacote de remédios negociado seja bem avaliado, de modo a não ser mais abrangente que o necessário nem gerar impactos concorrenciais indesejados. A título de exemplo, um remédio comportamental que imponha às requerentes, no cenário pós-operação, a não redução de salários pode artificialmente inflar remunerações em determinado mercado. Como reação a isso, profissionais bem qualificados e que desempenham atividades em outros setores podem passar a se candidatar a vagas em tal mercado, expulsando trabalhadores de menor qualificação que antes trabalhavam no setor⁴⁰⁹.

Fato é que, ao menos até que o Cade tenha tempo e oportunidade de analisar um volume de casos capaz de fornecer *background* e presunções a respeito de efeitos concorrenciais na dimensão trabalho do mercado, o DEE/Cade terá papel fundamental na avaliação a respeito da adequação, proporcionalidade, viabilidade e factibilidade de determinada proposta de remédios que venha a ser negociada entre as partes. A atuação conjunta do corpo técnico do Cade e o aproveitamento da experiência internacional sobre o tema – ainda igualmente incipiente – será imprescindível.

Nos tópicos a seguir, serão apresentadas propostas de remédios comportamentais (Tópico IV.1) e de remédios estruturais (Tópico IV.2) que endereçam a variável trabalho capazes de endereçar eventuais preocupações concorrenciais que venham a ser identificadas em atos de concentração. Vale destacar que não se trata de lista exaustiva de possíveis remédios, mas sim de sugestões iniciais para lançar o debate de maneira mais concreta e pragmática no Brasil.

⁴⁰⁷ Como explica Patrícia Semensato, a prática é comum na Comissão Europeia, que elabora questionários direcionados a terceiros (podendo, inclusive, ter acesso a uma versão confidencial da proposta de remédios) a fim de obter contribuições sob uma perspectiva diferente da das requerentes, que nem sempre têm incentivos para oferecer um pacote completo e suficiente (CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios Antitruste em Atos de Concentração: Uma Análise da Prática do Cade**. 2014. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia do Setor Público), Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 48).

⁴⁰⁸ A possibilidade da consulta a *players* do mercado, por meio de *market tests*, consta inclusive nas orientações sobre procedimentos para análise de operações da Comissão Europeia (EUROPEAN COMMISSION. **Competition: Merger Control Procedures**, 2004, p. 2).

⁴⁰⁹ WALES, D. P. et. al. **The Unlikely Role of Labor Markets in Merger Antitrust Review**. Bloomberg Law, 2018.

IV.1. Remédios comportamentais que endereçam a variável trabalho em controle de estruturas

Remédios comportamentais visam a restabelecer a dinâmica concorrencial nos mercados por meio de “intervenções e compromissos assumidos pelas partes envolvidas em não abusar de certos ativos disponíveis”⁴¹⁰. Tais remédios costumam ser prospectivos, consistindo em limites sobre o comportamento futuro dos negócios das requerentes ou uma obrigação de (não) realizar uma conduta específica por um determinado período de tempo⁴¹¹.

A OCDE aponta que, em muitas jurisdições, prefere-se remédios estruturais a comportamentais⁴¹². É essa, inclusive, a preferência da autoridade brasileira⁴¹³. Isso se dá porque a adoção de remédios comportamentais costuma envolver custos de monitoramento e de fiscalização à autoridade antitruste, por um significativo período de tempo. Afinal, os “comportamentos em causa devem ter impacto duradouro e sustentável nas condições de mercado”⁴¹⁴.

De outro lado, essa categoria de remédios pode ser mais apropriada em situações nas quais um desinvestimento (i.e., remédio estrutural) não seja proporcional, viável ou esteja sujeito a riscos significativos. Somado a isso, além de os custos à autoridade perdurarem por tempo limitado, pode ser que uma operação gere benefícios aos consumidores e/ou aos trabalhadores que sejam mais bem preservados por meio de restrições comportamentais⁴¹⁵.

Exemplos de remédios comportamentais normalmente aplicados pelas autoridades compreendem compromissos de não-discriminação e de não-retaliação, disposições de *firewalls*⁴¹⁶, medidas que incentivem aspectos de transparência, suspensão ou eliminação de cláusulas de exclusividade de fato ou de direito, licenciamento

⁴¹⁰ CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 57.

⁴¹¹ MOTTA, Massimo, POLO, Michele e VASCONCELOS, Helder. **Merger Remedies in the European Union: An Overview**. In: LÉVÊQUE, François, e SHELANKSI, Howard. *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*. Edward Elgar Publishing Limited, 2003. p. 108

⁴¹² OCDE. **Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases**, Paris, 2011.

⁴¹³ CADE. **Guia de Remédios Antitruste**, 2018, p. 15.

⁴¹⁴ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 002/2020: Remédios Antitruste no Cade: uma Análise da Jurisprudência**, 2020, p. 12.

⁴¹⁵ ICN. **Merger Remedies Review Project**, Report for the Fourth ICN Annual Conference, 2005.

⁴¹⁶ Como explica Patrícia Semensato, *firewalls* são medidas para evitar a disseminação de determinadas informações dentro de uma empresa (CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios Antitruste em Atos de Concentração: Uma Análise da Prática do Cade**. 2014. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia do Setor Público), Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 40).

obrigatório de propriedade intelectual, obrigação de fornecimento de insumos ou acesso a ativos-chave para concorrentes verticalmente integrados, separação contábil de atividades, entre outros⁴¹⁷.

No intuito de endereçar preocupações concorrenciais relacionadas à dimensão trabalho do mercado, passa-se a apresentar a seguir possíveis remédios comportamentais que podem ser negociados pela autoridade antitruste e requerentes, no intuito de solucionar eventuais efeitos anticompetitivos que uma operação seja capaz de ensejar. Tais remédios, detalhados nos tópicos abaixo, referem-se a obrigações visando (i) à manutenção das remunerações em patamar competitivo; (ii) ao repasse de ganhos de eficiência aos trabalhadores; (iii) à suspensão de cláusulas restritivas à mobilidade do trabalhador; (iv) implementação de medida compensatória de empregos; (v) ao investimento em treinamento de trabalhadores não dispensados; (vi) à preservação de contratos com empresas de terceirização de serviços; (vii) à manutenção dos níveis de emprego; (viii) à obrigação de justificar demissões decorrentes da operação; e (ix) à obrigação de notificação de operação futura.

IV.1.1. Manutenção das remunerações em patamar competitivo

Um dos potenciais prejuízos que uma determinada operação pode causar à dimensão trabalho do mercado relevante refere-se à redução das remunerações pagas aos empregados no cenário pós-operação, em especial em se tratando de mercados concentrados e menos competitivos.

Para endereçar eventuais riscos identificados nesse sentido, pode-se avaliar a possibilidade de o Cade celebrar compromisso com as partes envolvidas na operação para que sejam mantidos os valores correspondentes às remunerações trabalhistas em patamar competitivo, nos mercados objeto de preocupação concorrencial. A manutenção dos valores a níveis competitivos pode depender de variáveis pré-fixadas e estabelecidas – como a observação do piso salarial e a garantia de certos benefícios não pecuniários.

Vale ressaltar que a ideia de remédio proposta não visa a fixar os valores das remunerações devidas aos empregados, mas tão somente a garantir que não haverá redução de salários (ou de benefícios) em razão de incremento no poder de monopólio

⁴¹⁷ DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*. Falls Church, Estados Unidos da América, 2011.

da entidade combinada, bem como que a remuneração se manterá conforme os parâmetros competitivos do mercado.

IV.1.2. Repasse de ganhos de eficiência aos trabalhadores

Na medida em que, de um lado, a operação pode ensejar significativo incremento nos níveis de concentração do mercado, de outro, pode resultar em importantes eficiências e na redução de custos produtivos. Diante desse cenário, pode-se cogitar remédio que vise a mitigar incentivos relacionados à redução de salários decorrentes do poder de monopsonio com obrigações que envolvam uma espécie de compartilhamento dos ganhos auferidos.

É possível, portanto, que se aproveite benefícios alcançados pelas requerentes também aos trabalhadores⁴¹⁸. No intuito de mitigar incentivos para reduzir salários, as requerentes se comprometeriam a reverter parcela dos ganhos obtidos pela entidade combinada no cenário pós-operação aos trabalhadores, seja na forma de maiores salários, seja na de melhores condições empregatícias.

Assim como no Tópico IV.1.1, a ideia do remédio proposto não é fixar remunerações, mas tão somente assegurar que ao menos parte dos benefícios auferidos pelas requerentes em decorrência da operação seja repassada aos trabalhadores. Com isso, eventuais preocupações concorrenciais relacionadas ao incremento do poder de monopsonio seriam mitigadas.

IV.1.3. Suspensão de cláusulas restritivas à mobilidade do trabalhador

Como apontado no Tópico III.2.1.1, há cláusulas impostas em contratos de trabalho (e.g., cláusulas de não-aliciamento e cláusulas de não-concorrência) que em muito restringem a mobilidade de empregados entre *players* do mercado, ou seja, restringem a concorrência no que diz respeito à contratação de profissionais. Como

⁴¹⁸ Se, de um lado, uma operação tende a agregar ganhos na produtividade, de outro, não necessariamente esses ganhos são repassados a terceiros. Eficiências decorrentes de determinada operação, portanto, podem em nada impactar os preços cobrados dos consumidores finais, as condições de trabalho dos funcionários ou os valores de remunerações de funcionários – apesar de provavelmente serem muito proveitosas para as requerentes. Em verdade, o que se tem é que usualmente tais economias não levam à diminuição dos preços de produtos/serviços. Esse ponto é destacado, inclusive, na decisão proferida pelo Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito de Columbia, ao julgar o caso *United States et al v. Anthem, Inc., and Cigna Corp.*

apontado, pesquisas recentes apontam que a maior parte dos empregados (e não apenas profissionais-chave) está atualmente sujeita a cláusulas desse tipo ou já esteve em algum momento no passado.

Remédio endereçado a tais cláusulas pode ser importante para garantir aos empregados maior mobilidade entre empregadores concorrentes. Na hipótese de uma entidade passar a deter significativa participação de mercado no cenário pós-operação, as requerentes se comprometeriam a suspender ou a deixar de incluir cláusulas restritivas à concorrência em contratos por ela firmados, por um período de tempo determinado⁴¹⁹. A restrição abrangeria cláusulas de não-concorrência e/ou de não-aliciamento (de fato ou de direito) estabelecidas entre empregador e empregado ou entre as partes contratantes, na hipótese de cláusulas de não-aliciamento firmadas em contratos de operações.

A ideia por trás do remédio é facilitar a mobilidade dos trabalhadores entre empresas que sejam concorrentes das requerentes e reduzir barreiras à entrada de *players* no mercado. Em um cenário em que estejam livres para trabalhar em outras empresas do mercado, os empregados poderão buscar melhores oportunidades caso a atual empregadora venha a reduzir salários. Ao mesmo tempo, novos *players* poderão livremente oferecer oportunidades de emprego para os funcionários já atuantes na área, a fim de capturar mão-de-obra e rivalizar com incumbentes. Como resultado, mitigam-se os incentivos para que a entidade combinada reduza salários, especialmente de funcionários-chave e qualificados.

Em precedentes recentes dos EUA, há exemplos de medidas nessa linha. Justamente por entender que cláusulas de não-concorrência firmadas entre empregadores e empregados têm o potencial de reduzir salários, piorar condições de trabalho e ser significativas barreiras à entrada de novos *players* no mercado, o FTC aprovou operações impondo às requerentes a obrigação de não mais celebrar ou suspender cláusulas restritivas firmadas com seus funcionários⁴²⁰.

⁴¹⁹ O Guia para Remédios Antitruste aponta, como possível remédio comportamental, a “suspensão ou eliminação de cláusulas de exclusividade de fato ou de direito em relações comerciais com partes relacionadas por meio do AC” (CADE. Guia de Remédios Antitruste, 2018, p. 12).

⁴²⁰ USA. United States v. DaVita Inc., 1:21-cr-00229, 2022; USA. United States v. Seven & Holding, Co., Ltd. et al, C-4748, 2021; USA. United States v. O-I Glass, Inc., C-4786, 2023; USA. United States v. Ardagh Group, et al., C-4785, 2023; e USA. United States v. Prudential Security, et al., C-4787, 2023.

IV.1.4. Implementação de medida compensatória de empregos

Um dos potenciais impactos que uma determinada operação pode causar à dimensão trabalho do mercado envolve a diminuição de postos de emprego em razão de ganhos de eficiência produtiva, por exemplo. Como esclarecido no Tópico III.3, na hipótese de se dispensar uma quantidade de funcionários e o volume de produção não se reduzir, estar-se-ia diante de um legítimo argumento de eficiência.

Nesse cenário, um remédio que poderia ser avaliado para, somado às eficiências produtivas observadas, robustecer a aprovação de um ato de concentração – ainda que com restrições – seria a negociação de uma medida compensatória de emprego. Trata-se de um programa de requalificação profissional e de realocação de trabalhadores cuja perda de emprego esteja diretamente associada à operação. Por meio de tal medida, os ex-funcionários poderiam ampliar a sua área de atuação, no cenário pós-operação, e mais facilmente se recolocar no mercado, especialmente em se tratando de um setor competitivo.

Remédios nesses moldes já foram estabelecidos em algumas oportunidades pelo Cade, no âmbito de TCDs⁴²¹ firmados com requerentes de operações à época da vigência da Lei nº 8.884/1994⁴²². Além disso, o Relatório Anual do Cade de 1996 mencionou que programa de requalificação não se restringe à formação de mão-de-obra para as empresas já constituídas, mas consiste também no “treinamento com vistas à formação de pequenos empresários que constituam seus negócios próprios”⁴²³.

A título de exemplo, no Ato de Concentração nº 16/1994 proposto entre a Siderúrgica Laisa S.A. e o Grupo Gerdau, um dos remédios comportamentais estabelecidos consistia em “medida compensatória de emprego”, por meio do qual o Grupo Gerdau se comprometeu a implementar “programa de qualificação profissional e

⁴²¹ Importante destacar que, diferentemente da atual Lei nº 12.529/2011, o artigo 58 da Lei nº 8.884/1994 expressamente previa que os compromissos deveriam considerar “as alterações no nível de emprego” provocadas por atos de concentração apresentados ao Cade.

⁴²² Ato de Concentração nº 16/1994 (Requerentes: Siderúrgica Laisa S.A. - Grupo Gerdau e Korf GmbH - Cia. Siderúrgica Pains), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD, em 29.5.1995; Ato de Concentração nº 24/1995 (Requerentes: Grace Produtos Químicos e Plásticos Ltda. e Crown Química S.A.), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 10.7.1996; Ato de Concentração nº 27/1995 (Requerentes: Kolynos do Brasil Ltda., Colgate-Palmolive Company e K&S Aquisições Ltda.), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 18.9.1996; Ato de Concentração nº 79/1996 (Requerentes: Panex S.A. Indústria e Comércio e Alcan Alumínio do Brasil S.A.), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 19.11.1997; e Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12 (Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência e outros), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 29.3.2000.

⁴²³ CADE. **Relatório de Gestão**, 1996, p. 28.

realocação a ser aprovado pelo Cade com base em parecer técnico da Secretaria de Formação Profissional do Ministério do Trabalho para todos os trabalhadores cuja perda de emprego esteja diretamente associada à operação de compra da Pams pelo Grupo Gerdau e que assim o desejarem”. Ex-empregados que já teriam se reestabelecido no mercado também fariam jus ao programa de qualificação.

É provável que esse remédio faça mais sentido em se tratando de profissionais generalistas (i.e., de baixa qualificação e com maior mobilidade entre diferentes ocupações). A princípio, o programa envolveria cursos voltados à formação geral e ao aperfeiçoamento profissional básico do ex-empregado, de modo a ampliar as suas oportunidades de emprego no mercado.

IV.1.5. Investimento em treinamento de trabalhadores não dispensados

Uma das preocupações que podem surgir em decorrência de uma operação refere-se a questões envolvendo a qualidade dos produtos ofertados aos consumidores finais. Isso porque, a depender do caso, é possível que se verifiquem menores incentivos para investimento em qualidade e inovação, no cenário pós-operação. Um remédio comportamental que pode ser avaliado para robustecer um cenário de aprovação da operação cinge a negociação de medida por meio da qual as requerentes se comprometem a fornecer um programa de treinamento voltado a seus próprios empregados, a despeito de eventuais demissões decorrentes da operação⁴²⁴.

Remédios nesses moldes já foram impostos, pelo Cade, em TCDs firmados à época da vigência da Lei nº 8.884/1994⁴²⁵ e também recentemente, em operações aprovadas condicionadas a cumprimento de ACC. Na operação proposta entre Itaú e Banco Citibank, em 2017, as requerentes se comprometeram a adotar ações de treinamento para capacitação do pessoal interno e melhoria do atendimento aos

⁴²⁴ OCDE. **Competition in Labour Markets**, 2020.

⁴²⁵ Ato de Concentração nº 25/1995 (Requerentes: Santista Alimentos S.A. e CARFEPE S.A. Administradora e Participadora), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 7.8.1996; Ato de Concentração nº 27/1995 (Requerentes: Kolynos do Brasil Ltda., Colgate-Palmolive Company e K&S Aquisições Ltda.), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 18.9.1996; Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12 (Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência e outros), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 29.3.2000.

clientes⁴²⁶. Obrigação semelhante foi incluída no ACC celebrado no escopo do ato de concentração proposto entre o Banco Bradesco e o HSBC, em 2016⁴²⁷.

Por meio de tal medida, certo é que os trabalhadores podem aprimorar os seus conhecimentos não apenas na sua área específica de atuação, mas também em temas complementares, que podem ser importantes para o bom desempenho das suas atividades e criação de novos produtos.

IV.1.6. Preservação de contratos com empresas de terceirização de serviços

Empresas requerentes de atos de concentração muito provavelmente possuem, além de contratos de trabalho firmados com os seus próprios empregados, contratos de terceirização relacionados à prestação de serviços específicos, como de limpeza, segurança, recepcionista, motorista, tecnologia da informação e suporte técnico. Um dos impactos que uma operação pode ter diz respeito a possíveis quebras ou ajustes em contratos firmados com empresas de terceirização, o que poderia afetar um grande volume de empregos indiretos.

Sendo assim, a depender do caso concreto e do volume de funcionários envolvidos, um remédio visando a preservar níveis de salários consiste no comprometimento das requerentes em se preservar (salvo algumas exceções) contratos firmados com determinadas empresas de terceirização, prestadoras de serviços às partes envolvidas, no cenário pré-operação.

IV.1.7. Manutenção dos níveis de emprego

Um remédio comportamental que pode ser utilizado, principalmente, em conjunto com medidas complementares diz respeito à obrigação de manutenção dos níveis de

⁴²⁶ Ato de Concentração nº 08700.001642/2017-05 (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Banco Citibank S.A.), aprovada condicionada ao cumprimento de ACC em 16.8.2017. A íntegra da Cláusula 2.4. prevê o seguinte: “A Compromissária se compromete a adotar as seguintes ações de treinamento para capacitação do seu pessoal interno e consequente melhoria do atendimento aos clientes (“Ações de Treinamento”): 2.4.1.1. 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; 2.4.1.2. Medida 8: Estimular a participação em cursos, presenciais ou digitais, que contenham o tema Excelência no Atendimento para Gerentes das agências do Citibank; e 2.4.1.3. 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”.

⁴²⁷ Ato de Concentração 08700.010790/2015-41 (Requerentes: Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A e HSBC Serviços e Participações Ltda.), aprovado condicionado ao cumprimento de ACC em 8.6.2016.

emprego, no cenário pós-operação. Essa medida é especialmente relevante na hipótese de se negociar um remédio estrutural, ainda que direcionado a solucionar preocupações concorrenciais relacionadas à dimensão produto do mercado.

Veja que o Cade já experimentou, em algumas oportunidades, incluir obrigação desse tipo quando da imposição de remédios que envolviam o desinvestimento de ativos. O compromisso de se manter o nível de emprego serve de instrumento para a efetivação de remédios estruturais, na medida em que os ativos a serem alienados devem ser preservados e permanecer competitivos no cenário pós-operação.

Obrigações desse tipo foram firmadas em atos de concentração conhecidos, como na operação proposta entre a Sadia e Perdigão, Camargo Correa e CIMPOR, e Rede D'or e Hospital Santa Lúcia.⁴²⁸ Mais recentemente, a preservação da “política de emprego” foi expressamente mencionada no ACC firmado no Ato de Concentração proposto entre Supermercados BH Comércio de Alimentos e Comércio e Distribuição Sales⁴²⁹.

É verdade que remédios comportamentais que se refiram à manutenção de níveis de emprego – em especial se desassociados de remédios estruturais, como nos casos acima – podem ser mais invasivos que os demais, de modo que se deve ter cautela na avaliação de tais medidas. Isso porque, no cenário pós-operação, possivelmente serão realizadas reestruturações corporativas, haverá economias de escala e/ou de escopo e ganhos com produtividade, o que legitimamente pode interferir nos níveis de emprego mais adequados⁴³⁰.

⁴²⁸ Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18 (Requerentes: Sadia S.A. e Perdigão S.A.), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 13.7.2011; Ato de Concentração nº 08012.002259/2012-18 (Requerentes: Camargo Corrêa S.A. e CIMPOR - Cimentos de Portugal, SGPS, S.A.), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 4.7.2012; e Ato de Concentração nº 08700.004150/2012-59 (Requerentes: Rede D'or São Luiz S.A. e outros), aprovado com restrições em 5.6.2013.

⁴²⁹ Ato de Concentração n.º 08700.002592/2020-71 (Requerentes: Supermercados BH Comércio de Alimentos S.A. e Comércio e Distribuição Sales Ltda.), aprovado condicionado ao cumprimento de ACC em 23.9.2020.

⁴³⁰ Há casos julgados pela Justiça do Trabalho em que se afirmou que a proteção aos trabalhadores contra a demissão coletiva seria condição implícita para a aprovação de atos de concentração pelo Cade. Vide ações judiciais ajuizadas em razão de dispensa de empregados após o fechamento das operações propostas entre a Gol e a Webjet (Ato de Concentração nº 08012.008378/2011-1995) e entre a Fisher e Citrova (Ato de Concentração nº 8012.005889/2010-1974), explorados em pesquisa publicada em 2016 (BARBOSA JUNIOR, Alberto Lucio. **Antitruste e Política de Emprego**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 27-43).

IV.1.8. Obrigação de justificar demissões decorrentes da operação

É verdade que uma operação pode legitimamente resultar em demissões, em razão do incremento de eficiência produtiva e da menor demanda por funcionários para que se mantenham os mesmos níveis de produção (vide Tópico III.3). Nesse cenário, um remédio interessante cinge a obrigação de informar à autoridade antitruste a respeito de demissões que venham a ocorrer em um determinado período após o fechamento da operação. A ideia é que tais demissões sejam justificadas pela nova entidade, de modo a deixar claro que decorrem de razões legítimas – e não do exercício de poder de monopsonio.

Essa medida já foi considerada em casos anteriores. No Ato de Concentração nº 2/1994, proposto entre Ultrafertil e Fosfertil, o Conselheiro Relator Mércio Felsky pontuou que eventuais demissões deveriam ser necessariamente justificadas como resultado das eficiências obtidas por meio do ato de concentração ⁴³¹. Na mesma linha foi o remédio negociado no Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12, conhecido como o “caso Ambev”⁴³², ainda na vigência da antiga lei⁴³³.

A inclusão de uma obrigação voltada ao monitoramento de demissões que venham a ocorrer no cenário pós-operação, portanto, parece medida razoável e proporcional a título de remédios comportamental, em especial na hipótese de se verificar elevados níveis de concentração. A ideia é que seja designado um *trustee* de monitoramento para o caso, no intuito de desincumbir a autoridade antitruste de parcela substancial do ônus que envolve esse tipo de medida.

IV.1.9. Obrigação de notificação de operação futura

Um outro remédio comportamental que pode ser adotado, a depender do caso, refere-se à imposição da obrigação de notificar atos de concentração ao Cade ainda que tal operação não seja de submissão obrigatória por critérios de faturamento. O próprio

⁴³¹ Ato de Concentração nº 2/1994 (Requerentes: Fosfertil- Fertilizantes Fosfatados S.A e Ultrafertil S.A Indústria e Comércio de Fertilizantes), aprovado sem restrições em 29.11.2000.

⁴³² Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12 (Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência e outros), aprovado condicionado ao cumprimento de TCD em 29.3.2000.

⁴³³ A título de referência, na África do Sul, em operação entre o Walmart e o Massmart em 2011, o Tribunal de Apelação determinou o monitoramento de demissões, após o fechamento da operação, por um período de dois anos (ÁFRICA DO SUL. Minister of Economic Development et al and Wal-Mart Stores Inc. et al case no 110/CAC/Jul11).

Guia para Remédios Antitruste elenca tal possibilidade para endereçar preocupações concorrenciais relacionadas à dimensão produto do mercado⁴³⁴, já tendo sido inclusive adotada pela autoridade brasileira em algumas oportunidades⁴³⁵.

Sendo assim, no cenário pós-operação, as requerentes ficam obrigadas a notificar todas as suas futuras operações ao Cade, ainda que pequenas e de menor relevância. Isso é importante porque facilita à autoridade o monitoramento acerca do desenvolvimento do mercado objeto da operação inicialmente notificada e, na hipótese de identificar preocupações adicionais, poderá melhor e mais rapidamente endereçá-las.

IV.2. Remédios estruturais que endereçam a variável trabalho em controle de estruturas

Os remédios negociados pela autoridade antitruste devem, ao mesmo tempo, endereçar preocupações concorrenciais e preservar benefícios decorrentes de uma operação. A depender do caso, o melhor remédio a ser aplicado consiste em desinvestimentos de ativos capazes de excessivamente aumentar o poder de mercado da entidade combinada, no cenário pós-operação⁴³⁶.

Remédios estruturais visam, portanto, a alterar a alocação de direitos de propriedade⁴³⁷, implicando na transmissão definitiva de direitos e de ativos. A título de exemplo, remédios estruturais podem envolver a alienação de uma parte física dos ativos de propriedade das partes envolvidas, a cisão da sociedade, a alienação de controle societário e até a transferência ou o licenciamento de direitos de propriedade intelectual a terceiros⁴³⁸.

De acordo com o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, há uma preferência do Cade pela adoção de remédios estruturais⁴³⁹. Dentre as razões que levam a esse entendimento, a principal reside no argumento de que um desinvestimento tende a

⁴³⁴ CADE. **Guia de Remédios Antitruste**, 2018, p. 12.

⁴³⁵ Nos EUA, tal remédio já foi adotado em algumas oportunidades. A título de exemplo, em outubro de 2021, uma das obrigações firmada entre as partes envolvidas referia-se ao comprometimento de notificar, ao FTC, futuras obrigações nos mercados afetados por um período de dez anos (USA. United States v. DaVita Inc., 1:21-cr-00229, 2022).

⁴³⁶ POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 85.

⁴³⁷ MOTTA, Massimo; POLO, Michele; VASCONCELOS, Helder. **Merger remedies in the European Union: an overview**. In: LÉVÊQUE, François; SHELANSKI, Howard. *Merger remedies in American and European Union competition law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2003, p. 108.

⁴³⁸ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE; **Documento de Trabalho nº 002/2020: Remédios Antitruste no Cade: uma Análise da Jurisprudência**, 2020, p. 13.

⁴³⁹ CADE. **Guia de Remédios Antitruste**, 2018, p. 10.

ser mais efetivo porque direciona a causa do dano concorrencial de forma mais direta, de pronto solucionando a preocupação antitruste. Somado a isso, essa categoria de remédios demanda menores custos de monitoramento e menor risco de distorções no mercado, no cenário pós-operação⁴⁴⁰.

Como destaca Patrícia Semensato em estudo sobre o tema, para ser bem sucedido, um remédio estrutural deve conter três elementos fundamentais: (i) um pacote de desinvestimento de escopo adequado, suficiente para permitir que o comprador se torne um concorrente efetivo; (ii) um comprador adequado, independente das requerentes, que disponha de recursos e *expertise* necessários para se tornar um real concorrente; e (iii) um processo de desinvestimento efetivo, que pode requerer o monitoramento de um supervisor independente (*trustee*)⁴⁴¹.

Ao explorar possíveis remédios estruturais para lidar com preocupações decorrentes de poder de monopólio na dimensão trabalho do mercado, estudiosos explicam que os remédios devem se atentar à definição geográfica do mercado de trabalho (que pode ser diferente da definição geográfica na dimensão produto)⁴⁴². Além disso, alertam para o fato de que remédios estruturais podem levar a resultados desproporcionais e extremos. A opção por “desinvestimentos para solucionar questões relacionadas a esse tema pode exigir correções que vão muito além do escopo do problema”⁴⁴³.

Um exemplo que se coloca é o seguinte: suponha-se um ato de concentração proposto entre as empresas fabricantes do automóvel A (“Fabricante A”) e do automóvel B (“Fabricante B”). Imagine-se que se trata de uma grande operação a nível nacional, e que, em um município X, tanto a Fabricante A quanto a Fabricante B possuem plantas industriais, de modo que a entidade combinada passará a deter significativa participação naquele mercado municipal de eletricitas automotivos, no cenário pós-operação.

⁴⁴⁰ Os críticos a adoção de remédios estruturais argumentam que se verificam certas limitações inerentes a essa categoria de remédios, como a assimetria de informação entre a autoridade e as requerentes, riscos relacionados à alienação dos ativos a compradores inadequados (seja na modalidade *upfront buyer* ou *fix-it-first*), intervenção excessiva, eliminação de eficiências e a elevação de efeitos pró-colusivos. OLIVEIRA, Amanda Flávio. **Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões**. In: OLIVERIA, Amanda F., e RUIZ, Ricardo M. (org.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011. Pp. 17-30.

⁴⁴¹ CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios Antitruste em Atos de Concentração: Uma Análise da Prática do Cade**. 2014. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia do Setor Público), Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 46.

⁴⁴² ROSE, Nancy L. **Thinking Through Anticompetitive Effects of Mergers on Workers**, Continuing Legal Education Material for American Bar Association, 2019 Antitrust Spring Meeting, 2019.

⁴⁴³ WALES, D. P. et. al. **The Unlikely Role of Labor Markets in Merger Antitrust Review**. Bloomberg Law, 2018.

No intuito de mitigar potenciais preocupações concorrenciais identificadas, as partes passam a negociar um remédio em conjunto com a autoridade antitruste. Como possível remédio estrutural, propõe-se a venda de uma das fábricas no município X para terceiros (i.e., venda de ativos). Ocorre que, para que o terceiro possa efetivamente concorrer no mercado, sabe-se que tão somente deter uma planta industrial não é suficiente, de modo que o pacote de remédio deverá também incluir ativos adicionais, como fábricas/contratos para fornecimento de insumos, equipes de *marketing* e de vendas⁴⁴⁴.

É evidente que o remédio proposto no cenário que se coloca é demasiado abrangente, não sendo a princípio nem um pouco razoável nem proporcional à preocupação concorrencial identificada. A venda dos ativos sugerida eliminaria toda a lógica da operação – até mesmo eventuais efeitos pró-competitivos – e poderia levar as requerentes à desistência do negócio.

Pensar em remédios estruturais, portanto, exige cautela. Do contrário, pode levar as autoridades de defesa da concorrência a impedir um número desproporcional de operações que venham a apresentar preocupações decorrentes de concentrações no mercado de trabalho⁴⁴⁵.

IV.3. Conclusões sobre remédios relacionados à dimensão trabalho dos mercados

Como explorado ao longo deste capítulo, tanto remédios comportamentais quanto remédios estruturais podem ser utilizados para endereçar preocupações concorrenciais que venham a ser identificadas em razão de um ato de concentração.

Com relação aos remédios comportamentais, são diversas as medidas que podem ser aplicadas para possibilitar a aprovação – ainda que com restrições – de uma operação. Tais medidas compreendem, por exemplo, acordos para a manutenção das remunerações de trabalhadores em patamares competitivos, o investimento em treinamento de pessoal, a atenção a cláusulas restritivas à concorrência, a necessidade de justificar ao Cade eventuais demissões e a obrigação de notificação de operações futuras ainda que não sejam, a princípio, obrigatórias.

⁴⁴⁴ Exemplo elaborado a partir de cenário apresentado em artigo sobre o tema (WALES, D. P. et. al. **The Unlikely Role of Labor Markets in Merger Antitrust Review**. Bloomberg Law, 2018).

⁴⁴⁵ WALES, D. P. et. al. **The Unlikely Role of Labor Markets in Merger Antitrust Review**. Bloomberg Law, 2018.

Além de remédios comportamentais, remédios estruturais também podem ser negociados entre as requerentes e o Cade para mitigar preocupações concorrenciais que venham a ser identificadas no cenário pós-operação. Em razão de serem mais intervencionistas, certo é que tais medidas devem ser avaliadas com cautela a fim de que sejam adequadas e proporcionais à defesa da ordem econômica.

Em conclusão, apresenta-se a seguir o compilado das propostas de remédios apresentadas ao longo deste capítulo, que – vale dizer – não são exaustivas, mas consistem em interessantes sugestões para que se passe a endereçar preocupações concorrenciais voltadas à dimensão trabalho dos mercados.

Tabela 7 – Remédios relacionados à dimensão trabalho dos mercados

Remédio proposto	Comentários
Manutenção das remunerações em patamar competitivo	Remédio comportamental que visa a manutenção de valores correspondentes às remunerações em patamar competitivo, que pode depender de variáveis como observação do piso salarial ou a garantia de benefícios não pecuniários, por exemplo. A ideia é mitigar preocupações relacionadas à redução salarial em razão do incremento de poder de monopsonio no cenário pós-operação.
Repasse de ganhos de eficiência aos trabalhadores	Remédio comportamental que visa ao compartilhamento de ganhos auferidos pelas partes em razão da operação. A ideia é que os benefícios alcançados pelas requerentes alcancem também trabalhadores.
Suspensão de cláusulas restritivas à mobilidade do trabalhador	Remédio comportamental que visa a garantir maior mobilidade dos trabalhadores no mercado. Na hipótese de uma entidade deter significativa participação, as requerentes se comprometeriam a suspender ou a deixar de incluir cláusulas de não-concorrência e/ou de não-aliciamento estabelecidas entre empregador e empregado ou entre as partes contratantes.
Implementação de medida compensatória de empregos	Remédio comportamental que visa a compensar legítimas demissões decorrentes de ganhos de produtividade no cenário pós-operação. A ideia é que seja ofertado programa de qualificação profissional e/ou de realocação de trabalhadores cuja perda de emprego esteja diretamente associada à operação, facilitando a sua realocação no mercado.
Investimentos em treinamento de trabalhadores não dispensados	Remédio comportamental que visa a qualificar seus próprios empregados por meio de treinamentos para capacitação de pessoal. A ideia é o aprimoramento de conhecimentos para o bom desempenho de atividades e criação de novos produtos, no cenário pós-operação.
Preservação de contratos com empresas de terceirização de serviços	Remédio comportamental que visa a preservar contratos firmados pelas requerentes com empresas de terceirização de serviço, a fim de mitigar eventuais preocupações concorrenciais que possam afetar níveis de salário e/ou de emprego.
Manutenção dos níveis de emprego	Remédio comportamental que visa a manter os níveis de emprego no cenário pós-operação. Esse remédio pode ser especialmente relevante na hipótese de se negociar um remédio estrutural para mitigar preocupações concorrenciais.

Obrigação de justificar demissões decorrentes da operação	Remédio comportamental que visa a impor às requerentes a obrigação de justificar demissões que venham a ocorrer no cenário pós-operação. A ideia é garantir que eventuais demissões ocorram por razões legítimas (i.e., incremento de eficiência produtiva), e não por conta do exercício do poder de monopólio.
Obrigação de notificação de operação futura	Remédio comportamental que visa a facilitar o monitoramento dos mercados, em especial a atuação das requerentes envolvidas na operação. A ideia é que mesmo operações pequenas e de menor relevância sejam notificadas à autoridade, que poderá mais rapidamente identificar e endereçar preocupações concorrenciais.
Remédios estruturais	A depender do caso, remédios estruturais podem ser a melhor opção para endereçar preocupações concorrenciais relacionadas à dimensão trabalho do mercado.

V. PROPOSTAS

Apesar dos riscos concorrenciais e potenciais prejuízos a trabalhadores e a consumidores, nota-se que, até o momento, o Cade não chegou a analisar potenciais efeitos anticompetitivos decorrentes de ato de concentração especificamente em relação à dimensão trabalho do mercado. Apesar de, em 2019, a autoridade ter indicado em contribuição à OCDE que estaria trabalhando em um guia voltado a impactos concorrenciais em mercados de trabalho (*Labor Antitrust Guideline*)⁴⁴⁶, não houve ainda elaboração ou mesmo a formação pública de grupo de trabalho para discutir o tema.

Fato é que as autoridades antitruste devem incorporar a análise de efeitos concorrenciais decorrentes de atos de concentração em mercados de trabalho⁴⁴⁷. Embora a análise de efeitos possa ser complexa – ao menos inicialmente – em razão da falta de precedentes e de experiência no assunto, a ideia é que a atual abordagem concorrencial que se aplica à dimensão produto dos mercados seja estendida à dimensão trabalho.

A seguir, são apresentadas propostas iniciais que podem ser implementadas no sentido de incluir a análise de impactos concorrenciais em mercados de trabalho, no âmbito do controle de estruturas. As sugestões, em síntese, referem-se a pequenos ajustes na Resolução Cade nº 33/2022 (Tópico V.1), à necessidade de atualização dos guias publicados pelo Cade (Tópico V.2), à regulamentação das cláusulas restritivas à

⁴⁴⁶ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Competition Issues in Labor Markets – Note by Brazil**, Paris, 2019.

⁴⁴⁷ Eric Posner e Ioana Marinescu argumentam no mesmo sentido em relação à análise de operações nos EUA. No original: “the FTC and Justice Department should incorporate labor-market analysis into their review of mergers, and private claims by employees against merging firms should also be strengthened” (MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. **Why Has Antitrust Law Failed Workers?** Social Science Research Network, 2019, p. 1383).

concorrência (Tópico V.3), à celebração de acordo de cooperação técnica com o TEM (Tópico V.4), e ao incentivo de maior participação dos sindicatos na análise de atos de concentração (Tópico V.5).

V.1. Atualização da Resolução Cade nº 33/2022

A Resolução Cade nº 33/2022⁴⁴⁸ tem por objetivo disciplinar a notificação dos atos de concentração que preenchem os critérios de faturamento elencados pelo artigo 88, da Lei nº 12.529/2011⁴⁴⁹. A resolução prevê ainda as hipóteses de adoção do procedimento sumário para a análise e estabelece as regras de *minimis* referentes à notificação de aquisição de participações societárias. É também anexos à Resolução Cade nº 33/2022 que constam os formulários de notificação de operações, submetidos tanto no procedimento não-sumário (Anexo I) quanto no procedimento sumário (Anexo II).

Nos tópicos a seguir, serão apresentadas considerações e sugestões tanto com relação aos critérios de notificação e ao procedimento de análise (i.e., rito sumário ou ordinário) (Tópico V.1.1) quanto com relação às informações solicitadas na atual versão do formulário de notificação de operações ao Cade (Tópico V.1.2).

V.1.1. Critérios de notificação obrigatória e procedimento de análise

O desenvolvimento de método que seja capaz de identificar – de maneira rápida e eficiente – operações que envolvam sobreposição significativa em mercados de trabalho é um importante primeiro passo⁴⁵⁰. É inegável, no entanto, que o processo de análise da dimensão trabalho de atos de concentração começará com uma lenta curva de aprendizado, demandando esforços não apenas do corpo técnico da autoridade antitruste, mas também de advogados e de economistas estudiosos do tema.

⁴⁴⁸ Resolução Cade nº 33/2022: “Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e consolida as Resoluções nº 02/2012, 09/2014 e 16/2016”.

⁴⁴⁹ Artigo 88, da Lei nº 12.529/2022: Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00; e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00.

⁴⁵⁰ SHAPIRO, Carl. **Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets**, Journal of Economic Perspectives, v. 33, n. 3, 2019, p. 73.

É importante que tanto os aplicadores quanto os profissionais do Direito da Concorrência sejam capazes de, pouco a pouco, adaptar as ferramentas utilizadas na análise clássica para um contexto que pode ser, a depender do caso, ligeiramente diferente: a análise da dimensão trabalho de mercados⁴⁵¹. É provável que, na medida que mais casos sejam analisados pela autoridade, as eventuais diferenças pragmáticas sejam prontamente identificadas.

Diante desse cenário, uma possível forma de se iniciar a debater impactos concorrenciais em mercados de trabalho – a partir do enfrentamento de situações concretas – cinge a seleção de casos nos quais se verificam mercados com concentrações de mercado (HHI) bastante elevadas e que já seriam, de toda forma, analisados pelo Cade em razão do preenchimento dos atuais critérios de notificação obrigatória. Aryel Mellmann, em texto que visa a discutir o impacto de operações em mercados de trabalho, apresenta proposta interessante e que pode ser adaptada para o cenário brasileiro⁴⁵².

Inicialmente, a ideia seria analisar detidamente mercados de trabalho apenas na hipótese de se verificar HHI significativamente elevado, ainda que em cenários de mercados relevantes preliminarmente definidos. Sendo assim, o estudo dos mercados de trabalho deve ser aprofundado caso sejam observados cenários plausíveis de mercado relevante que apresentem concentração em torno de 7.279 pontos de HHI⁴⁵³.

Um segundo filtro se refere à seleção de operações que já seriam, de qualquer forma, analisadas pelo Cade. Em um primeiro momento, portanto, manter-se-iam os critérios de notificação obrigatória de atos de concentração hoje colocados, que compreendem os requisitos de faturamento estabelecidos nos artigos 88 e 90 da Lei nº 12.529/2011 e observam as regras estabelecidas nos artigos 9, 10 e 11 da Resolução Cade nº 33/2022.

Com isso, o que se propõe, em linha com sugestão apresentada por Aryel Mellmann para o contexto estadunidense, seria que o Cade analisasse em maior detalhe mercados de trabalho (i) altamente concentrados; e (ii) envolvidos em operações que já

⁴⁵¹ MELLMAN, Aryeh. **Measuring the Impact of Mergers on Labor Markets**, Columbia Journal of Law and Social Problems, New York, v. 53, ed. 1, 2019, p. 40.

⁴⁵² MELLMAN, Aryeh. **Measuring the Impact of Mergers on Labor Markets**, Columbia Journal of Law and Social Problems, New York, v. 53, ed. 1, 2019, pp. 40-42.

⁴⁵³ Como explica o autor Aryeh Mellman, 25% dos mercados de trabalho têm concentração de 7.279 pontos de HHI, e uma concentração nesse grau está acima e muito além do que é considerado altamente concentrado na dimensão produto dos mercados. No mesmo sentido, texto publicado por Azar menciona, no original, “the data shows that 60% of U.S. labor markets have an HHI above 2,500, and 25% of labor markets have an HHI above 7,200” (AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall; TASKA, Bledi. **Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data**. Labour Economics, v. 66, 2020).

seriam, de toda forma, submetidas à autoridade em razão do preenchimento dos atuais critérios de notificação obrigatória. A ideia seria que a autoridade passasse gradualmente enfrentar casos concretos que envolvam mercados de trabalho, no intuito de aprimorar o ferramental analítico, prover orientações e incrementar a jurisprudência no assunto.

Para endereçar tal previsão na Resolução Cade nº 33/2011, seria necessário incluir Seção adicional ao texto normativo, estabelecendo os requisitos a serem preenchidos para que a autoridade deva avaliar a dimensão trabalho dos mercados relevantes envolvidos em atos de concentração econômica. A seguir, segue sugestão inicial para incremento do texto⁴⁵⁴:

SEÇÃO IV

Da análise de mercados de trabalho

Art. 12. Os atos de concentração de que trata o artigo 90, da Lei nº 12.529/2011, deverão contemplar a análise da dimensão trabalho do mercado na hipótese de, cumulativamente:

I – Presença de nexo de causalidade: concentrações horizontais que resultem em cenário pós-operação com 7.279 pontos de HHI; e

II – Preenchimento dos critérios de notificação obrigatória ao Cade estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529/2011.

Já com relação ao rito por meio do qual a operação deve ser notificada, propõe-se a adoção de critérios semelhantes aos que hoje se colocam em relação à dimensão produto dos mercados. Na linha do que argumentam Hovenkamp, Marinescu⁴⁵⁵, Posner⁴⁵⁶, Azar⁴⁵⁷ e Steinbaum⁴⁵⁸, os mesmos limites para mercados de produto moderadamente e altamente concentrados são utilizados em pesquisas recentes voltadas a mercados de trabalho. Com isso, ao menos até que estudos econômicos mais aprofundados sobre a questão sejam desenvolvidos, poder-se-ia utilizar os mesmos critérios da análise clássica na dimensão trabalho de mercados relevantes.

⁴⁵⁴ Para fins de completude, a atual Seção IV da Resolução nº 33/2022 seria renomeada para Seção V, e os atuais artigos 12 e 13 seriam renumerados.

⁴⁵⁵ HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019.

⁴⁵⁶ MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. **Why Has Antitrust Law Failed Workers?** Social Science Research Network, 2019, pp. 1355-1356.

⁴⁵⁷ AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall. **Labor Market Concentration**, Journal of Human Resources, 2022.

⁴⁵⁸ AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall; TASKA, Bledi. **Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data**. Labour Economics, v. 66.

Estudos identificam uma correlação entre a concentração em mercados de trabalho e a redução de salários. Como apontam, Azar, Marinescu e Steinbaum em *paper* sobre o tema, um aumento de HHI em 200 pontos em um mercado com HHI de 2.000 pontos (i.e., moderadamente concentrado) pode levar à redução nos salários em 1,4%⁴⁵⁹. Na mesma direção, estudo focado na evolução salarial após operações sucessivas realizadas no setor hospitalar, realizado em 2020, aponta que operações entre os maiores hospitais ao longo do tempo teriam reduzido o crescimento salarial de trabalhadores em cerca de 1% a 2%, por ano⁴⁶⁰. A partir disso, uma primeira conclusão que se tira é que operações que resultem em variação de HHI inferior a 200 pontos tendem a ser mais simples e a gerar menores preocupações.

Tendo como base o percentual de 1% a título de estimativa de redução anual de salário em razão de incremento na concentração, bem como o fato de que tal decrescimento é identificado quando há variação de 200 pontos de HHI em mercados, ao menos, moderadamente concentrados, conclui-se que operações que não estejam nessa moldura tendem a ser mais simples e menos preocupantes, a princípio, podendo ser analisados pelo rito sumário.

Ademais, já é esse o parâmetro utilizado na análise clássica de atos de concentração do Cade para estabelecer o rito de análise adequado para determinada operação. O artigo 8, inciso V, da Resolução Cade nº 33/2022 prevê, como uma das hipóteses de rito sumário, uma operação com ausência denexo de causalidade, ou seja, “concentrações horizontais que resultem em *variação de HHI inferiores a 200*, desde que a operação não gere o controle de parcela de mercado relevante superior a 50%”.

Diante desse pano de fundo, a ideia é utilizar a baliza de decrescimento anual de salários em 1% – que corresponde à variação de HHI em, ao menos, 200 pontos – como referência para o rito de análise da operação. Em suma, (i) operações que não ensejam redução salarial anual em 1% (i.e., operações em mercados não concentrados ou que resultem em variação de HHI inferiores a 200 pontos), seriam analisadas sob o rito sumário; ao passo que (ii) operações que ensejam redução salarial anual em torno de 1% (i.e., operações que se encontrem em mercado moderadamente concentrado ou

⁴⁵⁹ AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall. **Labor Market Concentration**, Journal of Human Resources, 2022, p. 16.

⁴⁶⁰ Como apontam Elena Prager e Matt Schmitt, “in terms of wage growth, these estimates imply that post-merger annual wage growth (measured over the four years following the merger) is 1.0 percentage points slower for skilled workers and 1.7 percentage points slower for nursing and pharmacy workers than would be expected absent the merger” (PRAGER, Elena; SCHMITT, Matt. **Employer Consolidation and Wages: Evidence from Hospitals**, Washington Center for Equitable Growth Working Paper, 2020, p. 19).

concentrado e resultem em variação de HHI de, pelo menos, 200 pontos) seriam analisadas sob o rito ordinário.

A redação da Resolução Cade nº 33/2022, tal como se coloca hoje, não restringe a avaliação sobre a ausência de nexo de causalidade à dimensão produto do mercado relevante, de modo que a rigor não há necessidade de modificação no atual texto da resolução. No entanto, para fins de transparência e completude, a sugestão é que se faça pequeno ajuste o intuito de deixar claro que a hipótese enquadrável no procedimento sumário em razão da ausência de nexo de causalidade também abrange a dimensão trabalho do mercado, e não apenas a tradicional dimensão produto:

Art. 8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações: [...]

V – Ausência de nexo de causalidade: concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferiores a 200 na dimensão produto ou na dimensão trabalho dos mercados relevantes afetados pela operação, desde que a operação não gere o controle de parcela de mercado relevante superior a 50%.

Quanto à regra do *de minimis* prevista nos artigos 9 e 10 da Resolução Cade nº 33/2022, o raciocínio que se faz é semelhante. A redação existente hoje para que se avalie se uma aquisição de participação societária é de notificação obrigatória ao Cade não se restringe à concorrência na dimensão produto do mercado. De todo modo, assim como com relação ao texto do artigo 8, propõe-se pequena modificação à redação para que fique claro, no parágrafo único, que a avaliação sobre o preenchimento da regra *de minimis* deve considerar ambas as dimensões dos mercados relevantes envolvidos:

Art. 10. Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao Cade as aquisições de parte de empresa ou empresas que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:

I – Nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado:

a) Aquisição que confira ao adquirente titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa investida;

b) Aquisição feita por titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

II – Nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado:

a) Aquisição que conferir participação direta ou indireta de 5% (cinco por cento) ou mais do capital votante ou social;

b) Última aquisição que, individualmente ou somada com outras, resulte em um aumento de participação maior ou igual a 5%, nos casos em que a investidora já detenha 5% ou mais do capital votante ou social da adquirida.

Parágrafo único. Para fins de enquadramento de uma operação nas hipóteses dos incisos I ou II deste artigo, devem ser consideradas: as atividades da empresa adquirente e as atividades das demais empresas integrantes do seu grupo econômico conforme definição do artigo 4º dessa Resolução, nas dimensões produto e trabalho dos mercados relevantes afetados pela operação.

Feitas essas considerações, verifica-se que a atual redação da Resolução Cade nº 33/2022 não restringe a avaliação antitruste à dimensão produto do mercado. Não é, portanto, necessário que se faça qualquer modificação no texto da resolução para que se passe a considerar a dimensão trabalho dos mercados relevantes quando da análise de efeitos concorrenciais decorrentes de uma operação. No intuito de incluir a avaliação concorrencial sobre mercados de trabalho de forma gradual, propõe-se adicionar nova Seção IV à redação da Resolução para estabelecer filtros iniciais de análise capazes de destacar casos em que há maior concentração na dimensão trabalho e que já seriam, de toda forma, notificados ao Cade.

Além disso, ajustes pontuais nos artigos 8 e 10 da resolução podem ser interessantes para que fique clara a obrigação de se analisar os potenciais impactos de um ato de concentração em ambas as dimensões dos mercados relevantes envolvidos. Essa mudança pode ser importante porque a análise antitruste voltada a mercados de trabalho ainda é bastante incipiente e pouco estudada por autoridades antitrustes ao redor do mundo – incluindo o Cade.

V.1.2. Formulário de notificação

A atual minuta de formulário de notificação, tanto para operações notificadas sob o rito sumário quanto ordinário (i.e., Anexo I e Anexo II da Resolução Cade nº 33/2022) não solicitam quaisquer informações relacionadas a mercados de trabalho relacionados às atividades das requerentes.

Para que se possa analisar a dimensão trabalho, é importante que sejam adicionados, ao formulário de notificação, tópicos para endereçar informações a respeito dos possíveis impactos de um ato de concentração nos mercados de trabalho afetados pela operação – tal como hoje se faz em relação à dimensão produto. A ideia é que as

requerentes envidem esforços para apresentar ao Cade estimativas de participação nos mercados de trabalho envolvidos, fornecer o número e os grupos de trabalhadores afetados pela operação, bem como eventuais cláusulas relevantes que constem em contratos de trabalho firmados com trabalhadores.

Visando a complementar as informações que hoje são solicitadas para a análise antitruste, é apresentado no Anexo III uma sugestão de formulário de notificação de operações ao Cade, no procedimento não-sumário (Anexo I da Resolução Cade nº 33/2022). Na nova versão do formulário, buscou-se adicionar solicitação de dados e informações com maior relevância para que – ao menos neste primeiro momento – possa-se analisar potenciais impactos de atos de concentração em mercados de trabalho.

Dentre as principais informações solicitadas na minuta de formulário de notificação proposta, requer-se informações sobre (i) as categorias de profissionais contratadas pelas partes envolvidas na operação (e demais empresas dos respectivos grupos econômicos); (ii) as cláusulas de não-concorrência e de não-aliciamento incluídas em contratos de trabalho firmados com empregados; (iii) cópia da declaração mais recente de RAIS; (iv) lista de categorias de profissionais em que se poderiam verificar sobreposições horizontais decorrentes da operação, com os respectivos municípios de atuação de tais profissionais; (v) existência de barreiras à entrada relativas à contratação de mão-de-obra generalista ou especializada; (vi) desvios da oferta de serviços a outras CBOs na hipótese de uma redução (de 5% a 10%) nos salários; e (vii) aspectos relacionados à análise de poder coordenado, como mão-de-obra comum a diferentes *players* e nível de informações públicas sobre remuneração de trabalhadores.

Com relação ao item VI.1 da nova proposta de formulário de notificação (i.e., total do mercado para estrutura de oferta), entende-se que o Cade pode ter maior facilidade para estimar o mercado total na dimensão trabalho, ao menos neste primeiro momento. Isso porque os dados que mais facilmente podem ser utilizados para tal cálculo são os provenientes da RAIS, que não são de acesso público, isto é, não estão disponíveis às requerentes. Caberia, portanto, ao Cade oficial ente da Administração Pública responsável ou os demais competidores para obter uma estimativa do total de profissionais em cada um dos mercados envolvidos na operação e, por fim, estimar os respectivos *shares*.

Não se discute o fato de que, em especial neste primeiro momento, será necessário esforço adicional – tanto do lado das requerentes quanto do lado da Administração Pública – para que se obtenha todas as informações necessárias à análise de possíveis

efeitos decorrentes de operações em mercados de trabalho. De todo modo, certo é que por vezes também se verificam dificuldades para se avaliar cenários da dimensão produto dos mercados, mas nem por isso se deixa de analisá-los, ainda que sucintamente.

V.2. Atualização de guias publicados pelo Cade

Feitas considerações acerca dos critérios para submissão obrigatória de operação ao Cade, dos procedimentos de análise (i.e., sumário ou ordinário) e da redação do formulário de notificação, mostra-se igualmente importante o desenvolvimento de guias e publicação de diretrizes pela autoridade antitruste, a fim de prover o administrado com orientações a respeito da avaliação concorrencial voltada à dimensão trabalho dos mercados.

Em 2016, o DOJ e o FTC, nos Estados Unidos, publicaram o Guia Antitruste para Profissionais de Recursos Humanos⁴⁶¹, no qual apresentam diretrizes sobre acordos de não-concorrência entre *players* e riscos envolvendo troca de informações. Na mesma linha, em 2018, a *Japan Fair Trade Commission*⁴⁶² publicou um estudo envolvendo recursos humanos e políticas de concorrência. Em 2018 e em 2022, a *Hong Kong Competition Commission*⁴⁶³ publicou boletins informativos sobre potenciais preocupações concorrenciais relacionadas a práticas de recursos humanos. Em 2021, a autoridade de Portugal publicou documento sobre o tema⁴⁶⁴. Em fevereiro de 2023, a autoridade do Reino Unido publicou orientações sobre práticas anticompetitivas voltadas a mercados de trabalho⁴⁶⁵ e, em maio de 2023, foi a vez da autoridade do Canadá publicar guia relacionado a práticas de *no-poaching* e fixação de salários⁴⁶⁶. O Brasil, por sua vez, embora tenha feito menção, em 2019, que estaria trabalhando em guia sobre o tema

⁴⁶¹ DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. **Antitrust Guidance for Human Resource Professionals**, Washington, D.C., Estados Unidos da América, 2016.

⁴⁶² JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Competition Policy Research Center, **Report of the Study Group on Human Resource and Competition Policy**, 2018.

⁴⁶³ HONG KONG COMPETITION COMMISSION, **Competition Commission Advisory Bulletin**, 2018; e HONG KONG COMPETITION COMMISSION, **Competition Commission Advisory Bulletin**, 2022.

⁴⁶⁴ AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. **Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência**, Portugal, 2021.

⁴⁶⁵ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. **Employers advice on how to avoid anticompetitive behaviour**. United Kingdom, 2023.

⁴⁶⁶ GOVERNMENT OF CANADA. **Enforcement Guidelines on wage-fixing and no poaching agreements**. Canada, 2023.

(*Labor Antitrust Guideline*)⁴⁶⁷, ainda não disponibilizou orientações voltadas a mercados de trabalho.

De todo modo, fato é que os guias e diretrizes publicados pelas autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo são focados em condutas anticompetitivas, e não na análise de atos de concentração. Nos EUA, o FTC já sinalizou que, em conjunto com o DOJ, estaria trabalhando na atualização do *Antitrust Division Policy Guide to Horizontal Merger Guidelines*, publicado em 2010, para incluir questões voltadas a potenciais efeitos envolvendo mercados de trabalho⁴⁶⁸.

É inegável que uma etapa bastante importante para o fomento da análise concorrencial cinge a atualização do Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, publicado pelo Cade em 2016, e do Guia para Remédios Antitruste, publicado pelo Cade em 2021. A ideia é que se inclua, na redação dos guias, tópicos relacionados a efeitos concorrenciais na dimensão trabalho dos mercados, abordando temas como definição de mercado relevante, barreiras à entrada relacionadas a aspectos trabalhistas, rivalidade, eficiência e remédios.

Entende-se, portanto, que um passo fundamental no sentido de se passar a considerar os efeitos concorrenciais sobre mercados de trabalho na análise clássica de atos de concentração envolve a elaboração e a publicação de claras orientações a respeito da avaliação que se pretende realizar. A iniciativa seria capaz de dar maior previsibilidade e segurança jurídica aos administrados, bem como prover instruções para que os aplicadores da lei possam enfrentar a questão.

V.3. Regulação das cláusulas restritivas à concorrência

Como apresentado no Tópico III.2.1.1, cláusulas restritivas à concorrência podem representar efetiva barreira à entrada de novos *players* em mercados relevantes envolvidos em ato de concentração. São dois os principais tipos de cláusulas adotadas: cláusula de não-concorrência firmada entre empregador e empregado no âmbito de

⁴⁶⁷ Em junho de 2019, a OCDE publicou contribuições fornecidas pela autoridade brasileira em relação ao enfrentamento do poder de monopsonio no mercado de trabalho, no qual há indicativo de que o Cade estaria trabalhando em um guia sobre o tema (OECD. *Competition Issues in Labor Markets – Note by Brazil*, 2019, p. 2).

⁴⁶⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION. *Federal Trade Commission, National Labor Relations Board forge new partnership to protect workers from anticompetitive, unfair, and deceptive practices: New agreement will strengthen collaboration between the two agencies*. 19 jul. 2022.

contratos de trabalho; e cláusula de não-aliciamento firmadas no escopo de alienação de participações societárias e de ativos em contratos para empreendimento comum.

Com relação à primeira, em janeiro de 2023, o FTC propôs uma nova regra no intuito de proibir que empregadores imponham cláusulas de não-concorrência a seus trabalhadores, prática generalizada nos atuais contratos de trabalho. Ao interromper tal prática, a agência estadunidense estima que os salários possam ser impactados em quase USD 300 bilhões por ano e expandir as oportunidades de carreira para cerca de 30 milhões de americanos⁴⁶⁹.

Sobre o projeto de regulamentação, a Presidente do FTC, Lina Khan, explicou que “a liberdade de mudar de emprego é fundamental para a liberdade econômica e para uma economia competitiva e próspera” e que tais cláusulas “impedem que os trabalhadores troquem de emprego livremente, privando-os de salários mais altos e melhores condições de trabalho”. Ao impedir a imposição de cláusulas com esse teor, o “FTC promoveria maior dinamismo, inovação e competição”⁴⁷⁰. Trata-se de regulamentação ainda em discussão nos EUA, em fase de coleta e avaliação de comentários públicos sobre o tema⁴⁷¹.

Sugere-se que discussão semelhante seja realizada no Brasil, para que se possa restringir ou melhor delimitar a imposição de cláusulas de não-concorrência firmadas entre empregador e empregado no âmbito de contratos de trabalho. Entende-se, todavia, que essa regulamentação não seria de competência do Cade, embora a autoridade antitruste possa contribuir no debate de proposta legislativa sobre o tema.

Já com relação a cláusulas de não-aliciamento, a partir da análise da jurisprudência do Cade sobre o tema, percebeu-se que tais cláusulas demandam maior discussão no Brasil, em especial no que diz respeito à abrangência da restrição acordada entre as partes. Isso porque uma cláusula genérica que abarque uma obrigação de não-aliciamento de quaisquer categorias de empregados – ainda que sem posição estratégica ou acesso a

⁴⁶⁹ FEDERAL TRADE COMMISSION. **FTC proposes rule to ban noncompete clauses, which hurt workers and harm competition**, 5 jan. 2023.

⁴⁷⁰ No original, “The freedom to change jobs is core to economic liberty and to a competitive, thriving economy,” said Chair Lina M. Khan. “Noncompetes block workers from freely switching jobs, depriving them of higher wages and better working conditions, and depriving businesses of a talent pool that they need to build and expand. By ending this practice, the FTC’s proposed rule would promote greater dynamism, innovation, and healthy competition” (FEDERAL TRADE COMMISSION. **FTC proposes rule to ban noncompete clauses, which hurt workers and harm competition**, 5 jan. 2023).

⁴⁷¹ Status da regulamentação na data de elaboração deste trabalho, em 29.4.2023, de acordo com fontes públicas sobre o tema.

informações sensíveis – pode ser desproporcional e demasiadamente restringir a mobilidade de trabalhadores.

V.4. Celebração de acordo de cooperação técnica entre o Cade e o Ministério do Trabalho e Emprego

Em julho de 2022, o FTC firmou acordo de parceria com o Conselho Nacional de Relações Trabalhistas (*National Labor Relations Board* - “NLRB”), nos EUA, visando a proteger trabalhadores de práticas anticompetitivas, desleais e enganosas. A proposta tem como objetivo o fortalecimento dos esforços envidados pelo FTC e pelo DOJ no sentido de promover mercados de trabalho verdadeiramente competitivos. A parceria firmada entre as agências estadunidenses descreve maneiras pelas quais o FTC e o NLRB enfrentarão questões-chave observadas no atual cenário antitruste, como concentração do mercado de trabalho e cláusulas contratuais de não-concorrência e de não-aliciamento⁴⁷².

Já no Brasil, sabe-se que acordos de cooperação técnica são comumente firmados entre o Cade e outros entes da Administração Pública. Como explica a autoridade, os acordos “têm por objetivo promover a cooperação técnica e operacional relacionada à defesa da concorrência”, de modo que “cada acordo assinado amplia a capacidade do Cade em detectar e inibir delitos concorrenciais e proporciona maior agilidade e efetividade, tanto nas ações de investigação como de repressão”⁴⁷³.

A título de exemplo, o Cade possui acordos de cooperação técnica firmados com dez agências reguladoras (como a Agência Nacional de Proteção de Dados, Agência Nacional de Saúde Suplementar, Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Agência Nacional de Aviação Civil), com diversos Ministérios Públicos a nível federal e estadual (como o Ministério Público Federal e Ministério Público Militar), com entidades da sociedade civil (como a Associação dos Advogados de São Paulo e Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional) e com outros órgãos, como o Tribunal de Contas da União e de diversos estados, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, entre outros. Além dos acordos, o Cade também

⁴⁷² FEDERAL TRADE COMMISSION. **Federal Trade Commission, National Labor Relations Board forge new partnership to protect workers from anticompetitive, unfair, and deceptive practices**, 19 jul. 2022.

⁴⁷³ Como explicado no website oficial do Cade, não há obrigação de repasse de recursos entre as entidades em razão do acordo de cooperação técnica. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/acordos-nacionais/acordos-com-agencias-reguladoras-1>. Acesso em 29 abr. 2023.

já firmou memorandos de entendimento, como os celebrados com o Banco Central e com Ministério Público do Estado de São Paulo⁴⁷⁴.

Nessa esteira, recomenda-se que o Cade celebre acordo de cooperação técnica com o Ministério Público do Trabalho e Emprego, para construir parceria estratégica visando ao aprimoramento da análise antitruste e do enfrentamento de efeitos anticompetitivos de operações em mercados de trabalho. É importante que, além da parceria colaborativa, o acordo inclua aspectos referentes ao intercâmbio de informações (como de declarações RAIS) e à promoção de diálogo interinstitucional na elaboração de estudos e pesquisas sobre o tema.

V.5. Incentivo à participação dos sindicatos na análise de atos de concentração

Há a possibilidade de participação de agentes do mercado envolvido em determinada operação na qualidade de “terceiro interessado”, nos termos do artigo 118, do Regimento Interno do Cade. Terceiros são capazes de fornecer ao Cade aspectos concorrenciais até então desconhecidos da autoridade, ou amplificar consideravelmente preocupações latentes da análise antitruste, fornecendo detalhes sobre o mercado ou mesmo ressaltando algum ponto de maior relevância para o caso.

Além de ativamente participar de toda a instrução do caso, a principal vantagem de se ingressar na qualidade de terceiro interessado diz respeito à possibilidade de recorrer de decisões proferidas pela SG/Cade. Nos termos do artigo 65, da Lei nº 12.529/2011, além das próprias requerentes, apenas os terceiros interessados devidamente homologados nos autos do ato de concentração e as agências reguladoras possuem legitimidade para interpor recurso, ao Tribunal, contra decisão proferida pela SG/Cade⁴⁷⁵.

A ProCade define terceiro interessado como “aquele que, sem ser representante, representado, requerente ou impugnante, tem direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada, tais como concorrentes, associação de consumidores,

⁴⁷⁴ CADE. **Acordos nacionais**. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/acordos-nacionais>. Acesso em 29 abr. 2023.

⁴⁷⁵ Artigo 65, da Lei nº 12.529/2011: No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei: I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora; II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação.

dentre outros”⁴⁷⁶. A SG/Cade destaca ainda que o exame de admissibilidade de pedidos de intervenção de terceiros interessados deve ser balizado – legal e regimentalmente – pelo “interesse público, pela utilidade à instrução processual e pelas questões de cunho concorrencial eventualmente afetadas”⁴⁷⁷.

Nos últimos anos, fato é que a jurisprudência do Cade tem evoluído no sentido de criar critérios mais rigorosos para a habilitação de terceiros em processos administrativos, especialmente voltados a análises de atos de concentração econômica, no intuito de repelir comportamentos oportunistas e a tutela de interesses estritamente privados⁴⁷⁸. Em casos recentes, o Cade destacou que, para se habilitar na qualidade de terceiro interessado, deve-se (i) demonstrar haver titularidade de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão; (ii) apresentar todos os documentos e pareceres necessários à comprovação de suas alegações; e (iii) a sua pertinência com os fins da análise do ato de concentração⁴⁷⁹. A mera alegação de que o terceiro é cliente ou concorrente das requerentes não tem sido suficiente para a demonstração do legítimo interesse na operação.

Nesse contexto, verifica-se que sindicatos, federações e confederações sindicais⁴⁸⁰ são entes legitimados a requerer, ao Cade, a sua participação em processos administrativos (especialmente, em atos de concentração) na qualidade de terceiro interessado, na medida que são “titulares de direitos ou interesses que [podem] ser afetados pela decisão a ser adotada”⁴⁸¹. A participação, portanto, de tais entidades como terceiros interessados se justifica porque, além de importante função política, os

⁴⁷⁶ Vide parecer proferido pela Pro/Cade, no âmbito do Ato de Concentração nº 53500.031787/2006 (Requerentes: Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp e Abril Comunicações S.A.), com base na Portaria MJ 04/06.

⁴⁷⁷ Nota Técnica nº 1/2023, proferida no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.008967/2022-78 (Requerentes: Sonac do Brasil Indústria e Comércio de Subproduto Animal Ltda. e Gelnex Indústria e Comércio Ltda.).

⁴⁷⁸ FRADE, Eduardo. Quem Não Chora Não Mama: Cade e Terceiros Interessados. Consultor Jurídico, 25 jun. 2021.

⁴⁷⁹ Despacho da Presidência do CADE nº 32/2021, emitido nos autos do Ato de Concentração nº 08700.000471/2021-75 (Requerentes: Raízen Energia S.A., Raízen Combustíveis S.A. e Biosev S.A.), aprovado sem restrições em 1.3.2021.

⁴⁸⁰ Para fins de completude, vale destacar a diferença entre associações e sindicatos. Embora ambos sejam pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos e representem um coletivo com os mesmos interesses e objetivos comuns, ao passo que a associação atua em nome apenas de seus associados, o sindicato atua em prol de toda a categoria profissional ou econômica, independentemente de filiação. Somado a isso, o sindicato possui legitimidade prevista em lei para atuar em demandas coletivas, em negociações relacionadas a reajustes salariais, greves, melhores condições de trabalho, por exemplo, bem como pode para substituir processualmente (quando necessário) um membro da categoria que ele representa, na defesa de direitos relacionados ao seu cargo, função, remuneração e condições de trabalho (vide artigos 513 e 517, da CLT).

⁴⁸¹ Artigo 50, inciso I, da Lei nº 12.529/2011: “Art. 50. A Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator poderá admitir a intervenção no processo administrativo de: I - terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada”.

sindicados são porta-voz de toda uma categoria de profissionais e relevante fonte de informações para a análise de operações⁴⁸². É esse, inclusive, o entendimento da SG/Cade sobre o tema⁴⁸³.

Em levantamento relacionado à participação dos sindicatos na análise de atos de concentração pelo Cade, verificou-se que são relativamente poucos os casos em que sindicatos/federações/confederações se habilitam na qualidade de terceiro interessado e menos ainda são os casos em que há a sua participação ativa (Anexo II)⁴⁸⁴. Além disso, nota-se que, na maior parte dos casos identificados na pesquisa, as entidades não suscitam preocupações concorrenciais relacionadas à dimensão trabalho dos mercados relevantes.

É nesse contexto que se coloca, como sugestão a título de *advocacy*, a promoção de maior publicidade de operações a sindicatos, federações e confederações sindicais, por meio do envio de ofícios, por exemplo. Neste primeiro momento de análise da dimensão trabalho dos mercados relevantes, pode ser importante a contribuição sindical, em especial para entender as características próprias dos mercados e eventuais dificuldades referentes à mobilidade de trabalhadores entre diferentes *players*.

VI. CONCLUSÃO

A ideia deste trabalho partiu da premissa defendida por diversos estudiosos do tema no sentido de que mercados de trabalho devem ser considerados na análise de atos

⁴⁸² “São fontes relevantes de informações para a análise do AC informações advindas das requerentes, dos consumidores, das concorrentes, dos fornecedores, das agências reguladoras, dos sindicatos e associações, dos ministérios executivos, dos especialistas do mercado, dos institutos setoriais, entre outras fontes” (CADE. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, Brasília, 2016, p. 10).

⁴⁸³ A título de exemplo, sindicatos foram homologados como terceiro interessado nos seguintes casos: Ato de Concentração nº 08700.006989/2017-36 (Requerentes: Instituto Jogue Limpo e outros); Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41 (Requerentes: Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda.); Ato de Concentração nº 08700.002350/2017-81 (Requerentes: Maersk Line A/S e Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG); Ato de Concentração nº 08700.006444/2016-49 (Requerentes: Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. e Alesat Combustíveis S.A.); Ato de Concentração nº 08700.005700/2021-48 (Requerentes: SAS Shipping Agencies Services SÀRS e Log-In Logística Intermodal S.A.); Ato de Concentração nº 08700.001697/2017-15 (Requerentes: RHI AG e Magnesita Refratários S.A.); Ato de Concentração nº 08700.000166/2018-88 (Requerentes: Brink’s Segurança e Transporte de Valores Ltda., Rodoban Segurança e Transporte de Valores Ltda., Rodoban Serviços e Sistemas de Segurança Ltda. e Rodoban Transportes Terrestres e Aéreos Ltda.); e Ato de Concentração nº 08700.006512/2021-37 (Requerentes: Ream Participações S.A. e Petróleo Brasileiro S.A.).

⁴⁸⁴ Como metodologia, em 28.3.2023, na “Pesquisa Avançada de Ato de Concentração” disponibilizada no *website* do Cade, pesquisou-se por menções a “sindicato” em “voto”, “parecer” ou “nota técnica”, filtrando por atos de concentração em que houve participação de terceiro interessado. Como resultado, foram encontrados 21 processos, sendo que 13 processos fogem ao escopo da pesquisa e não são relevantes para a avaliação da atuação de sindicatos em atos de concentração submetidos ao Cade.

de concentração. Isso levando em consideração, primeiro, que no Brasil a valorização do trabalho humano é princípio constitucional da ordem econômica e, segundo que se trata da mera aplicação da teoria de poder de monopólio, amplamente difundida no âmbito do atual controle de estruturas. Não por outro motivo, foram verificados precedentes estadunidenses e brasileiros que já enfrentaram aspectos trabalhistas na seara antitruste, ainda que em alguns casos a análise seja preliminar e tangencial ao foco do processo.

Ao longo do estudo, partiu-se das etapas da análise clássica apresentada pelo Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade para se detalhar aspectos importantes, sob uma perspectiva prática, relativos à avaliação de impactos concorrenciais de operações em mercados de trabalho. Com isso, passou-se por todas as etapas de análise clássica, quais sejam: definição do mercado relevante, estimação do nível de concentração horizontal, avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado no cenário pós-operação (o que envolve barreiras à entrada e rivalidade) e ponderação das eficiências econômicas inerentes à operação.

Iniciou-se pela delimitação de conceitos metodológicos básicos como os de “dimensão produto do mercado” e de “dimensão trabalho do mercado”. A partir daí e com base em diversos *papers* publicados Eric Posner, Ioana Marinescu, José Azar, Roland Rathelot, Marshall Steinbaum, Aryeh Mellmann, por exemplo, buscou-se apresentar a metodologia para definição de mercado relevante, adequando-a ao que cabia ao cenário brasileiro.

Em seguida, avaliou-se a probabilidade do uso de poder de mercado obtido com a operação. Tal análise está em larga escala ligada à facilidade – ou não – de mobilidade de empregados entre diversos *players* do mercado. Passou-se por menção a barreiras à entrada de novos *players* na dimensão produto do mercado ligadas a aspectos trabalhistas (como cláusulas restritivas à concorrência), atritos de busca de novas oportunidades, diferenciação de empregos e obrigatoriedade de licenças para se concluir que há diversos fatores capazes de obstaculizar o trânsito de empregados entre competidores na dimensão produto de um determinado mercado. Avançando ainda mais, estudou-se aspectos de rivalidade capazes de influenciar na análise da dimensão trabalho dos mercados relevantes.

Em tópico seguinte, realizou-se considerações a respeito das eficiências que impactam a dimensão trabalho do mercado. Destacou-se que uma operação não pode se justificar tão somente com base no argumento de que o corte de empregos – por qualquer que seja o motivo – reduzirá custos e resultará em melhores preços de venda dos produtos

aos consumidores finais. O que é possível de ser levantado a fim de justificar a aprovação de uma operação cinge questões relacionadas à maior eficiência do processo produtivo, que naturalmente reduzirá a necessidade de um grande quantitativo de trabalhadores.

Como último ponto da análise antitruste, apresentou-se sugestões de remédios comportamentais e estruturais que podem ser negociados com as requerentes de atos de concentração, para sanar eventuais preocupações concorrenciais que tenham sido identificadas. Os remédios apresentados foram elaborados com base em medidas adotadas em TCDs negociados pelo Cade à época da antiga Lei nº 8.884/1994 e da adaptação de obrigações adotadas em ACCs ao longo dos últimos anos.

Por fim, confirmou-se a hipótese de que não é necessária qualquer modificação na legislação concorrencial brasileira para que aspectos trabalhistas sejam endereçados no controle de estruturas da análise antitruste. De todo modo, foram apresentadas propostas a serem implementadas no sentido de facilitar a abordagem do tema nos próximos anos. Além de pequenos ajustes na Resolução Cade nº 33/2022 para esclarecer que a avaliação não se restringe apenas à dimensão produto, propôs-se a inclusão de quesitos adicionais no formulário de notificação para obtenção de informações importantes para a análise. Além disso, é importante que se faça a atualização dos guias publicados pelo Cade, a regulamentação das cláusulas de não-concorrência e a celebração de parcerias com o MTE e sindicatos.

O avanço na análise de casos concretos no âmbito do controle de estruturas, abordando impactos concorrenciais em mercados de trabalho, bem como a implementação dessas sugestões parece ser um bom caminho para a necessária adequação do controle de estruturas no Brasil. Como demonstrado ao longo do trabalho, são diversos os dados, pesquisas e *papers* que apontam para o fato de que a concentração do mercado leva à redução de salários, além de aumento de preços e/ou diminuição da qualidade de produtos, sendo a intervenção antitruste, portanto, imprescindível.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA. **Issue Paper: Acordos no Mercado de Trabalho e Política de Concorrência**. Portugal, 2021. Disponível em: https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/Relatório_Acordos%20no%20Mercado%20de%20Trabalho%20e%20Pol%C3%ADtica%20de%20Concorrência.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**. Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2014.

AREEDA, Phillip; HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application**, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3133344. Acesso em 10 abr. 2023.

AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall; TASKA, Bledi. **Concentration in US Labor Markets: Evidence from Online Vacancy Data**. Labour Economics, v. 66, 2020.

AZAR, José; MARINESCU, Ioana; STEINBAUM, Marshall. **Labor Market Concentration**. Journal of Human Resources, 2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3088767. Acesso em 10 abr. 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, 2016. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-21052017-142046/pt-br.php>. Acesso em 10 abr. 2023.

BELTRAN, Ari Possidonio. **A Cláusula de Não-concorrência no Direito do Trabalho**. Revista do Advogado, nº 53. S. Paulo: AASP, dezembro de 1998.

BISHARA, Norman; PRESCOTT, J.J; STARR, Evan. **Noncompete Agreements in the U.S. Labor Force**. Journal of Law and Economics, 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2625714. Acesso em 10 abr. 2023.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox**, 1993 New I. Nova York: The Free Press, 1978.

BOSHOF, Willem et al. **The Economics of Public Interest Provisions in South African Competition Policy**, in: 6th Annual Conference on Competition Law, Economics and Policy, Pretoria: Competition Commission South Africa, 2012. Disponível em: <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/The-economics-of-public-interest-provisions-in-South-African-competition-policy.pdf>. Acesso em 10 abr. 2023.

CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios Antitruste em Atos de Concentração: Uma Análise da Prática do Cade**. 2014. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia do Setor Público), Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17512/3/2014_Patr%C3%ADciaSemensatoCabral.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

BORGES, Rodrigo Fialho. **Descontrole de Estruturas: dos Objetivos do Antitruste às Desigualdades Econômicas**. 2020. Dissertação (Doutorado em Direito Comercial), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-24032021-163117/pt-br.php>. Acesso em 10 abr. 2023.

CADE. **Guia de Remédios Antitruste**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Cartilha do Cade.** Brasília, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Manual Interno da Superintendência-Geral para Atos de Concentração Apresentados sob o Rito Ordinário.** Brasília, 2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/manual-interno-da-sg-para-casos-ordinarios.pdf>. Acesso em 11 abr. 2023.

COMPETITION POLICY INTERNATIONAL. **No Poach.** Antitrust Chronicle, v. 2(1), 2022.

COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. **Employers advice on how to avoid anticompetitive behaviour.** United Kingdom, 2023. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/avoid-breaking-competition-law-advice-for-employers/employers-advice-on-how-to-avoid-anti-competitive-behavior>. Acesso em 10 jun. 2023.

COUTO, Victor Cavalcanti; GUIMARÃES, Olavo Severo; MUNHOZ, João R. Oliveira. **Os Fundamentos do Antitruste para Mercados de Trabalho.** Revista do IBRAC, n. 1, 2022. Disponível em: <https://ibrac.org.br/revistas.htm>. Acesso em 10 abr. 2023.

DAVIS, Roachella T. **Talent Can't Be Allocated: a Labor Economics Justification for No-Poaching Agreement Criminality in Antitrust Regulation.** Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law, v. 12, pp. 279-310, 2018. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjcfcl/vol12/iss2/2/>. Acesso em 10 abr. 2023.

DECHAMPS, Pascale, et. al. **Labour markets: a blind spot for competition authorities?** Forthcoming – Competition Law Journal. Disponível em: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/35._labour_markets-_a_blind_spot_for_competition_authorities_.pdf?55923/5fc0da7b9dba623c61505bcaddf54f90909cb57f9710739c804b617f0e2b2d0e. Acesso em 10 abr. 2023.

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS – CADE. **Documento de Trabalho nº 006/2022: Departamento de Estudos Econômicos do Cade e os 10 Anos de Vigência de Lei nº 12.529/2011.** Brasília, 2022. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2022/DOC_006-2022_DEE-do-Cade-e-os-10-anos-de-vigencia-da-Lei-12.529_2011.pdf. Acesso em 10.abr. 2023.

_____. **Cadernos do Cade – Mercado de Saúde Suplementar: Condutas.** Brasília, 2021. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno-Saude-Suplementar_Condutas_Atualizado-VFinal.pdf. Acesso em 18 abr. 2023.

_____. **Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do Debate sobre a Definição do Mercado Relevante.** Brasília, 2021. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento-de-Trabalho_Atualizacao-do-debate-sobre-a-definicao-de-mercado-relevante.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Documento de Trabalho nº 002/2020: Remédios Antitruste no Cade: uma Análise da Jurisprudência,** Brasília, 2020. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Estudo%20analisa%20a%20aplicação%20de%20remédios%20antitruste%20pelo%20Cade_DocumentodeTrabalhoRemediosantitrustenoCade_umaanalisedajurisprudencia_26.05.2020.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Division Policy Guide to Horizontal Merger Guidelines.** Falls Church, Estados Unidos da América, 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#4>. Acesso em: 20 abr. 2023.

_____. **Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies.** Falls Church, Estados Unidos da América, 2011. Disponível em:

<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/17/272350.pdf>. Acesso em 10 abr. 2023.

DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. **Antitrust Guidance for Human Resource Professionals**. Washington, D.C., Estados Unidos da América, 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>. Acesso em 10 abr. 2023.

DEPARTMENT OF THE TREASURY. **The State of Labor Market Competition**. Estados Unidos da América, 2022. Disponível em: <https://home.treasury.gov/system/files/136/State-of-Labor-Market-Competition-2022.pdf>. Acesso em 10 abr. 2023.

DOMINGUES, Juliana O.; RIVERA, Amanda A. L M.; SOUZA, Nayara. M. S. **O Improvável Encontro entre o Direito Trabalhista e o Direito Antitruste**. Revista do IBRAC, Volume 24, 2019. Disponível em: <https://ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/10anos.pdf>. Acesso em 12 abr. 2023.

_____. **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. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/997>. Acesso em 8 mai. 2023.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito antitruste**. 4. Edição, Ed. Saraiva, 2016.

_____. **Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “neobrandeisianismo”**. Justiça do Direito, v. 33, n. 3, p. 222-244, 2019. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/10429>. Acesso em 10 abr. 2023.

ECONOMIC RESEARCH SERVICE. **Commuting Zones and Labor Market Areas**. Estados Unidos da América, 2012. Disponível em: <https://www.ers.usda.gov/data-products/commuting-zones-and-labor-market-areas/>. Acesso em 10 abr. 2023.

EDVINSSON, Leif; S. MALONE, Michael. **Capital Intellectual**. Tradução de Roberto Galman. 1ª ed. Makron Books, 1998.

EUROPEAN COMMISSION. **Comunicação da Comissão Relativa às Restrições Diretamente Relacionadas e Necessárias às Concentrações**. Paris, 2005. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0024:0031:PT:PDF>.

Acesso em 15 abr. 2023.

_____. **Comunicação da Comissão Relativa à Definição de Mercado Relevante para Efeitos do Direito Comunitário da Concorrência**. Paris, 1997. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:31997Y1209%2801%29>.

Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Competition: Merger Control Procedures**, 2004. Disponível em: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-02/merger_control_procedures_en.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Remarks of Chair Lina M. Khan at the White House Roundtable on the State of Labor Market Competition in the U.S. Economy**, 7 mar. 2022). Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/speeches/remarks-chair-lina-m-khan-white-house-roundtable-state-labor-market-competition-us-economy>.

Acesso em 10 mai. 2023.

_____. **Remarks of Chair Lina M. Khan regarding the request for information on merger enforcement**, 18 jan. 2022. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1599783/statement_of_chair_lina_m_khan_regarding_the_request_for_information_on_merger_enforcement_final.pdf. Acesso em 10 mai. 2023.

_____. **FTC Cracks Down on Companies that Impose Harmful Noncompete Restrictions on Thousands of Workers**, FTC, 4 Jan 2023. Disponível em <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/01/ftc-cracks-down->

[companies-impose-harmful-noncompete-restrictions-thousands-workers](#). Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **A Study of the Commission's Divestiture Process**. Estados Unidos da América, 1999. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/divestiture.pdf>. Acesso em 20 abr. 2023.

_____. **Federal Trade Commission, National Labor Relations Board forge new partnership to protect workers from anticompetitive, unfair, and deceptive practices**, 19 jul. 2022. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/07/federal-trade-commission-national-labor-relations-board-forge-new-partnership-protect-workers>. Acesso em 29 abr. 2023.

FIUZA, Eduardo P. S. **Delimitação de Mercado Relevante e Simulação de Fusões Horizontais: uma Abordagem Unificada**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2672/1/TD_1467.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

FLEMING, Lee; MARX, Matt. **Non-compete Agreements: Barriers to Entry...and Exit?** The University of Chicago Press. *Innovation Policy and the Economy*, v. 12, issue 1, 2012. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdf/10.1086/663155>. Acesso em 10 abr. 2023.

FRADE, Eduardo. **Quem Não Chora Não Mama: Cade e Terceiros Interessados**. Consultor Jurídico, 25 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-25/defesa-concorrencia-quem-nao-chora-nao-mama-cade-terceiros-interessados>. Acesso em 10 abr. 2023.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Poder Econômico: Exercício e Abuso: Direito Antitruste Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 8a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOX, Eleanor M. **Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization**. In *Post-Chicago developments in antitrust law*. CUCINOTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e BERGH, Roger Van Den (Edition). Edward Elgar Publishing Limited. 2002.

_____. **The Efficiency Paradox. How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust**. New York: Oxford University Press, USA, 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431558. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Equality, Discrimination, and Competition law: lessons from and for South Africa and Indonesia**. Harvard International Law Journal, v. 41, n. 2, p. 579–594, 2000. Disponível em: http://its.law.nyu.edu/facultyprofiles/index.cfm?fuseaction=profile.publications&person_id=19924. Acesso em 10 abr. 2023.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Um Direito Antitruste para o século XXI: a necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado – Parte XIV**. Jota, 18.11.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-19082020>. Acesso em: 8 mai. 2023.

GEOFFROY, Ricardo Corrêa. **Eficiências econômicas em atos de concentração: rumo à incorporação das eficiências dinâmicas**. 2010, 120 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12733/1612902>. Acesso em: 8 mai. 2023.

GOVERNMENT OF CANADA. **Enforcement Guidelines on wage-fixing and no poaching agreements**. Canada, 2023. Disponível em: <https://ised->

isde.canada.ca/site/competition-bureau-canada/en/how-we-foster-competition/education-and-outreach/enforcement-guidelines-wage-fixing-and-no-poaching-agreements. Acesso em 10 jun. 2023.

HAFIZ, Hiba M. **Interagency Merger Review in Labor Markets**. Boston College Law School Faculty Papers, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3479514. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Labor Antitrust's Paradox**. The University of Chicago Law Review, vol. 87, no. 2, 2020. Disponível em: www.jstor.org/stable/26892416. Acesso em 26 abr. 2023.

HANDLER, Milton; ZIFCHAK, William C. **Collective Bargaining and the Antitrust Laws: The Emasculation of the Labor Exemption**. Columbia Law Review, v. 81, n. 3, p. 459–515, 1981. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1122256>. Acesso em 10 mai. 2023.

HARRIS, Barry C.; SIMONS, Joseph J. **Focusing Market Definition: How much substitution is necessary?** Research in Law and Economics, v. 12, pp. 153-172, 1989. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/PrintRequest?collection=journals&handle=hein.journals/jre-pale21&id=157&print=section&div=8&ext=.pdf&format=PDFsearchable&submit=Print%2FDownload>. Acesso em 10 abr. 2023.

HELTZER, G. E. et al. **Employee “No-Poaching” Agreements Remain in the Antitrust Crosshairs**. Antitrust Alert, 26 maio 2021. Disponível em: <http://awa2018.concurrences.com/auteur/jon-b-dubrow>. Acesso em 10 abr. 2023.

HARTZENBERG, Trudi. **Competition Policy and Practice in South Africa: Promoting Competition for Development**. Northwestern Journal of International Law & Business, v. 26, n. 3, p. 667–685, 2005. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol26/iss3/32/> Acesso em 10 abr. 2023.

HEMPHILL, C. Scott; ROSE, Nancy L. **Mergers that Harm Sellers**. Yale Law Journal, pp. 2078-2019, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3113679. Acesso em 10 abr. 2023.

HOEY, Sam; PEETERS, Thomas; PRINCIPE, Francesco. **The transfer system in European football: A pro-competitive no-poaching agreement?** International Journal of Industrial Organization, vol. 75, 2021.

HONG KONG COMPETITION COMMISSION. **Competition Commission Advisory Bulletin**, 2018. Disponível em: https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/20180409_Competition_Commission_Advisory_Bulletin_Eng.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Competition Commission Advisory Bulletin**, 2022. Disponível em: https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/AB_Joint_Negotiations_Eng.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

HOVENKAMP, Herbert; MARINESCU, Ioana. **Anticompetitive Mergers in Labor Markets**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2967&context=faculty_scholarship. Acesso em 10 abr. 2023.

HOVENKAMP, Herbert. **Noncompete Agreements and Antitrust's Rule of Reason**. The Regulatory Review, 16 Jan. 2023. Disponível em: <https://www.theregreview.org/2023/01/16/hovenkamp-noncompetes-and-rule-of-reason/>. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Labor Conspiracies in American Law, 1880-1930**, Texas Law Review, v.66, pp. 919 – 966. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3976441. Acesso em 10 mai. 2023.

_____. **Antitrust Policy after Chicago**. Michigan Law Review, Ann Arbor, v. 84, n. 2, p. 213-284, 1985.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Merger Remedies Review Project**. Report for the Fourth ICN Annual Conference, 2005. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesReviewReport.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

JACINTO, Paulo de Andrade; RIBEIRO, Eduardo Pontual. **Delimitação de Mercado Relevante para Produtos Diferenciados Usando Elasticidades: O Caso de Chá Pronto para Beber**. Revista Economia, Selecta, Brasília, v. 11, nº 4, p. 267-284, 2010. Disponível em: https://www.anpec.org.br/revista/vol11/vol11n4p267_284.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

JÄGER, Simon, et al. **Worker Beliefs About Outside Options**, National Bureau of Economic Research, Estados Unidos da América, 2021. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w29623>. Acesso em 10 abr. 2023.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. **Competition Policy Research Center**. Report of the 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 10 abr. 2023.

KRUEGER, A. B.; ASHENFELTER, O. **Theory and Evidence on Employer Collusion in the Franchise Sector**. National Bureau of Economic Research, 2018. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w24831.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2023.

LÉVÊQUE, François; SHELANSKI, Howard. **Merger Remedies in American and European Union Competition Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2003, p. 106-128.

LEHMANN, Jee-Yeon; NEYENS, Liz; SCOTT, Rebecca; MOLNAR, Timea Laura. **Antitrust in Labor Markets: Insights From the FTC Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century**. Cartel & Joint Conduct Review Newsletter of the ABA Section of Antitrust Law Joint Conduct Committee - Volume 14, nº 2, Winter 2019. Disponível em: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/antitrust_in_labor_markets.pdf?56266/d0cdba7255dded3d0995080bf70072687df9664f. Acesso em 28 abr. 2023.

MANNING, Alan. **Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets**. Princeton University Press, 2003.

MARQUES, Verônica do Nascimento. **Concorrência nos mercados de trabalho: os desafios na delimitação do mercado relevante antitruste**. Mulheres no Antitruste, Volume 4, pp. 241-268, 2021. Disponível em: https://www.womeninantitrust.org/_files/ugd/0a4ea1_7641c27fbf6047eebf5f9c3667dfe_d74.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

MARINESCU, Ioana; POSNER A. Eric. **A Proposal to Enhance Antitrust Protection Against Labor Market Monopsony**. Roosevelt Institute, Roosevelt Institute Working Paper, New York, 2018. Disponível em: https://rooseveltinstitute.org/wp-content/uploads/2020/07/RI_ProposalToEnhanceAntitrustProtection_workingpaper_201812.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Why Has Antitrust Law Failed Workers?** Social Science Research Network, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3335174. Acesso em 10 abr. 2023.

MARINESCU, Ioana; RATHELOT, Roland. **Mismatch Unemployment and the Geography of Job Search**. American Economic Journal: Macroeconomics, v. 10, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/mac.20160312>. Acesso em 10 abr. 2023.

MARINESCU, Ioana. **Fighting monopsony, a lack of competition that harms workers**, 2018. Disponível em: https://lwp.law.harvard.edu/files/lwp/files/webpage_materials_marinescu_slides_for_unrigging_the_market.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **The other side of a merger: labor market power, wage suppression, and finding recourse in antitrust law**. Penn Wharton Public Policy Initiative, v. 6, n. 3, 2018. Disponível em: <https://repository.upenn.edu/pennwhartonppi/53/>. Acesso em 10 abr. 2023.

MARTINEZ, Ana Paula. **Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil: an overview of merger review in Brazil and upcoming challenges**. Revista de Concorrência e Regulação, v.7/8, p. 331-346, 2012. Disponível em: <https://www.levysalomao.com.br/publicacoes/artigo/historico-e-desafios-do-controle-de-concentracoes-economicas-no-brasil>. Acesso em 8 mai. 2023.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**, Editora Saraiva: São Paulo, 34º ed., 2018.

MCADAMS, John M. **Non-Compete Agreements: A Review of the Literature**. Working Paper, 2019. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK EwjU87je37r-AhXzRPEDHUBcCPsQFnoECBIQAQ&url=https%3A%2F%2Fpapers.ssrn.com%2Fsol3%2Fpapers.cfm%3Fabstract_id%3D3513639&usg=AOvVaw34XI6rVcIxaNOuwV_BRLvW. Acesso em 20 abr. 2023.

MELLMAN, Aryeh. **Measuring the Impact of Mergers on Labor Markets**, Columbia Journal of Law and Social Problems, New York, v. 53, ed. 1, 2019. Disponível em: <https://www.proquest.com/docview/2309751260?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true>. Acesso em 10 abr. 2023.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Classificação Brasileira de Ocupações: Livro 1: Códigos, Títulos e Descrições**, 3º edição, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/downloads.jsf>. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Manual de Orientação: Relação Anual de Informações Sociais, Ano-Base 2022**, Brasília, 2023. Disponível em: http://www.rais.gov.br/sitio/rais_ftp/ManualRAIS2022.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

Non-Compete Clauses for Workers: Will The EU Follow The US Lead? North Bief, 6 fev.2023. Disponível em: <https://northbrief.com/news/non-compete-clauses-for-workers-will-the-eu-follow-the-us-lead/>.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: Introdução ao Direito Econômico**. Ed. Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2016.

KUPFER, D. **Barreiras Estruturais à Entrada**. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. *Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: GEN Atlas, 2020.

NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, Glen E. **Antitrust Remedies for Labor Market Power**. *Harvard Law Review*, v. 132, 2018. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/print/vol-132/antitrust-remedies-for-labor-market-power/>. Acesso em 10 abr. 2023.

NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. **Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions**. Mason: Thomson South-Western, 2008.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. **Remédios Antitruste e o Ordenamento Jurídico Brasileiro: Primeiras Reflexões**. In: OLIVERIA, Amanda F., e RUIZ, Ricardo M. (org.). *Remédios Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2011, p. 17-30.

OCDE. **Competition in Labour Markets**, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-competition-open-day-2020.htm>. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Competition Issues in Labor Markets – Note by Brazil**. Paris, 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 3 abr. 2023.

_____. **Policy Roundtables: Market Definition**. Paris, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases**. Paris, 2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>. Acesso em 10 abr. 2023.

PROENÇA, José Marcelo M., **Termos de Compromisso de Desempenho enquanto Solução Imposta pelo CADE**, in: GILBERTO, André M.; CAMPILONGO, Censo F.; VILELA, Juliana G. (Org.), **Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro**, São Paulo: Singular, 2011.

POSNER, Eric A. **How Antitrust Failed Workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

PRAGER, Elena; SCHMITT, Matt. **Employer Consolidation and Wages: Evidence from Hospitals**. Washington Center for Equitable Growth Working Paper, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3391889. Acesso em 10 abr. 2023.

RENZETTI, Bruno Polonio. **Cláusulas de Não-Concorrência no Direito Concorrencial e Trabalhista**. Revista do IBRAC, n. 1, pp. 68-87, São Paulo, 2022. Disponível em: https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista_IBRAC_1_2022.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

RESENDE, Guilherme Mendes. **Análise Econômica e o Departamento de Estudos Econômicos do Cade**, Consultor Jurídico, 28 nov. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-28/defesa-concorrencial-analise-economica-departamento-estudos-economicos-cade>. Acesso em 10 abr. 2023.

ROBINSON, Joan. **The Economics of Imperfect Competition**. 1933.

_____. **The Economics of Imperfect Competition**, 2. ed. London: Macmillan, 1969.

ROSE, Nancy L. **Thinking Through Anticompetitive Effects of Mergers on Workers**. Continuing Legal Education Material for American Bar Association 2019 Antitrust Spring Meeting, 2019. Disponível em: <https://economics.mit.edu/files/20284>. Acesso em 10 abr. 2023.

RUIZ, Ricardo. **Restrições Comportamentais em Atos de Concentração**. In: CARVALHO, Vinicius (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.

SANTOS, Flávia Chiquito dos (org.). **Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011: 10 Anos da Lei de Defesa da Concorrência**. São Paulo: IBRAC, 2022. Disponível em: https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/10_Anos_da_Lei_de_Defesa_da_Concorrência.pdf?utm_source=Manesco,+Ramires,+Perez,+Azevedo+Marques+Sociedade+de+Advogados&utm_campaign=f8d5a192fa-EMAIL_CAMPAIGN_4_29_2020_14_45_COPY_01&utm_medium=em. Acesso em: 15 abr. 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Direito Concorrencial**. 2ª edição revista e atualizada – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2021.

_____. **Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001; O novo direito societário. São Paulo: Malheiros, 2002.

SHAPIRO, Carl. **Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets**. *Journal of Economic Perspectives*, v. 33, n. 3, pp. 69-93, 2019. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.33.3.69>. Acesso em 10 abr. 2023.

STARR, Evan. **Consider This: Training, Wages and the Enforceability of Covenants Not to Compete**. Forthcoming at Industrial and Labor Relations Review, v. 72, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2556669. Acesso em 10 abr. 2023.

STEINBAUM, M. **Missing Link: The Role of Antitrust Law In Rectifying Employer Power in our High-Profit, Low-Wage Economy**. Disponível em: rooseveltinstitute.org. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Antitrust in the Labor Market: Protectionist, or Pro-Competitive?** Disponível em: <https://promarket.org/antitrust-labor-market-protectionist-pro-competitive/>. Acesso em 10 abr. 2023.

_____. **Antitrust Implications of Labor Platforms**, CPI, 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/CPI-Steinbaum.pdf>. Acesso em 10 abr. 2023.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência**. 2008, p. 2. Disponível: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/TpD%20007%20-%20Schuartz%20-%20Desconstitucionalizacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 abr. 2023.

SINDEPRESTEM. **Cade investiga formação de cartel entre departamentos de recursos humanos**, Sindeprestem, 30.3.2021. Disponível em: <https://sindeprestem.com.br/cade-investiga-formacao-de-cartel-entre-departamentos-de-recursos-humanos/>. Acesso em 8 mai. 2023.

STUTZ, M. Randy. **The Evolving Antitrust Treatment of Labor-Market Restraints: From Theory to Practice**. America Antitrust Institute, 2018. Disponível em: https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/09/AAI-Labor-Antitrust-White-Paper_0.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

UNITED STATES. **Standard Occupational Classification Manual**. Executive Office of the President Office of Management and Budget, 2018. Disponível em: https://www.bls.gov/soc/2018/soc_2018_manual.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

VAN DEN BERGH, Roger; CAMESASCA, P. D. N. **Irreconcilable Principles? The Court of Justice Exempts Collective Labour Agreements from the Wrath of Antitrust**. *European Law Review*, v. 25, n. 5, p. 492–508, 2000. Disponível em: https://kuleuven.limo.libis.be/discovery/fulldisplay?docid=lirias1835832&context=SearchWebhook&vid=32KUL_KUL:Lirias&lang=en&search_scope=lirias_profile&adaptor=SearchWebhook&tab=LIRIAS&query=any,contains,LIRIAS1835832&offset=0. Acesso em 10 mai. 2023.

WALES, D. P. et. al. **The Unlikely Role of Labor Markets in Merger Antitrust Review**. *Bloomberg Law*, 2018. Disponível em: <https://news.bloomberglaw.com/daily-labor-report/insight-the-unlikely-role-of-labor-markets-in-merger-antitrust-review>. Acesso em 10 abr. 2023.

WHITE HOUSE. **Non-Compete Agreements: Analysis of the Usage, Potential Issues, and State Responses**, 2016. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/non-competes_report_final2.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

WU, Tim. **The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age**. *Columbia Global Reports*, 2018.

Precedentes dos Estados Unidos

USA. *United States v. Neeraj Jindal and John Rodgers*, 4:20-cr-00358-ALM-KPJ. 2021. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1387866/download>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. *United States v. DaVita Inc.*, 1:21-cr-00229, 2022. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/davita-inc-and-former-ceo-indicted-ongoing-investigation-labor-market-collusion-health-care>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States et al v. Anthem, Inc., and Cigna Corp., 1:16-cv-01493, 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-and-plaintiff-states-v-anthem-inc-and-cigna-corp>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. Jien et al v. Perdue Farms, Inc. et al, 1:2019cv02521, 2020. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/maryland/mddce/1:2019cv02521/462876/378/>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. Ron Brown at. al v. JBS USA Food Company et al, 1:22-CV-02946, 2022. Disponível em: <https://unicourt.com/case/pc-db5-brown-et-al-v-jbs-usa-food-company-et-al-1337239>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. eBay, Inc., 12-CV-05869-EJD-PSG, 2014. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-ebay-inc>. Acesso em 10 abr. 2022.

USA. United States v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, et al. Civil Action 94C282G, 1994. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-utah-society-healthcare-human-resources-administration-et-al>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. Cason–Merenda v. Detroit Med. Ctr., Case No. 06-15601, 2012. Disponível em: <https://casetext.com/case/casonmerenda-v-detroit-med-ctr>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. Adobe Systems, Inc., Apple Inc., Google Inc., Intel Corporation, Intuit, Inc., and Pixar, 1:10-cv-01629, 2011. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-adobe-systems-inc-et-al>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. Lucasfilm Ltd., 1:10-cv-02220, 2011. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-lucasfilm-ltd>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. Mooney v. AXA Advisors, L.L.C., Civil Action No. 13–3093, 2014. Disponível em: <https://casetext.com/case/mooney-v-axa-advisors-l-lc>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. Hanger v. Berkley Grp., Inc., Civil Action No 5:13-cv-113, 2015. Disponível em: <https://casetext.com/case/hanger-v-berkley-grp-inc>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. Knorr-Bremse AG and Westinghouse Air Brake Technologies Corporation, 1:18-cv-00747-CK, 2018. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-knorr-bremse-and-westinghouse-air-brake-technologies>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et al, 1:21-cv-02886, 2022. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-bertelsmann-se-co-kga-et-al>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. Brown Shoe Co., Inc. v. United States, 370 U.S. at 325, 1962. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/294/>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. Seven & Holding, Co., Ltd. et al, C-4748, 2021. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/201-0108-seven-i-holdings-co-ltd-matter>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. Surgical Care Affiliates, LLC and SCAI Holdings, LLC, 3:21-cr-00011-L, 2021. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-surgical-care-affiliates-llc-and-scai-holdings-llc>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States and State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corp., c V07-1030-PHX, 2007. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-and-state-arizona-v-arizona-hospital-and-healthcare-association-and-azhha-service-corp>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. Eichorn v. AT&T Corp., n. 99-5791, 2001. Disponível em: <https://casetext.com/case/eichorn-v-at-t-corp/case-details>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. Todd v. Exxon Corp., n. 01-7091, 2001. Disponível em: <https://casetext.com/case/todd-v-exxon-corp>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. DaVita Inc. and Total Renal Care, Inc., n. 2110013, 2021. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/2110013-davita-inc-total-renal-care-inc-matter>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. DaVita Inc. and Kent Thiry, 2021. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/davita-inc-and-former-ceo-indicted-ongoing-investigation-labor-market-collusion-health-care>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. Mahesh Patel et. al., 3:21-cr-00220-VAB, 2021. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-mahesh-patel-et-al>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States District Court v. Manahe, al., 2022. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-manahe-8>. Acesso em 10 abr. 2023.

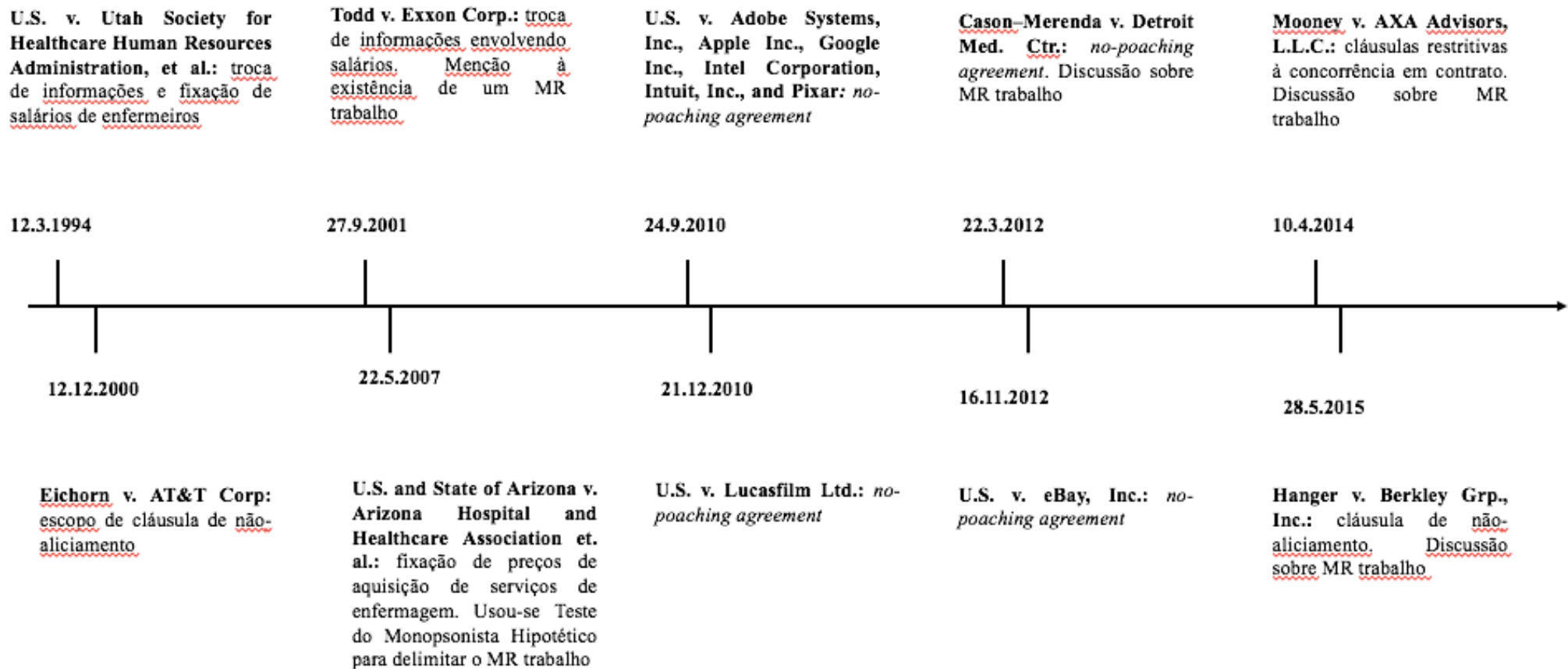
USA. United States v. Ryan Hee and VDA OC LLC, 2023. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao-nv/pr/health-care-staffing-company-and-executive-indicted-colluding-suppress-wages-school>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. O-I Glass, Inc., C-4786, 2023. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/2110182-o-i-glass-inc-matter>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. Ardagh Group, et al., C-4785, 2023. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/2110182-ardagh-group-et-al-matter>. Acesso em 10 abr. 2023.

USA. United States v. Prudential Security, et al., C-4787, 2023. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/2210026-prudential-security-et-al-matter>. Acesso em 10 abr. 2023

ANEXO I - Linha do tempo com precedentes relevantes dos EUA⁴⁸⁵



⁴⁸⁵ Para fins de completude e transparência, destaca-se que não se trata de lista exaustiva dos casos julgados nos EUA.

Seaman v. Duke University et.al: DOJ como *amicus curiae* afirma que a legislação antitruste se aplica à discussão sobre cláusula de não-aliciamento

Helmerich & Payne Int'l Drilling Co. v. Schlumberger Tech. Corp.: cláusula de não-aliciamento. Discussão sobre MR trabalho

U.S. v. Knorr-Bremse AG et. al.: *no-poaching agreement*

Joseph Stigar v. Dough Dough, Inc., et al.: DOJ como *amicus curiae* em discussão sobre cláusula de não-aliciamento entre franqueador e franquado

U.S. v. Surgical Care Affiliates, LLC and SCAI Holdings, LLC: *primeira ação criminal por no-poaching*

Junho de 2015

26.12.2017

3.4.2018

31.1.2019

5.1.2021

28.4.2017

Janeiro de 2018

25.6.2018

30.8.2019

30.3.2021

United States v. Anthem, Inc.: DOJ menciona que haverá redução na concorrência na aquisição de serviços de cuidados à saúde

Acordos celebrados entre Procuradores-Gerais e empresas relativos à eliminação de cláusulas de *no-poach* no âmbito de franquias

Deslandes v. McDonald's USA: regra da razão para análise de acordos de não-concorrência no âmbito de franquias

- **Jien et al v. Perdue Farms, Inc. et. al.:** *class action* ajuizada por trabalhadores em razão de prática de fixação de salários. Discussão sobre a definição do MR trabalho

U.S. v. Ryan Hee and VDA OC LLC: *primeira vitória do DOJ em ação criminal* por prática de *no-poaching*

U.S. v. Neeraj Jindal and John Rodgers: primeira ação criminal de fixação de salários movida contra duas pessoas físicas. Foram inocentadas em relação ao ilícito antitruste

United States v. Mahesh Patel et. al.: ação criminal por *no-poaching* contra seis pessoas físicas. Pendente de julgamento

U.S. v. DaVita Inc. and Total Renal Care: expresse reconhecimento de que a contratação de nefrologista seria barreira à entrada no mercado produto

Brown et al v. JBS USA Food Company et. al.: *class action* ajuizada por trabalhadores em razão de prática de fixação de salários.

15.4.2021

15.12.2021

12.1.2022

14.11.2022

15.7.2021

28.1.2022

1.8.2022

Janeiro de 2023

U.S. V. DaVita Inc. and Kent Thiry: ação criminal por *no-poaching*. Ambos foram inocentados

United States District Court v. Faysal Kalayaf et, al.: ação criminal por fixação de salários e *no-poaching* contra quatro pessoas. Todas foram inocentadas

U.S. v. Bertelsmann Se & Co. KgaA et. al.: primeira operação bloqueada em razão de efeitos concorrenciais no mercado de trabalho

U.S. Prudential Security et. al.; U.S. v. O-I Glass et. al; e U.S. v. Ardagh Group et. al.: três ações iniciadas pelo FTC contra cláusulas restritivas à concorrência firmadas com trabalhadores em contratos de emprego. Discussão sobre mobilidade de trabalhadores e barreira à entrada

ANEXO II - Atuação dos sindicatos em atos de concentração⁴⁸⁶

Ato de concentração	Requerentes	Tipo	Setor	Data da decisão	Sindicato /Federação	Comentários
08700.006989/2017-36 (ordinário)	Instituto Jogue Limpo e outros	Contrato associativo	Mercado de óleos lubrificantes	Aprovado sem restrições em 22/03/2018	Sindicato Nacional da Indústria do Refino de Óleos Minerais	- O sindicato não menciona preocupações relacionadas à dimensão trabalho do mercado. - O sindicato não interpôs recurso à decisão da SG/Cade.
08700.010790/2015-41 (ordinário)	Banco Bradesco S.A., HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda.	Aquisição de 100% do capital social do HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo e do HSBC Serviços e Participações Ltda. pelo Banco Bradesco S.A.	Produtos e serviços financeiros e não financeiros	Aprovado com restrições em 08/06/2017	Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários, Financeiros e Empresas do Ramo Financeiro de Curitiba e Região	- O sindicato menciona que elemento de "manutenção de empregos" deve ser levado em consideração na análise referente à "eficiência global" de ACs (manutenção de empregos diretos e indiretos); que o AC acarretaria "severa externalidade negativa, qual seja, a provável redução drástica de empregos, sobretudo na região de Curitiba, onde se encontra a sede do HSBC"; e que se estima uma perda de 7.000 empregos (SEI 0196069). - Participação ativa do sindicato, que protocolou diversas petições, realizou reuniões tanto na SG quanto no Tribunal e fez sustentação oral na SOJ. - O Parecer nº 12/2016, elaborado pela SG/Cade, não trata dos argumentos do sindicato relacionados à manutenção dos níveis de emprego. - Os votos proferidos pelo Conselheiro Relator João Paulo Resende e pela Conselheira Cristiane Alkmin refutam os argumentos apresentados pelo sindicato, indicando que não se trata de tema a ser tratado pelo Cade.

⁴⁸⁶ Para fins de completude, explica-se a metodologia utilizada para verificar a participação dos sindicatos em atos de concentração: em 28.3.2023, na "Pesquisa Avançada de Ato de Concentração" disponibilizada no *website* do Cade, pesquisou-se por menções a "sindicato" em "voto", "parecer" ou "nota técnica", filtrando por atos de concentração em que houve participação de terceiro interessado. Como resultado, foram encontrados 21 processos. Dentre os 21 resultados, 13 referem-se a casos que não correspondem à participação de sindicatos na qualidade de terceiro interessado.

08700.002350/2017-81 (ordinário)	Maersk Line A/S e Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG	Aquisição de ações e ativos da HSDG pelo Grupo Maersk, resultando em uma aquisição de controle	Setor portuário	Aprovado sem restrições em 21/09/2017	Sindicato Nacional das Empresas de Navegação e Tráfego Portuário - Sindiporto Brasil	- O sindicato não menciona preocupações relacionadas à manutenção de empregos. - O sindicato interpôs recurso à decisão da SG/Cade, mas que não foi conhecido.
08700.006444/2016-49 (ordinário)	Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. e Alesat Combustíveis S.A.	Aquisição, por parte da Ipiranga, da integralidade do capital social da Alesat	Combustíveis	Reprovada em 02/08/2017	Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e de Lubrificantes	- A federação não menciona preocupações relacionadas à manutenção de empregos. - Participação ativa da federação, que apresentou parecer técnico, protocolou diversas manifestações e realizou reuniões com membros do Cade.
08700.005700/2021-48 (ordinário)	SAS Shipping Agencies Services SARS e Log-In Logística Intermodal S.A.	Aquisição do controle da Log-In pela MSC, por meio de sua subsidiária integral SAS	Setor portuário	Aprovada sem restrições em 24/05/2022	Sindicato Nacional das Empresas de Navegação de Apoio Portuário – Sindiporto Brasil	- O sindicato não menciona preocupações relacionadas à manutenção de empregos. - O sindicato não interpôs recurso à decisão da SG/Cade. - Pequena participação do sindicato, que apresentou apenas uma resposta a ofício e uma manifestação nos autos.
08700.001697/2017-15 (ordinário)	RHI AG e Magnesita Refratários S.A.	Aquisição de controle da Magnesita Refratários S.A. pela RHI AG	Mercado de produtos refratários	Aprovada sem restrições em 11/07/2017	Sindicato Nacional da Indústria do Cimento - SNIC	- O sindicato não menciona preocupações relacionadas à manutenção de empregos. - O sindicato não interpôs recurso à decisão da SG/Cade.
08700.000166/2018-88 (ordinário)	Brink's Segurança e Transporte de Valores Ltda., Rodoban Segurança e Transporte de Valores Ltda. e outros	Aquisição, pela Brink's, de 100% das ações das empresas Rodoban	Mercados de transporte e custódia de valores, segurança patrimonial e monitoramento e CFTV	Aprovada sem restrições em 21/11/2018	Sindicato do Comércio Varejista de Derivados do Petróleo do Estado de Minas Gerais – MINASPETRO	- O sindicato não menciona preocupações relacionadas à manutenção de empregos. - O sindicato interpôs recurso à decisão da SG/Cade. - Participação ativa do sindicato, que apresentou diversas manifestações nos autos.

08700.006512/2021-37 (ordinário)	Ream Participações S.A. e Petróleo Brasileiro S.A.	Aquisição, pela REAM Participações S.A., da totalidade de ações representativas do capital social da Refinaria de Manaus S.A.	Combustíveis	Aprovada com restrições em 30/08/2022	Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Petróleo e Derivados do Estado do Amazonas	- O sindicato não menciona preocupações relacionadas à manutenção de empregos. - O sindicato não foi homologado como terceiro interessado porque apresentou o pedido apenas após a publicação do parecer da SG (i.e., fora do prazo para se homologar como terceiro interessado). - O sindicato apresentou recurso após a decisão da SG/Cade, que não foi conhecido.
----------------------------------	--	---	--------------	---------------------------------------	--	--

ANEXO III - Formulário de notificação não-sumário

Tabela 8 - Formulário de notificação não-sumário (rito ordinário)⁴⁸⁷

Anexo I – Procedimento não-sumário (ordinário)
<u>Etapa I – Descrição da operação</u> Apresentar um resumo da operação. <u>Etapa II – Informações relativas às partes</u> II.1. Informe os nomes (razão social, denominação, nome do estabelecimento, nome de fantasia), CNPJ e forma legal (S.A. de capital aberto, S.A. de capital fechado, Ltda. etc.) das partes diretamente envolvidas na operação. II.2. Apresente os endereços completos das partes diretamente envolvidas na operação (incluindo o CEP e o sítio eletrônico), e nome, números de telefone e fax, endereço eletrônico e cargo ocupado por representante técnico das empresas a ser contatado. Sempre que possível, informar o endereço da sede/representação das partes no Brasil. II.3. Indique o(s) representante(s) legal(is) e endereço completo (incluindo telefone, fax, CEP, e endereço eletrônico). II.4. Apresente os faturamentos brutos das partes diretamente envolvidas na operação, e de seus respectivos grupos econômicos (segundo definição do art. 4º da Resolução 02/2012), no Brasil e em todo o mundo (incluindo o Brasil), no ano fiscal anterior à presente operação. II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, informando: (a) organograma com a estrutura societária das partes diretamente envolvidas na operação; e (b) organograma com a estrutura societária do grupo econômico a que tais partes pertencem. II.6. Informe a nacionalidade de origem dos grupos econômicos indicados no item II.5. II.7. Informe as operações realizadas durante os últimos cinco anos, pelas pessoas listadas no item II.5, e as respectivas decisões do Cade, quando for o caso. II.8. Informe: (i) todas as atividades econômicas desempenhadas pelas partes diretamente envolvidas na operação, no Brasil, indicando o faturamento bruto obtido com cada uma das atividades no ano fiscal anterior ao da apresentação da notificação. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual; e (ii) todas as categorias de profissionais contratadas pelas partes diretamente envolvidas na operação, no Brasil, no ano fiscal anterior ao da apresentação da notificação. Classifique-as segundo a CBO 6.0 ou versão mais atual. II.9. Informe (i) todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual; e (ii) todas as categorias de atividades contratadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CBO 6.0 ou versão mais atual. II.10. Forneça uma lista de todas as empresas com atividades no território nacional, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes do grupo detenha participação igual ou superior

⁴⁸⁷ Para facilitar a identificação das sugestões da autora, os novos trechos propostos ao modelo de formulário de notificação foram grifados em amarelo.

a 10% no capital social ou votante. Na resposta, apresente também o organograma da estrutura societária das empresas que se enquadram nesse critério.

II.11. No que diz respeito às empresas referidas nas respostas aos itens II.5 e II.10, forneça uma lista dos membros dos seus órgãos de gestão que sejam igualmente membros dos órgãos de gestão ou de fiscalização de quaisquer outras empresas atuantes nas mesmas atividades econômicas, conforme CNAE 2.0 a 7 dígitos, indicando tais empresas.

Etapa III – Elementos relativos à operação

III.1. Informe se esta notificação se refere à primeira apresentação. Caso negativo, informe o motivo pelo qual o ato está sendo reapresentado/emendado.

III.2. Descreva a operação notificada, indicando: (a) se a operação projetada consiste em um(a): 1. fusão; 2. aquisição de controle; 3. aquisição de quotas/ações sem aquisição de controle; 4. consolidação de controle; 5. aquisição de ativos; 6. incorporação; 7. joint venture clássica (criação de empresa para explorar outro mercado); 8. joint venture concentracionista (criação de empresa para explorar mercado já explorado pelas empresas associadas); 9. outra forma de operação não coberta pelas alternativas anteriores (especificar); (b) se a operação abrange, total ou parcialmente, as atividades das partes; (c) o valor da operação e a forma de pagamento; (d) no caso de aquisição de ativos, todos esses ativos, tangíveis e/ou intangíveis. No caso dos ativos tangíveis, indicar também suas localizações (endereço e CEP); (e) no caso de aquisição de participação societária, o dispositivo da Seção III desta Resolução no qual a operação se enquadra; (f) a estrutura societária da empresa alvo, antes e após a realização da operação, ou da nova empresa formada. As informações deste item devem ser ilustradas com a utilização de mapas, organogramas ou diagramas.

III.3. Informe as demais jurisdições em que a presente operação foi ou será apresentada, bem como a(s) data(s) da(s) notificação(ões).

III.4. Especifique se a operação está sujeita a aprovação de outros órgãos reguladores no Brasil ou no exterior.

III.5. Descreva a justificativa econômica e/ou estratégica para a operação.

III.6. Informe (i) se a operação contempla cláusulas restritivas à concorrência (por exemplo, cláusulas de não-concorrência ou de exclusividade); e (ii) se os contratos de trabalho dos profissionais afetados pela operação contemplam cláusulas restritivas à concorrência (por exemplo, cláusulas de não-concorrência ou de não-aliamento). Caso afirmativo, apresentar tais cláusulas, indicando sua localização nos documentos relativos à operação, bem como sua justificativa econômica.

Etapa IV - Documentação

IV.1. Com relação à operação, apresente:

(a) cópia da versão final ou mais recente de todos os instrumentos contratuais relativos à realização da operação, listando os respectivos anexos relevantes para a análise antitruste; (b) cópias de acordos de não concorrência e de acionistas, se houver; (c) cópias de análises, relatórios, estudos, inquéritos, apresentações e outros documentos análogos elaborados por ou para qualquer membro(s) do: 1. conselho de administração; 2. conselho de fiscalização; 3. assembleia de acionistas; ou 4. outra(s) pessoa(s) que exerça(m) funções semelhantes (ou a quem foram delegadas ou atribuídas tais funções); cujo objetivo foi avaliar ou analisar a transação proposta (com relação a: padrões de concorrência no mercado, participações de mercado, concorrentes, estimativas de crescimento de vendas, estimativas de expansão para novos mercados geográficos e outros assuntos concorrencialmente relevantes); (d) lista contendo a relação de todos os demais documentos que tenham sido criados em decorrência da operação, tais como: acordo de fornecimento de insumos, minutas de reuniões referentes à operação, documentos de oferta pública enviados à CVM, dentre outros.

IV.2. Com relação às atividades das partes, apresente as cópias mais recentes dos documentos listados abaixo: (a) último relatório anual e/ou demonstrações financeiras auditadas das partes diretamente envolvidas na operação e dos respectivos grupos econômicos; (b) estudos de mercado, pesquisas, relatórios, projeções e qualquer outro documento, elaborado por terceiros ou não, que estejam

relacionados a: 1. posicionamento competitivo da empresa e de suas concorrentes; 2. condições de demanda e oferta; 3. disputa por clientes; 4. comportamento estratégico (preço, venda, lançamentos, inovação, entradas/saídas etc.); 5. denúncias de comportamento anticompetitivo de empresas que integram o mercado relevante; 6. efeitos na oferta, demanda, custo, preço, atributos do produto/serviço causados pela competição direta de outro possível produto ou serviço; 7. balanços setoriais, diagnóstico de mercado etc.; (c) relatório de marketing, relatório comercial, planos e estratégias de divulgação da marca, relatório de posicionamento de produto e qualquer outro similar; (d) planejamento estratégico, plano de negócios, planos de expansão e contenção, e qualquer outro similar; e (e) cópia da declaração mais recente da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS submetida, ao Ministério do Trabalho e Emprego, pelas empresas dos grupos econômicos envolvidos na operação.

Etapa V – Definição do(s) mercado(s) relevante(s)

V.1. Informe e descreva (i) todas as linhas de produtos comercializados e/ou serviços prestados no Brasil pelas partes diretamente envolvidas na operação; e (ii) todas as categorias de profissionais contratadas pelas partes diretamente envolvidas na operação, segundo a RAIS.

V.2. Informe (i) todas as linhas de produtos comercializados e/ou serviços prestados no Brasil pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação; e (ii) todas as categorias de profissionais contratadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação.

V.3. Identifique (i) todas as linhas de produtos e/ou serviços em que poderiam ser verificadas sobreposições horizontais, verticais e/ou complementares decorrentes da presente operação; e (ii) todas as categorias de profissionais contratadas em que poderiam ser verificadas sobreposições horizontais decorrentes da presente operação.

V.4. Indique (i) todas as áreas geográficas atendidas por cada uma das empresas que ofertam as linhas de produtos e/ou serviços identificadas no item V.3 (caso a empresa não atenda todo o Brasil, especificar os municípios e/ou estados atendidos pela mesma); e (ii) todas as áreas geográficas atendidas por cada uma das categorias profissionais indicadas no item V.3, segundo a classificação por município do IBGE.

V.5. Considerando as respostas dos itens V.3 e V.4:

(i) Defina o(s) mercado(s) relevante(s) sob as dimensões produto e geográfica. Fundamente as definições adotadas, baseando-se nos seguintes fatores, na medida em que aplicáveis: (a) substituíbilidade sob a ótica da demanda, levando em consideração, dentre os fatores considerados relevantes, a possibilidade de substituição frente a aumentos de preços entre marcas e/ou produtos ou serviços e entre outros produtos fora do mercado; (b) substituíbilidade sob a ótica da oferta, levando em consideração, dentre outros fatores, aspectos técnico-operacionais, tecnologias, custos de instalação (inclusive custos irreversíveis) e possibilidade de redirecionamento de atividades; (c) natureza e características dos produtos e/ou serviços; (d) importância dos preços dos produtos e/ou serviços; (e) perfil dos clientes (exemplo: renda, gênero, porte da firma etc.) e dimensionamento do mercado desses clientes (quantidade vendida); (f) preferências dos consumidores, prestando informações sobre fidelidade a marcas, forma e momentos de consumo, dentre outros fatores considerados relevantes; (g) custos de distribuição/transporte; (h) diferenças nas estruturas de oferta e/ou de preços entre áreas geográficas vizinhas; (i) possibilidade de importações; (j) jurisprudência do Cade; (k) jurisprudência internacional; (l) outros fatores.

(ii) Defina o(s) mercado(s) relevante(s) sob as dimensões ocupação e geográfica. Fundamente as definições adotadas, baseando-se nos seguintes fatores, na medida em que aplicáveis: (a) substituíbilidade sob a ótica da demanda, levando em consideração, dentre os fatores considerados relevantes, a possibilidade de substituição frente a aumentos de salários entre classificações CBO; (b) substituíbilidade sob a ótica da oferta, levando em consideração, dentre outros fatores, aspectos referentes às habilidades técnicas, nível de escolarização, competências específicas e possibilidade de redirecionamento de atividades; (c) natureza e características dos serviços contratados; (d) importância dos valores salariais dos serviços contratados; (e) perfil dos profissionais (exemplo: se possuem graduação e/ou especialização em algum setor

específico); (f) custos de troca de profissionais de diferentes CBOs; (g) jurisprudência do Cade; (h) jurisprudência internacional; e (i) outros fatores.

V.6. Explique a (i) relevância da diferenciação dos produtos e/ou serviços em termos de atributos ou qualidades, e a medida em que os produtos das partes são substitutos próximos; e (ii) relevância da diferenciação dos profissionais em termos de atributos ou qualidades, e a medida em que os profissionais são substitutos próximos.

Etapa VI – Estrutura de oferta

VI.1. Apresente:

(i) na dimensão produto, uma estimativa da dimensão total do(s) mercado(s) relevante(s) identificado(s) no item V.5, em termos de valor (faturamento bruto) e de volume de vendas, para os últimos 5 (cinco) anos, e uma estimativa de crescimento para os próximos 5 (cinco) anos.

Observação: Para estimativa de mercado nacional, considere: produção total do produto/serviço no Brasil + importações – exportações.

(ii) na dimensão trabalho, uma estimativa da dimensão total do(s) mercado(s) relevante(s) identificado(s) no item V.5, em termos de número de trabalhadores empregados, para os últimos 5 (cinco) anos, e uma estimativa de crescimento para os próximos 5 (cinco) anos.

Observação: para estimativa de mercado total, considere o número de trabalhadores empregados mencionados na declaração da RAIS + estimativa de profissionais fora do Brasil (caso o mercado seja mais amplo do que o território nacional).

VI.2. Apresente:

(i) na dimensão produto, o total das vendas, em termos de valor (faturamento bruto) e volume, bem como uma estimativa das participações para cada uma das partes diretamente envolvidas na operação, no(s) mercado(s) relevante(s) identificado(s) no item V.5, para os últimos 5 (cinco) anos. Apresente dados segmentados para vendas cativas e vendas para clientes independentes[1], quando for o caso.

(ii) na dimensão trabalho, o total de trabalhadores, em termos de número de trabalhadores empregados, bem como uma estimativa das participações de cada uma das partes diretamente envolvidas na operação, no(s) mercado(s) relevante(s) identificado(s) no item V.5, para os últimos 5 (cinco) anos.

VI.3. Apresente:

(i) na dimensão produto, o total das vendas, em termos de valor (faturamento bruto) e volume, bem como uma estimativa das participações das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, no(s) mercado(s) relevante(s) identificado(s) no item V.5, para os últimos 5 (cinco) anos. Apresente dados segmentados para vendas cativas e vendas para clientes independentes, quando for o caso.

(ii) na dimensão trabalho, o total de trabalhadores, em termos de número de trabalhadores empregados, bem como uma estimativa das participações das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, no(s) mercado(s) relevante(s) identificado(s) no item V.5, para os últimos 5 (cinco) anos.

VI.4. Apresente uma estimativa das participações de mercado, em termos de valor (faturamento bruto) e de volume de vendas, de todos os concorrentes (incluindo importadores) que detenham pelo menos 5% do(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), para os últimos 5 (cinco) anos. A partir dessas informações, forneça uma estimativa do HHI antes e após a concentração, bem como a diferença entre os dois (Δ HHI), para os últimos 5 (cinco) anos.

VI.5. Apresente nome, endereço completo, números de telefone e fax, e sítio eletrônico dos 10 (dez) principais concorrentes identificados no item VI.4, para todos os mercados relevantes definidos no item V.5(i).

VI.6. Apresente uma estimativa do valor e volume totais das importações relativas ao(s) mercado(s) relevante(s) identificados no item V.5(i), informando também: (a) o valor, volume e as proporções de tais importações provenientes das partes; (b) a existência de barreiras tarifárias, regulatórias ou de qualquer natureza, que possam afetar essas importações. Em caso afirmativo, explicar em que medida tais barreiras interferem nas condições de importação do(s) produtos(s) e se são de caráter permanente ou temporário (nesse último caso, apresentar o período de validade de tais barreiras); (c) uma estimativa da medida em que os custos de transporte e outros custos afetam essas importações.

VI.7. Apresente uma estimativa do valor e volume totais das exportações relativas ao(s) mercado(s) relevante(s) identificados no item V.5(i), quando pertinente.

VI.8. Identifique todas as associações comerciais no Brasil, relativas ao(s) mercado(s) relevante(s) identificado(s) no item V.5(i) a que as partes pertencem. Indique o endereço completo, sítio na Internet, nome de contato e respectivo cargo, números de telefone e fax, e endereço eletrônico.

Etapa VII – Estrutura de demanda

VII.1. Com relação a cada mercado relevante identificado no item V.5(i), apresente uma lista com os 5 (cinco) maiores clientes independentes das partes localizados no Brasil, contendo nome da pessoa de contato (preferencialmente responsável pelo departamento jurídico ou Presidente/Diretor-Geral), endereço completo (com CEP), números de telefone e fax, sítio eletrônico, e endereço eletrônico da pessoa de contato.

VII.2. Considerando a lista de clientes apresentada no item VII.1, indique para os 3 (três) anos anteriores à operação, em relação aos respectivos faturamentos brutos obtidos nos mercados relevantes indicados em V.5(i), o percentual de representatividade de cada um desses clientes no faturamento bruto das partes.

VII.3. Informe o grau de concentração ou a dispersão dos clientes nos mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i).

VII.4. Informe, para cada mercado relevante indicado no item V.5(i), se há segmentação de clientes em diferentes grupos, descrevendo as suas respectivas características e representatividade no faturamento das partes, e se há discriminação das condições de comercialização dos produtos e/ou serviços ofertados entre esses grupos. Caso afirmativo, indique tais grupos em ordem decrescente de relevância, e justifique a razão econômica da discriminação.

VII.5. Apresente uma lista descritiva com alguns exemplos de contratos de fornecimento recentes com os principais clientes indicados no item VII.1, juntando cópia daqueles que sejam relevantes para contextualizar e/ou justificar a resposta do item VII.4.

VII.6. Descreva os canais de distribuição e redes de serviços utilizados e/ou disponíveis pelas partes, para o atendimento aos clientes indicados no item VII.1, assim como sua relevância para as atividades das partes, no(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i). Informe em que medida a distribuição e os serviços são prestados por empresas do mesmo grupo econômico das partes diretamente envolvidas na operação e/ou por terceiros.

VII.7. Indique a importância de contratos de distribuição e serviços exclusivos e outros tipos de contratos de longo prazo no(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i).

VII.8. Informar se as partes estabelecem localmente os preços dos produtos/serviços referentes ao(s) respectivo(s) mercado(s) relevante(s) indicados no item V.5(i) ou se possuem estratégia unificada de determinação de preço.

VII.9. Para cada mercado relevante indicado no item V.5(i), descreva a relevância de cada um dos itens mencionados abaixo e classifique-os de acordo com a escala de 1 a 10 em termos de sua importância na

definição das preferências do consumidor (em escala crescente de importância): (a) fidelidade à marca; (b) prestação de serviços pré e pós venda; (c) oferta de uma gama completa de produtos; (d) efeitos de rede; (e) tempo de entrega; (f) customização e padronização; (g) preço; (h) financiamentos e formas de pagamento; (i) qualidade ou outros fatores que façam distinção entre produtos (reputação, tradição etc.); (j) outros fatores (especificar).

VII.10. Descreva a relevância dos custos de transferência (*switching costs*) para os clientes das partes no(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i).

Etapa VIII – Análise de poder de monopólio

VIII.1. Para cada mercado relevante indicado no item V.5(i), identifique os 5 (cinco) maiores fornecedores independentes das partes, nos últimos 3 (três) anos.

VIII.2. Indique o nome, endereço, números de telefone e fax, e sítio eletrônico para cada um desses fornecedores.

VIII.3. Informe, para cada mercado relevante indicado no item V.5(i), se há segmentação de fornecedores em diferentes grupos, e se há discriminação das condições de aquisição dos produtos e/ou serviços demandados entre esses grupos. Caso afirmativo, indique tais grupos em ordem decrescente de relevância e explique a razão econômica da discriminação.

VIII.4. Apresente uma lista descritiva com alguns exemplos de contratos de fornecimento recentes com os principais fornecedores indicados no item VIII.1, juntando cópia daqueles que sejam relevantes para contextualizar e/ou justificar a resposta do item VIII.3.

VIII.5. Descreva a relevância dos custos de transferência (*switching costs*) para os fornecedores das partes no(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i).

VIII.6. Informe, para cada mercado relevante indicado no item V.5(i), os clientes alternativos disponíveis para esses fornecedores.

VIII.7. Informe, para cada mercado relevante indicado no item V.5(i), os canais alternativos disponíveis para esses fornecedores.

VIII.8. Caso considere que haja poder compensatório por parte dos fornecedores, no(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), informe a magnitude desse poder. Identifique a forma como esse poder é exercido, bem como quais fornecedores teriam esse poder compensatório atualmente.

Etapa IX – Análise das condições de entrada e rivalidade

IX.1. Considerando o(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), indique a existência de quaisquer barreiras legais ou regulamentares à entrada.

IX.2. Considerando o(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), indique a existência de barreiras relativas ao acesso a insumos, ou infraestruturas ou, ainda, a necessidade de possuir experiência comprovada, acesso a **mão-de-obra generalista** ou a mão-de-obra especializada.

IX.3. Considerando o(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), indique a existência de quaisquer restrições criadas pela existência de patentes, de “know how”, e de outros direitos de propriedade intelectual, bem como quaisquer restrições criadas pela concessão de licenças relativas a tais direitos.

IX.4. Considerando o(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), informe se cada uma das partes é titular, licenciada ou licenciante de patentes, de “know how” e de outros direitos.

IX.5. Considerando o(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), informe a importância de economias de escala e/ou de escopo para a produção, distribuição e/ou comercialização dos respectivos produtos e/ou serviços.

IX.6. Considerando o(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), informe a existência de custos irrecuperáveis, destacando a sua relevância.

IX.7. Considerando o(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5, informe a existência de barreiras derivadas da preferência dos consumidores em termos de lealdade à marca e diferenciação dos produtos e/ou serviços.

IX.8. Para cada mercado relevante indicado no item V.5(i), apresente a escala mínima viável para um entrante que possa ser considerado como rival efetivo das partes, em termos de valor (faturamento bruto) e de volume de vendas.

Observação 1: Considerar tanto entrantes que já possuem ativos e expertise suficientes (por exemplo, uma empresa multinacional ou que atue em mercados geográficos distintos) quanto novos entrantes;

Observação 2: Caso seja necessária uma entrada integrada (concomitantemente nos mercados à jusante e a montante), apresentar as estimativas considerando essa hipótese de entrada.

IX.9. Considerando as informações prestadas nos itens IX.8, para cada mercado relevante indicado no item V.5(i), informar o tempo necessário para se efetivar uma entrada completa, desde a fase de planejamento até o início das atividades do entrante.

IX.10. Apresente, para cada mercado relevante indicado no item V.5(i), para os últimos 5 cinco anos: (a) uma estimativa da capacidade produtiva total do mercado; (b) a proporção dessa capacidade correspondente a cada uma das partes; (c) as respectivas taxas de utilização das capacidades; (d) o nível de capacidade ociosa (absoluto e em termos percentuais); (e) a localização e a capacidade das unidades de produção de cada uma das partes.

IX.11. Informe em que medida esse entrante poderia (i) frente a uma elevação (de 5 a 10%, por exemplo) dos preços em cada mercado relevante indicado no item V.5(i), capturar parcela suficientemente alta (pelo menos 5%) dos incumbentes desses mercados; e (ii) frente a uma redução (de 5 a 10%, por exemplo) dos salários em cada mercado relevante indicado no item V.5(ii), capturar parcela suficientemente alta (pelo menos 5%) dos profissionais que trabalham para os incumbentes.

IX.12. Descreva a fase em que se encontra(m) o(s) mercado(s) relevante(s) definido(s) no item V.5(i) a partir de uma análise das perspectivas do mercado: início, expansão, maturidade ou declínio.

IX.13. Nos últimos 5 (cinco) anos, indique se houve alguma entrada significativa em algum(ns) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i). Em caso afirmativo, identifique esses novos participantes, fornecendo o nome, endereço completo, números de telefone e fax, sítio eletrônico.

IX.14. Na ocorrência de novas entradas, conforme item IX.13, apresente uma estimativa das atuais participações de mercado de cada entrante.

IX.15. Avalie a facilidade de saída do(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), quantificando-a na medida do possível. Apresente exemplos de saídas ocorridas nos mercados identificados nos últimos 5 (cinco) anos.

IX.16. Caso alguma das partes tenha entrado em algum(ns) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), nos últimos 5 (cinco) anos, forneça uma análise das barreiras à entrada com que se deparou e quantifique os custos dessa entrada (não exclusivamente em termos do montante investido e da escala de produção).

IX.17. Indique a natureza e o grau da integração vertical de cada uma das partes em comparação com os seus maiores concorrentes no Brasil.

IX.18. Caso existentes, e considerando o(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), liste e descreva os acordos mais importantes entre as partes e seus concorrentes, tais como: (a) de concessão de licenças ou patentes; (b) de compartilhamento de ativos; (c) de produção conjunta; (d) de distribuição; (e) de fornecimento a longo prazo; (f) de intercâmbio de informações; (g) de P&D; (h) outros.

IX.19. Informe o grau de rivalidade existente no(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), discorrendo sobre as principais estratégias utilizadas pelas partes e por seus principais concorrentes.

IX.20. Indique se os produtos/marcas/serviços ofertados pelas partes compartilham estruturas de comercialização ou de logística, informando a extensão e a importância desse compartilhamento.

IX.21. Informe se os produtos e/ou serviços ofertados pelas partes, no(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i), podem ser classificados por grau de relevância (por exemplo, marca “premium” e marca “franja”).

Etapa X – Análise de poder coordenado

X.1. Identifique e analise cada um do(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5(i) tendo em vista as seguintes questões: (a) Há poucas empresas no(s) mercado(s) relevante(s)? (b) Os produtos e/ou serviços, em cada mercado relevante, são homogêneos? (c) As estruturas de custo das empresas em cada mercado relevante são similares? (d) As fontes de insumos, mão-de-obra, matérias-primas, parte e componentes são comuns a todos os produtores? (e) Informações do(s) mercado(s) relevante(s), tais como remunerações, preços e quantidades ofertadas, estão disponíveis facilmente a todos os seus participantes? (f) Existem relações comerciais e patrimoniais entre as partes e os concorrentes nos mercados relevantes envolvidos que sejam pré-existentes à operação (via holdings, propriedade cruzada, joint ventures etc.); (g) As partes já foram, ou estão sendo atualmente, acusadas de cartel ou de troca de informações concorrencialmente sensíveis no Brasil, ou no exterior? Caso afirmativo, informar se houve condenação, bem como detalhes dos respectivos processos administrativos; (h) As condições de demanda e oferta no(s) mercado(s) relevante(s) podem ser consideradas estáveis? É baixo o nível de inovação, lançamento de novos produtos e atributos, complexidade do mercado etc.? (i) As ordens de compra desses produtos ou serviços são frequentes e/ou pequenas? Os contratos são de curto-prazo ou de longo-prazo? (j) Algumas das empresas incluídas no(s) mercado(s) relevante(s) afetado(s) pela operação são rivais também em outros mercados? (k) O(s) mercado(s) relevante(s) é (são) caracterizado(s) por estruturas verticalizadas? As partes possuem estrutura verticalizada?

X.2. Explique de que forma a operação pode alterar as condições elencadas no item X.1.

Etapa XI – Contrafactual

XI.1. Descreva a provável configuração futura do(s) mercado(s) relevante(s) indicado(s) no item V.5, em termos concorrenciais, caso a presente operação não ocorresse por algum motivo.

Etapa XII – Observações finais

XII.1. Apresente quaisquer outros comentários ou informações que julgue relevantes para a análise da presente operação.