

Para além da miopia consumerista: uma análise da interface da defesa da concorrência e o mercado de trabalho

*Eduardo Monte Jorge Hey Martins – Universidade de São Paulo

Resumo: A atuação da defesa da concorrência no âmbito trabalhista é uma questão que vem tomando forma na literatura recente. A verificação de que mercados de trabalho possuem uma estrutura menos competitiva do que se imaginava, e que muitos mercados estão restritos por um poder de monopsônio começou a levantar questões no âmbito concorrencial. Assim, determinadas condutas começaram a ser analisadas deste ponto de vista principalmente pelas autoridades americanas. No Brasil, entretanto, a discussão ainda é muito incipiente e mostra que avanços ainda são necessários para uma atuação mais contundente nesta seara. De qualquer forma, verifica-se que a legislação atual, apesar do viés consumerista e focada no mercado de produtos, não estabelece nenhuma restrição em relação a atuação das autoridades no âmbito trabalhista.

Palavras-chave: Mercado de trabalho; monopsônio; defesa da concorrência; atos de concentração; fixação salarial; cláusulas de não concorrência; acordos de *no poach*.

Abstract: Antitrust action in labor markets is a theme that is growing in recent literature. The structure of labor markets not being as competitive as it was imagined to be, brought questions concerning how they are restricted by monopsony power and how antitrust authorities can act. Therefore, certain conducts started being analysed by american antitrust authorities, while in Brazil the discussion is still too narrow and more analysis is necessary for a well designed action by the authorities. On the other hand, even that the brazilian legislation still have a clear consumerist bias focused in product markets, there is no restriction for the authorities to act in labor market discussions.

Keywords: Labor market; monopsony; antitrust law; concentration acts; wage fixing; no compete clauses; no poach agreements.

JEL: J30; J41; K21

Para além da miopia consumerista: uma análise da interface da defesa da concorrência e o mercado de trabalho

Sumário: 1. Introdução 2. Uma visão sobre os monopsônios trabalhistas 3. Uma visão sobre fusões e condutas anticompetitivas no mercado de trabalho 4. Uma visão sobre remédios e suas limitações 5. Conclusão

1. Introdução

Quando se trata de política de concorrência, a análise brasileira apresenta um claro viés de análise voltado para questões consumeristas. O “mercado de produtos”, como se define a esfera em que trocas são feitas entre empresas e consumidores (e as relações entre empresas no decorrer deste processo), é tido como a arena na qual a defesa da concorrência deve atuar.

Entretanto, o que se verifica desde a retomada do crescimento em países desenvolvidos pós-crise de 2008 é que outra questão pode estar sendo prejudicada por ambientes menos competitivos: o mercado de trabalho. E este assunto ainda é muito incipiente na atuação das autoridades brasileiras.

Já existem discussões sobre monopsônios no mercado de trabalho na literatura econômica há algum tempo. Tal literatura, como será analisado posteriormente, bebe muito de ideias trazidas por matérias de organização industrial e verifica que, do mesmo modo que empresas podem exercer poder de mercado sobre os produtos vendidos, também podem exercer sobre a contratação de trabalhadores: o chamado efeito de monopsônio.

Tal efeito é verificado principalmente em mercados de muitos vendedores (no caso, os trabalhadores vendendo sua força de trabalho), e um comprador (ou poucos) com poder de mercado grande o suficiente para distorcer a relação. O modelo de monopsônio tem se difundido, desde então, para a análise das relações trabalhistas e possíveis reduções no bem-estar do trabalhador.

Recentemente, ainda, verifica-se uma retomada na discussão sobre esta questão do ponto de vista concorrencial. A questão primária neste sentido é se as autoridades de concorrência devem intervir ou não em questões voltadas para concentrações e condutas anticompetitivas no mercado de trabalho.

Nesta linha, entendem-se como quatro os maiores problemas que cercam o mercado de trabalho que podem ser tratados pela defesa da concorrência. Um primeiro na questão de aumento de poder de mercado das empresas sobre os trabalhadores em fusões. Um segundo

na estipulação de cláusulas de não contratação de trabalhadores por empresas do mesmo ramo. Um terceiro em uma conduta de cartel para fixação de salários. E, por último, a estipulação de cláusulas de não concorrência em contratos de trabalhadores dos quais não há razão econômica para tal.

No final de 2018, a Federal Trade Commission levantou uma série de debates voltados para entender o papel da autoridade em questões recentes relevantes para a política concorrencial. Dentre os assuntos debatidos estava a questão da atuação no mercado de trabalho. Apesar de não haver consenso nos pontos de vista dos especialistas, verificou-se que há um campo a ser estudado, principalmente no que tange a como as autoridades devem reagir, já sendo ultrapassada a questão de se devem atuar.¹

Cabe o presente trabalho, então, trazer esta discussão para o contexto brasileiro, mostrando como se pode fazer uma relação entre a literatura sobre o assunto no exterior e uma potencial mudança na legislação concorrencial no âmbito doméstico. Para determinar esta atuação, e suas possíveis limitações, as seguintes seções tratam primeiramente da definição mais estruturada sobre poder de monopólio, seguida de uma análise sobre quais condutas podem trazer malefícios para o mercado de trabalho, e finalizando com uma análise de possíveis remédios concorrenciais e suas limitações.

2. Uma visão sobre monopólios trabalhistas

O termo monopólio é atribuído na Economia à Joan Robinson que, em 1969, cunhou o termo para a questão onde existem diversos vendedores e apenas um comprador em um dado mercado.² Desde então, diversos autores se basearam nos seus pressupostos para a formulação de modelos com critérios de monopólio - tanto para validar esta hipótese quanto para criticá-la.

Este crescente interesse no tema, em especial em questões trabalhistas, é demonstrado no estudo de Manning³. Principalmente a partir dos anos 90 houve uma explosão na utilização de modelos de monopólio, passando estes a também figurar em livros-texto de economia e de organização industrial.

¹ FEDERAL TRADE COMMISSION, **Hearing #3: Multi-sided platforms, Labor Markets, and Potential Competition**. 2018. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2018/10/ftc-hearing-3-competition-consumer-protection-21st-century>>. Acesso em: 28 de março de 2019.

² ROBINSON, J. **The economics of imperfect competition**. Springer, 1969.

³ MANNING, A. **Monopsony in motion: Imperfect competition in labor markets**. Princeton University Press, 2003.

Diversos estudos empíricos mostram que a estrutura do mercado de trabalho em diferentes países segue a estrutura de monopsonio. Muitos deles focados em questões de salário mínimo.

Card⁴ realizou uma análise utilizando o estado da Califórnia em comparação a outros estados americanos. O estado em questão aumentou o valor do salário mínimo em 1988, o que não ocorreu com os outros estados comparados pelo autor. O autor conclui que houve um aumento mais acelerado no nível de emprego de jovens na Califórnia em comparação a outros estados. Realizando outros recortes, o autor analisa que efeitos negativos no nível de emprego não puderam ser associados ao aumento do salário mínimo (no caso analisado em que houve declínio, o autor conclui que está relacionado com uma tendência de longo prazo e não com o aumento).

Katz e Krueger⁵, tratam da mudança que houve na legislação sobre o salário mínimo no Estados Unidos em 1991 e seus efeitos sobre o setor de fast-foods no Texas. Eles concluem que houve, para o conjunto de dados e para o setor analisado, um aumento no nível de emprego nas firmas que potencialmente foram mais afetadas pelo aumento do salário mínimo.

Estes dois estudos chegaram a conclusões importantes sobre a utilização de modelos de monopsonio para o mercado de trabalho. Katz e Krueger afirmam que um modelo no qual empregadores de trabalhadores com baixos salários possuem poder de mercado e atuam como comprador monopsonistas é potencialmente consistente com as descobertas do artigo⁶. Card também trata do modelo de monopsonio como sendo uma possível explicação para seus resultados⁷. Mesmo assim, ambos os textos afirmam que um maior desenvolvimento sobre o assunto é necessário antes de terem conclusões certas sobre este tipo de modelo.

Apesar dos estudos serem relativos ao salário mínimo como remédio a um efeito de monopsonio, eles corroboram com evidências de que o mercado de trabalho possui uma estrutura deste tipo.

⁴ CARD, D. Do minimum wages reduce employment? A case study of California, 1987– 89. **Industrial and Labor Relations Review**, 46, 1992, pp. 38–54.

⁵ KATZ, L., KRUEGER, D. The effect of the minimum wage on the fast-food industry. **Industrial and Labor Relations Review**, 46, 1992, pp. 6–21.

⁶ KATZ, L., KRUEGER, D. The effect of the minimum wage on the fast-food industry. **Industrial and Labor Relations Review**, 46, 1992, p. 17.

⁷ CARD, D. Do minimum wages reduce employment? A case study of California, 1987– 89. **Industrial and Labor Relations Review**, 46, 1992, p. 53.

Boal e Ransom⁸ apresentam uma série de modelos de monopólio diferentes que possuem uma estrutura básica similar. Tais modelos demonstram efeitos que serão explorados posteriormente, mas com a assunção básica de que o poder de monopólio irá reduzir salários e o nível de emprego na economia em uma dada medida. Este esforço teórico dos autores é importante para sistematizar a razão de estudo de monopólios no campo da economia do trabalho.

Dado o exposto, formaliza-se agora o modelo de monopólio no mercado de trabalho para melhor ilustração dos efeitos perversos desta estrutura na economia. Utiliza-se como base o modelo estático básico de monopólio apresentado por Pindyck e Rubinfeld⁹.

Quando se verifica um modelo básico de competição perfeita em mercados de trabalho, as empresas são tomadoras de salários. Ou seja, elas não possuem poder de definir o valor a ser pago a seus trabalhadores, mas sim que este valor emerge da relação de equilíbrio entre oferta e demanda de trabalho.

Nesta situação, as empresas escolhem a quantidade de trabalho que maximiza o seu lucro:

$$\pi = R(L) - WL$$

onde $R(L)$ é a função receita da firma (por simplificação esta equação não será aberta por não influenciar na explicação aqui exposta¹⁰), W é o salário pago aos trabalhadores, e L é a quantidade de trabalho empregado pela firma.

Para a maximização dos lucros, verifica-se a condição de primeira ordem desta equação, a qual se dá por:

$$R'(L) = W.$$

onde $R'(L)$ é a receita marginal da firma e W se equipara ao custo marginal.

Um empregador com poder de monopólio maximiza seu lucro igualando a receita marginal e o custo marginal. Entretanto, no caso do monopólio trabalhista, o custo marginal

⁸ BOAL, W., Ransom, M. Monopsony in the labor market. **Journal of Economic Literature**, v. 35, n. 1, p. 86-112, 1997.

⁹ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. Pearson Education, 2014.

¹⁰ Em um mercado competitivo, tal função se define como $R(L) = P \cdot Q(L)$. Ou seja, a receita da empresa depende do preço de venda de seus produtos e da quantidade produzida. A quantidade, por sua vez, é determinada por uma função que depende da quantidade de trabalho empregada pela empresa, L , visto que a transformação de insumos em produtos é realizada através do trabalho empregado.

é superior ao salário. Isso se dá porque para contratar um novo trabalhador isto implica em um aumento do salário ofertado para atrair mais trabalhadores além da oferta de equilíbrio. E, aumentando o salário ofertado, este aumento deve ser feito para todos os demais trabalhadores empregados, o que faz com que a inclinação da curva de custo marginal seja maior do que a do custo médio do trabalho. Assim, pode-se afirmar que a função salário aumenta com a quantidade contratada:

$$\pi = \square(\square) - \square(\square)\square$$

e o custo marginal do trabalho, assim, é $W'(L)L + W(L)$, o qual é estritamente maior que o salário. Assumindo que a receita marginal do trabalho decresce com o aumento da quantidade de trabalhadores, entende-se que um empregador com poder e monopsonio irá empregar menos trabalhadores a um salário mais baixo. A figura 1 explicita esta redução.

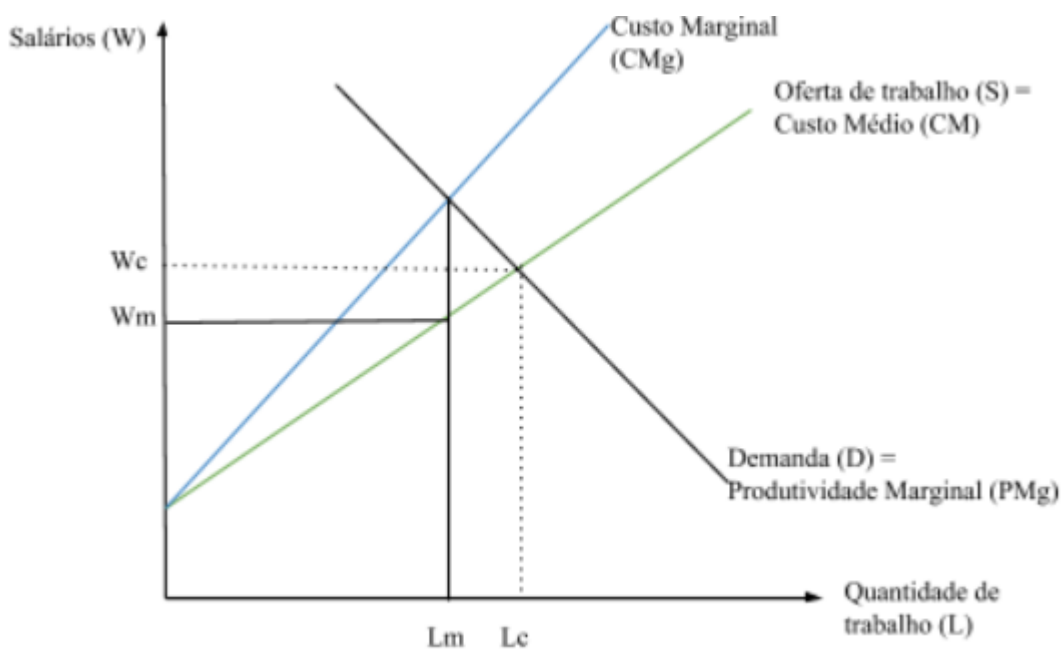


Figura 1 - firma monopsonista no mercado de trabalho. Fonte: o autor.

Verifica-se que, no caso de um monopsonio, tanto a quantidade de trabalho (L_m) quanto o salário pago (W_m) são menores que no caso de competição perfeita (respectivamente L_c e W_c). Tal redução pode ser entendida pelo poder de mercado que os monopsonistas possuem, podendo maximizar seu lucro contratando menos trabalhadores a um salário mais baixo pela falta de competição. Assim, eles não precisam pagar o custo associado

à quantidade L_m (neste caso, onde a quantidade se iguala ao custo marginal), mas sim ao custo médio do trabalho.¹¹

A condição de primeira ordem de maximização de lucros do monopsonista pode ser reescrita em relação a elasticidade da oferta de trabalho:

$$\frac{\epsilon'(\cdot) - \cdot}{\cdot} = \frac{1}{\epsilon \cdot \cdot}$$

onde $\epsilon \cdot \cdot$ é a elasticidade-salário da oferta de trabalho quando lidando com uma firma com poder de monopsonio. Isto mostra que quanto mais inelástica for a oferta de trabalho (ou seja, uma menor elasticidade no denominador do lado direito da equação acima), maior será o poder de monopsonio da firma sobre os salários. Graficamente, pode-se observar como a elasticidade afeta o poder e monopsonio na figura 2.

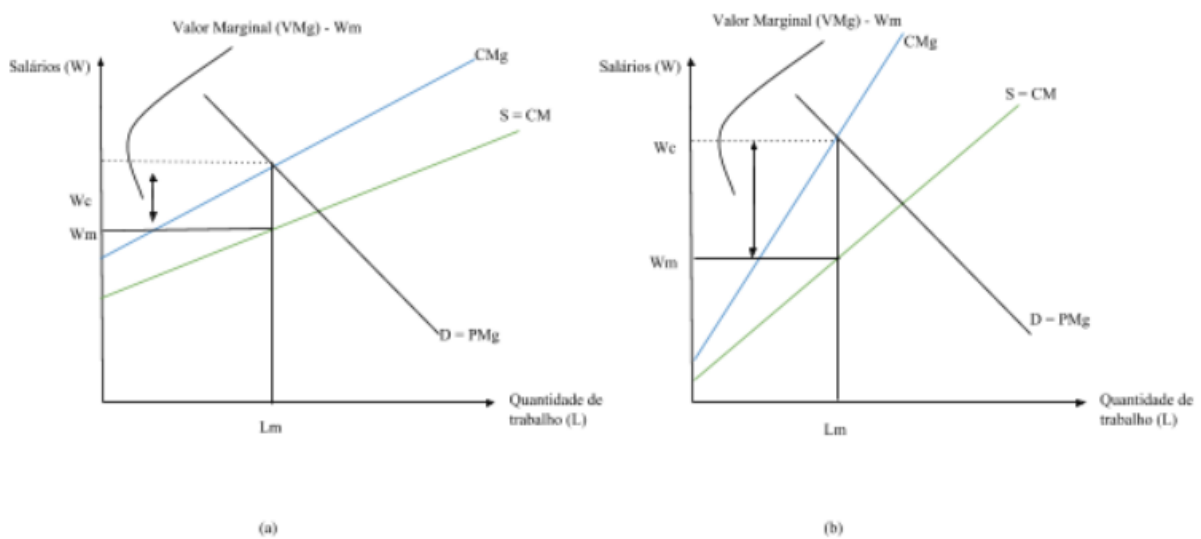


Figura 2 - comparação do efeito de monopsonio com diferentes elasticidades. Fonte: o autor.

Em mercados perfeitamente competitivos, a diferença entre o Valor Marginal (VMg) e o preço pago (no caso, salários), é igual a zero. Ou seja, o valor adicionado para cada unidade de trabalho adicional para as firmas é nulo. Entretanto, em casos que se verifica o poder de monopsonio, isto não ocorre. E, portanto, a magnitude da diferença entre o valor marginal e os salários será delimitado pela elasticidade do trabalho.

¹¹ No modelo de monopsonio, pode-se igualar a oferta de trabalho (S) ao custo médio de trabalho (CM). Isto se dá porque a função oferta é dada por diferentes níveis de salário, ou seja, $W = a + bQ$, onde a e b são parâmetros lineares e L a quantidade de trabalho. O custo médio de trabalho é dado por $CM = W.L/L$, que, de forma simplificada é $CM = W$. Assim, entende-se que há uma equivalência entre estas funções.

Vemos na Figura 2(a) o caso em que há uma baixa elasticidade no mercado de trabalho, enquanto na figura 2(b) ocorre a situação de um mercado de trabalho com elasticidade alta. Como a Figura 2 permite concluir, a diferença em mercados com maior elasticidade é significativamente mais alta do que mercados inelásticos. Assim, nestes casos, a intervenção para a correção desta falha de mercado se faz mais importante: O desvio de uma situação de competição perfeita no caso de poder de monopsonio gera um peso morto considerável em mercados inelásticos.

Este modelo estático permite mostrar que, apesar de não tratado tão fortemente pela legislação concorrencial, a concentração de mercados (ocasionando poder de monopsonio) pode gerar custos sociais relevantes. A queda do salário e do nível de emprego através da captura em forma de lucro pelas firmas representa uma situação de piora social, podendo refletir em indicadores macroeconômicos como o Produto Interno Bruto (PIB) em última instância.

Como Boal e Ransom¹² mostram, estruturar o mercado de trabalho como tendo firmas com poder de monopsonio pode explicar quatro questões da economia. Primeiro, esta estrutura é consistente para vacância de vagas de trabalho nas firmas: sendo a produtividade marginal negativamente inclinada e a oferta de trabalho positivamente inclinada, é racional para as firmas não contratarem todos os trabalhadores que poderiam contratar em uma situação competitiva. Segundo, a dispersão salarial entre setores da economia pode persistir - visto que setores monopsonistas não precisam pagar o salário competitivo. Terceiro, o estabelecimento de um salário mínimo pelo governo pode acarretar não em uma diminuição do emprego na economia, mas sim a manutenção do mesmo nível ou até mesmo o seu aumento. Por fim, pode-se ainda entender questões de dispersão salarial através de diferentes categorias de trabalhadores: alguns autores entendem que a curva de oferta de minorias podem ser menos elásticas do que a de homens brancos, fazendo com que trabalhadores conseguissem contratá-las a salários mais baixos.

3. Uma visão sobre fusões e condutas anticompetitivas no mercado de trabalho

O recente interesse da FTC em questões trabalhistas do ponto de vista concorrencial é acompanhado de uma onda de artigos acadêmicos que trazem à tona pontos de contato entre o antitruste e questões trabalhistas. E dentre estes pontos, observa-se quatro principais objetos

¹² BOAL, W., Ransom, M. Monopsony in the labor market. *Journal of Economic Literature*, v. 35, n. 1, p. 86-112, 1997.

de análise concorrencial no mercado de trabalho: fusões de empresas e seu efeito nas relações trabalhistas; acordos de *no-poach* pelas empresas; cartelização de salários; e cláusulas de não concorrência nos contratos trabalhistas.

3.1 Fusões e poder de mercado

Como informado na seção anterior, concentrações no mercado de trabalho podem ocasionar um maior poder de monopólio das empresas sobre os trabalhadores. Tal fato, além de ainda pouco abordado pelas autoridades concorrenciais, traz possíveis efeitos agregados para economia que devem ser considerados.

A preocupação sobre a concentração no mercado de trabalho vem gerando estudos nos Estados Unidos que mostram o grau de preocupação dos pesquisadores. Em recente trabalho, Azar, Marinescu e Steinbaum mapearam a concentração de mais de oito mil mercados de trabalho americanos. Os resultados, seguindo o guia para fusões horizontais do DOJ-FTC¹³ no que tange às classificações de concentração, mostram que o HHI médio americano em mercados de trabalho é concentrado - em um valor de 3,157.¹⁴ Ainda, um trabalho posterior de Azar et al. mostra que, dos mercados de trabalho americanos, mais de 60% apresentam um HHI acima do patamar de 2,500.¹⁵ A Figura 3 mostra a dispersão geográfica dessas concentrações (mostrando ainda que níveis menos elevados de HHI são relacionados a grandes áreas metropolitanas).

¹³ Para o guia, um HHI acima de 2,500 é considerado concentrado. Os autores fazer ainda uma distinção extra, separando mercados concentrados (entre 2,500 e 5,00 de HHI) e muito concentrados (com HHI acima de 5,000).

¹⁴ AZAR, J.; MARINESCU, I.; STEINBAUM, M. **Labor market concentration**. National Bureau of Economic Research, 2017.

¹⁵ AZAR, J. et al. **Concentration in US labor markets: Evidence from online vacancy data**. National Bureau of Economic Research, 2018.

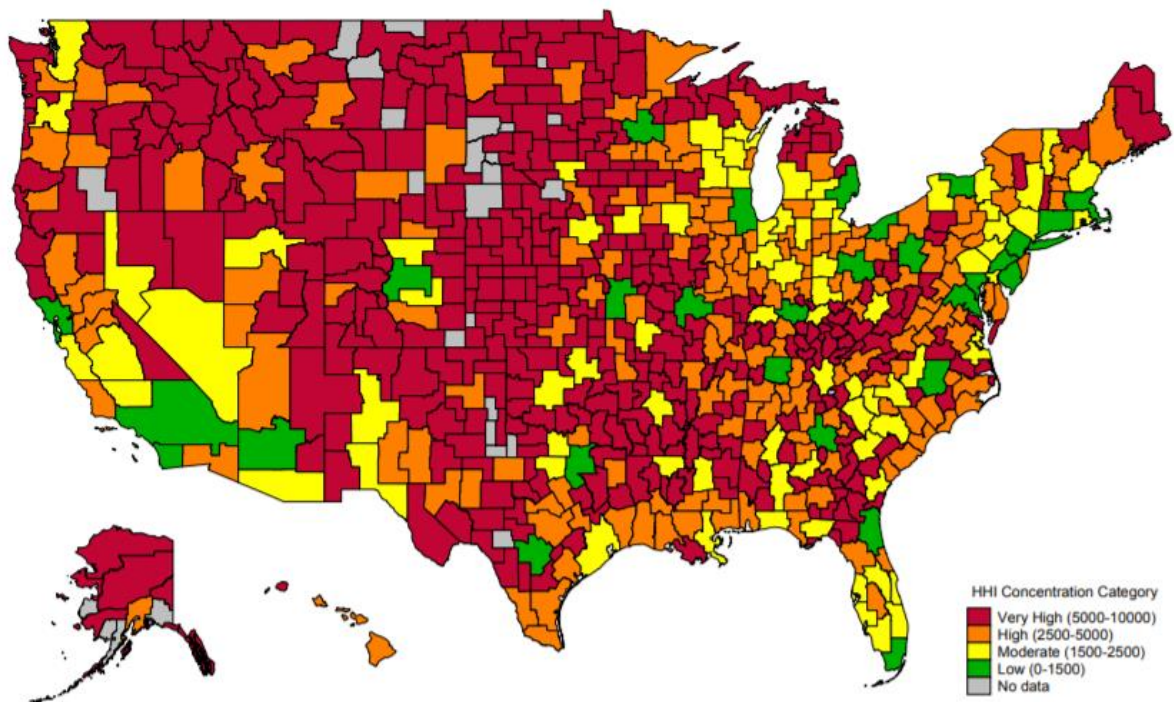


Figura 3 - HHI médio por zonas comunitárias no Estados Unidos. Fonte: Azar, Marinescu e Steinbaum (2017)

Tais concentrações são relevantes para entender um outro fator: a depressão salarial decorrente da concentração. Mercados mais concentrados apresentam um declínio médio de 17% de salários anunciados pelos empregadores - sugerindo que concentrações no mercado levam a um poder de monopsonio pelas firmas.¹⁶

Atualmente as autoridades americanas estão enfrentando uma questão que pode impactar o mercado de trabalho em razão de uma fusão. A proposta da união da Sprint e da T-mobile, duas gigantes da indústria de telecomunicações, levantou questionamentos sobre os efeitos sobre os empregos e os salários. Chris Shelton, presidente da Communications Workers of America levantou em um painel sobre a operação a possibilidade dela custar algo em torno de trinta mil empregos e gerar uma redução de salários entre os empregados em telecomunicações de mais de três mil dólares anuais.¹⁷ A questão ainda está em discussão no país, mas a grande visibilidade dela pode trazer um bom estudo sobre como as autoridades americanas tratarão as fusões do ponto de vista do mercado de trabalho.¹⁸

¹⁶ AZAR, J.; MARINESCU, I.; STEINBAUM, M. **Labor market concentration**. National Bureau of Economic Research, 2017.

¹⁷ A afirmação se baseia em uma carta enviada por representantes do setor para a Federal Communications Commission e para o Department of Justice. Disponível em:

<https://tlaib.house.gov/sites/tlaib.house.gov/files/T-Mobile-SprintMergerLetter-Tlaib%203.5.2019.pdf>

¹⁸ No final de 2018, Abadala e Steinbaum publicaram um estudo sobre os possíveis efeitos da fusão da Sprint e da T-Mobile. Este estudo corrobora as afirmações sobre reduções salariais e de emprego trazidas nas audiências

3.2 Acordos de “no-poach”

Acordo de “no-poach” são aqueles em que empregadores concordam, entre si, de não contratarem trabalhadores do outro. Isto acaba por diminuir o poder dos trabalhadores de conseguirem novos empregos, bem como a possibilidade de barganha no emprego atual.

Tais acordos são tratados como condutas anticompetitivas porque, em um modelo de concorrência perfeita, as empresas estariam dispostas a competir contra as outras para obter mão-de-obra, garantindo assim maior poder de barganha para os trabalhadores e um possível retorno maior sobre a sua produtividade.

No momento em que empresas concordam em não competir pela mão-de-obra de outras, elas estão alterando estes pressupostos e reduzindo as opções dos trabalhadores em relação a quem vender sua força de trabalho. Tais distorções se assemelham a casos de empresas que realizam acordos para dizer onde cada uma terá maior *market share* no mercado de produtos - afetando assim o preço do produto comercializado (no caso, o salário).

O estudo de Posner e Krueger¹⁹ mostra que, apesar de passar muito tempo despercebido nas discussões econômicas, estes acordos aumentaram consideravelmente nos últimos vinte anos. Pela dificuldade de se obter informações sobre estes acordos, o estudo se foca na questão de franquias dos Estados Unidos e mostra que 35% dos contratos de franquia possuíam alguma cláusula de *no poach* em 1996, enquanto em 2016 este número saltou para 53%.

Tal dado é relevante principalmente por entender que franquias concentram uma boa parte dos trabalhadores de baixo salário nos Estados Unidos - em especial no caso de *fast-foods*. E, portanto, acabam sendo aqueles que mais precisam de proteção do poder público e que não possuem uma justificativa para terem estes acordos firmados os mais afetados por esta prática.²⁰

sobre o caso. Disponível em: <http://rooseveltinstitute.org/wp-content/uploads/2018/12/The-Labor-Market-Impact-of-the-Proposed-Sprint-T-Mobile-Merger-2018-EPI-RI-Report-1.pdf>

¹⁹ KRUEGER, A.; POSNER, E. A Proposal for Protecting Low-Income Workers from Monopsony and Collusion. **The Hamilton Project Policy Proposal**, v. 5, 2018.

²⁰ É importante ressaltar que em contratos de franquia não há uma previsão legal específica que condene a prática. De qualquer forma, um acordo recente proposto pelo procurador-geral de Washington restringiu a prática de *no poach* por sete cadeias de *fast-food* não apenas no seu estado, mas no âmbito nacional (afetando mais de 25 mil estabelecimentos). Fonte: <https://www.atg.wa.gov/news/news-releases/ag-ferguson-announces-fast-food-chains-will-end-restrictions-low-wage-workers>

Mesmo que a conduta seja considerada ilícita para firmas isoladas²¹, a prática continua sendo verificada no mercado americano. Na última década houveram três grandes casos envolvendo empresas de tecnologias. Nos três casos as firmas acordaram em não ir ativamente em busca de funcionários dos competidores; em dois casos pelo menos uma firma acordou em limitar o emprego de funcionários que trabalham para o competidor. Os três casos tiveram julgamentos condenando as práticas das empresas de tecnologia.²²

3.3 Cartelização de salários

Cartéis de fixação de salários se assemelham consideravelmente com cartéis para a fixação de preços no mercado de produtos. Da mesma forma como eles afetam os consumidores com um sobrepreço, eles afetam os trabalhadores com uma possível redução dos salários em relação ao que seria praticado em um cenário competitivo.

Como condutas anticompetitivas semelhantes, os danos à economia já estão consolidados na literatura de ambas as formas. Mesmo que não seja um valor pago diretamente pelas pessoas, os cartéis de fixação de salários importam em um dano de não receber o valor devido pelo seu serviço - configurando assim um dano possível de ser mensurado quando se compara os salários das empresas cartelizadas com aquelas que não estão no acordo.²³

Nesta linha, as autoridades americanas tratam a conduta como ilícito *per se*, como nas demais condutas de cartel em mercados de produtos. O caso do “Arizona Hospital & Healthcare Association” mostra que a uniformização da folha de pagamento de certos empregados é vista como conduta anticompetitiva.²⁴

²¹ Há uma restrição das firmas em acordarem em não competir. E, com estes acordos, elas concordam em não competir por trabalhadores.

²² U.S. DOJ; FTC. **Antitrust Guidance for HR Professionals**. Washington, D.C., 2016.

²³ O Guia para profissionais de Recursos Humanos do DoJ e do FTC mostra que tais condutas importam em danos para a economia e, portanto, são consideradas como condutas passíveis de verificação pelas autoridades.

²⁴ No caso em questão, a decisão final tinha como essência “the prohibition of certain agreements on bill rates and competitively sensitive contract terms, and actions coordinating and supporting those agreements, by the Arizona Hospital and Healthcare Association, its subsidiary the AzHHA Service Corporation, and their participating member hospitals.” Fonte: US DOJ Antitrust Division et al. Proposed Final Judgment and Competitive Impact Statement. **Federal Register**/Vol. 72, No. 106/Monday, June 4, 2007.

3.4 Cláusulas de não-concorrência

Cláusulas de não-concorrência são acordos entre empregadores e empregados que limitam a possibilidade de empregos a serem exercidos pelos empregados por um determinado período após o desligamento da empresa.²⁵ Estudos recentes do mercado americano mostram que valores próximos a 18% de todos os trabalhadores dos Estados Unidos estão sujeitos a estas cláusulas²⁶.

Entende-se que existe uma racionalidade econômica para justificar tais cláusulas em determinados casos. Isto ocorre principalmente quando trabalhadores lidam com segredos comerciais das firmas ou quando o treinamento destes trabalhadores é muito custoso para a empresa.

Estudos americanos mostram, por outro lado, um fato que preocupa a utilização destes instrumentos contratuais. Observou-se que justificativas de proteção de segredos industriais ou de custos de treinamento podem ser falaciosas em alguns casos. Dos trabalhadores americanos que não possuem um diploma de quatro anos de uma universidade, 14,3% estão sujeitos a este tipo de restrição. Ainda, entre trabalhadores que ganham menos de quarenta mil dólares por ano, 13,5% também estão sujeitos a cláusulas deste tipo. Tal dado levanta questionamento acerca do real motivo dos empregadores em trazerem esta restrição em seus contratos.

O levantamento do US Department of Treasury ainda traz possíveis efeitos decorrentes destas cláusulas. A mobilidade de trabalho, segundo estudos de Marx, Strumsky e Fleming²⁷, caiu 8% após a legalização destas cláusulas no estado do Michigan. Ainda, existem efeitos agregados a partir do início da aplicação dessas cláusulas nos estados americanos, observando uma migração mais acentuada entre trabalhadores mais bem pagos de estados que permitem a aplicação para estados que não permitem.²⁸ Uma redução do poder de

²⁵ US Treasury Department. **Non-compete Contracts: Economic Effects and Policy Implications**, March 2016.

²⁶ STARR, E.; PRESCOTT, J.; BISHARA, N. Noncompetes in the US labor force. **U of Michigan Law & Econ Research Paper**, n. 18-013, 2019.

²⁷ MARX, M.; STRUMSKY, D.; FLEMING, L. Mobility, skills, and the Michigan non-compete experiment. **Management Science**, v. 55, n. 6, p. 875-889, 2009.

²⁸ O estudo de Marx, Singh e Fleming mostra mais claramente este fato. Fonte: MARX, M.; SINGH, J.; FLEMING, L. Regional disadvantage? Employee non-compete agreements and brain drain. **Research Policy**, v. 44, n. 2, p. 394-404, 2015.

barganha dos trabalhadores, o que pode levar a uma acentuada redução salarial dos trabalhadores.²⁹

Nesta linha, o que se observa dos estudos analisados, é que estes acordos acabam por afetar muitos trabalhadores que não possuem justificativas plausíveis para serem limitados por uma cláusula de não concorrência. É isto realmente um dado macroeconômico de suma importância em momentos de recessão da economia: a redução de salários dos trabalhadores que estão sujeitos a estas cláusulas. O relatório do US Department of Treasury (2016) traz dados que reforçam um desvio-padrão de diferença na regulação contra estas cláusulas reduz o salário dos trabalhadores em 1,38%.³⁰

4. Uma olhar sobre o possível tratamento no Brasil

Tratar a defesa da concorrência no Brasil de maneira mais ampla é um fator que não vem sendo discutido com grande afinco na literatura. Casos isolados vem levantando questões sobre a possível tutela do mercado de trabalho sob a égide da legislação vigente.³¹

É preciso notar que a legislação sobre o SBDC não traz nenhuma menção expressa à atuação da autoridade concorrencial sobre matéria trabalhista. Ela ainda faz menção expressa a proteção de consumidores³², e a infrações cometidas em mercados de bens ou serviços³³.

Isto deixa claro o viés que o legislador teve ao redigir esta lei, focado nos mercados tradicionais e na proteção dos consumidores. Entretanto, tratar a defesa da concorrência com este escopo pode ser limitado, como já foi ressaltado neste trabalho.

Mesmo que não expressamente delimitada na legislação infraconstitucional brasileira, a proteção do mercado de trabalho pode ser considerada como competência das autoridades concorrenciais com base em preceitos constitucionais.

²⁹ White House. **Non-Compete Agreements: Analysis of the Usage, Potential Issues, and State Responses**. White House, Washington, DC, 2016.

³⁰ STARR, E.; PRESCOTT, J.; BISHARA, N. Noncompetes in the US labor force. **U of Michigan Law & Econ Research Paper**, n. 18-013, 2019.

³¹ Ressalta-se aqui o trabalho de Lucena Filho (2016) sobre a função concorrencial do direito do trabalho e de Athayde et al.(2018) sobre o encontro do direito trabalhista e a defesa da concorrência.

³² O art. 1º ressalta: “Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, **defesa dos consumidores** e repressão ao abuso do poder econômico.”

³³ O art. 36 trata: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; **II - dominar mercado relevante de bens ou serviços**; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

O art. 170 na Constituição Federal traz em seu texto a expressa menção da busca pelo pleno emprego e da redução de desigualdades sociais e regionais em seus incisos. Além disso, em seu caput mostra que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano. Assim, apenas se baseando na CF já se poderia ter uma plena justificativa para atuação em questões trabalhistas.

Mesmo na LDC já existem artigos mais abertos que permitiram a atuação. No próprio art. 36 que trata de condutas, os incisos I, III e IV não fazem menção expressa a qual mercados eles estão circunscritos. Estes pontos podem ser claramente transpostos para questões do mercado de trabalho, visto que o poder de monopólio implica em um possível abuso de poder dominante, aumento arbitrário dos lucros através da redução de salários, e limitação da concorrência por possíveis cláusulas de não competição e acordos de *no poach*.

Portanto, trazer o que foi abordado neste trabalho para o contexto brasileiro não precisa implicar em mudanças legislativas significativas. O modo como se tratam os consumidores e os trabalhadores é semelhante no âmbito concorrencial. Enquanto os consumidores são afetados por condutas como compradores de produtos, os trabalhadores são afetados por essas condutas enquanto vendedores de seus serviços.

Além disso, o modo como se verifica mercados de produtos e serviços é em muito semelhante ao modo como se trata o mercado de trabalho no cenário concorrencial. E, por estas semelhanças, transpor a legislação de defesa da concorrência implicaria apenas em afastar o viés explicitado pela legislação quando trata do tema.

Deste modo, os remédios estruturais e comportamentais já delimitados na legislação brasileira são suficientemente bons para tratar de questões trabalhistas. O que se precisa é demonstrar que tais condutas podem ser nocivas para o âmbito concorrencial do mercado de trabalho.

E, como Athayde et al.³⁴ em recente artigo mostram, a autoridade concorrencial já trouxe em casos isolados a defesa trabalhista para dentro de suas decisões. Dentre os exemplos trazidos, ressalta-se o Processo Administrativo 08012.003021/2005-72, que trata de um suposto cartel em licitações de serviços de tecnologia de informação. Neste caso houve conduta semelhante aos acordos de *no-poach* e Superintendência Geral em Nota Técnica teve um entendimento de que³⁵:

³⁴ATHAYDE, A.; DOMINGUES, J.; MENDONÇA, N. O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste, **Revista do Ibrac**, v. 24, n. 2, 2018.

³⁵ CADE. **Nota Técnica nº 54/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE - Processo Administrativo nº 08012.003021/2005-72**. 2014.

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 imporá 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.

Mostra-se com este posicionamento uma semente para possíveis mudanças no escopo da atuação do CADE perante condutas anticompetitivas aquém do mercado de produtos e serviços. E, espera-se, tais posicionamento serão cada vez mais presentes na jurisprudência da autoridade para embasar estudos futuros.

De qualquer forma, caso se entenda que é necessária uma reforma mais profunda para que a autoridade concorrencial brasileira possa atuar nesta seara, pode-se embasá-la na proposta elaborada por Posner e Marinescu no cenário americano.

Estes autores trazem contribuições importantes para mostrar que, deixando claro a aplicabilidade dos princípios da legislação concorrencial no âmbito trabalhista, pode-se trazer uma melhora nas decisões das autoridades e uma maior segurança para as empresas no quanto elas estão sujeitas a uma regulação neste sentido.

A proposta traz, além de definições sobre o mercado de trabalho relevante e poder de mercado nestes casos, um tratamento explícito de condutas anticompetitivas no âmbito trabalhista de forma similar ao mercado de produtos e serviços. Ela ainda deixa explícito um rol exemplificativo de cláusulas e acordos que podem ser considerados como não razoáveis na contratação ou demissão de trabalhadores, importando a eles uma possível limitação no âmbito concorrencial.³⁶

Além desta proposta de reforma, ainda no campo abstrato, possíveis guias elaborados pela autoridade concorrencial podem embasar e delimitar condutas que são permitidas ou não do ponto de vista da concorrência no mercado de trabalho. O “Antitrust guidance for Human Resource professionals” elaborado pelo FTC e pelo DoJ traz um alerta para as empresas sobre possíveis condutas repreensíveis pelas autoridades, em especial no âmbito de remunerações dos trabalhadores, termos do contrato de trabalho e oportunidades de emprego.³⁷

Desta forma, percebe-se que mudanças radicais não são necessárias para que o CADE comece a tratar mais a fundo questões trabalhistas em suas decisões. Estudos sobre os efeitos das suas decisões no mercado de trabalho relevante são necessários para que se possa

³⁶ MARINESCU, I.; POSNER, E. **A Proposal to Enhance Antitrust Protection Against Labor Market Monopsony**. 2018.

³⁷ U.S. DOJ; FTC. **Antitrust Guidance for HR Professionals**. Washington, D.C., 2016

entender a real dimensão de como estas decisões podem afetar a vida dos cidadãos como um todo, mesmo que não como consumidores, mas sim como empregados das empresas.

5. Considerações Finais

O descompasso entre a produtividade dos trabalhadores e suas remunerações nos Estados Unidos levantou questões sobre o poder de monopólio das empresas sobre eles, principalmente após a crise de 2008 e o aumento expressivo do desemprego neste país. O recente interesse da literatura em transportar estas questões para dentro do âmbito concorrencial mostra que o tratamento usual que estava se dando pelas autoridades pode não abarcar todos os nuances da realidade dos mercados na atual economia.

O poder de monopólio pode ser visto como uma das possíveis razões pelas quais as empresas conseguiram se afastar do usual modelo de concorrência perfeita geralmente trazido pelos economistas para tratar do mercado de trabalho. E essa falha de mercado não pode ser deixada de lado pelo poder público ao se perceber que ela traz malefícios principalmente para aqueles mais vulneráveis nas relações trabalhistas: os próprios trabalhadores.

Deste modo, uma atuação para conter possíveis condutas que distorcem relações trabalhistas se faz necessária. E as autoridades concorrenciais americanas já se mostraram preocupadas com a sua atuação neste cenário.

Como se mostra neste trabalho, apesar de não se ter considerações expressas na LDC sobre a atuação do CADE neste mercado, ela também não restringe a sua possibilidade. Portanto, as atuações mesmo que esparsas pela SG nestas questões não pode ser repreendida do ponto de vista legal.

Remédios, tanto estruturais quanto comportamentais, não precisam de grandes ajustes para que se possa aplicá-los para a contenção de mazelas no mercado de trabalho derivadas de fusões e condutas anticompetitivas. E mesmo que o CADE ainda não os tenha aplicados, a autoridade não possui nenhuma restrição para utilizá-los caso perceba que estes se fazem necessários para corrigir distorções no campo trabalhista.

Ainda existe uma agenda de pesquisa nesta área muito vasta a ser explorada no contexto brasileiro. Estudos que mostrem o grau de concentração dos mercados de trabalho podem embasar futuras decisões pela autoridade para controlar fusões que reduzam ainda mais a concorrência. Há também uma limitação quanto a estudos empíricos que mostrem os efeitos de concentrações e condutas anticompetitivas na questão de redução salarial e de empregabilidade no cenário brasileiro. Isto mostra a relevância que o tema ainda pode ter em

discussões futuras na defesa da concorrência e, também, uma possível mudança na atuação das autoridades neste sentido.

Referências bibliográficas

ATHAYDE, A.; DOMINGUES, J.; MENDONÇA, N. O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste, **Revista do Ibrac**, v. 24, n. 2, 2018.

AZAR, J. et al. **Concentration in US labor markets: Evidence from online vacancy data**. National Bureau of Economic Research, 2018.

AZAR, J.; MARINESCU, I.; STEINBAUM, M. **Labor market concentration**. National Bureau of Economic Research, 2017.

BOAL, W., Ransom, M. Monopsony in the labor market. **Journal of Economic Literature**, v. 35, n. 1, p. 86-112, 1997.

CADE. **Nota Técnica nº 54/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE - Processo Administrativo nº 08012.003021/2005-72**. 2014.

CARD, D. Do minimum wages reduce employment? A case study of California, 1987– 89. **Industrial and Labor Relations Review**, 46, 1992, p. 53.

FEDERAL TRADE COMMISSION, **Hearing #3: Multi-sided platforms, Labor Markets, and Potential Competition**. 2018. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2018/10/ftc-hearing-3-competition-consumer-protection-21st-century>>. Acesso em: 28 de março de 2019.

KATZ, L., KRUEGER, D. The effect of the minimum wage on the fast-food industry. **Industrial and Labor Relations Review**, 46, 1992, pp. 6–21.

KRUEGER, A.; POSNER, E. A Proposal for Protecting Low-Income Workers from Monopsony and Collusion. **The Hamilton Project Policy Proposal**, v. 5, 2018.

LUCENA FILHO, H. **A função concorrencial do direito do trabalho**. São Paulo : LTr, 2017.

MANNING, A. **Monopsony in motion: Imperfect competition in labor markets**. Princeton University Press, 2003.

MARINESCU, I.; POSNER, E. **A Proposal to Enhance Antitrust Protection Against Labor Market Monopsony**. 2018.

MARX, M.; SINGH, J.; FLEMING, L. Regional disadvantage? Employee non-compete agreements and brain drain. **Research Policy**, v. 44, n. 2, p. 394-404, 2015.

MARX, M.; STRUMSKY, D.; FLEMING, L. Mobility, skills, and the Michigan non-compete experiment. **Management Science**, v. 55, n. 6, p. 875-889, 2009.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. Pearson Education, 2014.

ROBINSON, J. **The economics of imperfect competition**. Springer, 1969.

STARR, E.; PRESCOTT, J.; BISHARA, N. Noncompetes in the US labor force. **U of Michigan Law & Econ Research Paper**, n. 18-013, 2019.

US DOJ Antitrust Division et al. Proposed Final Judgment and Competitive Impact Statement. **Federal Register**/Vol. 72, No. 106/Monday, June 4, 2007.

US DOJ; FTC. **Antitrust Guidance for HR Professionals**. Washington, D.C., 2016

US Treasury Department. **Non-compete Contracts: Economic Effects and Policy Implications**, March 2016.

White House. **Non-Compete Agreements: Analysis of the Usage, Potential Issues, and State Responses**. White House, Washington, DC, 2016.