

FOGO AMIGO: AS DIVERGÊNCIAS NO TRIBUNAL COMO COMBUSTÍVEL PARA JUDICIALIZAÇÃO DAS DECISÕES DO CADE NO ÂMBITO DE CONTROLE DE CONDUTAS

Andressa Lin Fidelis¹

Resumo: Este artigo explora quatro temas em sede de controle de condutas em que se observa mudança de entendimento da maioria do Tribunal do CADE ou existência de posição minoritária reiterada, a saber: (i) indivíduos que não ocupam cargo de administração devem ser responsabilizados por infração à ordem econômica? (ii) a utilização do critério legal “ramo de atividade” como base de cálculo da multa deve ser flexibilizada para aplicação de multas menores? (iii) o CADE deve adotar a “vantagem auferida” como parâmetro principal para cálculo de multa? e (iv) as políticas de Preço Mínimo Anunciado devem ser analisadas como presumivelmente ilícitas? A divergência aberta em tais temas aumenta a insegurança jurídica dos administrados e pode incentivar o aumento da revisão judicial das decisões do CADE. Por outro lado, se houver espaço para o diálogo, as divergências no Tribunal também podem elevar a qualidade técnica dos julgados e aprimorar as decisões da autarquia.

Palavras-chave: CADE, revisão judicial, controle de condutas, cálculo da multa, dosimetria, política de preço mínimo anunciado.

Abstract: This article explores four themes regarding antitrust enforcement in which it was verified a change in the understanding of the majority of CADE’s Tribunal or the existence of a reiterated minority position, namely: (i) are individuals who do not hold managerial positions be liable for antitrust infringements? (ii) should the use of the statutory provision “field of economic activity” as the basis for calculating fines be adjusted to allow for lower fines? (iii) should CADE adopt the benefit from the infringement as the main parameter for calculating fines? and (iv) should Minimum Announced Price policies be analyzed as presumably unlawful? On one hand, the open divergence on such topics increases the legal uncertainty of individuals and companies and may incentivize the increase in the judicial review of CADE’s decisions. On the

¹ Mestre em economia aplicada pela Barcelona School of Economics. Mestre em direito antitruste e regulatório pela Georgetown University Law Center (Dean’s List). Bacharel em Direito pela PUC-SP (menção honrosa). Previamente, foi *trainee* no Federal Trade Commission em Washington, D.C., atuou como Coordenadora no Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e com direito da concorrência europeu no escritório Latham and Watkins em Bruxelas, Bélgica. Atualmente é advogada sênior na equipe de direito concorrencial do escritório Levy & Salomão Advogados. A autora agradece a valiosa contribuição de Bolívar Moura Rocha e Marcos Drummond Malvar na revisão deste artigo.

other hand, if there is room for dialogue, such divergences can also elevate the quality of the votes and improve CADE's decisions.

Keywords: CADE, judicial review, cartel fine calculation, minimum announced price policy.

1. Introdução

Quem acompanha as sessões de julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) sabe que há muito não se via número tão expressivo de pedidos de vista e debates tão calorosos no Tribunal Administrativo (“Tribunal”). Em sede de controle de condutas, as divergências sobre uma mesma matéria ou dispositivo legal se refletem em decisões por maioria apertada dos membros do Tribunal ou empates resolvidos com voto de qualidade do Presidente do CADE, mudança de entendimento jurisprudencial, adoção de diferentes parâmetros de dosimetria em um mesmo processo, ou, ainda, de diferentes parâmetros de análise sobre uma mesma conduta.

Este artigo explora as diferentes interpretações adotadas pelos atuais Conselheiros do CADE sobre 4 temas envolvendo condenação por infração à ordem econômica, independentemente de juízo de valor sobre o acerto das diferentes teses. Tais temas têm o potencial de levar empresas e administrados insatisfeitos com o desfecho na esfera administrativa a buscar a revisão judicial das decisões do CADE; a saber:

- (i) indivíduos que não ocupam cargo de administração devem ser responsabilizados por infração à ordem econômica?
- (ii) o conceito legal de “ramo de atividade” como base de cálculo da multa deve ser flexibilizado?
- (iii) o CADE deve adotar a “vantagem auferida” como parâmetro principal para cálculo de multa?
- (iv) as políticas de Preço Mínimo Anunciado (“PMA”) devem ser analisadas como presumivelmente ilícitas?

O entendimento sobre a devida extensão da revisão judicial das decisões proferidas pelo CADE ainda suscita fortes divergências doutrinárias. Há os que defendem que as decisões do CADE seriam atos administrativos discricionários e que, justamente por se revestirem de alta complexidade técnica, não deveriam ser objeto do controle judicial com relação ao seu mérito.

Nesse sentido sua revisão deveria ser limitada a aspectos formais (e.g., verificação do cumprimento de prazos, existência de contraditório, ampla defesa, motivação das decisões, tratamento paritário, etc.). Já para os que entendem que as decisões do CADE são atos administrativos vinculados, o Poder Judiciário teria ampla competência para rever e reverter decisões do CADE, inclusive no seu mérito (FORGIONI, 2013).²

Em que pese a divergência doutrinária, o fato é que empresas e administrados no Brasil regularmente questionam o mérito e/ou aspectos formais das decisões sancionatórias do CADE via ações ordinárias (ou, a depender das circunstâncias, via mandado de segurança ou outros remédios constitucionais) com fundamento no devido processo legal,³ falta de razoabilidade e proporcionalidade da multa ou sanção imposta e desconsideração de direitos subjetivos e processuais básicos.⁴

Em geral, a maioria dos atuais Conselheiros e o Presidente do CADE decidem conforme a jurisprudência tradicional da autarquia, enquanto a minoria abre divergências.⁵ Todavia, as significativas mudanças na composição do Conselho têm feito com que alguns dos temas até então defendidos pela

² Segundo Paula Forgioni, a revisão judicial é a segurança do cidadão contra eventuais abusos ou enganos cometidos pelo Executivo. Ver “Os fundamentos do antitruste”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³ Constituição Federal, Art. 5º, LIV. O devido processo legal abarca uma série de normas ou princípios constitucionais que asseguram o direito de ação e o direito de defesa, a saber: ampla defesa, contraditório, juiz natural, publicidade dos atos processuais, duração razoável do processo, motivação das decisões, tratamento paritário conferido às partes envolvidas no processo, etc.

⁴ Só em 2020 agentes privados ajuizaram 72 novas ações contra decisões proferidas pelo CADE. Vide apresentação realizada pelo Procurador-Chefe do CADE Walter de Agra Júnior, de título “Controvérsias na revisão judicial de decisões do CADE, ao Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Disponível em: https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/483/Walter_Agra.pdf. Acesso em 12.04.2022.

⁵ Em que pese a complexidade e peculiaridades do caso concreto, em geral, observa-se que nos julgados mais recentes, os Conselheiros Lenisa Prado e Sérgio Ravagnani têm aberto as divergências com relação aos temas (i) e (ii) aqui tratados, enquanto os Conselheiros Luiz Hoffmann, Luis Braidó e Presidente Alexandre Cordeiro seguem a jurisprudência do Conselho nesses temas. Já com relação ao tema (iii), observa-se que apenas o Cons. Luiz Hoffmann e o Presidente Alexandre Cordeiro atualmente votam de acordo com a jurisprudência do CADE, enquanto os Conselheiros Prado, Braidó e Ravagnani divergem. Já com relação ao tema (iv) apenas o Presidente Cordeiro e a Conselheira Prado seguiram a jurisprudência do CADE no assunto, enquanto os Conselheiros Braidó, Hoffmann e Ravagnani abriram divergência.

minoria já tenham alcançado maioria no Tribunal.⁶ Foi o que ocorreu com a utilização do conceito de “vantagem auferida”, que, recentemente, obteve a maioria no Tribunal do CADE pela primeira vez. Em abril de 2022 dois novos Conselheiros passaram a integrar o Tribunal,⁷ o que tende a aumentar a multiplicidade de visões nos temas identificados e possibilitar que o posicionamento hoje defendido pela minoria dos Conselheiros se torne majoritário.

2. Um voto pode alterar a jurisprudência do CADE? Posicionamentos divergentes em sede de controle de condutas

Votos divergentes não são novidade nas sessões de julgamento do plenário do CADE. O que se destaca neste artigo é que muitas das posições adotadas pela minoria dos Conselheiros agora são posições adotadas pela metade do Conselho, ou, até mesmo, pela maioria apertada. Em um contexto de alteração substancial da composição do colegiado e maior multiplicidade de posicionamentos, o voto de um Conselheiro pode alterar o desfecho de um julgamento e as divergências podem servir de gatilho para o questionamento das decisões do CADE na esfera judicial.

2.1 Indivíduos que não ocupam cargos de administração devem ser responsabilizados por infração à ordem econômica?

Segundo a jurisprudência consolidada do CADE, o art. 37, II, da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – “LDC”) permite a condenação de qualquer pessoa física por infração à ordem econômica, incluindo pessoas sem cargo de administração.⁸ Todavia, a atual composição do Tribunal está dividida com relação ao tema: votam na linha da jurisprudência do CADE

⁶ Em outubro e novembro de 2019, quatro novos Conselheiros ingressaram no Tribunal do CADE, alterando substancialmente a composição do colegiado naquele momento.

⁷ Victor Oliveira Fernandes e Gustavo Augusto Freitas de Lima.

⁸ Há diversos precedentes do CADE nessa linha, por exemplo Processo Administrativo nº 08012.001127/2010-07, Representante: SDE *ex officio*, Representados: Charles Gillespie, Jacques Cognard, et. al., relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende, DOU em 05.04.2016; e Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, Representante: SDE *ex officio*, Representada: Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG, Swiss International Airlines, American Airlines, Inc., et al., relatoria da Conselheira Ana Frazão, DOU em 02.12.2014.

os Conselheiros Luiz Hoffmann, Luis Braido e o Presidente do CADE Alexandre Macedo, enquanto os Conselheiros Sérgio Ravagnani e Lenisa Prado (e ex-Conselheira Paula Farani) têm votado pela impossibilidade de penalização de pessoa física não administradora. A penalização de pessoa física não administradora seria possível apenas se sua participação no conluio for independente, ou seja, não relacionada a uma empresa investigada pelo CADE.

O art. 138 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das sociedades por ações) caracteriza os administradores como os diretores e os membros do conselho de administração da companhia, caso existente esse órgão social na companhia. Na prática, de acordo com o entendimento da minoria dos Conselheiros, um gerente de vendas, um analista ou um assistente comercial que tenha contribuído para a prática de cartel em empresa investigada pelo CADE, não poderia, a princípio, ser condenado pelo Tribunal. Todavia, ainda segundo o entendimento da minoria, um funcionário que realize funções típicas administrativas como de direção efetiva e representação da companhia de modo rotineiro, poderia sim ser condenado pelo CADE, independentemente do seu cargo oficial. Nessa situação, aplicar-se-ia a “teoria da aparência”, pois independentemente do cargo nominal, o funcionário teria aparência de administrador frente a qualquer terceiro de boa-fé.⁹

No recente julgamento do processo administrativo envolvendo o cartel de filtro automotivo para o mercado de reposição,¹⁰ o Tribunal do CADE, por maioria, determinou a condenação de três pessoas físicas não administradoras nos termos do voto do ex. Cons. Maurício Bandeira Maia, vencidos o Cons. Relator Sérgio Ravagnani e as Conselheiras Paula Farani e Lenisa Prado.

Em síntese, segundo o entendimento do voto vencedor, não há que se falar em exclusão das pessoas físicas não administradoras do rol dos agentes passíveis de receber a multa prevista no art. 37 da LDC pois a lei seria

⁹ A doutrina conceitua a aparência de direito como “*uma situação de fato que manifesta como verdadeira uma situação jurídica não verdadeira, e que, por causa do erro escusável de quem, de boa-fé, tomou o fenômeno real como manifestação de uma situação jurídica verdadeira, cria um direito subjetivo novo, mesmo à custa da própria realidade*” (Álvaro Malheiros, citado pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca no RMS 57.740).

¹⁰ Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63 (“cartel de filtro automotivo”), Representados: Affinia Automotive Ltda., Mahle Metal Leve S.A., Mann + Hummel Brasil Ltda., et. al, relatoria do Cons. Sérgio Ravagnani, julgado em 20.10.2021.

aplicável a qualquer pessoa física que tenha concorrido para a prática de cartel, independentemente de cargos ou funções:¹¹

Nesse ponto, filio-me à remansosa e irretocável jurisprudência que se consolidou ao longo de anos e de inúmeras composições deste CADE, no sentido da *plena aplicabilidade da referida norma a pessoas físicas que não ocupam cargos de direção em empresas*, (...) [T]al interpretação encampa a vontade do legislador ao editar essa norma pelos seguintes motivos: (i) os funcionários não administradores de uma empresa podem sim – como de fato o fazem – praticar condutas que contribuam para a prática do cartel; (ii) o ilícito administrativo concorrencial de cartel também configura ilícito penal (para o qual o respectivo dispositivo propõe uma interpretação abrangente em relação ao sujeito ativo), de forma que se deve aplicar ao direito administrativo uma punibilidade com alcance no mínimo igual a este; (iii) a não imputação de sanção a pessoas físicas não administradoras pode diminuir drasticamente os incentivos à participação dessas pessoas com os institutos de colaboração, tais como os programas de leniência e os termos de compromisso de cessação de prática (TCCs), diminuindo a detecção de cartéis e, conseqüentemente, o enforcement do CADE no médio e longo prazos. (g.n.)

Já no entendimento da minoria vencida, o art. 37 da LDC permitiria a penalização de pessoa física não administradora apenas se sua participação no conluio não estiver relacionada a qualquer das empresas representadas no processo administrativo. Segundo a nova interpretação do art. 37 adotada pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani:¹²

¹¹ Cartel de filtro automotivo op. cit., itens 77 e 78 do voto-vista (vencedor) do ex. Cons. Maurício Bandeira Maia (SEI nº [0918930](#)).

¹² Ver voto-vista do Cons. Sérgio Ravagnani (SEI nº [0828510](#)) no Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90 (“cartel de componentes eletrônicos”), relatoria da Cons. Paula Azevedo, Representadas: Araguaia Indústria Comércio e Serviços Ltda. – EPP; Coming Comunicações Ópticas S.A.; Corning Incorporated, et. al., julgado pelo CADE em 03.02.2021. De acordo com o voto do Cons. Sergio Ravagnani: “145. Portanto, as duas únicas hipóteses previstas na Lei nº 12.529/2011 para imposição de multa a pessoa física são: a. Se não vinculada a pessoa jurídica disposta no inc. I ou no inc. II do art. 37 da Lei nº 12.529/2011, apuração do envolvimento sob o regime legal da responsabilidade objetiva e valor da multa entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), b. Se vinculada a pessoa jurídica disposta no inc. I ou inc. no II do art. 37 da Lei nº 12.529/2011, for dela administrador, com garantia da apuração do envolvimento sob o regime da responsabilidade subjetiva, e multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada ao ente ficto.”

Admitir interpretação diversa significa aceitar a existência de regime sancionatório mais gravoso à pessoa física não administradora do que ao administrador, o que não é lógico. De fato, enquanto ao administrador é exigida a demonstração de culpa ou dolo e não há previsão legal de valor mínimo para a multa em valores absolutos, para a pessoa física não administradora a demonstração de culpa ou dolo não seria necessária e o valor da multa iniciaria em R\$ 50.000,00. (g.n.)

A nova interpretação também se valeu teoria da aparência para possibilitar a punição de pessoas físicas não formalmente detentoras de cargos de administração quando aparentarem estar agindo como administradores.

Mais recentemente, no julgamento do cartel de resinas,¹³ os Conselheiros Sérgio Ravagnani e Lenisa Prado novamente divergiram da maioria do Tribunal e votaram pelo arquivamento do processo administrativo em relação a determinados gerentes por não serem administradores (e não aparentarem serem administradores) e apenas implementarem decisões do “alto escalão” da empresa representada. Neste processo, o Conselheiro Ravagnani também voltou a utilizar a teoria da aparência ao condenar pessoa física que embora não ocupasse cargo de administração, teria exercido a administração de fato da empresa representada.

O ingresso de dois novos Conselheiros ao Tribunal do CADE pode modificar a maioria do colegiado. De qualquer modo, a existência de votos divergentes encampados por Conselheiros do CADE pode reforçar o risco de questionamento das decisões do CADE que, por maioria, condenarem pessoas físicas não administradoras. O autor de tal ação poderia, por exemplo, pedir ao Judiciário a revisão do mérito da decisão do CADE que o condenou por maioria, fundamentando sua causa de pedir nos argumentos defendidos pela minoria do Tribunal.

Não se trataria, nesse aspecto, sequer de revisão do mérito da condenação quanto à autoria e materialidade da conduta. Eventual ação judicial conteria pedido de nulidade da decisão por ausência de previsão legal para condenação de pessoas físicas não administradoras. Isso possibilitaria a análise judicial mesmo para os que entendem que decisões do CADE não são

¹³ Ver voto da Cons. Lenisa Prado (SEI nº [1034844](#)). Processo Administrativo nº 08700.003718/2015-67, Representante: CADE ex officio, Representados: Akzo Nobel Ltda.; Águia Química Ltda.; Ashland Polímeros do Brasil S.A.; et al, relatoria da Cons. Lenisa Prado, julgado em 23.03.2022.

passíveis de revisão judicial quanto ao mérito, mas apenas em relação a aspectos de legalidade estrita.

2.2 A utilização do critério legal “ramo de atividade” como base de cálculo da multa deve ser flexibilizada para aplicação de multas menores?

A primeira etapa no cálculo de multa pecuniária é a definição da base de cálculo. Com base no art. 37, I, da LDC, o CADE deve considerar como base de cálculo do valor da multa o faturamento bruto no ramo de atividade em que ocorreu a infração no ano anterior à instauração do processo administrativo no CADE. Todavia, com base no art. 2-A da Resolução nº 3/2012,¹⁴ quando o valor obtido for “*manifestamente desproporcional*”, o CADE, por meio de critério de proporcionalidade, tem considerado como base de cálculo uma adaptação do conceito de ramo de atividade, utilizando para tanto o mercado afetado ou um sub-ramo de atividade.

Em geral, o faturamento no ramo de atividade é mais abrangente do que o faturamento no mercado afetado sob a perspectiva geográfica e de produto/serviço.¹⁵ Quando da inclusão do art. 2-A na Resolução nº 3/2012, ficaram vencidos os ex-Conselheiros João Paulo Resende e Cristiane Alkmin, contrários à flexibilização do conceito de ramo de atividade efetuada pelo novo artigo:

- Para o ex-Conselheiro João Paulo Resende o legislador expressamente fez uma escolha por “*ramo de atividade*”, que “*não se confunde com mercado relevante, nem com o produto específico objeto do cartel*”. Conforme expôs, o critério fixado no art. 2-A geraria grandes incertezas, e incentivaria as empresas infratoras a buscarem punição mais benéfica “sempre pelo faturamento com o produto da

¹⁴ “Art. 2-A. O Cade poderá, mediante decisão fundamentada, adaptar o ramo de atividade às especificidades da conduta quando as dimensões indicadas no art. 1º forem manifestamente desproporcionais.” Ver Resolução nº 3, de 29 de maio de 2012, modificada pela Resolução nº 18/2016. Disponível em http://antigo.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-3_2012-ramos-atividade.pdf/view. Acesso em 12.04.2022.

¹⁵ Por exemplo, se um fabricante de autopeças participou de um cartel no mercado de freios por 10 anos, a multa deveria ser calculada com base no faturamento obtido no ramo 73 da Resolução nº 3 (“*fabricação de peças e acessórios para veículos automotores (autopeças)*”) no ano anterior à instauração do processo administrativo. Todavia, as decisões do CADE nos cartéis em autopeças têm, na prática, considerado apenas as peças afetadas pelo ilícito na base de cálculo.

conduta apenas no ano anterior à instauração do PA”, de modo que: “(...) *qualquer conduta que conseguisse sustentar um cartel com sobrepreço de 20% (média geral) por um ano (prazo muito aquém da média geral) valeria a pena, pois a multa máxima do CADE seria inferior a esse montante.*”(g.n.).¹⁶

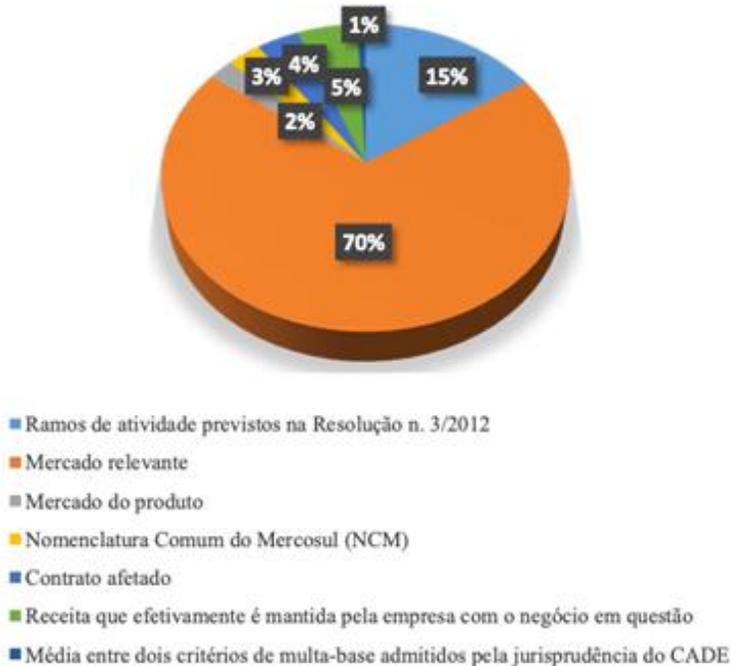
- Já para a ex-Conselheira Cristiane Alkmin seria necessária uma reforma legislativa no art. 37 da LDC, já que “a lei não permite flexibilizar o conceito de ramo de atividade”. O referido dispositivo legal em si apresentaria “falhas” (e.g., a previsão de a base de cálculo ficar limitada a apenas um ano de faturamento).¹⁷

Em que pesem tais argumentos em contrário, estudos relativos à aplicação de multas em processos administrativos e Termos de Cessação de Conduta (“TCCs”) julgados sob a LDC entre 2012–2018 demonstram que o CADE tem, de fato, flexibilizado o conceito de ramo de atividade; na maioria de suas decisões (i.e., 70% dos casos), o Tribunal adota o mercado relevante como base de cáculo.¹⁸

¹⁶ Voto do ex-Conselheiro João Paulo Resende pela não homologa o da Resolu o n  18/2016.

¹⁷ Voto da ex-Conselheira Cristiane Alkmin pela não homologa o da Resolu o n  18/2016.

¹⁸ FRANÇA, Deborah Lopes D’Arcanhy. *Os fundamentos de proporcionalidade na parame-triza o do ramo de atividade empresarial: Um estudo empírico do ramo de atividade como critério de fixa o da multa-base em condena es administrativas e de sua expectativa em Termos de Compromisso de Cessa o no CADE*, 2018, 115 pp. Orientadora: Profa. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera. Trabalho de Conclusão de Curso (Gradua o em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3301>. Acesso em 12.04.2022.



Fonte: FRANÇA (2018)

Segundo o estudo “TCC na Lei 12.529/11” (2021), em sede de TCCs a regra do CADE tem sido utilizar como base de cálculo para as contribuições pecuniárias o faturamento obtido com o produto/serviço afetado pela conduta (critério aplicado em 48,88% dos requerimentos de TCCs).¹⁹ Apenas uma pequena minoria dos TCCs adotou o critério de ramos de atividade originalmente estabelecido na Resolução nº 3/2012 (critério aplicado em 4,15% dos requerimentos). Assim, em sede de TCC, o recurso ao art. 2-A, pensado como exceção, vem se tornando a regra.

Divergências com relação à flexibilização do conceito de ramo de atividade permanecem na composição atual do Tribunal do CADE. No caso

¹⁹ TCC na Lei 12.529/11 (2021), elaborado por Carolina Saito enquanto consultora PNUD, disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>. Acesso em 12.04.2022

do TCC no cartel de lousas interativas digitais,²⁰ dois Conselheiros discordaram da jurisprudência do CADE nesse ponto (Sérgio Ravagnani e Lenisa Prado). Eles se somam ao entendimento, no mesmo caso, da ex-Conselheira Paula Farani, para quem a “*flexibilização reiterada e inconsistente das bases de cálculo tem gerado baixos valores recolhidos no âmbito de TCCs*”. Para o Conselheiro Ravagnani, a adaptação do ramo de atividade deveria ser adotada como exceção e não regra, por restringir significativamente a base de cálculo prescrita pelo legislador:

17. Há, portanto, claros sinais de alerta soando para as autoridades do Cade que o posicionamento desta Autarquia necessita de aprimoramento. *Qualquer forma de flexibilização da base de cálculo deve ser uma exceção à regra legal* e ainda resultar em valor pecuniário superior ao mínimo legal (§ 2º do art. 85 da Lei nº 12.529/11) e dissuasório. A subversão dessa lógica reduz o enforcement do Cade na tutela dos interesses protegidos pela Lei nº 12.529/11. (g.n.)²¹

Neste caso, votaram pela homologação da proposta de TCC, flexibilizando o conceito de ramo de atividade, os Conselheiros Luiz Hoffmann e Luis Braido (e o ex-Conselheiro Mauricio Maia) e o Presidente do CADE Alexandre Macedo.

Tal como observado no detalhado voto do Conselheiro Relator Luiz Hoffmann no julgamento do cartel de fornecimento de tubos e conexões de PVC (“cartel de PVC”), dentre as razões para se adaptar o conceito de ramo de atividade no caso concreto, estão:

(i) os TCCs firmados no mesmo processo teriam adaptado o ramo de atividade, (ii) o ramo de atividade seria demasiadamente amplo em relação aos produtos afetados pelo cartel, e (iii) o faturamento do Representado abrangeria outros produtos no mesmo ramo de atividade sem relação com o cartel. A seu turno, os seguintes argumentos são utilizados para afastar a adaptação do ramo de atividade: (i) a conduta teria sido de longa duração, (ii) a jurisprudência do CADE ter utilizado o ramo de atividade em outros precedentes envolvendo o mesmo mercado relevante, e (iii) a legislação

²⁰ Requerimento de TCC nº 08700.005718/2020-69, Interessado: Sistema Informática Com. Imp. Exp Ltda.

²¹ Voto Vogal do Cons. Sérgio Ravagnani no Requerimento de TCC nº 08700.005718/2020-69 (SEI nº [0893793](#)).

expressamente determinar a aplicação da multa sobre o ramo de atividade, de modo que a adaptação do ramo constituiria uma faculdade da autoridade.²²

A adaptação do conceito de ramo de atividade, todavia, é menos comum em relação à aplicação de multas por infração econômica em sede de processos administrativos. Nesse contexto a adaptação ocorreu apenas em número reduzido de casos.²³ Por exemplo, nos Embargos de Declaração no Processo Administrativo que investigou condutas unilaterais no mercado de alarmes automotivos e segmento de pós-venda,²⁴ o Tribunal votou por unanimidade pela manutenção da multa no ramo de atividade. Nos termos do voto do Conselheiro Relator Luiz Hoffmann:

17. Nesse sentido, *não se confunde a análise do mercado relevante afetado pela conduta investigada* – mercado nacional de alarmes automotivos no segmento aftermarket, devidamente definido em tópico específico da decisão embargada – *com o ramo de atividade utilizado para fins de dosimetria da multa*, como aduz a Embargante, não havendo que se falar em contradição quanto a este ponto. (...)

26. Assim, dizer que a flexibilização do ramo de atividade como base de cálculo é a regra, como pretende a Embargante, além de não condizer com a leitura da norma, é uma interpretação equivocada ao se desconsiderar as especificidades do caso concreto. *Trata-se de uma hipótese excepcional, que poderá ser utilizada por este Conselho caso, considerando o ramo de atividade em análise, se chegasse em valores “manifestamente desproporcionais (g.n.)*

No recente julgamento dos Embargos de Declaração no cartel de PVC, o Conselheiro Luiz Hoffman, relator do processo, entendeu que o Tribunal estava diante da hipótese excepcional a que aludiu naquele caso; votou, com efeito, pela flexibilização do conceito de ramo de atividade em relação à

²² Conforme observado no para. 203 do voto do Conselheiro Relator Luiz Hoffmann proferido nos Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08700.003390/2016-60 (“cartel de PVC”), Representadas: *Amanco* Brasil Ltda., *Asperbras Tubos e Conexões* Ltda, *Bianchini Indústria de Plásticos* Ltda. et al, Representante: CADE *ex officio*, Embargante: *Asperbras* (Voto SEI nº [0974145](#)).

²³ Id., paras. 111-129 e 202.

²⁴ Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60, Representante: *H-Buster São Paulo Indústria e Comércio* Ltda., Representada/Embargante: *PST Eletrônica S.A.* Embargos julgados em 09.09.2020 (SEI nº [0803775](#)).

aplicação de multa. Ao analisar os embargos interpostos pela Asperbras, o Conselheiro Hoffman observou que a conduta da embargante era de curta duração e, assim, que seria proporcional restringir a base de cálculo da multa às receitas auferidas em licitações públicas no mercado de saneamento (acolhendo os argumentos da Asperbras de que a sua conduta não teria atingido o segmento privado).²⁵ O Conselheiro Hoffmann ficou entretanto vencido nesse ponto, sendo que os demais Conselheiros acompanharam o voto-vista de Luis Braido, para quem o parâmetro adotado pelo Conselheiro Relator não corresponderia a qualquer ramo de atividade estabelecido.²⁶

Independentemente de considerações sobre qual seria o conceito adequado para a base de cálculo, observa-se sobre a matéria a existência de entendimentos divergentes no Tribunal do CADE - que trazem imprevisibilidade e aumentam a insegurança jurídica com relação à dosimetria das multas. Pela forma de decidir do Conselho, é possível que TCCs sejam celebrados usando como base de cálculo o produto/serviço afetado e, anos à frente, em sede de julgamento do mesmo processo administrativo em que foram celebrados os TCCs em questão, a multa seja imposta aos demais administrados adotando-se como base de cálculo o ramo de atividade. Nessa hipótese, a decisão do Tribunal que houver aplicado dois conceitos diferentes no âmbito do mesmo processo restaria vulnerável a eventual revisão judicial. Isto por possível afronta à garantia constitucional do devido processo legal, aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, motivação e segurança jurídica, e, notadamente, isonomia exigidos do agente público.²⁷

Outro possível questionamento na esfera judicial decorreria da hipótese de um administrado condenado com base de cálculo estritamente pautada pelo critério legal do art. 37, I, da LDC, i.e., ramo de atividade, requerer no Judiciário a aplicação de critério mais benéfico, tendo em vista a ampla jurisprudência do CADE adotando sub-ramos de atividade como base de cálculo de multas pecuniárias, sob os mesmos fundamentos constitucionais e legais.

²⁵ Voto do Conselheiro Relator Luiz Hoffmann proferido em 25.10.2021 nos Embargos de Declaração no Processo Administrativo que investigou o cartel de PVC, paras 265-270, (SEI nº [0974145](#)).

²⁶ Voto-vista do Conselheiro Luis Braido proferido em 15.02.2022 nos Embargos de Declaração no Processo Administrativo que investigou o cartel de PVC, para. 35 (SEI nº [1023638](#)).

²⁷ Lei nº 9.784/1999 (“Lei de Procedimento Administrativo”), art. 2º, *caput*.

2.3 O CADE deve adotar a “vantagem auferida” como parâmetro principal para cálculo de multa?

Pela primeira vez na história do CADE, a vantagem auferida pelo infrator chegou a ser defendida pela maioria do Tribunal como critério primário para calcular o valor mínimo da multa a ser imposta em casos de cartéis ou outras práticas anticompetitivas.²⁸ Este é o posicionamento de três dos atuais Conselheiros do CADE (i.e., Lenisa Prado, Luis Braido e Sérgio Ravagnani).²⁹ Apenas dois Conselheiros atualmente defendem manter os precedentes do CADE com relação ao tema (i.e., Luiz Hoffmann e o Presidente do CADE, Alexandre Macedo).³⁰ A posição dos Conselheiros Gustavo Augusto e Victor Fernandes sobre a matéria ainda não é conhecida e é possível que essa nova maioria pela utilização da vantagem auferida seja mantida ou que se retorne à posição anterior de se afastar a sua aplicação.

Para os Conselheiros Lenisa Prado e Sérgio Ravagnani, o percentual de 20% estabelecido no Art. 37, inciso I, da LDC não deve ser interpretado como um teto para calcular multas com base nesse critério. Para que a multa tenha efeito dissuasório, especialmente para reprimir cartéis de longa duração, deveria, no entender desses Conselheiros, exceder os ganhos obtidos com o ilícito - mesmo que, para tanto, extrapole o limite de 20% até então observado na jurisprudência do CADE.

Para o Conselheiro Luis Braido, a multa dissuasória precisaria ser, ainda:

²⁸ A vantagem auferida foi utilizada pela primeira vez pela maioria do Tribunal do CADE como critério para o cálculo da multa em dezembro de 2020. No caso, o Tribunal se utilizou dos valores das licitações afetadas como base de cálculo, pois não havia dado de faturamento disponível. Processo Administrativo 08012.009732/2008-01 (“cartel das ambulâncias”), Representante: Procuradoria da República no Município de Resende – RJ, Representados: anta Maria Comércio e Representação Ltda., Leal Máquinas Ltda., Klass Comércio e Representação Ltda., Francisco Canindé da Silva ME, Vedovel Comércio e Representação Ltda., et al., relatoria da Conselheira Paula Farani, DOU em 16.12.2020.

²⁹ A ex-Conselheira Paula Farani, cujo mandato se encerrou em fevereiro de 2022, também defendia esse novo posicionamento.

³⁰ Ver, e.g., votos no Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90 (Cartel no mercado nacional de componentes eletrônicos para o setor de telecomunicações), julgado em 03.02.2021.

um múltiplo da vantagem auferida, devendo levar em consideração a baixa probabilidade de identificação e condenação desse tipo de ilícito, assim como eventuais considerações sobre a aversão ao risco do infrator. Para exemplificar, se a probabilidade de identificação e condenação de um cartel for de 20% (um a cada cinco), então um agente neutro ao risco precisaria ter a expectativa de uma multa igual a cinco vezes a vantagem auferida para ser dissuadido.³¹

A proeminência do critério da vantagem auferida nos últimos julgamentos pode inclusive explicar a expressiva redução no montante das contribuições auferidas via TCCs, que contrasta com significativo aumento nas multas aplicadas entre 2019-2021.³²

Um processo julgado pelo Tribunal do CADE no final de 2021 ilustra este debate. Na investigação de cartel no mercado de material escolar e de escritório,³³ o Conselheiro Ravagnani discordou do Conselheiro Relator Hoffmann, o qual adotou a metodologia tradicional do CADE sobre multas de cartel com base no faturamento bruto. De acordo com o Conselheiro Ravagnani, que foi acompanhado pela maioria do Tribunal, *"é dever da autoridade antitruste fazer esforços para estimar o valor da vantagem auferida pelo infrator, critério escolhido pelo legislador como o valor mínimo da multa em qualquer situação"*. Nos cálculos em que o valor da multa proposta pelo Conselheiro Hoffmann foi inferior à vantagem auferida estimada pelo Conselheiro Ravagnani (baseada, no caso, em um percentual de 20% do valor dos contratos adjudicados nas licitações afetadas pelo cartel), a maioria dos Conselheiros decidiu aplicar a multa mais elevada seguindo a metodologia de Ravagnani.

Independentemente da correção e viabilidade da adoção da vantagem auferida como critério primário para estabelecer as multas mínimas de

³¹ Ver voto-vista nos Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08700.003390/2016-60 (cartel de PVC) (SEI nº [1023638](#)).

³² Tal como observado pelo ex-Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia em "Retrospectiva de 2021, perspectivas e tendências para 2022 no CADE" (2022), disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-05/defesa-concorrenca-retrospectiva-2021-perspectivas-tendencias-2022-cade>. Acesso em 12.04.2022.

³³ Processo Administrativo nº 8700.004455/2016-94, Representante: Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Pernambuco (SR/DPF/PE), Representados: Comercial Armarinho Oliveira Ltda. ME, Inforecife Comércio de Informática e Papelaria Ltda. ME, T.E Papelaria Comercial Ltda. ME, et al. Relatoria do Conselheiro Luiz Hoffmann, julgado em 25.08.2021.

infrações contra a ordem econômica,³⁴ é certo que se trata de mudança de jurisprudência que pode suscitar questionamentos na esfera judicial. Administrados insatisfeitos com decisão de condenação com base nesse critério poderiam – também com base na garantia constitucional do devido processo legal, e nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, motivação e segurança jurídica exigidos do agente público – buscar anular tais decisões no Poder Judiciário. Alegariam, para além da antes consolidada jurisprudência do CADE sobre o tema, que o cálculo da vantagem auferida é de alta complexidade: diferentes métodos econométricos produzem resultados diferentes, é muito difícil definir o *but-for-price* (i.e., o preço competitivo), e raramente há provas confiáveis disponíveis para fundamentar tal apuração.

2.4 As políticas de Preço Mínimo Anunciado devem ser analisadas como presumivelmente ilícitas?

Para além dos temas supra analisados envolvendo dosimetria, este artigo explora duas consultas sobre política de preço. No caso, observou-se a adoção de uma análise mais conservadora com relação à política PMA *vis a vis* o entendimento mais leniente expressado pelo CADE em passado recente.

Em duas oportunidades recentes o Tribunal do CADE analisou, em sede de Consulta, políticas de precificação referentes a PMA propostas/idealizadas por fabricantes de pneus. As políticas examinadas seriam observadas por revendedores independentes associados à marca nos mercados de reposição: (i) Consulta realizada pela Continental em 2018,³⁵ e (ii) Consulta realizada pela Michelin em 2021.³⁶

O primeiro caso, segundo alegado pela Continental, tratava de proposta de PMA, de natureza unilateral, que se aplicaria a todos os revendedores

³⁴ Ver, e.g., FIDELIS, Andressa. *The Road Towards a Deterrent Cartel Fine: CADE's New Turn*. International Antitrust Bulletin, dezembro de 2021; MAIA, Mauricio Oscar Bandeira, O fetiche da vantagem auferida e a dosimetria das penas no CADE, Conjur, 23.08.2021; e RESENDE, João Paulo, A dosimetria de penas em infrações contra a ordem econômica., Conjur, 11.01.2021.

³⁵ Consulta nº 08700.004594/2018-80, Consulente: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda., Cons. Relator: Paulo Burnier da Silveira, julgada em 22.10.2018 (SEI nº [0537929](#)).

³⁶ Consulta nº 08700.004460/2021-64, Consulente: Sociedade Michelin de Participações Indústria e Comércio Ltda., Cons. Relatora: Paula Farani, julgada em 15.12.2021 (SEI nº [1000210](#)).

da marca, exceto aqueles localizados na região da Zona Franca de Manaus. Segundo a consulente, tratava-se de estratégia comercial que atingiria preços anunciados em determinados veículos, sendo que a política permitiria a realização de descontos em resposta ao contato feito por um cliente. Os revendedores não poderiam, no entanto, anunciar desconto, reembolso ou outras promoções que resultassem “*em um preço líquido anunciado menor que o estabelecido na Política de PMA*”. Descumprimentos reiterados da política PMA poderiam ensejar a suspensão das vendas ao revendedor.

No entendimento do voto condutor do caso, proferido pelo ex-Conselheiro Paulo Burnier, seguido pela maioria do Tribunal, a política se assemelhava “[à]s estratégias de fixação ou sugestão de preços de revenda.” Todavia, a decisão reconheceu que a política permitiria que o cliente pudesse barganhar o preço anunciado, de modo que a conduta foi declarada lícita com base em três condições: (i) ausência de poder de mercado unilateral ou coordenado para restringir verticalmente os preços, uma vez que as participações de mercado (do fornecedor de forma isolada e/ou dos distribuidores em conjunto) eram inferiores a 20%; (ii) unilateralidade da política PMA, sem a influência de revendedores; e (iii) ausência de discriminação entre revendedores, uma vez que todos aqueles vinculados à marca da fabricante seriam igualmente afetados pela política.

Ficou vencida a ex-Conselheira Cristiane Alkmin, que se manifestou pela ilicitude da política concebida principalmente pela sua natureza impositiva, que, na visão da ex-Conselheira, deveria ser tratada como prática condenável *per se* – ou seja, aquela que independe de comprovação de efeitos no mercado para ser considerada como uma infração à ordem econômica.

No segundo caso, transcorridos três anos da decisão anterior, o Tribunal, por maioria, negou o ateste de licitude, manifestando-se pela presunção de ilegalidade da política PMA em análise, em que pese a consulta da Michelin ter sido bastante semelhante à Consulta da Continental e o fato da Michelin também não deter poder de mercado. De acordo com a Michelin, a estratégia, idealizada unilateralmente pela empresa sem discriminar entre canais físicos e online, consistiria na definição de preços mínimos a serem comunicados por revendedores de pneus, sem, contudo, fixar o preço de revenda nos mercados de reposição. Na Consulta, a Michelin alegou que a política submetida à análise do CADE não geraria danos à concorrência, já que a estratégia comercial

estaria adstrita ao preço de anúncio, teria o objetivo de resguardar o modelo de negócios da empresa e não retiraria a liberdade do revendedor para determinar o preço cobrado do consumidor final.

Em seu voto vogal - seguido pelos Conselheiros Sérgio Ravagnani, Luiz Hoffman e, ao final, pela ex-Conselheira Paula Farani³⁷ - o Conselheiro Luis Braido declarou a política PMA não conforme ao direito da concorrência, tanto em relação aos revendedores físicos quanto aos eletrônicos. Segundo o Conselheiro: “[e]m âmbito de controle, tanto a jurisprudência internacional quanto a do CADE admitem que essa prática deve ser analisada pela regra da razão, com presunção inicial de ilicitude”. A decisão considerou três aspectos principais: (i) com relação à análise de poder de mercado, observou-se que a participação de mercado da Continental, que já havia recebido autorização do CADE para praticar PMA, em conjunto com a da Michelin em um determinado segmento de mercado se aproximava ou superava a marca de 20%; (ii) com relação à análise das eficiências, concluiu-se que “ainda que a política PMA seja capaz de ampliar a provisão de serviços especializados, tais efeitos dependem de maiores margens de lucro na revenda de pneus e, portanto, geram prejuízo aos consumidores que não demandam serviços especializado”; e (iii) políticas de financiamento e de bonificação seriam alternativas de incentivo à provisão de serviços e potencialmente menos danosas à concorrência.

Foram vencidos a Conselheira Lenisa Prado e o Presidente do CADE Alexandre Cordeiro, para os quais a política PMA seria lícita, pois não se confunde com fixação de preço de revenda, teria alcance limitado e as penalidades previstas no caso de descumprimento diziam respeito tão somente aos anúncios.

3. Considerações finais

Em que pesem a complexidade dos votos e as particularidades de cada caso exposto acima, de modo geral, observa-se que, na atual composição

³⁷ Vale observar também que no voto da ex-Conselheira Paula Farani, relatora da Consulta, distinguiu-se entre varejo eletrônico e físico, para concluir pela ilegalidade da prática PMA em relação à primeira, por inexistir o elemento da comunicação humana entre vendedor e consumidor, impossibilitando a barganha.

do Tribunal do CADE, a minoria dos Conselheiros apresentou posicionamento inovador ou contrário à jurisprudência anteriormente sedimentada do órgão. Foi assim com relação aos votos:

- (i) pela não condenação de pessoa física não administradora caso essa seja representante de empresa investigada; e
- (ii) pela não flexibilização do conceito de ramo de atividade como base de cálculo, especialmente em sede de TCC.

Já a maioria apertada dos atuais Conselheiros cujo entendimento acerca dessas matérias é conhecido divergiu da jurisprudência do CADE e votou:

- (i) pela utilização da vantagem auferida como parâmetro principal no cálculo de multa; e
- (ii) pela ilegalidade de políticas tipo PMA.

É certo que a discricionariedade do Tribunal para alterar entendimentos que porventura representem jurisprudência assentada do colegiado é importante para garantir o aspecto evolutivo das decisões do CADE. Também se reconhece a importância da divergência nesta evolução. No exemplo da vantagem auferida, observa-se que a posição minoritária defendida pelos ex Conselheiros Cristiane e João Paulo em 2015-2016, ganhou a maioria do Tribunal no final de 2020 no julgamento do cartel das ambulâncias e, desde então, por meio das reiteradas divergências de novos Conselheiros, o critério segue sendo utilizado e, com a nova composição do Tribunal, a jurisprudência do CADE pode inclusive se alterar nesse tema. Assim, o espaço para divergências em órgãos colegiados, como o CADE, é importante para que a jurisprudência de fato evolua.

Dito isto, mudanças repentinas de entendimento do Tribunal que deixam uma minoria de votos vencidos, podem incentivar o aumento do questionamento do mérito das decisões do CADE na esfera judicial, com fundamento justamente nos argumentos dissidentes.

Ainda que tais temas não sejam levados ao Judiciário, trazem insegurança jurídica dentro do Tribunal. Há, nesse sentido, algumas iniciativas, seja na esfera da própria autarquia, seja no legislativo, seja na cooperação institucional, que poderiam contribuir para aumentar a segurança jurídica e diminuir o risco de revisão judicial dos temas ora identificados.

No âmbito do próprio CADE, seria importante retomar o debate envolvendo a minuta de Guia de Dosimetria de Multas de Cartel (“Guia”).³⁸ Em razão das divergências técnicas entre os Conselheiros, as discussões sobre o Guia estão paradas há mais de dois anos por falta de consenso interno.

- Embora o Guia reconheça que o faturamento no “ramo de atividade” seja o critério legal para a definição da base de cálculo, considera que adotar tal critério no caso concreto poderia gerar multas desproporcionais. Desse modo, se as circunstâncias do caso assim justificarem, sugere a adoção “*de uma combinação do valor do faturamento bruto no mercado afetado*” (i.e., aquele alvo da conduta anti-competitiva) “*com a consideração do tempo de atuação na conduta*”.³⁹
- O Guia também reconhece que, frequentemente, o cálculo da “*vantagem auferida (...) não é possível ou é sujeito a elevado grau de imprecisão, de modo que não necessariamente esse elemento é possível de ser efetivamente aplicado para a dosimetria no caso concreto.*”⁴⁰

Há também projeto de lei em tramitação que dispõe sobre a vantagem auferida como critério para imposição de multas no CADE. O projeto determina que quando não for possível estimar a vantagem auferida, a multa devida será de 0,1% a 20% do faturamento bruto obtido nos exercícios de efetiva duração da infração no “*mercado relevante*” afetado pela conduta.⁴¹ Se aprovado, a controvérsia em torno da flexibilização ou não do conceito de ramo de atividade para fins de determinação da base de cálculo deixará de existir, tendo em vista que a base de cálculo será definida com base no mercado relevante, conceito tradicionalmente usado pelo CADE.

³⁸ Ver <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-estende-prazo-para-contribuicoes-a-versao-preliminar-do-guia-de-dosimetria-de-multas-de-cartel>. Acesso em 12.04.2022. O Guia se baseia na prática decisória do Conselho em investigações de cartel de 2012 a julho de 2019 e que, portanto, não abarca decisões da composição atual do Tribunal do CADE.

³⁹ Guia, p. 8.

⁴⁰ Guia, p. 22.

⁴¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 9238/2017, de autoria do deputado Hugo Leal, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (“CCJC”) em 23.09.2021 e remetida ao Senado Federal em 14.10.2021. Altera a Lei nº 12.529/2011, para dispor sobre a vantagem auferida como critério para imposição de multas no CADE. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2163988>. Acesso em 12.04.2022.

A minuta do Guia e a proposta legislativa estão, em parte, alinhadas com a recomendação dada ao CADE pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) em 2019.⁴² Tal recomendação consiste basicamente em aplicar uma alíquota de até 20% sobre o faturamento da empresa com o produto ou mercado afetado pelo cartel durante todo o período de sua duração. Todavia, a recomendação da OCDE é contrária ao citado projeto de lei no que se refere à vantagem auferida, sugerindo sua remoção da LDC.

A publicação do Guia e eventual mudança na LDC para aclarar critérios de dosimetria, são medidas que podem conferir maior transparência, previsibilidade e segurança jurídica com relação aos temas identificados, e, portanto, devem ser buscados por toda comunidade antitruste.

Espera-se que a nova composição do Tribunal seja uma oportunidade para o amadurecimento institucional dos temas aqui tratados e que a multiplicidade de posicionamentos do Conselho sirva de combustível para fomentar o debate, elevar a qualidade técnica e ensejar decisões mais robustas no âmbito do CADE.

Bibliografia

FIDELIS, A. L. (2021). *The Road Towards a Deterrent Cartel Fine: CADE’s New Turn*. International Antitrust Bulletin.

FORGIONI, P. (2013). Os fundamentos do antitruste. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.

FRANÇA, D. L. D. (2018). *Os fundamentos de proporcionalidade na parametrização do ramo de atividade empresarial: Um estudo empírico do ramo de atividade como critério de fixação da multa-base em condenações administrativas e de sua expectativa em Termos de Compromisso de Cessação no CADE*. Orientadora: Profa. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera.

⁴² OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil 2019 (p. 172). Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>. Acesso em 12.04.2022.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasileiro de Direito Público.

JÚNIOR, W. A. (2020). Controvérsias na revisão judicial de decisões do CADE, apresentação ao *Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*.

MAIA, M. O. B. (2022). Retrospectiva de 2021, perspectivas e tendências para 2022 no Cade. *Consultor Jurídico - Conjur*.

MAIA, M. O. B. (2021). O fetiche da vantagem auferida e a dosimetria das penas no Cade. *Consultor Jurídico - Conjur*.

RESENDE, J. P. (2021). A dosimetria de penas em infrações contra a ordem econômica. *Consultor Jurídico – Conjur*.

Jurisprudência:

Processo Administrativo nº 08012.001127/2010-07, Representante: SDE *ex officio*, Representados: Charles Gillespie, Jacques Cognard, et. al., relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende, DOU em 05.04.2016.

Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, Representante: SDE *ex officio*, Representada: Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG, Swiss International Airlines, American Airlines, Inc., et al., relatoria da Conselheira Ana Frazão, DOU em 02.12.2014.

Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63 (“cartel de filtro automotivo”), Representante: CADE *ex officio*, Representados: Affinia Automotive Ltda., Mahle Metal Leve S.A., Mann + Hummel Brasil Ltda., et. al, relatoria do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani, DOU em 27.10.2021.

Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90 (“cartel de componentes eletrônicos”), Representante: CADE *ex officio*, Representadas: Araguaia Indústria Comércio e Serviços Ltda. – EPP; Corning Comunicações Ópticas S.A.; Corning Incorporated, et. al., relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo, DOU em 10.02.2021.

Processo Administrativo nº 08700.003718/2015-67, Representante: CADE *ex officio*, Representados: Akzo Nobel Ltda., Águia Química Ltda., Ashland Polímeros do Brasil S.A., et al., relatoria da Conselheira Lenisa Rodrigues Prado, DOU em 30.03.2022.

Embargos de Declaração no Processo Administrativo nº 08700.003390/2016-60 (“cartel de PVC”), Representante: CADE *ex officio*, Representadas: Amanco Brasil Ltda., Asperbras Tubos e Conexões Ltda, Bianchini Indústria de Plásticos Ltda. et al., Embargante: Asperbras, relatoria do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, voto em 25.10.2021.

Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60, Representante: H-Buster São Paulo Indústria e Comércio Ltda., Representada/Embargante: PST Eletrônica S.A., relatoria do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, DOU em 16.09.2020.

Processo Administrativo 08012.009732/2008-01 (“cartel das ambulâncias”), Representante: Procuradoria da República no Município de Resende – RJ, Representados: anta Maria Comércio e Representação Ltda., Leal Máquinas Ltda., Klass Comércio e Representação Ltda., Francisco Canindé da Silva ME, Vedovel, et al., relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo, DOU em 16.12.2020.

Processo Administrativo nº 8700.004455/2016-94 (“cartel de material escolar e de escritório”), Representante: Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Pernambuco (SR/DPF/PE), Representados: Comercial Armário Oliveira Ltda. ME, Infocife Comércio de Informática e Papelaria Ltda. ME, T.E Papelaria Comercial Ltda. ME, et al., relatoria do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, DOU em 25.08.2021.

Consulta nº 08700.004594/2018-80, Consulente: Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda., relatoria do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, DOU em 22.10.2018.

Consulta nº 08700.004460/2021-64, Consulente: Sociedade Michelin de Participações Indústria e Comércio Ltda., relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo, DOU em 15.12.2021.

CLÁUSULAS DE NÃO-CONCORRÊNCIA NO DIREITO CONCORRENCIAL E TRABALHISTA

Bruno Polonio Renzetti¹

Resumo: O artigo argumenta que cláusulas de não-concorrência presentes em contratos individuais de trabalho devem ser objeto de análise por parte das autoridades de defesa da concorrência caso se verifiquem alguns requisitos específicos. A recente investigação aberta pelo CADE no mercado de *healthcare* deve servir de alerta sobre o impacto que tais cláusulas possuem nos setores econômicos em que estão inseridas. O artigo advoga pela revisão do formulário de notificação de atos de concentração do CADE, com a inclusão de item específico sobre concentração no mercado relevante de trabalho e existência de cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho.

Palavras-Chave: Não-Concorrência; Concorrencial; Direito do Trabalho; Restrição; Empregados.

Abstract: The paper arguments that covenant not to compete included in employment agreements should be scrutinized by the competition authorities in case some requirements are met. The recent probe started by CADE in the healthcare sector must be seen as an alert of the impact that such covenants may pose in the economic sectors in which they are present. The paper advocates for the revision of the mandatory merger submission form, by including specific wording requiring the merging parties to disclose potential impacts to relevant labor markets and the existence of non-compete agreements in their employment contracts.

Keywords: Non-Compete; Competition Law; Labor Law; Restriction; Workers.

1. Introdução

Contratos não são fins em si mesmo, mas existem para cumprir as funções econômico-sociais que as partes celebrantes elegem dar ao instrumento contratual. Da mesma forma que o brocardo assenta que não existem

¹ LL.M. pela Yale Law School (2022). Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP (2018) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2015). Professor em cursos de pós-graduação no IBMEC/SP e Insper. Non-Governmental Advisor na International Competition Network. Advogado. Contato: renzetti@usp.br.

palavras inúteis nas leis², pode-se dizer que também não há termos inúteis nos contratos. O instrumento contratual institui direitos e deveres para as partes contratantes, limitando, assim, o escopo de suas ações. Os contratantes voluntariamente decidem restringir sua conduta individual para favorecer comportamentos adequados à consecução do objetivo contratual³.

No direito concorrencial, contratos como os de distribuição e de exclusividade estão presentes corriqueiramente. Há, entretanto, um tipo contratual que costuma passar despercebido da análise concorrencial: os contratos de trabalho, celebrados entre empregador e empregado⁴.

A aproximação entre direito concorrencial e direito do trabalho já foi classificada como improvável⁵ – especialmente no contexto brasileiro, no qual cada uma das áreas sofre forte influxo ideológico de diferentes matizes – mas não é, de forma alguma, inesperada. Contratos de trabalho possuem suas particularidades, mas isso não os torna imunes ao direito concorrencial.

Há diversos vasos comunicantes entre direito do trabalho e defesa da concorrência, tais como a negociação coletiva, cartéis de fixação salarial, concentração no mercado de trabalho e o exercício do poder de monopsonio. Não por acaso, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) escolheu o tema de *Competition Issues in Labour Markets* como um dos principais assuntos de seu *Competition Open Day* de 2020⁶. O Brasil foi um dos países que contribuiu com um relatório nacional⁷.

Um dos maiores pontos de intersecção entre o direito do trabalho e o direito da concorrência está na análise das cláusulas de não-concorrência (*non-compete agreements*) e cláusulas de não-solicitação (*no-poach*

² *Verba cum effectu accipienda sunt.*

³ FURQUIM, Paulo de Azevedo. *Contratos: uma perspectiva econômica*, p. 4. 2005. Disponível em: < <https://www.researchgate.net/publication/322722260>>

⁴ De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, o “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.” (art. 442).

⁵ RIVERA, Amanda A. L. M.; DOMINGUES, Juliana O.; SOUZA, Nayara M. S.; O Improvável Encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste. In.: *Revista do IBRAC*, vol. 24, n. 2, 2019.

⁶ Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-concerns-in-labour-markets.htm>.

⁷ OECD. *Competition Issues in Labor Markets – Note by Brazil*, 2020. 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).

agreements). Ambas são cláusulas que restringem a livre movimentação do trabalhador entre companhias concorrentes, de uma ou outra maneira. Elas possuem racional econômico próprio para sua estipulação, mas isso não garante a elas qualquer imunidade antitruste. Seus efeitos deletérios ao mercado devem ser objeto de análise das autoridades de defesa da concorrência.

Em âmbito global, a discussão sobre os possíveis efeitos sociais perversos que cláusulas de não-concorrência possuem sobre mercados de trabalho está na pauta das autoridades antitruste americanas, clamando por uma maior aplicação das leis concorrenciais sobre esta questão. Em 2019, houve a publicação do *The Utah Statement*, elaborado por diversos estudiosos do antitruste, propondo mudanças na doutrina e aplicação da legislação antitruste americana. Entre estas mudanças, destaca-se o reconhecimento da necessidade de atuação mais incisiva do antitruste em mercados de trabalho⁸. Mais recentemente, a proposta de lei apresentada pela senadora Amy Klobuchar⁹, a Ordem Executiva do Presidente Joe Biden¹⁰ e o memorando da presidente do FTC, Lina Khan¹¹, sobre as prioridades da agência abordam o tema dos

⁸ Os autores do *The Utah Statement* asseveram que “the markets for labor – and in particular problems caused by labor market monopsony – should be subject to robust antitrust enforcement, and enforcers should treat business structures that restrict alternatives for or coerce working Americans as suspect”. (WU, Tim. *The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech*. Disponível em: <https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7>>).

⁹ No preâmbulo do projeto de lei, lê-se: “Sec. 2. Findings and Purposes. (a) Findings – Congress finds that (...) (8) monopsony power or seller market power allows a firm to force suppliers of goods or services to accept below market prices or to force workers to accept below market wages, resulting in lower quality products and services, reduced opportunities for suppliers and workers, reduced availability of products and services for customers, reduced innovation, foreclosure of competitors, and increased entry barriers.” Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/225>.

¹⁰ Vide, por exemplo, Seções 5(f) e 5(g) da Ordem Executiva (*Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*). Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>.

¹¹ “We have seen how market power abuses and consumer protection concerns can emerge when one-sided contract provisions are imposed by dominant firms. Non-competes, repair restrictions, and exclusionary clauses are just some of the terms we have heard about in our public comments. Consumers, workers, franchisees, and other market participants are at a significant disadvantage when they are unable to negotiate freely over terms and conditions. Focusing on contractual provisions in these contexts should help surface the types of restrictions or requirements that hamper a free and fair economy”. (*Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC*, September 22, 2021.

impactos econômicos a que trabalhadores estão expostos em mercados de trabalho concentrados e que lancem mão de acordos de não-concorrência.

O presente artigo estuda somente o fenômeno das cláusulas de não-concorrência como uma restrição contratual à livre concorrência¹². Considerando que as cláusulas de não-concorrência significam uma alteração na competição *no* mercado, justifica-se que se faça uma análise do tema com as lentes do direito antitruste. Para tanto, o artigo lança mão de quatro seções, além desta breve introdução, para melhor organizar a argumentação. Primeiro, faz-se um esclarecimento prévio necessário sobre o escopo deste trabalho. Segundo, verificam-se as principais justificativas econômicas para a imposição de cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho. Em seguida, analisa-se como o direito do trabalho aborda o tema das cláusulas de não-concorrência. Quarto, relata-se como tais cláusulas afetam a concorrência e mobilidade do trabalhador, demandando maior análise e escrutínio das autoridades da concorrência. A quinta seção aborda a recente investigação aberta pelo CADE no tema. A última seção do artigo conclui.

2. Esclarecimento prévio: o entendimento comum sobre cláusula de não-concorrência no direito brasileiro

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.147, possui disposição específica sobre não-concorrência nos casos de trespasse de estabelecimento comercial¹³. Trata-se, aqui, de regra geral a ser aplicado aos casos somente, e tão-somente, de trespasse de estabelecimento e quando não exista disposição específica no contrato¹⁴.

Disponível em: <https://www.ftc.gov/public-statements/2021/09/memo-chair-lina-m-khan-commission-staff-commissioners-regarding-vision>).

¹² Considerando o recorte metodológico do presente artigo, principalmente o estudo comparado com o direito do trabalho e a análise de caso perante o CADE, não serão analisadas as cláusulas de não-solicitação (no-poach agreement), mas somente as cláusulas de não-concorrência.

¹³ “Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento comercial não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência.”.

¹⁴ Sobre o artigo 1.147, dispõe Gonçalves Neto: “A solução aqui aventada é para ser adotada quando houver omissão contratual. Aliás, admitindo que as partes pactuem livremente a respeito, a lei faculta que cláusulas contratuais aumentem ou reduzam o lapso de interdição, delimitem apropriadamente a região, os negócios por ela atingidos, etc”. (GONÇALVES NETO, Alfredo Assis de. *Direito de Empresa*, p. 636).

O objetivo de tais cláusulas em uma situação de *trespasse* é evidente: impedir que o alienante do estabelecimento, detentor de *know-how* para o desenvolvimento do negócio, assim como de bom relacionamento com fornecedores e clientes, goze de posição mais vantajosa no mercado, impondo desvantagem competitiva para aquele que adquiriu o estabelecimento. Trata-se de proteção à boa-fé objetiva das partes, com o objetivo de evitar que os contratantes se comportem de maneira desleal¹⁵.

Paula Forgioni é enfática ao defender a impossibilidade de interpretação extensiva do dispositivo legal para além das situações de *trespasse*¹⁶. A interpretação da cláusula de não-concorrência deve sempre ser restritiva. Tal restrição ocorre devido ao fato de a cláusula de não-concorrência obstar o exercício da livre iniciativa e da livre concorrência, elementos basilares da ordem econômica constitucional brasileira.

Não por outro motivo, as cláusulas de não-concorrência são objeto de intenso escrutínio por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”). No âmbito do controle de estruturas, os formulários de notificação presentes nos anexos na Resolução CADE n. 33/2022 obrigam as partes de um ato de concentração a abrirem ao CADE quaisquer cláusulas restritivas à concorrência que existam nos instrumentos contratuais da operação, sendo a cláusula de não-concorrência citada expressamente como um exemplo. Da mesma forma, o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal (“Guia H”)¹⁷, possui seção específica sobre a cláusula de não-concorrência. O Guia H dispõe claramente que o CADE entende que as cláusulas de não-concorrência configuram restrição à livre iniciativa e à livre concorrência, com exceção do entendimento a cláusulas que visem a garantir o fundo de comércio ou o estabelecimento de uma *joint-venture*¹⁸.

¹⁵ SILVA, Márcia Luisa da; SILVA NETO, Orlando Celso da. *A Cláusula de Não-Concorrência como Elemento Indicativo de Gun-Jumping*, p. 174.

¹⁶ Ao comentar o artigo 1.147, assenta Paula Forgioni: “Note-se bem que essa regra é específica para o caso de *trespasse* do estabelecimento. Aplicá-la às hipóteses de alienação de controle de sociedades comerciais requer interpretação extensiva de dispositivo legal altamente limitador da livre iniciativa e da livre concorrência. Isso não é possível, tendo em vista os ditames constitucionais”. (*Contratos Empresariais*, p. 290).

¹⁷ Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>

¹⁸ O CADE inclusive possui entendimento sumulado sobre o tema: “Súmula 4 – É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint-venture*, desde que guarde relação

Percebe-se, portanto, que as discussões sobre cláusulas de não-concorrência, seja no âmbito do Direito Civil, seja no âmbito do Direito Concorrencial, estão reservadas às questões relacionadas ao trespasse de estabelecimento e ao controle de estruturas a partir da análise de atos de concentração. Não se verificam discussões sobre cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho, com o intuito de obstar a mobilidade do empregado entre empresas concorrentes. É nesta chave que o presente artigo se desenvolve, a fim de averiguar os efeitos anticompetitivos que cláusulas de não-concorrência em contratos individuais de trabalho podem trazer para o mercado em que estão inseridos e a redução de bem-estar do trabalhador.

3. Justificativas econômicas para as cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho

Enzo Roppo há muito já se preocupava com a relação entre o contrato-conceito jurídico e o contrato-operação econômica. Para o autor, ainda que não se tratasse de sinônimos, era indispensável reconhecer que o contrato existe em função da operação econômica e que sem ela se torna vazio, sem sentido. Em sua célebre formulação, o contrato seria a vestimenta de uma relação econômica¹⁹. Tem-se, portanto, que os contratos existem para cumprir a função de facilitar a circulação voluntária de riqueza.

Cumpra salientar, entretanto, que os efeitos dos contratos não se cingem somente às partes que celebram o contrato, seja o instrumento bi ou plurilateral. Terceiros podem estar sujeitos aos efeitos de um contrato, ainda que

direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação.” e “Súmula 5 - 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.” (Publicadas no Diário Oficial da União de 09 de dezembro de 2009).

¹⁹ “Mas se isto é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou veste exterior, e prescindido da qual resultaria vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas, dos interesses que no âmbito das operações econômicas se querem tutelar e prosseguir”. (ROPPO, Enzo. *O Contrato*, p. 9).

não estejam a ele vinculados: é isto que a literatura denomina como externalidade – tanto negativa quanto positiva.

Isto também ocorre nos contratos de trabalho. Cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho geram efeitos para além da relação empregado-empregador, na medida em que sua imposição diminui a mobilidade do empregador, afetando a competição nos mercados como um todo²⁰.

De acordo com Eric Posner, as imposições de cláusulas de não-concorrência devem ser avaliadas a partir de um teste de “razoabilidade” (*reasonableness test*): a cláusula somente seria válida (*enforceable*) caso as restrições impostas no emprego não sejam mais onerosas do que aquelas necessárias para proteger o legítimo interesse de negócios do empregador²¹. Tais legítimos interesses podem, então, ser divididos em dois: investimentos em capital humano e investimento em ativos intangíveis.

Sobre o primeiro interesse, Eric Posner, citando Gary Becker, explica que as empresas teriam maiores incentivos para investir em habilidades específicas do que gerais de seus empregados, pois assim tornaria mais difícil a mobilidade de emprego, dada a especificidade do treinamento recebido pelo empregado. Para Becker, seria mais racional que o próprio empregado investisse em seu treinamento de habilidades gerais, aumentando seu potencial de ser contratado por uma variedade maior de empresas²². Todavia, de acordo com Posner, a teorização de Becker não seria condizente com a realidade, pois há exemplos de empregadores que investem em habilidades gerais de seus empregados: escritórios de advocacia, por exemplo, treinam seus estagiários para que possam elaborar petições e participar de audiências, por exemplo. Estas habilidades não são específicas ao local de trabalho dos estagiários, os quais irão levar consigo o treinamento caso mudem de empregador²³. As cláusulas de *non-compete* surgem, então, como uma forma de solucionar a questão relativa aos incentivos para treinamento de habilidades gerais. De acordo com

²⁰ POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*, p. 17.

²¹ POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*, p. 18.

²² POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*, p. 10.

²³ POSNER, Eric. *How Antitrust Failed Workers*, p. 96.

Rubin e Shedd²⁴, a imposição de cláusulas de não-concorrência garante que o investimento feito pelo empregador no empregado não estará à disposição de outra empresa concorrente, simplesmente pelo fato que há uma restrição contratual na possibilidade de mobilidade do empregado.

Sobre a segunda categoria de investimentos, Eric Posner explica que os empregadores possuem duas classes de ativos intangíveis que podem ser facilmente expropriados ou destruído pelos empregados: os segredos industriais e as relações com consumidores²⁵.

Um possível problema surge quando um empregado, que possui conhecimento sobre os segredos industriais, deixa a empresa e é contratado por um concorrente. Nessa situação, a cláusula de não-concorrência protegeria a empresa deste perigo. Outra situação diz respeito à carteira de clientes de uma empresa. É comum que os clientes desenvolvam relações de confiança com a empresa a partir do empregado que a representa, de forma que se o empregado muda de emprego, o cliente também muda de empresa. Isso ocorre porque o empregado se torna mais importante para o cliente do que a própria empresa. Assim, para evitar tais situações, as empresas também podem empregar cláusulas de não-concorrência²⁶.

Tem-se que as cláusulas de não-concorrência são utilizadas, nessas situações, como um mecanismo adicional pelos empregadores para se protegerem da mobilidade dos empregados. De acordo com Posner, isso ocorre devido ao fato de os empregadores entenderem que os custos de transação (ou fricções) naturais da mudança de emprego não seriam suficientes para coibir os incentivos que os empregados teriam para buscar recolocação em outras companhias. Entretanto, Posner também aponta que tais justificativas não são necessariamente verdadeiras. O mercado de trabalho possui, sim, fricções

²⁴ RUBIN, Paul H.; SHEDD, Peter. Human Capital and Covenants Not to Compete. *The Journal of Legal Studies*, vol. 10, n. 1, (Jan., 1981).

²⁵ POSNER, Eric. *How Antitrust Failed Workers*, p. 98.

²⁶ “The historical justification for employee noncompete agreements is that they limit various forms of free riding. In particular, employees might receive costly on-the-job training or knowhow that they could then port uncompensated to a new employer. Alternatively, an employee might learn trade secrets, including such things as customers lists, that could be shared with a new employer to the older employer’s detriment. As a result, the law of employee non-competition agreements has frequently been assessed as a type of a quasi-intellectual property protection”. (MARINESCU, Ioana; HOVENKAMP, Herbert J. Anticompetitive Mergers in Labor Markets. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2019, p. 1055).

suficientes para obstar que trabalhadores mudem de emprego facilmente. Um exemplo de tais fricções é a grande concentração no mercado de trabalho, de forma que se torna difícil mudar de emprego porque não há empregadores suficientes e porque as vagas disponíveis são bastante escassas²⁷.

Assim, há justificativas econômicas razoáveis para imposição de cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho, mas também há dúvidas relevantes quanto à necessidade e efetividade de tais cláusulas. Em mercados altamente concentrados as cláusulas de *non-competes* aparentam não ser necessárias para coibir a mobilidade de emprego, considerando as características do mercado em que os empregados estão inseridos: trabalhadores não conseguem trocar de emprego simplesmente porque não há outros empregadores disponíveis. Além disso, deve-se sublinhar que as cláusulas de não-concorrência privam os trabalhadores de outras possíveis oportunidades de emprego, reduzindo seu poder de barganha e bloqueando sua mudança para posições com melhores salários. Este cenário leva ao entendimento de que a necessidade de imposição de *non-competes* em contratos de trabalho, com o objetivo de proteger os interesses legítimos do empregador, deve também levar em consideração as estruturas do mercado em que a empresa atua, para que não se imponha um ônus excessivo e injustificado ao empregado.

4. As cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho no direito brasileiro

Cláusulas de não-concorrência não são novas para o direito brasileiro, mas raramente são discutidos no âmbito de contratos individuais de trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”), em seu artigo 444, dispõe que as relações contratuais de trabalho são de livre estipulação das partes interessadas, *em tudo que não contravenha as disposições de proteção ao trabalho*. Dessa forma, a investigação sobre a inserção de cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho deve se pautar por tais parâmetros. A

²⁷ “If real-world labor market frictions often prevent employers from switching jobs, then these frictions should also enable employers to invest in general human capital and intangible assets like good will and trade secrets. A noncompete is necessary only to the extent that those frictions fall short. The benefit of a noncompete should thus be understood in marginal terms”. (POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*, p. 14).

primeira constatação a que se chega é que não existe vedação *formal* e *expressa* para a inserção de tais cláusulas nos contratos individuais de trabalho.

Mais ainda, a CLT parece compreender o racional econômico de cláusulas de não-concorrência em contratos individuais de trabalho. Como visto acima, principal justificativa para tais cláusulas é exatamente a proteção de segredos de empresa e propriedade intelectual. Este racional também é aplicado pelo diploma trabalhista, ao listar como justa causa para a rescisão do contrato de trabalho o “*ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado*” e a “*violação de segredo de empresa*” (artigo 482 da CLT).

O tema também já foi amplamente estudado pela literatura especializada do direito do trabalho. Sergio Pinto Martins define a cláusula de não-concorrência como aquela que “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”²⁸.

Assim, procedendo o cotejo do artigo 444 com o artigo 482, tem-se que não há vedação legal para a inclusão de cláusulas de não-concorrência em contratos individuais de trabalhos. Adicionalmente, analisando o todo do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que o artigo 122 do Código Civil dispõe que são lícitas, em geral, todas as condições do negócio jurídico não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Neste cenário, a conclusão é que se admite a inserção de cláusulas de não-concorrência nos contratos individuais de trabalho.

Entretanto, esta possibilidade não é irrestrita. 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 pactuado²⁹. Além disso, a cláusula de não-concorrência

²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*, p. 130.

²⁹ 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. Em sentido semelhante, afirma Sergio Pinto Martins: “Será nula a cláusula do contrato de trabalho que determinar a não-concorrência se não atender cumulativamente aos seguintes requisitos: não conter

estabelece obrigações recíprocas tanto para o empregado quanto para o empregador, gerando efeitos para ambas as partes no caso de descumprimento³⁰.

Percebe-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.

5. Cláusulas de não-concorrência e sua análise sob o direito antitruste

Eric Posner argumenta que em mercados competitivos os salários deveriam aumentar quando cláusulas de não-concorrência são incluídas nos contratos de trabalho, por uma razão simples: o empregador deve compensar o empregado por impor restrições à sua mobilidade no mercado de trabalho³¹, em proposição muito semelhante àquelas feitas pelas cortes da Justiça do Trabalho, como apontado acima. De forma contra-intuitiva, Posner também demonstra que a pesquisa empírica tem provado ao contrário: salários costumam diminuir em estados norte-americanos que fazem o *enforcement* das cláusulas

indenização pela impossibilidade do exercício da atividade, for estabelecida por tempo excessivo, não for fixada a região e a atividade em que é vedada a concorrência”. (MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*, p. 134).

³⁰ “A cláusula de não concorrência é a obrigação pela qual o empregado se compromete a não praticar pessoalmente ou por meio de terceiro ato de concorrência para com o empregador, tratando-se, pois, de uma obrigação de natureza moral e de lealdade. Essa pactuação especial no contrato de trabalho, insere no âmbito da esfera dos interesses privados do empregador e do empregado, deve ser considerada válida, levando-se em consideração a boa-fé e a razoabilidade contratual. A previsão de não concorrência impõe obrigações recíprocas para as partes e deve ser regulamentada a fim de que possa gerar efeitos tanto para o empregador quanto para o empregado no caso de descumprimento”. (TST; AIRR 0011496-87.2013.5.01.0205; Segunda Turma; Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta; DEJT 21/02/2020; Pág. 2673).

³¹ Como visto, a legislação trabalhista brasileira parece ter encontrado uma solução para esta situação, ao exigir a existência de indenização pela impossibilidade de exercício de atividade laboral, sob pena de declaração de invalidade da cláusula de não-concorrência.

de não-concorrência³². Os motivos para isso estão intrinsicamente ligados à concentração e redução da competição nos mercados de trabalho.

Aqui é necessário apresentar o conceito de monopsonio nos mercados de trabalho. Tradicionalmente, o poder de monopsonio se refere à situação quando há apenas um comprador ou consumidor do produto no mercado relevante sob análise, de forma que tal consumidor é capaz de ditar os preços que pretende pagar aos fornecedores, os quais não possuem alternativa a não ser aceitar vender o produto por aquele preço. Algo semelhante acontece nos mercados de trabalho. Hipoteticamente, caso exista somente um empregador disponível em dada região, tal empregador deterá poder de mercado suficiente para oferecer salários abaixo do valor competitivo e mesmo assim possuir demanda para suas vagas de emprego³³. Novamente lançando mão das lições de Eric Posner, tem-se que há três fontes primordiais do poder de monopsonio nos mercados de trabalho: custos de oportunidade para a procura de um novo emprego (*search frictions*), diferenciação de empregos e concentração do mercado de trabalho.

Custos de oportunidade dizem respeito às dificuldades que um trabalhador enfrenta para encontrar um emprego. Procurar um emprego não é algo simples e demanda bastante tempo por parte do trabalhador. Esta situação cria uma vantagem para o atual empregador: por saber dos custos associados à mudança de emprego, o empregador sabe que os incentivos para que seu empregado mude de emprego são pequenos, de forma que o empregador poder diminuir e até mesmo deixar de aumentar o salário do empregado por saber que ele não irá buscar uma posição diferente.

O segundo fator aborda as características distintivas de cada emprego. Está a se falar aqui tanto de conveniências oferecidas aos empregados – desde refeitórios até transporte – quanto também outros fatores além do

³² POSNER, Eric. Antitrust's Labor Market Problem. *ProMarket*. November 8, 2021.

³³ “In a perfectly competitive labor market each worker would receive the marginal value of his or her labor. But the firm with market power in the market where it purchases labor will suppress its purchases, driving the wage down. Compared to a perfectly competitive labor market, monopsony leads to lower employment and lower wages. *Ceteris paribus*, lower employment also entails lower production on the output (product) side. Ultimately, imperfect competition in the labor market has the same kind of depressing effect on production as imperfect competition in the product market”. (MARINESCU, Ioana; HOVENKAMP, Herbert J. Anticompetitive Mergers in Labor Markets. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2019, p. 1038).

salário que os empregados levam em consideração no momento de aceitar uma oferta de emprego, como a localização do local de trabalho. Empregadores possuem incentivos para se diferenciarem de seus competidores, evitando que sua mão de obra se torne *commodity*, podendo ser aplicada em qualquer outra empresa do ramo. Além disso, políticas de fidelização do emprego, a partir da cultura corporativa do local de trabalho, também são instrumentos úteis para manter o empregado³⁴.

Por fim, a concentração do mercado trabalho seja talvez a principal causa de existência do poder de mercado de empresas nas relações de trabalho. Uma única firma maximiza seus lucros ao optar por pagar aos empregados um salário menor que o salário teoricamente competitivo para o mercado. Isso ocorre porque a empresa está ciente que os empregados não podem se demitir e conseguir outro emprego, pois não há empregadores suficientes para suportarem a demanda de força de trabalho. Dessa forma, o emprego deve aceitar o salário reduzido ou enfrentar as dificuldades inerentes à busca de recolocação.

Esta situação se torna ainda mais preocupante quando cláusulas de não-concorrência são utilizadas pelos empregadores, criando obstáculos adicionais para a mobilidade do empregado, o que causa danos não somente ao próprio empregado, mas também ao mercado de trabalho como um todo, pois há um custo social associado às cláusulas de não-concorrência.

Primeiro, o *non-competes* cria um custo adicional para o empregado, na medida em que o obriga a continuar trabalhando para seu empregador atual, em que pese existir uma oferta melhor de outro empregador. Isto fica ainda mais evidente quando se constata que raramente os empregados possuem poder de barganha para pleitear um aumento em seus rendimentos devido à inclusão da cláusula de não-concorrência nos contratos – e, por muitas vezes, nem sabem que estão vinculados a tais cláusulas.

³⁴ “Não necessariamente o empregador precisa agir diretamente sobre o salário para diminuir o poder de barganha do empregado. Ele pode recorrer a práticas que restringem a concorrência, tais como a imposição de exclusividade para com seus funcionários, proibindo-os de trabalhar para outras empresas, ou a criação de mecanismos de exclusividade ou fidelização de fato, tais como recompensas crescentes pelo tempo de serviço – o que por outro lado também pode ser benéfico para o empregado”. (FRADE, Eduardo Frade; MACHADO, Henrique Felix. Antitruste e mercado de trabalho. *Jota*, 24.09.2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrenca-regulacao/antitruste-e-mercado-de-trabalho-24092020>>).

Em pesquisa realizada por Starr, Prescott e Bishara em 2014, esta situação se tornou mais clara a partir de dados empíricos³⁵. Os autores entrevistaram 11.505 trabalhadores com o objetivo de avaliar qual a fração de trabalhadores sujeitos a cláusulas de não-concorrência, como se dava o processo de negociação de tais cláusulas e como elas afetam o mercado de trabalho como um todo. De acordo com os dados da pesquisa, cerca de 38,1% dos entrevistados afirmaram já ter assinado uma cláusula de não-concorrência em algum momento de suas vidas e cerca de 28 milhões de indivíduos estavam vinculados a cláusulas de *non-competes* no período de realização da pesquisa em 2014.

Cláusulas de não-concorrência podem resolver problemas de incentivos, mas também podem ser consideradas como a origem de efeitos anticompetitivos, funcionando como verdadeira restrição concorrencial entre as empresas, causando redução salarial dos empregados e também reduzindo a livre circulação de informações nos mercados³⁶.

Entretanto, em que pese existir evidências claras dos efeitos deletérios causados por *non-competes* nos mercados de trabalho, ainda há muita reticência quanto a procedimentos antitruste que abordem diretamente este tema. Eric Posner, comentando a realidade do *caselaw* norte-americano, relata que as bases de dados não possuem qualquer registro sobre empregados que conseguiram questionar suas cláusulas de não-concorrência nas cortes americanas³⁷.

³⁵ STARR, Evan; PRESCOTT, J. J.; BISHARA, N. Noncompetes in the U.S. Labor Force. *University of Michigan Law & Economics Research Paper*, no. 18-013, 2019.

³⁶ Sobre a utilização de cláusulas de não-concorrência para fins anticompetitivos, Starr, Prescott e Bishara afirmam: “Employers might even deploy noncompetes when they are entirely unenforceable (because they are not relying on actual enforceability to align incentives), hoping instead that the *in terrorem* effects of the contract will hold employees to their (unenforceable) promises. This view also challenges the notion that employees will be adequately compensated for entering into a noncompete: employers may impose a noncompete requirement only *after* an applicant has accepted an employment offer, often on the first day of the job, when the employee’s bargaining power is much diminished”. (STARR, Evan; PRESCOTT, J. J.; BISHARA, N. *Noncompete agreements in the U.S. Labor Force*, p. 2).

³⁷ Recentemente, a Suprema Corte americana abordou o tema do monopólio em mercados de trabalho e os possíveis efeitos anticompetitivos que podem surgir de seu exercício. Sobre o tema, cf. RENZETTI, Bruno. What does *NCAA v. Alston* tell us about antitrust and labor markets? In.: *ProMarket – The Publication of the Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business*, July 09, 2021. Disponível em: <<https://promarket.org/2021/07/09/ncaa-alston-scotus-antitrust-labor-monopsony/>>

Para o autor, há alguns motivos específicos para tanto. Primeiramente, argumenta-se que os efeitos das cláusulas de não-concorrência são *de minimis* e eminentemente privados, sem maiores reflexos para a coletividade, de forma que não deveriam ser analisados pelas lentes do direito antitruste. No ambiente brasileiro, tal justificativa muito se assemelha às questões de lide privada, hipótese expressa de afastamento de competência do CADE, de acordo com o art. 134, §2º, do Regimento Interno do CADE.

Posner também aponta que a forma de interpretação das cláusulas de não-concorrência contribui para este cenário. As cortes costumam analisar *non-competes* sob a regra da razão e não empregam a interpretação *per se*. Esta dinâmica cria um grande ônus da prova para autores dos processos antitruste, que possuem dificuldades para provar os danos causados pela cláusula, principalmente quando o autor é um empregado individualmente considerado. O autor argumenta que *non-competes* deveriam ser considerados como infrações por objeto, pois a literatura já foi capaz de demonstrar que cláusulas de não-concorrência causam efeitos anticompetitivos no mercado – por exemplo, redução de salários. Mesmo que não se aceite a análise *per se*, parece ser razoável que as cortes flexibilizam os requisitos para a análise sob a regra da razão, como a necessidade de existência de poder de mercado para tais casos específicos.

6. A posição inicial do CADE sobre o tema: o caso do setor de healthcare

A discussão sobre aplicação do Direito da Concorrência a questão relativas ao mercado de trabalho tomou novos contornos no cenário brasileiro com a instauração do Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61, envolvendo práticas anticompetitivas no mercado brasileiro de trabalhadores empregados na indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para a saúde, conhecidos também como serviços de *healthcare*. A instauração do Processo Administrativo foi lastreada no arrazoado produzido pela CGAA8 e consubstanciado em sua Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE.

O grande mérito da Nota Técnica está em reconhecer que os mercados de trabalho podem, sim, ser objeto de condutas anticompetitivas, tendo como prejudicados os trabalhadores do mercado em questão. Citando muitos dos textos e estudos já apontados neste artigo, a Nota Técnica navega por

temas como acordos de fixação de remuneração, acordos de não-contratação de trabalhadores (*no-poach agreements*), trocas de informações sensíveis, cláusulas de não-concorrência e formas de abuso do poder de monopólio.

A Nota Técnica deixa clara a posição da Superintendência-Geral com relação a alguns destes temas. Primeiro, o documento deixa claro que acordos de fixação de remuneração entre diferentes empregadores (que não se restringem somente aos salários percebidos pelos empregados, mas também outros benefícios oferecidos a eles) devem ser considerados como infrações por objeto³⁸, de forma semelhante a um cartel ou influência à adoção de conduta comercial uniforme³⁹. Da mesma forma, acordos de não-solicitação de empregados são considerados como conduta colusiva, reclamando a aplicação da teoria de infração por objeto também nesta ocasião.

Todavia, ao analisar as particularidades da conduta, a Nota Técnica elenca duas possíveis exceções à ilicitude pelo objeto em *no-poach agreements*: em situações de franquia e nas alienações de empresas, estabelecimentos e fundos de comércio. Com relação à primeira exceção, a Nota Técnica se alinha às conclusões esposadas por Marinescu e Hovenkamp em artigo específico sobre o tema, de forma que não será objeto de comentários neste artigo. Por outro lado, faz-se necessário tecer comentários sobre a forma que a Nota Técnica maneja a segunda exceção apresentada.

Nos parece que a Nota Técnica em comento errou ao elencar que acordos de não-solicitação podem ser permitidos entre contratantes nos casos de alienações de empresas, estabelecimentos e fundos de comércio. Para tanto, utilizou como base legal o art. 1.147 do Código Civil, o qual, como visto na parte inicial deste texto, se refere às cláusulas de não-concorrência entre adquirente e alienante em casos de trespasse de estabelecimento comercial. Não se trata, aqui, de situações de não-contratação, mas sim de não-concorrência. E a própria Nota Técnica assim reconhece, pois, logo após citar o art. 1.147 como exceção à não-contratação, diz que “*as cláusulas de não competição*

³⁸ “66. O tratamento por objeto se justifica porque essas condutas eliminam a concorrência da mesma forma irremediável que os acordos para fixar preços de produtos ou alocar clientes, que tradicionalmente têm sido investigados e processados como infrações de cartéis. Não há, assim, sequer a necessidade de se perquirir os efeitos da conduta, visto a presunção de ilicitude pelo próprio objeto anticompetitivo da prática”. (Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE)

³⁹ Com enquadramento no art. 36, I ou II ou, ainda, no art. 36, §3º, I e II, da Lei nº 12.529/2011.

entre adquirente e alienante são objeto de duradoura preocupação do Cade (...) A prática do Cade nesta situação, portanto, é exigir que as restrições à disputa sejam diretamente relacionados e necessárias à implementação de uma transação”. Em seguida, a Nota Técnica cita precedentes do CADE sobre situação de não-competição para embasar sua opinião sobre acordos de não-contratação.

Ainda que a Nota Técnica traga, em seu tópico II.1.3.2.1., uma seção específica sobre Cláusulas de Não Concorrência, nota-se que houve certo equívoco no manejo dos conceitos de não-contratação e não-concorrência, acarretando também em imprecisões quanto as situações em que seriam aplicadas as exceções do tratamento por objeto para cada uma das situações.

Como visto, a Nota Técnica elencou o art. 1.147 do Código Civil como uma defesa no que se refere à classificação como infração por objeto pela utilização de cláusulas de não-contratação. No entanto, tal posicionamento não parece correto. Em verdade, o referido dispositivo do Código Civil deve ser utilizado como uma exceção para as situações de *não-concorrência*. Salienta-se que a imprecisão do manejo dos termos é corroborada pela citação, na própria Nota Técnica, das Súmulas 4 e 5 do CADE, editadas em 2009, mas que versam somente sobre não-concorrência.

Cláusulas de não-concorrência e cláusulas de não-solicitação são ambas capazes de gerar efeitos anticompetitivos nos mercados de trabalho em que estejam inseridas, mas isto não significa dizer que sejam idênticas. Cada uma das disposições possui particularidades importantes e que devem ser analisadas de maneira detalhada pelas autoridades da concorrência quando se depararem com casos que assim exijam.

7. Conclusão

A discussão que floresce nos Estados Unidos é relevante para o cenário brasileiro, mas não se aventa a possibilidade de um simples transplante jurídico, dada as particularidades do antitruste em cada jurisdição. Cláusulas de não-concorrência não são ilegais no Brasil, seja pela ótica do direito trabalhista ou pelas lentes do direito concorrencial. Relações de trabalho devem ser levadas em consideração tanto no controle de condutas quanto de estruturas. O risco da criação de monopônios em mercados de trabalho também deve ser

levado em consideração em atos de concentração em mercados específicos. Mercados relevantes considerados como “nichos”, que possuem a atuação de poucas empresas, devem ser objeto de maior atenção pela autoridade da concorrência. Como exemplo, basta verificar que umas das primeiras investigações sobre cláusulas de não-solicitação nos Estados Unidos foi no Vale do Silício entre empresas líderes do segmento de tecnologia⁴⁰.

Além do controle de condutas, maior escrutínio durante o controle de estruturas também se mostra como uma solução possível para melhor identificar preocupações relacionadas aos mercados de trabalho afetados por um ato de concentração. Tem-se aqui potencial para ampliação do formulário de notificação presente na Resolução nº 33/2022, com a adição de requerimentos que digam respeito aos possíveis impactos do ato de concentração nos mercados de trabalho afetados pela operação. Sugere-se que haja a adição de requerimentos específicos no formulário exigindo que as partes envolvidas apresentem estimativas sobre o número de trabalhadores impactados pela operação, bem como possíveis alterações em seus contratos de trabalho decorrentes do ato de concentração.

Espera-se que a maior proeminência de plataformas digitais como intermediadoras de relações de trabalho também reforce a discussão acerca do poder de mercado na “dimensão trabalho”⁴¹. Da mesma forma, atos de concentração do tipo *acquihring* podem também trazer à tona discussões relativas a relações de trabalho e mobilidade de trabalhadores.

Não há mais espaço para se falar entre distanciamento do direito concorrencial e direito do trabalho. As relações de trabalho, consagradas no contrato individual de trabalho, possuem efeitos para além das partes que o celebram. É necessário que a autoridade brasileira da concorrência esteja atenta para estes arranjos, avaliando a existência de cláusulas restritivas de mobilidade do trabalhador em atos de concentração e na avaliação de potenciais condutas anticompetitivas nos diversos mercados de trabalho.

⁴⁰ MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. Why Has Antitrust Failed Workers? *Cornell Law Review*, vol. 105, n. 5, p. 1344.

⁴¹ Sobre o tema, cf. relatório elaborado pelo *Thurman Arnold Project* da Universidade de Yale, abordando exatamente questões relacionadas sobre antitruste e mercados de trabalho no ambiente da *gig economy*. Disponível em: < <https://som.yale.edu/sites/default/files/TeamLabor-Final.pdf>>.

Bibliografia

ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. *Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC*, September 22, 2021. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/public-statements/2021/09/memo-chair-lina-m-khan-commission-staff-commissioners-regarding-vision>>

ESTADOS UNIDOS. White House, *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy>>

FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª ed., rev., ampl. e atual, 2019.

FRADE, Eduardo Frade; MACHADO, Henrique Felix. Antitruste e mercado de trabalho. *Jota*, 24.09.2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrencia-regulacao/antitruste-e-mercado-de-trabalho-24092020>>.

FURQUIM, Paulo de Azevedo. *Contratos: uma perspectiva econômica*, 2005. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/322722260>>.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis de. *Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRAU, Eros; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINESCU, Ioana; HOVENKAMP, Herbert J. Anticompetitive Mergers in Labor Markets. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2019.

MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric. Why Has Antitrust Failed Workers? *Cornell Law Review*, vol. 105, n. 5.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

OECD. *Competition Issues in Labor Markets – Note by Brazil*, 2020. 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)>

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

POSNER, Eric. *The Antitrust Challenge to Covenants Not to Compete in Employment Contracts*. 83 *Antitrust Law Journal* 165 (2020).

RENZETTI, Bruno. What does *NCAA v. Alston* tell us about antitrust and labor markets? In.: *ProMarket – The Publication of the Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business*, July 09, 2021. Disponível em: <<https://promarket.org/2021/07/09/ncaa-alston-scotus-antitrust-labor-monopsony/>>

RIVERA, Amanda A. L. M.; DOMINGUES, Juliana O.; SOUZA, Nayara M. S.; O Improvável Encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste. In.: *Revista do IBRAC*, vol. 24, n. 2, 2019.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Ed. Almedina, 2009.

RUBIN, Paul H.; Shedd, Peter. Human Capital and Covenants Not to Compete. *The Journal of Legal Studies*, vol. 10, n. 1, (Jan., 1981).

SILVA, Márcia Luisa da; SILVA NETO, Orlando Celso da. A Cláusula de Não-Concorrência como Elemento Indicativo de Gun-Jumping. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 5, n. 2, 2017.

STARR, Evan; PRESCOTT, J. J.; BISHARA, Norman. Noncompetes in the U.S. Labor Force. *University of Michigan Law & Economics Research Paper*, no. 18-013, 2019.

WU, Tim. *The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech*. Disponível em: <https://onezero.medium.com/the-utah-statement-reviving-antimonopoly-traditions-for-the-era-of-big-tech-e6be198012d7>>