

Concorrência para além das autoridades antitruste nos EUA e no Brasil

Autor(a): Amanda Athayde

Publicado em: 11 de janeiro de 2022

Publicação: jota_import

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/amanda-athayde/concorrenca-para-alem-das-autoridades-antitruste-nos-eua-e-no-brasil>

Fonte original:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/concorrenca-para-alem-autoridades-antitruste-eua-brasil>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/amanda-athayde/concorrenca-para-alem-das-autoridades-antitruste-nos-eua-e-no-brasil#ep-34383b40

Resumo

Há espaço no Brasil para uma movimentação antitruste como a feita pelo governo dos EUA para fomentar a competitividade dos mercados?

Texto integral

Muito se tem dito sobre uma famosa Executive Order publicada pelo presidente dos Estados Unidos, Joe Biden, em 9 de julho de 2021. Quais as suas repercussões ao direito antitruste? A Executive Order, doravante denominada “decreto norte-americano”, endereçou uma série de políticas governamentais alinhadas ao direito da concorrência. Com o objetivo de promover o crescimento econômico, o decreto norte-americano estabeleceu mais de 70 iniciativas para lidar com a problemática da pressão anticompetitiva na economia. Foram visados os setores diversos setores, como de trabalho; médico-farmacêutico; transportes; tecnologia; internet; agricultura e financeiro. Foi autorizada ainda a revisão de operações anteriores de fusão e aquisição, como se detalhará abaixo. Segundo o decreto norte-americano, o setor de trabalho seria impactado por práticas de cartéis de fixação salarial (wage-fixing cartels), acordos de não contratação de trabalhadores (no-poach agreements) e os acordos de não competição (non compete agreements). Para conter tais práticas, o decreto norte-americano determina à Federal Trade Commission (FTC) banir ou limitar non-compete agreements; e fortalecer guias antitruste para prevenir a colusão entre empregadores com a consequente redução de benefícios aos trabalhadores por meio do compartilhamento de informações entre eles. Ademais, quanto ao setor médico-farmacêutico, o decreto norte-americano identifica quatro áreas onde a falta de competição aumentaria preços e reduziria a qualidade do atendimento: prescrição de medicamentos; aparelhos auditivos; hospitais; plano de saúde. Quanto à prescrição de medicamentos, o decreto norte-americano identifica que o alto preço dos remédios no país ocorreria devido à falta de competição entre os fabricantes, cuja principal estratégia são acordos de pay for delay, pelos quais os fabricantes de medicamentos de marca pagam para os fabricantes de genéricos para permanecerem fora do mercado. Para mitigar tais, o decreto norte-americano determina que a Food and Drug Administration (FDA) importe medicamentos do Canadá; a Health and Human Services Administration (HHS) aumente o apoio aos medicamentos genéricos, que oferecem preços menores aos consumidores; a HHS enderece plano para combater o aumento de preços dos fármacos; e a Federal Trade Commission (FTC) proíba acordos como o

pay for delay. A problemática quanto aos aparelhos auditivos, por sua vez, seria relevante dado que apenas 14% dos 48 milhões de americanos com perda de audição utilizam o aparelho. O equipamento custaria mais de US\$ 5.000 e, na maior parte das vezes, não é abarcado pelo plano de saúde. Seria necessário ainda que os consumidores apresentem receita prescrita por médico, fato considerado dispensável por especialistas, e que encarece o acesso ao aparelho. À vista disso, o decreto norte-americano determina que a Health and Human Services Administration crie regras para autorizar a venda dos aparelhos sem prescrição médica. No que tange à consolidação hospitalar, o decreto sinaliza que fusões não analisadas pelas autoridades governamentais ensejariam a saída de hospitais de inúmeras localidades, sobretudo de áreas rurais. Desde 2010, 138 hospitais rurais teriam fechado, incluindo 19 no ano de 2020, em meio a uma crise sanitária. O decreto norte-americano, dessa forma, autoriza que o Department of Justice (DOJ) revise as diretrizes de fusões para assegurar que pacientes não sejam prejudicados por esse fenômeno de concentração econômica hospitalar. O decreto sinaliza que o consumidor também teria as suas opções de escolha escassas no que concerne aos planos de saúde. A comparação entre os atributos dos planos não é facilitada, dado que as empresas organizariam as suas informações de forma a dificultar o entendimento do cliente. A consolidação empresarial, mais uma vez, seria a preconizadora dessa adversidade. O decreto, desse modo, determina que a HHS padronize as opções de planos de saúde a nível nacional com vistas a facilitar a comparação. Por sua vez, o cenário de preocupações concorrenciais norte-americano é similar no setor de transportes, com o domínio do mercado por grandes empresas nos mercados aéreo, ferroviário e marítimo. Especificamente no transporte aéreo, o decreto sinaliza que as quatro maiores empresas controlariam dois terços do mercado doméstico. O arrefecimento da competição contribuiria, por seu turno, para o aumento das taxas de bagagem e de cancelamento indiscriminadamente. O decreto norte-americano então estabelece que o Department of Transportation (DOT) estabeleça regras claras acerca de reembolso por parte da companhia aérea quando do atraso na entrega de bagagem ou quando a prestação do serviço não for condizente com o acordado. Além dessas medidas, o decreto determina que o DOT deve criar regras exigindo que as taxas de bagagem, cancelamento e alteração de voos sejam divulgadas ao cliente. Quanto ao transporte ferroviário, o decreto afirma que, na década de 1980, o mercado nos EUA possuía 33 empresas de frete, e hoje atuariam apenas sete. Essas empresas poderiam privilegiar seu próprio tráfego de carga, dificultando a prestação de serviços das demais empresas de carga e passageiros. Sendo assim, o decreto norte-americano demanda que seja viabilizado o transporte de passageiros pelas empresas dominantes do setor, bem como se comprometam a tratar as demais companhias de forma justa. No que concerne ao transporte marítimo, as 10 maiores companhias marítimas teriam controlado, em 2000, 12% do setor, e em 2021 já controlariam mais de 80%. O monopólio teria feito com que se viabilizasse a cobrança de taxas de detenção e sobrestadia, conforme o tempo de descarregamento ou carregamento das cargas. O decreto norte-americano então encoraja a Federal Maritime Commission (FMC) a garantir uma fiscalização rigorosa contra as empresas que cobram dos exportadores americanos taxas desproporcionais. Por sua vez, no setor de tecnologia, o decreto tem como foco quatro áreas nas quais empresas dominantes do ramo estariam minando a competição e reduzindo a inovação: compra de concorrentes em potencial por plataformas de Big Tech; retenção de grande quantidade de dados pessoais pelas Big Tech; competição injusta com pequenas empresas; bloqueio de oficinas de conserto independentes por parte dos fabricantes de celulares e equipamentos eletrônicos. Com vistas a conter essas condutas, anunciou-se uma política de mais pormenorizada análise sobre fusões, com atenção particular à aquisição de competidores

nascentes, bem como regras que barram métodos injustos de competição no setor. Ainda, o decreto norte-americano instrui ao FTC o estabelecimento de regras de segurança e acúmulo de dados, como também de regras contra restrições anticompetitivas acerca do uso de lojas de conserto independentes. Em relação aos serviços de internet, o decreto norte-americano esclarece que poderiam ser evidenciados os seguintes aspectos: falta de competição entre os provedores de banda larga; falta de transparência no preço; altas taxas de rescisão; desaceleração discriminada do acesso à internet pelas empresas. Para conter essas práticas, o decreto norte-americano estabelece medidas para prevenir que provedores de internet pratiquem atos colusivos que limitam as escolhas dos clientes; requer que as empresas notifiquem os preços dos serviços à Federal Communications Commission (FCC); limita taxas de rescisão excessivas; e revive o programa chamado Net Neutrality rules, cujo objetivo é determinar que as empresas tratem todos os serviços de internet equitativamente. No âmbito da agricultura, o decreto norte-americano apresenta a visão de que um mercado menos competitivo impediria a plena atividade de agricultores de pequeno porte. Isso porque estes ganhariam menos quando vendem seus produtos, mesmo que os preços tivessem subido nos armazéns. Por exemplo, quatro empresas de processamento de carne dominariam 80% do mercado e, nos últimos cinco anos, a participação dos produtores de pequeno porte no preço da carne bovina teria caído em mais de um quarto, enquanto o preço da carne teria aumentado. Além disso, esse contexto afetaria a capacidade de os agricultores consertarem seus próprios equipamentos, como também de recorrerem a lojas de conserto independentes. Os fabricantes utilizariam mecanismos que impediriam o conserto por pessoas que não são distribuidores do produto, o que, por consequência, forçaria os fazendeiros a pagarem altas taxas para ter seu produto consertado. À vista disso, o decreto instrui o United States Department of Agriculture (USDA) a desenvolver um plano para aumentar as oportunidades para os agricultores de acessar os mercados e receber um retorno justo. Ainda, incentiva a FTC a limitar a conduta pela qual os fabricantes de equipamentos agrícolas restringem a capacidade das pessoas de usar oficinas independentes e consertar seus próprios tratores. Por fim, o decreto aponta para preocupações no âmbito financeiro. Nas últimas quatro décadas, os Estados Unidos teriam perdido 70% dos bancos que outrora tiveram, com cerca de 10 mil fechamentos de bancos. Essa situação teria se dado muito em razão de fusões e aquisições. Apesar de existir revisão desses atos, as autoridades governamentais não negaram um processo de fusão de bancos em mais de 15 anos. O decreto, dessa forma, instrui o DOJ a atualizar as diretrizes na fusão de bancos para ensejar um escrutínio maior dessas operações. Nesse sentido, o memorando de Lina Khan [1], atual presidente da FTC, espelha a nova diretrix antitruste do governo. Publicado em 22 de setembro de 2021, o memorando possui uma abordagem estratégica focada nos seguintes pontos: identificar danos; tratar a raiz de condutas colusivas; utilizar uma abordagem empírica; estar atento às novas práticas comerciais; democratizar a instituição. No que tange à identificação de danos, o memorando incentiva o enfoque nas assimetrias de poder e nas práticas ilegais que as disparidades de poder ensejam. A partir da análise das práticas anticompetitivas, seria possível enfrentar os danos significativos aos mercados. Em segundo lugar, é incentivada a identificação da causa primária de condutas colusivas, de forma a endereçar políticas antitruste de forma facilitada, coibindo, assim, desdobramentos em potencial de outras práticas prejudiciais à concorrência. Dessa maneira, a concentração de esforços da autoridade antitruste direcionada à causa primeira da conduta anticompetitiva evitaria uma abordagem ineficiente, que imporia uma carga de fiscalização significativa com poucos benefícios a longo prazo. Em terceiro lugar, o memorando indica a necessidade de utilização de uma abordagem empírica, para melhor entender as práticas comerciais. O documento destaca que uma abordagem

interdisciplinar ajudaria a estreitar a lacuna entre a teoria e a prática. Em quarto lugar, é desejado que as autoridades antitruste se antecipem ao mercado, bem como tomem ações rápidas diante de novas práticas comerciais. Essa iniciativa tem por consequência o enfoque às novas tecnologias, inovações e indústrias nascentes entre os setores. A intervenção oportuna propiciaria a resolução da prática anticompetitiva enquanto ainda é incipiente, limitando danos e salvando recursos a longo prazo. Por fim, o memorando salienta que a FTC deveria ser democratizada. Como consequência, a agência deveria ser reconhecida como órgão governamental cujo papel interfere diretamente na distribuição de poder na economia. Também deveria significar que a instituição está atenta com os problemas reais enfrentados pelos americanos na sua vida cotidiana, de forma a utilizar esse entendimento para guiar as políticas. No que concerne às políticas prioritárias que vão guiar a atuação estratégica da agência, o memorando FTC de Lina Khan destaca três áreas de enfoque: consolidação empresarial; modelos extrativos de negócio; e termos contratuais que ensejam métodos injustos de competição. Nesse sentido, a agência tem como intuito endereçar medidas que coíbam a dominação do mercado possibilitadas por consolidações. Serão reforçados os procedimentos de análise de fusões e aquisições como também o escrutínio de empresas dominantes, onde a falta de concorrência tornaria a conduta ilegal mais provável. Além disso, salienta-se a necessidade de alocar os recursos da agência de forma estratégica nos agentes mais significativos, onde as ações de fiscalização poderiam ser mais efetivas. Em razão da crescente onda de fusões e aquisições, a agência anunciou projeto que revisitará as diretrizes deste instituto. As diretrizes anteriores demonstraram possuir uma estrutura desatualizada para coibir as práticas colusivas atuais a partir da fusão de empresas. Sendo assim, a revisão das diretivas possibilitaria o fechamento de lacunas entre a teoria e a prática, estabelecendo o alicerce para um controle mais efetivo e empiricamente fundamentado. Com efeito, reprimir modelos extrativos de negócio também está entre as prioridades da agência. É demonstrada preocupação com os intermediários dominantes do mercado, capazes de utilizar sua posição no mercado para alavancar taxas, ditar políticas anticompetitivas, e proteger e estender seu poder de mercado. Esse tipo de modelo de negócio centralizaria controle e lucro, enquanto terceirizaria riscos e responsabilidades, de forma a propiciar relações assimétricas entre a firma controladora e suas dependentes. Entrementes, a crescente projeção de modelos de negócio como o private equity provoca questionamentos sobre como essa forma de negócio poderia facilitar métodos anticompetitivos. A terceira área de enfoque pela FTC é a de termos contratuais que corroboram condutas não competitivas. As cláusulas contratuais unilaterais impostas por empresas poderiam ensejar abusos no poder de mercado, bem como levantariam preocupações consumeristas. Desse modo, consumidores, trabalhadores, franqueados e outros participantes do mercado estariam em desvantagem significativa quando são incapazes de negociar livremente os termos e condições. Por fim, o memorando destacou os objetivos operacionais da agência reguladora: utilizar uma abordagem interdisciplinar, deixando de lado as estacas entre proteção ao consumidor e à concorrência; expandir o alcance de atuação da FTC; e ampliar as habilidades institucionais, com enfoque na multidisciplinaridade. Nota-se, portanto, que a preocupação norte-americana com a competitividade no mercado é muito mais ampla do que simplesmente aquela política concorrencial implementada por suas agências antitruste, FTC e DOJ. Há uma preocupação ampla, que demanda a articulação entre diversas autoridades públicas, de modo a implementar a nova política pública. Feita essa apresentação, resta-nos refletir: há espaço, no Brasil, para uma movimentação de tal magnitude, de modo a fomentar a competitividade dos mercados? Para além do que pode ser feito pelo Cade e pela Seae, com suas respectivas atribuições definidas pela Lei 12.529/2011, o que mais pode ser feito por outros órgãos

governamentais brasileiros? WHITE HOUSE. Executive Order on Promoting Competition in the American Economy . 09 de julho de 2021. Disponível em: < FACT SHEET: Executive Order on Promoting Competition in the American Economy | The White House >. Acesso em 14 jul 2021. FEDERAL TRADE COMMISSION. Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC | Federal Trade Commission . 22 de setembro de 2021. Disponível em: < Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC | Federal Trade Commission >. Acesso em 8 dez 2020. [1] KHAN, M. Lina. Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC. Federal Trade Commission . 22 set. 2021. Disponível em: < Memo from Chair Lina M. Khan to Commission Staff and Commissioners Regarding the Vision and Priorities for the FTC | Federal Trade Commission >. Acesso em: 8 dez 2020.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

ATHAYDE, Amanda. Concorrência para além das autoridades antitruste nos EUA e no Brasil. *jota_import*, 11 jan. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/concorrenca-para-alem-autoridades-antitruste-eua-brasil>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/amanda-athayde/concorrenca-para-alem-das-autoridades-antitruste-nos-eua-e-no-brasil>. Acesso em: 26 ago. 2026.

APA 7ª edição

Athayde, A. (2022, January 11). Concorrência para além das autoridades antitruste nos EUA e no Brasil. **jota_import**. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/concorrenca-para-alem-autoridades-antitruste-eua-brasil>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

ATHAYDE, Amanda. 2022. “Concorrência para além das autoridades antitruste nos EUA e no Brasil.” **jota_import**, January 11. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/concorrenca-para-alem-autoridades-antitruste-eua-brasil>

BibTeX

```
@article{amanda-athayde-concorr-ncia-para-al-m-das-autoridades-a-2022,  
  author = {Athayde, Amanda},  
  title = {Concorrência para além das autoridades antitruste nos EUA e no Brasil},  
  journal = {jota_import},  
  year = {2022},  
  url = {https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/concorrenca-para-alem-autoridades-an  
titruste-eua-brasil},  
  urldate = {2022-01-11}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>