



FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL
Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional

**TEORIA DO PODER COMPENSATÓRIO APLICADA AO
MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR**

Leonardo José Peixoto Leal
Matr.: 0824000/X

Fortaleza–CE
Junho, 2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

LEONARDO JOSÉ PEIXOTO LEAL

**TEORIA DO PODER COMPENSATÓRIO APLICADA AO
MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação de conteúdo da Professora Doutora Unie Caminha.

Fortaleza - Ceará

2010

L435t Leal, Leonardo José Peixoto.

Teoria do poder compensatório aplicada ao mercado de saúde suplementar /
Leonardo José Peixoto Leal . - 2010.
112 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010.
“Orientação: Profa. Dra. Uinie Caminha.”

1. Concorrência (Direito). 2. Saúde suplementar. 3. Direito econômico.
4. Poder compensatório. I. Título.

CDU 346.546

LEONARDO JOSÉ PEIXOTO LEAL

**TEORIA DO PODER COMPENSATÓRIO APLICADA AO
MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR**

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Uinie Caminha – (orientadora) –

Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Prof^a. Dr^a. Gina Vidal Marcílio Pompeu

Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Prof^a. Dr^a. Denise Lucena Cavalcante

Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus pais, Pedro Valter Leal e Senem Peixoto de Oliveira Leal, base de tudo que sou hoje e responsáveis por mais essa conquista. Em especial ao meu pai como inspiração e exemplo na carreira jurídica e no magistério; e a minha mãe pela paciência dedicação, apoio e amor incondicionais, retiro tranqüilo nas horas de aflição, modelo de fé e espiritualidade.

A minha amada Myrela Carlos Sales, companheira fiel nos melhores e piores momentos, pelo auxílio e incentivo constante na minha carreira, demonstrando uma confiança inabalável na minha pessoa e, especialmente, pela paciência diante das várias horas furtadas de minha companhia no desenvolvimento desta pesquisa.

Aos meus irmãos Elvira Maria Leal e Pedro Henrique Peixoto Leal por todas as experiências adquiridas e vividas em conjunto, em especial ao meu irmão pelo grande incentivo e modelo na vida acadêmica e a minha irmã como companheira de militância na advocacia.

A minha querida avó Lucy Alencar que do auto de seus 89 anos sempre me foi fonte rica de grandes conhecimentos e constante aprendizado.

Aos meus queridos e sinceros amigos, novos e antigos, presentes ou distantes, mas sempre fundamentais na minha vida.

O consumidor é o elo mais fraco da economia: e nenhuma corrente pode ser mais forte do que o seu elo mais fraco.

Henry Ford

So you think that money is the root of all evil?" said Francisco d'Anconia. "Have you ever asked what is the root of money? Money is a tool of exchange, which can't exist unless there are goods produced and men able to produce them. Money is the material shape of the principle that men who wish to deal with one another must deal by trade and give value for value. Money is not the tool of the moochers, who claim your product by tears, or of the looters, who take it from you by force. Money is made possible only by the men who produce. Is this what you consider evil?"

Ayn Rand

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse: Dirigimo-nos não à sua humanidade mas à sua auto-estima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles. Ninguém, a não ser o mendigo, sujeita-se a depender sobretudo da benevolência dos semelhantes.

Adam Smith

Mas, senhores, os que madrugam no ler, convém madrugarem também no pensar. Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas idéias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas.

Ruy Barbosa

AGRADECIMENTOS

A DEUS, pela possibilidade de concluir esta pesquisa e o curso de Mestrado em Direito Constitucional.

À professora Uinie Caminha pela dedicação e paciência nesta orientação, sem a qual não seria possível desenvolver o tema e este trabalho.

Às professoras Gina Vidal Marcílio Pompeu e Denise Lucena Cavalcante que tão gentilmente aceitaram compor a banca examinadora deste trabalho.

À professora Amélia Soares da Rocha, pela constante orientação e auxílio como eterna professora e mestre, bem como pela incrível experiência de ter sido seu monitor, hoje colega e amigo.

A todos os professores do curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, eternos mestres e hoje colegas, sem os quais não poderia estar aqui, especialmente a: Ana Paula Araújo Holanda, Pedro Valter Leal, Francisco Lisboa Rodrigues, Sidney Guerra Reginaldo, Katherine Mihaliuc, Rômulo Weber T. Andrade, Eliane Mattos, Zainito Holanda e Jorge Helio Chaves.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional - PPGD da Universidade de Fortaleza pelos constantes ensinamentos, fundamentais na minha formação profissional e no desenvolvimento desta pesquisa, em especial a: Ginal Vidal Marcílio Pompeu, Uinie Caminha, Arnaldo Vasconcelos, Rosendo Amorin, Luciano Bezerra Lima, Samuel Barbosa, Maria Lírida Calou e Lilia Sales.

Aos professores Ana Paula Araújo Holanda, Amélia Soares da Rocha e José Alípio Frota Leitão, pela confiança depositada, aos quais devo diretamente a oportunidade no exercício do Magistério.

Aos meus colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito que tanto me ajudaram nas disciplinas e em tantos outros momentos, em especial a: Valter Moura do Carmo, sem o qual sequer estaria cursando mestrado, Nathalie de Paula Carvalho e Elisberg Lima que tanto me ajudaram na fase final da pesquisa, Joffre e Rodrigo Vieira, grandes colegas e amigos.

Aos meus cunhados, Mirella Arruda e Rogério Bezerra de Lima por todo auxílio prestado nos momentos de necessidade, bem como por contribuírem de maneira fundamental para felicidade de meus irmãos e, logo, minha também.

Aos professores Diana Macêdo Matos, Raimundo Amadeu Rocha Filho, Ernesto de Pinho P. Júnior, Juarez Alves, Barbosa Neto e Antônio Torquillo Praxedes, colegas de trabalho que tão gentilmente me acolheram, me auxiliaram e me auxiliam no início da carreira como professor.

Aos funcionários, orientadores e colegas de intercâmbio da Secretaria de Direito Econômico – SDE e Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, fonte inspiradora do presente trabalho, fundamentais na construção do pensamento pela Defesa da Concorrência no país. Em especial a: Carlos Emanuel Joppert Ragazzo, Mariana Tavares, Diego Faleck, Erick Jasper, Ana Maria, Pedro Tang Vidal, Marcel Stenner, André Werebe, Renata Patriota, Osmar Borduchi, David Menezes, Daniel Mattozinho, Alexandre Rangel e Luiz Fernando.

Aos Funcionários da Universidade de Fortaleza, trabalhadores incansáveis e essenciais para o bom andamento desta Instituição de Ensino, em especial aos da secretaria do PPGD: Patrícia, Michele, Lanuce, Ana Paula, Cynthia, Luis Carlos e aos secretários dos cursos de graduação em Direito e Ciências Contábeis: José Maria Júnior, Nadja Silva de Almeida e João Antonilson.

A todos da minha família, em especial ao meu querido avô Francisco Leal, homem simples e austero, e a minha tia Maria do Socorro Leal, grande exemplo na carreira jurídica, que me auxiliam a enfrentar o desafio da formação acadêmica e profissional.

A Jucileide Agostinho da Silva e João Victor Silva Moreira, contribuintes fundamentais e silenciosos deste trabalho e de tantos outros, em especial a este que, do auto de sua inocência, sequer imagina quanto me ajuda.

A todos os meus amigos, furtados de minha companhia nesses últimos meses, que tanto me ajudaram e aos quais devo muito do que sou, em especial a: Gabryela Carlos Sales, Igor de Souza Veras, Jackson Dnájá Nobre Figueiredo, Rodrigo Caminha Quintas Colares, Rodrigo de Carvalho Paes Loureiro e Saulo Borges Castro e Silva.

A todos os meus alunos dos cursos de Graduação em Direito, Administração, Ciências Contábeis e Tecnologia Legislativa da Universidade de Fortaleza e Universidade do Parlamento Cearense, pelas valorosas experiências compartilhadas, muitas das quais fundamentais para o desenvolvimento desta pesquisa.

RESUMO

A importância da pesquisa sobre o tema “Teoria do Poder Compensatório aplicada ao Mercado de Saúde Suplementar” é peculiar sendo sua abordagem necessária. O presente estudo trata do sistema brasileiro de defesa da concorrência e sua atuação perante o mercado de saúde suplementar. Trata-se de tema significativo no atual cenário da defesa da concorrência no Brasil que passa por uma verdadeira crise neste setor que responde por grande parte dos processos administrativos de antitruste no país. Primeiramente faz-se uma abordagem da defesa da concorrência e sua fundamentação no modelo capitalista liberal; em seguida é feito um estudo do sistema brasileiro de defesa da concorrência e sua atuação; posteriormente são traçados comentários acerca do mercado de saúde suplementar no Brasil e suas peculiaridades. Ao final, avalia-se a postura do SBDC em relação a esse mercado e a possibilidade de utilização da Teoria do Poder Compensatório. Conclui-se que urge na política antitruste brasileira um maior debate acerca desse setor em específico que demanda uma resposta efetiva, eficiente e definitiva do Estado regulador.

Palavras – chave: Concorrência. Saúde suplementar. Poder compensatório.

ABSTRACT

The importance of the research about the "Theory of the Countervailing Power in the Health Insurance Market" is peculiar and its approach is necessary. This study is going to examine the Brazilian system of antitrust and its performance before the Health Insurance Market. This subject is expressive in the actual situation of antitrust in Brazil, which is living a real crisis in this sector, responsible for the most of the administrative processes of antitrust in the country. At first, it is necessary to talk about the antitrust and its reasoning in the liberal capitalist model; after that is done a study of the Brazilian system of antitrust and its performance; then are made commentaries about the Health Insurance Market in Brazil and its characteristics. In the end, it evaluates the attitude of SBDC about this market and the possibility of utilization of Theory of the Countervailing Power. We conclude that it is necessary, in the Brazilian antitrust policy, a bigger discussion about this sector in particular that demands an effective, efficient and final answer by the government.

Keywords: Antitrust. Health insurance. Countervailing power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 MERCADO, REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA.....	16
1.1 Mercado	16
1.1.1 Falhas de mercado	
1.2 Estado Regulador: Concorrência e Regulação.....	23
1.2.1 Posição do Estado Brasileiro – Ordem Econômica na CF/88	
1.3 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.....	31
1.3.1 Estrutura e Funcionamento	
1.4 Lei 8.884/94 <i>Per si</i> e Regra de Razão.....	35
1.4.1 Análise de Atos de Concentração	
1.4.2 Infrações a Ordem Econômica	
1.4.3 Análise Econômica do Direito e Defesa da Concorrência	
1.5 Projeto de Lei nº 3.937/04 SuperCADE e Alterações no Sistema.....	47
2 MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR.....	53
2.1 Mercado de Saúde	53
2.1.1 Saúde como Direito Fundamental e dever do Estado	
2.2 Mercado de Saúde Suplementar.....	61
2.2.1 SUS e Saúde Suplementar no Brasil	
2.2.2 Agência Nacional de Saúde - ANS	
2.3 Falhas no Mercado de Saúde Suplementar e atuação SBDC.....	70
3 TEORIA DO PODER COMPENSATÓRIO.....	75
3.1 Poder de Mercado	75
3.1.1 Necessidade de intervenção estatal	
3.2 Poder de Compra.....	80
3.2.1 Efeitos na Economia	
3.2.2 Negligência do SBDC	
3.2 Cartelização como resposta a concentração – Teoria do Poder Compensatório.....	84

3.3.1 Posicionamento SBDC: SDE e CADE

CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS.....	105

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é fazer uma análise acerca do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e sua atuação, em relação ao Mercado de Saúde Suplementar. O intuito é, considerando a estrutura e normatização do antitruste no Brasil, averiguar o tratamento dado a este mercado.

A ideia da pesquisa surgiu do privilégio, experimentado pelo autor, de participar, em julho de 2007 e janeiro de 2009, na cidade de Brasília, do programa de intercâmbio da Secretaria de Direito Econômico - SDE, Órgão do Executivo, vinculada ao Ministério da Justiça e integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC.

Em ambas as experiências, foram desenvolvidas atividades teóricas e práticas como discussões, palestras, debates, elaboração de pareceres, análise de processos administrativos e desenvolvimento de pesquisas nas áreas de defesa da concorrência e do consumidor. Durante um dos debates, veio à baila a questão do mercado de saúde suplementar e o tratamento da autoridade de defesa da concorrência dada ao setor, o que gerou grande divergência de posições.

Diante disso, resolveu-se aprofundar a questão por intermédio de uma pesquisa ampla, em relação ao mercado de saúde suplementar, sua atual posição no cenário brasileiro, e a atuação do estado regulador nesse setor tão delicado e importante para população brasileira e para classe médica como um todo que, via de regra, se utiliza da intermediação de operadoras de planos de saúde.

A defesa da concorrência visa o ideário da concorrência perfeita, ou seja, que, nas relações de mercado, nenhum dos indivíduos detenha poder suficiente (poder de mercado) para alterar ou determinar, a seu critério, os elementos dessas relações, como preço, produção, criação de barreiras a entrada de novos concorrente ou quaisquer medidas, com o intuito de

diminuir ou eliminar a concorrência, ou seja, objetiva-se que existam consumidores e produtores em quantidades equivalentes, agindo de forma independente.

Tal instituto surgiu após a definição do posicionamento do Estado e da adoção dessa posição, pelo legislador constituinte, de interventor e regulador da economia, sem, no entanto, existir a participação do estado de maneira direta. Questão curiosa é que, em relação ao serviço de saúde, tem-se como dever precípua do Estado a assistência gratuita e universal, esculpida, inclusive, nos arts. 5º, 6º e 196 da Constituição Federal de 1988.

No entanto, é cediço que a qualidade desse serviço, prestado de maneira direta pelo Estado, é precária, havendo carência de estrutura e pessoal, para atender a toda a demanda da população. É certo que os privilegiados, que dispõem de condições financeiras, preferem a utilização dos serviços de assistência médica particular, por entenderem que neles são melhor atendidos e assistidos. Assim, os gastos se revertem em investimento na saúde e longevidade.

O mercado de saúde suplementar corresponde ao serviço médico prestado, não diretamente pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, mas pela iniciativa privada, por meio de contratos particulares. Tal relação entre médicos e pacientes, em regra, é intermediada por uma operadora de plano de saúde ou seguro saúde, em que os segurados pagam uma taxa mensal para poderem, em caso de necessidade, utilizar-se dos serviços médicos.

Referida intermediação se justifica pelas especificidades dessa relação, uma vez que não se sabe ao certo quando haverá necessidade de assistência médica hospitalar. Logo, não é possível programar, de maneira precisa, tais gastos. Mais ainda, realizando um pagamento mensal, tem-se a segurança do plano de saúde, evitando-se “surpresas”, ou seja, remunerar diretamente, quando houver necessidade, consulta particular, atendimento, cirurgia, exames, os quais podem ser bastante dispendiosos. Além de gerarem um gasto imediato não previsto, onerando o orçamento, tal pagamento pode se tornar inviável. O pagamento parcelado de um seguro saúde acaba sendo uma opção inteligente, em termos econômicos.

Os médicos, que precisam atender a pacientes e realizar procedimentos para gerarem seu sustento, salvo exceções de médicos de renome, findam por necessitar, também, dessa intermediação de operadoras, que garantem um fluxo constante de clientela, chegando alguns médicos, inclusive, a se fidelizarem a determinada operadora, gerando quase que uma relação de emprego com todos os seus requisitos e suas características.

Diante disso, no Brasil, o mercado de saúde suplementar sofre uma falha emblemática: as operadoras de plano de saúde estabelecem contratos com consumidores finais, de forma que estes não pagam diretamente por consultas, exames ou internações, mas são reembolsados, pagando um prêmio, contrato de seguro típico. Os médicos e hospitais negociam diretamente com as operadoras que os remuneram, mediante o pagamento dos prêmios, deixando o consumidor final isolado da negociação, colocando a operadora como a única adquirente dos serviços médicos.

Diante dessa realidade, além de se concentrar um considerável poder de mercado junto às operadoras, tanto em relação à aquisição dos serviços médicos quanto em relação à oferta desses serviços aos consumidores finais, geram-se incentivos díspares aos pólos da relação: os segurados buscam utilizar, o máximo possível, o plano, ao passo que os médicos e hospitais são incentivados a realizar o mínimo de consultas e exames possível, no intuito de minimizar os custos e maximizar os lucros. Ressalte-se que, como na maioria dos estados as operadoras de plano de saúde exercem um monopólio ou oligopólio, a situação se agrava.

Situações de distorção em relação ao poder de mercado, como a acima apresentada, são o foco de atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, organizado, no Brasil, com base na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, devendo reprimir tais práticas e garantir a existência da concorrência e do poder de barganha dos indivíduos componentes do mercado.

Nesse sentido, a defesa da concorrência tem o intuito de evitar concentrações indevidas, injustificadas ou desreguladas de um poder de mercado. No entanto, existem exceções, inclusive legais, como o direito de exploração, em caráter exclusivo, por tempo determinado, de um dado bem patenteado; mercados em que se justificam o monopólio natural, como de exploração de petróleo e distribuição de energia elétrica; ou ainda, devendo suprimir uma questão eventualmente não observada pelo agente regulador estatal.

Além disso, visa tal sistema a impedir a prática de condutas anticompetitivas, as chamadas infrações à ordem econômica, como o cartel, que se caracteriza pela conduta concertada (combinada) entre concorrentes que falseiam a concorrência ao produzirem no mesmo ritmo, aplicarem o mesmo preço, combinando licitações, dentre outras possibilidades.

Especificamente, em relação ao mercado de saúde suplementar, verifica-se que a situação acima exposta, concentração de poder e incentivos diversos das intermediadoras (operadoras de plano) em relação aos médicos e consumidores, findou por gerar uma

depreciação na remuneração dos médicos que, em alguns casos, adotaram medidas de retaliação, como a criação de cooperativas voltadas à construção de uma barganha coletiva da classe médica em relação às operadoras, visando, assim, a uma garantia de remuneração justa, por intermédio, inclusive, do tabelamento de preços.

No entanto, a autoridade de defesa da concorrência considerou em muitos casos que referida retaliação configurava cartelização dos serviços médicos e conseqüente infração à ordem econômica, vedando e punindo essa conduta.

Dessa forma, no decorrer desta pesquisa, procura-se responder a determinados questionamentos que são os pontos de partida do autor, tais como: a prática de cartel pelos médicos pode ser justificada como tentativa de criação de barganha coletiva (Poder Compensatório) ante ao forte poder de mercado das operadoras de saúde? Há, no Brasil, um conceito claro e um estudo bem definido sobre o que configura o cartel? Quais as características do mercado de saúde suplementar no Brasil? Qual a relação entre o poder de mercado das operadoras e a baixa remuneração da classe médica? A autoridade de defesa da concorrência e o órgão regulador, Agência Nacional de Saúde – ANS têm enfrentado a questão de maneira séria e eficiente? A justificativa, para este trabalho, é que a solução das controvérsias, nessa relação, é de interesse direto de toda sociedade, uma vez que todos os cidadãos, como potenciais utilizadores dos serviços médicos, podem estar sujeitos a um atendimento sem qualidade, influenciado e provocado pela busca de baixo custo e compensação dos pequenos valores pagos.

Tem-se, então, como objetivo geral, analisar a teoria do poder compensatório no mercado de saúde suplementar. Os objetivos específicos são: analisar o sistema brasileiro de defesa da concorrência - SBDC; averiguar a atual situação do Mercado de Saúde Suplementar e suas peculiaridades; estudar o conceito de cartel e suas características; investigar os conceitos de poder de mercado, poder de compra e teoria do poder compensatório; e avaliar a atuação do Estado brasileiro, por intermédio do agente regulador e da autoridade de defesa da concorrência, em relação ao mercado de saúde suplementar.

Em relação aos aspectos metodológicos, a metodologia utilizada nesta dissertação constará de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido mediante pesquisa. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é bibliográfica: mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, enfim, publicações especializadas,

imprensa e dados oficiais publicados na *Internet*, que abordem, direta ou indiretamente, o tema em análise. Segundo a abordagem, é pura, à medida que tem como único fim a ampliação dos conhecimentos, e qualitativa, buscando apreciar a realidade do tema no ordenamento jurídico pátrio. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, posto que busca descrever, explicar, classificar e esclarecer o problema apresentado; e exploratória, objetivando aprimorar as ideias com informações sobre o tema em foco.

No primeiro capítulo, apresentam-se as definições básicas de mercado, concorrência e regulação, a evolução da atuação do estado na economia, bem como a posição do estado brasileiro, adotada pelo legislador constituinte, em relação à atuação do Estado nos mercados. Demonstram-se, ainda, a origem, organização, estrutura e funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, analisando-se os aspectos gerais da lei antitruste: 8.884 de 11 de junho de 1994, além das perspectivas de mudança nesse diploma legal.

No segundo capítulo, analisa-se o Mercado de Saúde Suplementar no Brasil, partindo-se do estudo do próprio mercado de saúde e abordando o surgimento da saúde suplementar, a posição do agente regulador – ANS, bem como as peculiaridades e possíveis falhas de mercado que se aplicam a esse importante setor da economia.

O terceiro e último capítulo trata da teoria do poder compensatório, enfrentando questões como: poder de mercado, poder de compra, abuso de poder e a posição do SBDC, especificamente, em relação ao mercado de saúde suplementar e à ausência de barganha coletiva da classe médica na negociação de suas remunerações com as operadoras de planos de saúde.

Trata-se de temática estreitamente ligada aos interesses sociais em voga, que tem o visio final de produzir uma melhoria na qualidade de vida de toda a população, com a valorização da classe médica e a melhoria da qualidade dos serviços prestados à população.

1 MERCADO, REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA

A presente dissertação parte da análise do mercado de saúde suplementar, suas principais falhas e a necessidade de reformulação da atuação estatal brasileira, em relação a esse setor, notadamente, por intermédio da agência reguladora específica: Agência Nacional de Saúde – ANS¹, bem como das autoridades administrativas que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

Para bem compreender tais questões, torna-se necessário, antes de tudo, fazer uma análise dos conceitos básicos de mercado e da regulação estatal na economia. Neste capítulo, trata-se do conceito de mercado; a posição do Estado, nas relações econômicas; o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sua origem, desenvolvimento, estrutura e funcionamento. Estuda-se ainda a lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que rege esse sistema, bem como define os critérios de análises de concentração de poder de mercado e as punições de condutas tidas por infrações à ordem econômica. Por fim, faz-se uma abordagem do projeto de lei 3.937/04 que, quando aprovado, trará uma série de alterações na atual estrutura e funcionamentos dos órgãos que integram tais questões.

1.1 Mercado

A idéia de mercado, embora remonte às tribos primitivas e à prática de escambos, passando pelo comércio dos povos antigos e da idade média, no mercantilismo, até às complexas relações empresariais de hoje em dia, tem direta ligação com o capitalismo e o pensamento econômico liberal, base da idéia de defesa da concorrência pelo estado e deste trabalho. Tal doutrina tem origem no trabalho de Adam Smith, “A Riqueza das Nações”, no qual o autor estabelece o pensamento de que a riqueza das nações está diretamente

¹ Agência reguladora do Mercado de Saúde Suplementar, instituída pela Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Assunto abordado no segundo capítulo deste trabalho.

relacionada à conduta dos indivíduos que as compõem, pois estes, movidos tão somente por interesses próprios, findam por contribuir com o crescimento e desenvolvimento da nação.

Só o trabalho produtivo, aquele que produz um excedente de valor, em relação ao custo de sua produção, é capaz de contribuir para o aumento da riqueza e bem-estar da nação, tais fatores podem ser medidos pela renda anual *per capita* de seus cidadãos, trabalhadores produtivos.

Nesse sentido, as necessidades individuais devem ser satisfeitas por esforço próprio, constituindo uma rede de trocas de interesses e de excedentes, e não por benevolência, como deixa claro Adam Smith (1983, p.50):

O homem, entretanto, tem necessidade quase constante da ajuda dos semelhantes, e é inútil esperar esta ajuda simplesmente da benevolência alheia. Ele terá maior probabilidade de obter o que quer, se conseguir interessar a seu favor a auto-estima dos outros, mostrando-lhes que é vantajoso para eles fazer-lhes ou dar-lhes aquilo de que ele precisa. É isto o que faz toda pessoa que propõe um negócio a outra. Dê-me aquilo que eu quero, e você terá isto aqui, que você quer – esse é o significado de qualquer oferta desse tipo; e é dessa forma que obtemos uns dos outros a grande maioria dos serviços que necessitamos. Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse: Dirigimo-nos não à sua humanidade mas à sua auto-estima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles. Ninguém, a não ser o mendigo, sujeita-se a depender sobretudo da benevolência dos semelhantes.

Com base nisso, o autor defende a não interferência no mercado, ou seja, o próprio mercado, com sua “mão invisível” e leis próprias, levaria os indivíduos a buscar seu bem estar e, por conta disso, gerar o bem-estar coletivo, tendo, por consequência, o desenvolvimento e a riqueza da nação.

No entanto, embora o pensamento de Adam Smith seja a base inicial da teoria econômica atual, a ausência total do Estado, chamado *laissez-faire*, mostrou-se ineficiente, sobretudo no sentido de garantir o desenvolvimento econômico das nações. Verifica-se que o modelo capitalista de produção pode sofrer distorções e falhas em alguns mercados, como a ocorrência de monopólios e cartéis, práticas anticoncorrenciais, que causam uma concentração inadequada de renda e uma ineficiência do mercado. O bom funcionamento do mercado depende de forma direta da existência de um sistema de concorrência eficaz, capaz de inibir práticas nocivas à economia.

Com o desenvolvimento da teoria de Adam Smith, tem-se como papel do Estado a função de regular a economia, justamente no sentido de evitar e reprimir distorções que

comprometam a liberdade de transação entre os indivíduos, ou seja, o Estado deve criar Leis e mecanismos que garantam o ambiente mais próximo da concorrência perfeita e do mercado livre.

Pode-se conceituar mercado como um organismo artificial, voltado a regular a economia, construído a partir de uma decisão política, uma escolha do Estado. Tal escolha é, portanto, o ponto nodal para definição de mercado, na Ciência Jurídica, notadamente no sentido das regras, legislações e princípios aplicáveis às relações econômicas em determinado país. Para Daniel Goldberg (2006, p.28), pode-se definir mercado como:

Do ponto de vista da teoria do direito, o mercado pode ser visto como um conjunto de instituições jurídicas que possibilitam que os consumidores, ainda que individual, somem suas preferências para ‘comunicar’ aos produtores, qual a quantidade (e qualidade) de determinado bem ou serviço a sociedade demanda. Por outras palavras, o mercado pode ser concebido com um mecanismo não-lingüístico” de coordenação. Em um mercado perfeitamente competitivo, a oferta e a procura interagem até que, em equilíbrio, a quantidade ofertada de determinado bem ou serviço seja exatamente a quantidade de que a sociedade ‘precisa’, ao menor preço possível.

Mercado é um conjunto de trocas de preferências e excedentes, podendo as relações desenvolvidas nesse mercado definirem vários fatores como preço, produção, oferta, publicidade, qualidade dos serviços e produtos ofertados, sendo essa a concepção de auto-regulação do mercado, origem do pensamento econômico liberal.

Nesse sentido, a eficiência do mercado depende de forma direta dessas escolhas e decisões, ou seja, de como se dá o comportamento dos indivíduos que atuam no mercado, inclusive o Estado. A intervenção do Estado pode ser direta ou indireta. A primeira, caracterizada pela adoção da atividade empresarial, por parte do próprio Estado, por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista em um sistema de concorrência com os particulares ou no exercício de um monopólio, iniciativa rechaçada pelo pensamento econômico liberal. E a segunda, por intermédio de planos econômicos, fiscalização e regulação do mercado, medida preponderante nos Estados ocidentais, a partir do século XX. (FONSECA, 1998)

Robert Kuttner (1998, p. 35) sustenta que os mercados são um poderoso instrumento de decisão direta da população, os consumidores e destinatários finais dos bens e serviços oferecidos.

No coração do sistema de mercado está o mecanismo de preços. Os preços indicam quanto 'valem' milhões de bens e serviços individuais para vendedores e compradores voluntários. Assim, os preços funcionam para alocar eficientemente os recursos econômicos: eles sinalizam aos vendedores o que produzir; aos consumidores, o que comprar; aos capitalistas, onde investir.

[...]

A genialidade da formação de preços no mercado é sua maleabilidade. Conforme se ajustam a mudanças nos custos e nas preferências, os preços podem subir e descer instantaneamente e estar continuamente em mudança. Assim, os mercados podem reinvidicar a concretização e a expressão da liberdade de escolha, bem como a alocação eficiente de recursos que são escassos. Os mercados representam o processo descentralizado e atomizado de tomada de decisão.

Nessa sistemática, o mercado pode existir dentro de um sistema de concorrência perfeita ou imperfeita, conforme afirma João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p.3):

A concorrência pode definir-se como *perfeita* ou *imperfeita*. A concorrência *perfeita* pressupõe uma absoluta igualdade de todos os integrantes do mercado, ou seja, pressupõe que todos os concorrentes são equivalentes a um átomo (*atomicidade*) e que a saída individual de um deles do mercado não afete a formação do preço dos bens.

[...]

A concorrência *imperfeita* se caracteriza pelo rompimento ou mau funcionamento dos elementos que identificam a primeira. Em lugar de atomicidade, existe *molecularidade*, em que existe *heterogeneidade* dos sujeitos que atuam no mercado. (destaques do original)

Evidencia-se, portanto, que o mercado, esse sistema de trocas e interesses individuais, como único limitador da economia nem sempre será plenamente eficiente e garantidor da liberdade e satisfação dos participantes das relações, devido a possibilidade de existência de concorrências imperfeitas que dão ensejo às chamadas falhas de mercado, objeto do próximo ponto deste trabalho.

1.1.1 Falhas de mercado

Se o mercado não for eficiente poderá sofrer as conseqüências de externalidades como, por exemplo, a dominação por apenas um fornecedor, logo podendo este praticar os preços e condições que desejar, sem limitação por outros concorrentes; ou ainda, concorrentes diretos em determinado mercado que, visando maximizar seus lucros, combinam preços praticados no mercado, eliminando, assim, a concorrência e gerando um ambiente próximo do dominado por um só fornecedor (monopolista).

Além dos exemplos acima, várias são as possibilidades de ocorrências que podem, de algum modo, modificar ou prejudicar o ambiente concorrencial, comprometendo assim a

eficiência do mercado e mitigando a possibilidade de auto-regulação, ou mesmo o funcionamento da “mão invisível”, nos termos da teoria de Adam Smith.

Conforme adverte Vanessa Borati (2006, p. 67-68), a chamada concorrência perfeita, na qual nenhum dos componentes de mercado dispõe de poder suficiente (poder de mercado) para, sozinho ou em grupo, influenciar, de maneira fundamental, nas decisões dos agentes do mercado, resta mais para plano do idealismo teórico do que o real. Na verdade, em regra, dificilmente um mercado chegará ou se manterá, por conta própria, na configuração de concorrência perfeita

Os mercados, conforme visto, compreendem conjuntos de compradores e vendedores. Ocorre que os diferentes mercados podem possuir estruturas de demanda e oferta distintas sendo que cada uma possui uma dinâmica concorrencial particular: concorrência perfeita, concorrência imperfeita ou monopolística, oligopólio e monopólio.

[...]

Obviamente, o modelo de concorrência perfeita constitui-se em uma abstração teórica, sendo que dificilmente podemos caracterizar um mercado como sendo inteiramente de concorrência perfeita.

No início do século passado, primeiro apogeu do sistema capitalista de produção em massa, como se conhece hoje, também ocorreu, coincidentemente, uma de suas maiores crises (*crash* da bolsa de Nova York em 1929)², ocasionada, em parte, pela ausência de atuação estatal e a crença desmedida no poder auto-regulatório do mercado. Isso gerou, muitas vezes, elevadas concentrações e grandes lucros, associados à exploração do trabalho humano e aumento elevado dos preços, em desfavor dos consumidores, além disso, especuladores financeiros contribuíram para desestabilização da bolsa. Falhas de mercado, como essas, findam por causar mal-estar social e malefícios ao desenvolvimento econômico, privilegiando alguns poucos, em detrimento dos demais conforme destaca Robert Reich (2008, p. 19-20):

Nas primeiras décadas do século XX, o capitalismo parecia na iminência de alcançar triunfo espantoso. Porém, suas conseqüências sociais – miséria urbana, salários de fome, longas jornadas nas fábricas, mão-de-obra infantil, agravamento da desigualdade, decadência ou abandono das pequenas cidades – atormentavam muita gente. A democracia parecia incapaz de enfrentar o desafio. O porte e a importância econômica das empresas gigantescas tornavam-se economicamente poderosas e, assim, quase imunes a quaisquer demandas do público em relação a elas.

[...]

O público estava perplexo; o poder irresponsável das grandes empresas parecia incompatível com a democracia. A questão se tornou tema político muito explorada durante décadas.

² Colapso na bolsa de valores Norte-Americana ocorrido em 1929 (Revista Veja, 1929, *on line*)

Diante da dificuldade real em se configurar um ambiente de concorrência perfeita, sendo certo que tal condição se adequa muito mais a um modelo de teoria econômica que de realidade, resta analisar as outras formas de organização da concorrência nos mercados. Basicamente, conforme afirma Vanessa Borati (2006, p. 68-69), classificam-se em três:

A segunda estrutura de mercado é denominada concorrência imperfeita (concorrência monopolística). Nesse modelo existe um grande número de pequenas empresas, sendo que cada uma delas oferta um produto com algum grau de diferenciação (a qual pode ser objetiva, subjetiva e geográfica), mas que no entanto tem substitutos próximos.

[...]

A terceira estrutura de mercado é o oligopólio. Nessa estrutura há poucas empresas que controlam a maior parcela do mercado. Esse reduzido número de ofertantes fabrica produtos que são considerados pelos consumidores substitutos próximos entre si.

[...]

A quarta e última estrutura de mercado é aquela em que existe apenas um vendedor de determinado produto – o monopólio. Um setor definido como monopólio possui uma única empresa responsável pela produção de um produto, que, segundo o ponto de vista do consumidor, não tem substitutos próximos.

Diante disso, a possibilidade de substituição do produto ofertado por outros tidos como próximos (substitutos próximos), como são exemplos a manteiga e a margarina, a gasolina e o álcool nos carros bicomustíveis, o achocolatado e o ovomaltine, podem, também, ser fundamentais para atingir-se um ambiente próximo de concorrência perfeita. Num mercado em estrutura monopolística, existem produtos próximos, e as falhas de mercado ficam sujeitas a outros fatores, como combinações e ausências de informações. Num mercado oligopolístico, a concorrência entre fornecedores é reduzida, logo, a possibilidade de falhas é maior, mas ainda há fácil substitutividade dos produtos. Já no mercado em que ocorre monopólio efetivo, tem-se como consequência certa a ocorrência de falhas, caso não haja uma intervenção estatal, uma vez que, além de não ter substitutos próximos, o produto é ofertado por um só fornecedor.

No entanto, a existência de um, poucos ou vários concorrentes, bem como o fato de haver ou não substitutos próximos daquele produto, para o público interessado (consumidores), não são os únicos fatores tendentes a criar falhas nos mercados. Rachel Sztajn (2004, p. 62) destaca que a informação assimétrica entre concorrentes pode ser tão ou mais prejudicial que os fatores acima narrados:

Outro fator que cria falhas de mercado é a informação desigual assimétrica, entre agentes. O sistema de produção em massa provoca disparidade entre produtores e consumidores nos mercados. Por isso, controles do estado sobre o funcionamento dos mercados são necessários, porque os produtores, se tiverem poder para controlar

a produção, restringindo a oferta de bens e serviços nos mercados, limitam o exercício da autonomia privada.

Outra condição que facilita a ocorrência de falhas de mercado são as chamadas “barreiras à entrada”, que correspondem à dificuldade de outros concorrentes ingressarem em determinado mercado, podendo tais dificuldades serem das mais variadas ordens como a pequena demanda, necessidade de grandes investimentos, necessidade de conhecimentos técnicos muito específicos, limitações estatais, dentre outros. Um exemplo de mercado em que há fortes barreiras à entrada seria o mercado financeiro, barreiras essas criadas, muitas vezes, pelo próprio estado para impedir atuação irresponsável nesse delicado setor.

Assim, as falhas de mercado podem decorrer de diferentes fatores, tanto naturais e espontâneos, quanto decorrentes de condutas maliciosas de indivíduos que atuam no mercado. Cabe ao Estado permanecer atento, no sentido de evitar ou repelir práticas que gerem tais falhas. Em caso de inevitabilidade, como um monopólio natural, cujo exemplo seria o mercado de distribuição de energia elétrica, ou ainda, um mercado de fortes barreiras à entrada como o financeiro ou o de telefonia, cabe ao Estado regular as relações para atenuar os efeitos dessas condições. Logo, como afirma Vanessa Borati (2006, p. 73), a atuação do estado na economia é fundamental para impedir ou atenuar as falhas de mercado já que este, por conta própria, é incapaz de realizar sozinho tal tarefa:

Como visto, na economia capitalista descentralizada os preços de mercado refletem tanto a escassez relativa dos bens econômicos como os desejos dos consumidores. No entanto, existem falhas de mercado, como externalidades, informação imperfeita, bens público, poder de monopólio e etc., que fazem com que essa máxima não seja sempre verdadeira e que, na ocorrência delas, os preços não sejam suficientes para sinalizar o mercado.

Isso não quer dizer, todavia, que o Estado deve eliminar completamente os riscos do mercado, protegendo todos os fornecedores, consumidores, trabalhadores e demais indivíduos que nele atuem, até porque tal objetivo seria impossível. Os mercados, quaisquer que sejam, conforme adverte Rachel Sztajn (2004, p. 65), sempre apresentarão riscos, a própria existência de concorrência é um risco para os concorrentes, a habilidade dos indivíduos é que determinará aquele que alcançará, dentro dessa concorrência o melhor resultado.

Ir ao mercado tem custos. É que incerteza, demora, distância são fatores considerados na decisão dos agentes econômicos. A organização de empresas visa a reduzir custos sempre que a definição inicial dos direitos de produzir efeitos sobre a operacional do sistema econômico. Mercados, isoladamente, não bastam para atender as necessidades do tráfico mercantil, porque depender de mercados para adquirir bens, insumos necessários a

produção, é arriscado. A assunção do risco econômico e o profissionalismo do agente são centrais a organização empresarial.

Logo, a posição do Estado na economia, bem como sua opção de intervenção no domínio econômico são fundamentais para compreender política de defesa da concorrência, bem como as políticas públicas de intervenção na economia como um todo, implementadas por este país. Diante disso, adiante trata-se da relação entre o Estado e a economia, especialmente em relação à ordem econômica da Constituição Federal de 1988.

1.2 Estado regulador: concorrência e regulação

A partir da Revolução Industrial, a sociedade passou a conviver com o fenômeno do desenvolvimento econômico de maneira mais agressiva. Da exploração agrícola e manufatureira, passou-se à produção em larga escala, estoque de mercadorias, industrialização, mecanização da mão-de-obra e consumo em massa. Como consequência disso, surgiram os grandes centros econômicos, acúmulos de capitais e de lucros, bem como a divisão da sociedade entre bilionários, milionários, ricos, medianos, pobres e miseráveis.

Ao lado desse cenário, sempre esteve o Estado, a instituição responsável pela pacificação social e promoção do bem estar coletivo. Alfredo Augusto Becker (2002, p. 170) define a relação dos indivíduos com o Estado como um ir e vir constante, ou seja, o Estado seria uma esfera onde o núcleo central seria o bem comum e os indivíduos estariam na periferia. Toda conduta individual se direciona à esfera central que, por sua vez, irradia aquela conduta para todos os outros membros:

Todos os indivíduos humanos estão na periferia de uma esfera e o Bem Comum no centro da esfera. De *cada um* daqueles indivíduos humanos que estão situados na periferia, parte um IR que se dirige ao centro da esfera (portanto dirige-se ao Bem Comum) e ao atingir o centro da esfera (portanto, ao atingir o Bem Comum), este IR *irradia-se* do centro e, irradiando-se, vai atingir todos os indivíduos que se encontrarem na periferia. (destaques do original)

Assim, tem-se que toda conduta individual traz reflexos à sociedade, porquanto a promoção do bem comum, daquilo que é benéfico ao coletivo, depende diretamente de como trata o Estado das condutas individuais, reprimindo, eficientemente, condutas gravosas e promovedoras de mal estar social agregado à falta de paz, necessária ao coletivo e fundamento do Estado Democrático de Direito.

Diante disso, o Estado inevitavelmente irá atuar no domínio econômico onde mais do que nunca condutas individuais podem gerar consequências para toda a sociedade. Sobre a questão afirma Luis Carlos Bresser Pereira (2005, *on line*):

O desenvolvimento econômico é um fenômeno dos últimos 250 anos. Antes da formação dos estados nacionais e da revolução industrial as sociedades experimentavam momentos de prosperidade econômica, mas não se podia falar em desenvolvimento na medida em que faltavam a esses processos o caráter deliberado e auto sustentável que lhe é próprio. Foi só depois da mudança estrutural e cultural representada pela revolução capitalista é que surgiu a instituição fundamental dos tempos modernos – o Estado nacional – e as sociedades passaram a ter condições de promover seu desenvolvimento. Os Estados-nação formaram-se, primeiramente, sob a forma de monarquias absolutas, como resultado de um grande acordo entre o monarca e a burguesia, primeiramente para garantir o comércio seguro, em uma segunda etapa, para possibilitar a produção industrial eficiente dentro de um espaço geográfico compatível com economias de escala razoáveis. A formação dos estados nacionais ou a revolução nacional garantiu a existência de um mercado razoavelmente seguro, onde pudesse haver o comércio e os ganhos de produtividade decorrentes da divisão do trabalho.

[...]

A partir da revolução industrial o investimento e o reinvestimento incorporando progresso técnico tornaram-se uma condição de sobrevivência dos empresários. Conforme mostrou Celso Furtado, foi apenas a partir da revolução comercial – a primeira grande etapa da revolução capitalista – que a idéia de lucro tornou-se o objetivo econômico fundamental, e a acumulação de capital, o meio para alcançá-lo.

A acumulação ilimitada de capital, bem como a busca incessante pelo constante lucro, atrelado à postura liberal da teoria de Adam Smith, serviram para consolidação da divisão de classes entre os pobres e ricos, ou seja, aqueles que exploram atividade econômica e aqueles que trabalham, vendem sua força produtiva e consomem os produtos e serviços ofertados.

Nessa realidade, surgiu o pensamento socialista desenvolvido por Karl Marx que pregava a presença de um “Estado - Máximo” que dominasse os meios de produção e exercesse o monopólio da atividade econômica, impedindo o lucro e a acumulação de capital, grande vilão das relações sociais. Sobre essa visão econômica destaca José Luis Fiori (1999, p. 50-51):

A própria ‘crítica da economia política’ de Marx manteve-se fiel ao anti-mercantilismo de sua época. Sua teoria do Capital foi ainda mais radical no processo analítico de ‘despolitização’ do sistema econômico e dinâmica capitalista. Nem sua teoria de acumulação, nem seus esquemas de reprodução ampliada, ‘endogenizam’ o papel do poder político na ruptura de ‘reprodução simples’. Marx reconheceu a enorme importância das dívidas públicas mas restringiu-a aos processos e momentos de acumulação primitiva, sem considerar o papel dos Estados nacionais na competição, concentração e centralização do capital que viria a ser, exatamente, o tema central da teoria marxista e do imperialismo.

Com a decadência do pensamento socialista, o capitalismo se consolidou, entretanto em alguns estados a influência do pensamento social transferiu para o Estado a obrigação de

prover uma série de serviços essenciais para garantir o acesso a todos, assim o próprio Estado passou a explorar diretamente a economia em concorrência com particulares ou em monopólio.

Nesse sentido, João Bosco Leopoldino da Fonseca (1995, p. 245) destaca que são duas as principais formas de intervenção do Estado no domínio econômico:

Vimos que o Estado pode atuar diretamente no domínio econômico, e pode atuar só indiretamente. No primeiro caso, assume a forma de empresas públicas, nome genérico que compreende no sistema jurídico brasileiro as empresas públicas propriamente ditas e as sociedades de economia mista, assim mencionadas no art. 173 § § 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal. No segundo caso, atuação indireta, o Estado o faz através de normas, que têm como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar, o planejamento, como se verá, é somente indicativo para o setor privado. Esta forma de atuação do Estado está prevista no art. 174 da Constituição Federal.

Luis Carlos Bresser Pereira (2005, *on line*), por sua vez, destaca que o objetivo principal do Estado é promover o bem estar, portanto, intervindo de maneira direta ou indireta na economia. E o mais importante é que isso seja feito de maneira eficiente, atendendo às necessidades dos cidadãos:

Boas instituições e políticas econômicas, que promovam o desenvolvimento, são sinal de que temos um bom estado. São um sinal, também, que a nação e seu estado contam provavelmente com um bom governo, ou seja com um grupo de políticos, auto servidores públicos e representantes informais da sociedade civil, que os dirigem com competência. O bom Estado se revela em instituições que asseguram que os objetivos políticos básicos da sociedade sejam alcançados.

Além disso, o processo de integração entre as economias do mundo, conhecido como globalização, teve início com as expedições de navegação no período mercantilista e se desenvolveu com a revolução industrial e a necessidade de se alcançar mercado de consumo, para a quantidade de bens produzidos em escala, no novo modelo capitalista, bem como de insumos e bens primários para a confecção desses produtos.

A globalização, conforme afirma António José Avelãs Nunes (2007, p. 105), não tem apenas a questão econômica como foco, mas é também “um fenômeno de natureza cultural e ideológica”. Ou seja, a integração ente os países não se limita às trocas de bens ou de modelos econômicos, mas também de ideologias e culturas diferentes, umas influenciando as outras.

Nesse sentido, Thomas Friedman (2005) em seu “*The World is Flat*”, afirma que o processo de globalização deixou o mundo pequeno, estreitando as relações entre os indivíduos de diversas culturas e fazendo com que um pensamento dominante possa existir na esfera

global. No mesmo sentido, a possibilidade de cooperação entre os Estados é muito maior, bem como não há mais crises financeiras e econômicas em esferas locais, como é exemplo a crise imobiliária dos Estados Unidos, iniciada em 2008.

Em posição crítica, António José Avelãs Nunes (2007, p.105) afirma que a globalização tem uma natureza marcadamente imperialista, correspondendo a uma tentativa de submeter o mundo a um pensamento único, ou seja, a teoria econômica difundida seria decorrente do interesse dos países economicamente desenvolvidos em explorar os países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos.

Em mesma linha de pensamento Fábio Konder Comparato (2001, p. 457) assim se posiciona ao criticar o capitalismo:

O espírito do capitalismo é o egoísmo competitivo, excludente e dominador. Daí por que toda espécie de colaboração entre empresários é naturalmente tida por suspeita; assim como suspeita e nociva à boa economia sempre apareceu, desde as origens, aos olhos dos empresários, a sindicalização dos trabalhadores e a reivindicativa dos despossuídos. Nesse tipo de civilização, toda a vida social, e não apenas as relações econômicas, fundam-se na supremacia absoluta da razão de mercado.

Tais discursos, todavia, não convencem. O capitalismo já se firmou como modelo de produção mais adequado e eficiente, cabendo tão somente ao Estado regular suas falhas e cuidar da distribuição de renda sem, contudo, interferir de forma abusiva na propriedade e liberdade de seus cidadãos. Esse é o desafio do atual estado democrático de Direito.

A globalização possibilitou o compartilhamento de tecnologia e informação em esfera mundial, bem como vem proporcionando o desenvolvimento econômico de outros países que adotam a linha neoliberal dos países desenvolvidos. Nesse sentido, a “saída” do Estado da exploração direta da economia, assumindo o papel de regulador e árbitro das relações econômicas é benéfica (FRIEDMAN, 1984). Tal realidade somente pode ser efetivada por meio da transferência para a iniciativa privada da exploração de serviços que antes eram fornecidos pelo Estado.

O desafio dos estados nesse contexto globalizado, sobretudo dos países em desenvolvimento, é justamente promover a distribuição de renda, evitando distorções e a promoção da miséria excludente. Entretanto, nesse ponto, a igualdade social entra em choque direto com a doutrina liberal, no sentido de tirar dos que produzem para distribuir entre todos, inclusive os que não produzem. Seria isso justo? A questão continua a ser um dos grandes dilemas da humanidade.

Sendo certo que o modelo econômico neoliberal exige uma postura diferenciada do Estado, notadamente no sentido de se retirar da exploração direta da economia, para assumir o papel de regulador dessa atividade, tendo a função precípua de proteger a liberdade dos particulares, preservar a lei e a ordem, reforçar os contratos privados e promover mercados competitivos. (FRIEDMAN, 1984, p.12).

O Brasil necessitava se adaptar a essa realidade, notadamente no sentido de enxugar a atuação estatal, tirando do seu encargo atividades que extrapolassem sua função regulatória.

Em relação aos serviços públicos essenciais, a Carta Magna permite a exploração da atividade de forma direta pelo Estado, prevendo, todavia, as modalidades de concessão e permissão para tais atividades, em claro intuito de privilegiar a iniciativa privada: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Diante disso, passou o Brasil por um período de privatizações, durante as décadas de 80 e 90. No final da década de 80, o país passava por um período de grandes dificuldades econômicas, com um Estado totalmente inchado, uma inflação descontrolada e o fracasso da tentativa de controle de gastos das empresas estatais, além da dificuldade e ineficiência no atendimento das necessidades dos particulares por parte dessas empresas. Tal pensamento é externado por Armando Castelar Pinheiro e Fábio Giambiagi (2000, p.39):

A privatização e a política macroeconômica estão ligadas sob diversos aspectos. Primeiramente, a progressiva deterioração das contas fiscais limitou a capacidade do governo de intervir na economia e de financiar as necessidades de investimento de suas empresas, cuja situação deteriorou-se ainda mais quando o governo começou a fixar os preços dos produtos dessas empresas em níveis irrealisticamente baixos para subsidiar as exportações e, artificialmente controlar a inflação. Isso, por sua vez, piorou a qualidade dos serviços proporcionados por elas, o que contribuiu para aumentar o apoio à privatização, dentro e fora das empresas.

Diante desse quadro foi criado o plano nacional de desestatização – PND, por meio da Medida Provisória nº 115, que se tornou a Lei 8.031 de 12 de abril de 1990. Também foi criada uma Comissão Diretora da Privatização, que tinha como principais funções a indicação de empresas a serem incluídas no plano e aprovar a forma e as condições de vendas. (PINHEIRO; GIAMBIAGI, 2000, p. 21).

Não obstante haja severas críticas ao procedimento adotado para as privatizações, bem como aos supostos favorecimentos pessoais e perdas econômicas do Estado com tais medidas,

a privatização das estatais tinha de ser feita urgentemente, primeiro, por não aguentar mais o Estado brasileiro com os ônus decorrentes da administração das estatais e, segundo, pela falta de eficiência no serviço fornecido. A manutenção das atividades concentradas na atuação do Estado somente contribuiria para atrasar ainda mais o desenvolvimento econômico do Brasil.

Ademais, os exemplos de privatização como energia elétrica e telefonia demonstram o acentuado crescimento de qualidade da prestação de serviço, tendo o acesso à energia elétrica um grande crescimento, bem como uma verdadeira democratização do serviço de telefonia; em boa parte decorrente do desenvolvimento tecnológico e concorrencial gerado pela privatização da atividade.

Logo, cada vez mais, o Estado adota como postura mais adequada e eficiente a intervenção indireta da economia, uma vez que deve garantir, mais do que nunca, nos mercados de fornecimento de serviços essenciais, a eficiência econômica, como destaca Fernando Herren Aguilar (2006, p. 209):

Diferentemente do regime das atividades econômicas, o Estado não pode se desvencilhar das atribuições de controle dos serviços públicos. Ou o Estado não pode se desvencilhar das atribuições do controle dos serviços públicos. Ou o Estado os desempenha diretamente ou os delega a particulares, hipótese em que não está livre para escolher se regula ou não essa prestação indireta dos serviços. Não é permitida uma autonomia absoluta do órgão regulador.

A seguir, aprofunda-se a questão da posição do Estado brasileiro na intervenção da economia, notadamente no tocante à ordem econômica, na Constituição Federal de 1988.

1.2.1 Posição do Estado brasileiro – ordem econômica na CF/88

No Brasil, a ordem econômica fundamenta-se nos arts. 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988, sendo clara a posição do constituinte de defesa e incentivo à livre iniciativa e à livre concorrência, sendo ambos princípios basilares, por expressa determinação constitucional.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Mais adiante o legislador constituinte reitera sua opção pela posição do Estado como regulador da economia e não como explorador direto da atividade econômica:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Eros Roberto Grau (2004, p.312) entende que a ordem econômica, na Constituição Federal, não adota, todavia, a economia liberal e o princípio da auto-regulação da economia, consagrando-se como um claro regime intervencionista do Estado:

Explicitado o sistema capitalista como aquele pelo qual faz opção a ordem econômica na Constituição de 1988, cabe indagarmos se ao fazê-lo, o texto constitucional rejeita – ou não rejeita - a economia liberal e o princípio da auto-regulação da economia.

Essa indagação é, também, prontamente respondida: há nela nitidamente rejeição da economia liberal e do princípio da auto-regulação da economia. Basta para tanto, ler o art. 170; como anotei anteriormente, neste ensaio, a ordem econômica liberal é substituída por uma ordem econômica intervencionista. Sucede que dizer que a ordem econômica na Constituição de 1988 é intervencionista, simplesmente, ou neoliberal, é nada dizer.

O autor parece ter razão na medida em que o sistema constitucional prevê diversas formas de intervenção do Estado na economia, entretanto, não parece correto dizer que o Estado brasileiro rejeita por completo o pensamento liberal, uma vez que a intervenção da economia é limitada, atuando o Estado como regulador do mercado.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, para o âmbito constitucional, a regulação da economia no mercado brasileiro, consagrando um regime de mercado organizado, numa postura liberal, uma vez que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência. Tem ainda como corolário, a defesa e incentivo à livre iniciativa. É certo, no entanto, que o liberalismo adotado se distancia do modelo liberal puro de Adam Smith acima já apontado (*laissez-faire, laissez-aller, laissez-passer*), associando-se ao neoliberalismo ou social-liberalismo, contemplando a economia de mercado e buscando a auto-regulação da ordem econômica como cenário ideal. A importância da escolha pela regulamentação da ordem econômica, em esfera constitucional, está no fato de que as normas jurídicas constitucionais devem ser interpretadas enquanto princípios, sobrepondo-se a todo ordenamento infraconstitucional.

Acerca dos Princípios Constitucionais, Eros Roberto Grau (2004, p. 78) afirma haver diferença entre princípios e regras jurídicas, uma vez que estas não podem coexistir no ordenamento jurídico em sendo divergentes, enquanto àqueles não cabe valoração acerca de sua veracidade mas tão somente quanto a sua vigência, podendo haver princípios conflitantes cuja aplicação, no caso concreto, dependerá da aplicação do intérprete. Segue afirmando que a existência de princípios positivados é de fundamental importância para exercício de aplicação e interpretação da Constituição Federal.

A importância dos princípios ‘positivados’ ou positivos – abandono, como se vê, o uso da expressão ‘princípios jurídicos que constituem regras jurídicas’ – e dos princípios gerais do direito é extrema. Tão grande que, da inserção deles no nível constitucional resulta, nitidamente, a ordenação dos preceitos constitucionais segundo uma estrutura hierarquizada. Isso no sentido de que a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios. (destaques do original)

Gilberto Bercovici (2005, p. 37-38) traz à baila o debate acerca da contradição no texto constitucional, notadamente em relação a chamada constituição econômica e dirigente.

A Constituição de 1988, como Constituição Dirigente e podendo ser classificada como Constituição Econômica, incorpora em seu texto o conflito muitas vezes incorporado pela doutrina publicista. Esta incorporação, chamando formalmente a atenção sobre tais questões e determinando a necessidade de se encontrar soluções, é particularmente sensível e perceptível no capítulo da ordem econômica.

[...]

Também não é por outro motivo que este capítulo foi o mais desfigurado pelo intenso processo de reformas constitucionais neoliberais levado à cabo desde o Governo de Fernando Henrique Cardoso.

Será justamente na ordem econômica da Constituição que os seus críticos encontrarão as ‘contradições’ e os chamados ‘compromissos dilatatórios’. E isto desde o debate da Constituição de Weimar.

Não há, no entanto, contradição entre intervenção estatal na economia e o pensamento econômico liberal. Este, de há muito, já reconheceu a necessidade da presença estatal, entretanto, esta atuação deve ser pautada no respeito à livre iniciativa e livre concorrência, princípios norteadores da atuação do Estado na economia.

Corroborando com esse pensamento, Milton Friedman (1984, p.23) sustenta que o mercado garante a eficiência econômica, desde que assegurada a liberdade dos indivíduos, ou seja, a função do governo deve ser resguardar a liberdade dos componentes do mercado, no sentido de garantir a concorrência e a livre iniciativa, eliminando eventuais distorções, garantindo a eficiência econômica, impedindo ou corrigindo a ocorrência de falhas de mercado, tal qual um árbitro:

Enquanto a liberdade efetiva for mantida, a característica central da organização do mercado da atividade econômica é a de impedir que uma pessoa interfira com a outra no que diz respeito à maior parte de suas atividades. O consumidor é protegido da coerção do devedor devido à presença de outros vendedores com quem pode negociar. O vendedor é protegido da coerção do consumidor devido à existência de outros consumidores a quem pode vender. O empregado é protegido da coerção do empregador devido a outros empregadores para quem pode trabalhar, e assim por diante. E o mercado faz isto, impessoalmente, e sem nenhuma autoridade centralizada.

[...]

A existência de um mercado livre não elimina, evidentemente, a necessidade de um governo. Ao contrário, um governo é essencial para determinação das 'regras do jogo' e um árbitro para interpretar e pôr em vigor as regras estabelecidas.

Dentro dessa concepção de mercado, bem como de atuação do Estado na economia, surge o direito antitruste, tendo, como objetivo final, a garantia da liberdade dos cidadãos e a promoção do bem estar social na sociedade, determinando as regras de atuação das empresas e os limites necessários para a garantia da livre concorrência e do mais próximo do ideário da concorrência perfeita. Ressalte-se que, talvez, o maior objetivo da defesa da concorrência fosse a sua não existência e a auto-regulação do mercado, concorrência perfeita, devendo o Estado agir, tão somente, no sentido de garantir a atuação do mercado, de forma eficiente do ponto de vista econômico.

1.3 Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência - SBDC

Um dos primeiros países onde houve uma preocupação com a limitação do poder de mercado foi o Canadá, por intermédio do *Action for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, em 1889. Referida legislação, a primeira dentro dos moldes de sistema de proteção antitruste que se tem hoje em dia, surgiu no contexto de disputa entre empresas nacionais e norte-americanas, no Canadá, e a preocupação do governo canadense na dominação de seus mercados pelos Estados Unidos. (AGUILLAR, 2006, p. 224)

No entanto, a legislação mais conhecida e influente, na consolidação do pensamento de defesa da concorrência, é o *Sherman Act*, de 1890, lei antitruste dos Estados Unidos, desenvolvida e pensada, inicialmente, para limitar o poder de mercado e proteger os consumidores, conforme afirma Fernando Herren Aguilar (2006, p. 224):

Porém, o texto legislativo mais conhecido e influente entre nós é o *Sherman act*, instituído em 1890, nos Estado Unidos. O período em que se originou corresponde a uma época de excepcional desenvolvimento da economia norte-americana, iniciada por volta da década de 1870, com importantes transformações tecnológicas e um fortalecimento contínuo da economia industrial.

Assim, em seu nascedouro, o objetivo maior da atuação estatal, no meio concorrencial, era evitar os monopólios, sem grandes incursões em eventuais combinações entre concorrentes e os efeitos disso na economia. Tanto isto é verdade que, *a priori*, a lei antitruste seguia a ilegalidade *per si* de condutas, ou seja, havia uma tipificação legal do que seria um ilícito antitruste sem a preocupação de se averiguar, no caso concreto, se tal conduta geraria real impacto na economia. Nesse sentido, praticava muitas vezes a autoridade estatal, punições injustas e desmedidas.

Referida ilegalidade com o desenvolvimento da defesa da concorrência passou a ser flexibilizada, ganhando terreno a chamada regra de razão, segundo a qual a autoridade de defesa da concorrência deve buscar preocupar-se mais com os efeitos ou a potencialidade destes, em relação às condutas, que propriamente com as condutas, procurando assim proporcionar eficiência econômica aos mercados e consequente bem estar social. Evidencia-se, portanto, que a defesa dos consumidores não é o objetivo precípua da defesa da concorrência mas sim, a defesa da economia, sendo os benefícios aos consumidores absorvidos por via reflexa.

Assim, o fundamento da defesa da concorrência, bem como sua importância, está na manutenção da eficiência econômica dos mercados, mesmo que, em dado momento, isso possa prejudicar algumas empresas ou até mesmo consumidores; desde que o mercado funcione bem, os benefícios para seus participantes serão sensíveis a longo prazo. Nesse sentido, são os pensamentos de Jairo Saddi e Armando Castelar Pinheiro (2006, p. 355):

A competição reflete a disputa entre empresas pela possibilidade de vender seus produtos para o maior número possível de clientes. É o principal mecanismo com que a economia de mercado conta para garantir o seu bom funcionamento. Em mercados competitivos, as empresas precisam manter baixos custos e margens de lucro, oferecer produtos de boa qualidade, e estar sempre inovando e colocando novos produtos à disposição dos consumidores. Caso contrário, correm o risco de serem expulsas do mercado por concorrentes mais hábeis. No longo prazo, a disputa entre empresas em um mercado competitivo leva à maximização das eficiências alocativa, técnica e 'dinâmica' (entendida esta como a resultante de um progresso técnico), garantindo uma alocação ótima de recursos e o máximo bem estar social.

Nesse contexto, a defesa da concorrência, seus institutos e a tutela legal existentes surgem como resposta do Estado às falhas de mercado, ou seja, a dominação de mercados ou condutas gravosas, ou tendentes a causar gravames na economia, conforme destaca Fernando Herren Aguilar (2006, p. 227):

A tutela jurídica da concorrência se inclui entre as normas de ajuste do sistema de mercado. Onde quer que existam normas de controle de concorrência supõe-se alguma espécie de disfunção do mercado livre. O simples conjunto de normas jurídicas que criam as condições para o funcionamento do mercado não bastam para que ele funcione satisfatoriamente.

No Brasil, a primeira manifestação legislativa de defesa da concorrência surgiu na Constituição Federal de 1946, que assim instituía, em seu art. 148:

Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Sentiu o legislador constituinte, a necessidade de proteção da concorrência em uma economia que começava a se desenvolver de maneira lenta, mas também suscetível, principalmente, pela ausência de atuação do Estado, às falhas de mercado e a condutas prejudiciais à economia. Mesmo com a determinação constitucional tardou a surgir a primeira legislação de defesa da concorrência. O primeiro ato efetivo e expressivo de combate à concorrência desleal, conforme destaca Fernando Herren Aguilar (2006, p. 231), foi a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, como órgão precípua de atuação do Estado na garantia da concorrência.

O primeiro texto normativo que tratou da questão concorrencial sistematicamente foi a Lei Malaia, o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945. Por ele instituiu-se a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, a CADE, mas foi revogado no mesmo ano de sua entrada em vigor. Uma nova lei antitruste foi editada com uma lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, também chamado de CADE. Essa lei vigorou até a promulgação da atual legislação.

De início, todavia, a atuação do CADE foi bastante tímida, sendo uma entidade de pouca expressão no mercado econômico, como todo o pensamento de defesa da concorrência no Brasil. A partir dos anos 90 e da reformulação da lei antitruste é que o CADE passou a ter uma atividade mais presente e expressiva, consolidando-se, no início dos anos 2000, como importante instrumento do Estado, na intervenção no domínio econômico, conforme destacam Mariana Tavares e Arthur Badin (2009, *on line*), respectivamente, os atuais secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça e presidente do CADE:

A implementação de instrumentos de solução alternativa e negociada de processos administrativos (transação penal), bem como o fortalecimento da defesa das decisões do CADE perante o Poder Judiciário proporcionaram um aumento do recolhimento de multas de R\$ 1,8 milhão (em 2005) para R\$ 65 milhões (em 2008). Por fim, as autoridades antitruste brasileiras passaram a participar ativamente da formulação de políticas públicas, sobretudo em mercados regulados, com vistas a

garantir que a defesa da concorrência seja levada em consideração. As melhorias implementadas nos últimos anos vêm merecendo o reconhecimento internacional. A revista britânica *Global Competition Review*, que avalia anualmente todas as agências antitruste no mundo, elevou a classificação do Brasil, numa escala de zero a cinco, de uma estrela (em 2002) para três (em 2007), ao lado de países como Portugal, Espanha, Israel, Áustria, Noruega, Suécia, Suíça e África do Sul.

Nesse diapasão, assume a defesa da concorrência uma característica de política pública estatal, no sentido de promover o bem estar social e o desenvolvimento da economia com todos os seus benefícios, como geração de emprego, aumento de arrecadação estatal, ganho de bem estar social, dentre vários outros benefícios. (GOLDBERG, 2006, p. 24)

A defesa da concorrência é um papel fundamental do estado, sendo, praticamente, condição essencial para o desenvolvimento de um Estado, sob a estrutura do modo capitalista de produção. O Brasil vive, hoje, um período de grande desenvolvimento econômico, com grandes expectativas de se tornar uma potência econômica mundial. Tais anseios passam, fatalmente, pela eficiência estatal, em relação a sua intervenção na economia. Tal eficiência é sinônima de uma boa política de defesa da concorrência.

Para se atingir tais objetivos, portanto, é preciso continuar o desenvolvimento do sistema antitruste nacional. A atual realidade desse sistema, bem como as possíveis mudanças e melhorias são as questões abordadas a seguir.

1.3.1 Estrutura e funcionamento

Atualmente, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC tem a atribuição de zelar pela defesa da concorrência e pelo respeito à Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Referido diploma legal regulamenta a concorrência no mercado brasileiro, instituindo, ainda, a divisão de competências e a forma de atuação dos órgãos de cúpula de proteção da economia, quais sejam: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia federal; Secretaria de Direito Econômico – SDE, vinculada ao Ministério da Justiça; e Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda.

Cabe ao CADE, nos termos do art. 7º, da Lei 8.884/94, dentre outras funções, a tarefa de decidir acerca dos processos instaurados pela SDE, bem como sobre a existência ou não de infração à ordem econômica.

Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:

I - zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho;

- II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;
- III - decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;

A SDE é por onde se iniciam os processos no sistema brasileiro de defesa da concorrência, cabendo a ela receber e averiguar, preliminarmente, denúncias de infração à ordem econômica ou de atos de concentração, além de outras atribuições, de acordo com o art. 14 da Lei 8.884/94:

Art. 14. Compete à SDE:

- I - zelar pelo cumprimento desta lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;
- II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;
- III - proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;
- IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares;
- V - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;
- VI - instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;
- VII - recorrer de ofício ao Cade, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;
- VIII - remeter ao Cade, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

A SEAE teve origem em 1995, com o surgimento do plano real e, de início, teve a função de controlar os preços e tarifas públicas. Atualmente, com o desenvolvimento da defesa da concorrência, ela assumiu a função de acompanhar a regulação de setores passíveis de grandes assimetrias de informação ou de estruturas de mercado concentrado, com pouca competitividade. (PINHEIRO; SADDI, 2006, p.388).

1.4 Lei 8.884/94 – *Per si* e Regra de razão

A Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 – Lei Antitruste, além de definir a atuação do SBDC, como acima exposto, prevê práticas abusivas à ordem econômica, bem como sanções aplicáveis.

Entretanto, importa destacar que, diversamente do que ocorre com o Código Penal, por exemplo, a Lei antitruste não pode adotar um conceito de tipificação da conduta, não havendo, portanto, nenhuma conduta de ilegalidade *per si*, tendo adotado o legislador a

chamada “regra de razão”. Ou seja, é necessário que, no caso concreto, avalie-se e identifique-se o dano gerado ao mercado, não se tratando de simples verificação de nexo causal ou de culpabilidade, mas sim, do caso em si. Pode, inclusive, haver condutas não previstas na lei mas que sejam gravosas ao mercado, à livre concorrência ou aos princípios norteadores da ordem econômica constitucional (FONSECA, 1995).

Sobre a questão afirmam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2006, p. 357):

O fato de que nem sempre as fusões, as práticas empresariais que restringem a concorrência, ou a existência de uma *empresa dominante* são socialmente indesejáveis, sob a ótica do excedente total, é um dos fatores que torna tão complicada a aplicação das políticas de defesa concorrência. Quando o impacto líquido de uma iniciativa empresarial sobre o bem-estar social não é conhecido *a priori*, a legislação recomenda que esta seja tratada de forma flexível, e que uma decisão sobre sua aprovação só seja tomada após uma análise do seu impacto sobre o bem-estar social. Diz-se que, nesse caso, a defesa da concorrência é feita usando a *regra de razão*: a operação é aprovada se o benefício líquido, para a sociedade, for positivo, e reprovada caso contrário. (destaques do original)

Como exemplo da regra de razão, tem-se, dentre as práticas vedadas, o monopólio ou oligopólio, que consiste no domínio do mercado por uma só empresa ou por um grupo de empresas, sendo certo que tal situação é prejudicial aos consumidores e ao funcionamento do mercado. Entretanto, podem ocorrer situações que justifiquem tal prática, como a necessidade do monopólio natural, em alguns mercados, a exemplo do que ocorre com o de petróleo ou energia elétrica, bem como por conta de exceções legais, como na exploração, em caráter exclusivo, concedida em caráter temporário pela concessão de patente. (PINHEIRO; SADDI, 2005)

1.4.1 Análise de atos de concentração

O SBDC e a Lei 8.884/94 atuam, basicamente, em duas frentes principais de combate à concorrência desleal. A primeira se refere às chamadas análises de atos de concentração, ou seja, nos termos do art. 54 da referida Lei, a aquisição de uma empresa ou grupo por outros em determinados mercados, ou qualquer outra conduta como: fusão, incorporação, encampação, que deve ser informada ao SBDC. Além disso, deverá ser por ele autorizada ou não, dependendo da constatação de prejuízos à livre concorrência e eficiência do mercado. Visa-se assim, evitar possíveis falhas de mercado, como abordado no item 1.1.2 deste trabalho.

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de

mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

A segunda frente de atuação se refere à repressão de condutas ditas por infrações à ordem econômica, nos termos da Constituição Federal e da Lei 8.884/94, sendo tal questão abordada, mais especificamente, no ponto 1.4.2 adiante.

Ressalte-se mais uma vez que, conforme acima demonstrado, a lei antitruste brasileira segue a ótica da chamada regra de razão, ou seja, não há estrutura de conduta tipificada que gere uma ilegalidade *per se*. Há que se identificar os efeitos da conduta no caso concreto.

Tal tarefa não se afigura como das mais fáceis, uma vez que, para identificar tais questões é necessário dispor de profundos conhecimentos econômicos, inclusive para tentar antever tais situações, bem como de direito, para compreender o sistema constitucional e legal vigente. Diante disso, em esforço conjunto, o SBDC criou um guia para análise de atos de concentração, muito útil na unificação de tratamento, por parte dos órgãos do sistema, nas análises de condutas. Sobre a questão afirma José Tavares de Araújo Jr. (2006, *on line*):

A principal função do guia é lembrar que a lei antitruste não visa restringir o tamanho das empresas ou promover a desconcentração industrial, mas impedir que o poder de mercado seja exercido em detrimento do interesse público. Esse esclarecimento reduz a incerteza das decisões de investimento, sobretudo naquelas indústrias onde os mercados domésticos são muito concentrados, mas as empresas ali estabelecidas só sobrevivem se estiverem preparadas para competir no mercado mundial. Todavia, apesar de seus méritos, o guia não é isento de limitações, a maioria das quais derivada de seu marco analítico, que é o modelo Estrutura – Conduta – Desempenho (ECD) da teoria da organização industrial. Cientes dessas restrições, diversos países explicitam que os procedimentos descritos nos seus respectivos guias são flexíveis e que, portanto, não serão aplicados necessariamente em todos os casos. Embora o guia brasileiro também não tenha caráter vinculante, ele tem sido usado com frequência pelos técnicos do SBDC como se fosse uma tradução fiel dos princípios ditados pela Lei nº 8.884. (Artigo CADE)

Não bastando isso, há que se ter muito cuidado em decisões tão importantes que podem e, efetivamente, causam efeitos no mercado. No caso Nestlé-Garoto³, por exemplo, onde as

³ Em 2002 a empresa Nestlé Brasil LTDA, grande empresa do ramo de chocolates, adquiriu uma concorrente, a Chocolates Garoto do Brasil S.A.. Tal operação foi submetida a apreciação do CADE que entendeu ser ato prejudicial à concorrência e determinou o desfazimento da operação nos termos do acórdão a seguir: “Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por maioria, determinar a desconstituição da operação, nos termos do voto do relator. Vencido o Presidente que a aprovava com restrições. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros Thompson Almeida Andrade, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Fernando de Oliveira Marques, Cleveland Prates Teixeira, Luiz Alberto Esteves Scaloppe. Presente a Procuradora Geral Maria Paula Dallari Bucci. Brasília, 04 de fevereiro de 2004.” (Processo nº: 08012.001697/2002-89). Tal decisão foi contestada judicialmente.

duas grandes empresas do ramo de chocolate negociaram sua união e, posteriormente, tal prática foi condenada pelo CADE, que determinou a separação das empresas. O SBDC, como um todo, passava por um momento em que existia uma necessidade de autoafirmação, ou seja, a decisão além de ter adotado algumas premissas equivocadas, como a completa desconsideração do poder de compra das grandes cadeias varejistas, afigura-se como um possível populismo e uma postura política do órgão, em determinar o desfazimento de uma operação de tão grandes proporções nunca antes registrado. Nesse sentido, é o entendimento de José Tavares de Araújo Jr. (2006, *on line*):

Pelo menos duas questões pedestres, mas fundamentais para o julgamento do caso, ficaram à margem daquela sofisticada tertúlia: como reagiriam à fusão os principais compradores de chocolates, que são os supermercados? Não teriam eles qualquer influência na formação do preço final de chocolates? Quando estava analisando as barreiras à entrada, o relator notou que ‘cerca de 70% das vendas de chocolates é realizada no canal auto-serviço por supermercados e hipermercados, que possuem centros de distribuição abastecidos diretamente pelo fabricante’ (p. 24). Mas, no resto do texto, este ponto foi abandonado, e o voto continua a supor que as fábricas vendam diretamente aos consumidores.

Por fim, ao analisar as eficiências, o relator aceita apenas três itens – dentre os 13 apresentados pela Nestlé – como sendo específicos da operação, que corresponderiam a uma redução de custos variáveis pós-fusão da ordem de 2%. Portanto, como esses ganhos não seriam suficientes para compensar os aumentos de preços encontrados nos exercícios de simulação da Kraft, a operação deveria ser vetada para evitar prejuízos aos consumidores. Neste ponto, novamente um detalhe crucial foi descartado. Para sugerir uma medida tão drástica, teria sido conveniente indicar, pelo menos, o tamanho da perda de bem-estar dos consumidores.

Tanto isso é verdade que o caso foi modificado por decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁴, que determinou a realização de novo julgamento pelo CADE, o que demonstra um amadurecimento das instituições do Poder Judiciário, em relação à matéria, garantindo, também, a autonomia dos órgãos qualificados para a função.

As instituições de defesa da concorrência, no Brasil, além de posicionamentos questionáveis, como acima exposto, mostram ainda, problemas em setores específicos quanto à definição de competência, como é exemplo o sistema financeiro nacional onde existe uma divergência acerca da atuação do SBDC, na análise dos atos de concentração e de infração à

⁴ Juliano Basile e Lilian Cunha (TRF decide a favor da Nestlé, mas CADE deverá recorrer 2009, *on line*).

ordem econômica, alegando-se que seria caso de competência privativa da autoridade monetária – Banco Central, em virtude das especificidades desse setor.

O mercado financeiro é de extrema importância para a economia de um país, não se sujeitando às regras ordinárias de um mercado, como as acima expostas. Em primeiro lugar, não há livre entrada nesse setor, devendo o ingresso de novos agentes ser autorizada pelo Banco Central – BACEN. Não há, portanto, a livre iniciativa, princípio constitucional e objetivo da defesa da concorrência. Ademais, a higidez econômica e estabilidade financeira de todos os mercados dependem, diretamente, do mercado financeiro, sendo certo que, nesse setor específico, tais objetivos são mais importantes que o bem estar do consumidor, outro corolário da política de defesa da concorrência.

Confirmando tais aspectos, a Constituição Federal estabelece um tratamento diferenciado ao mercado financeiro, em relação à ordem econômica em geral, no termos do art. 192:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que dispõem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Rachel Sztajn (2002, p. 248), ao tratar da questão, assim se manifesta:

A especialidade dada ao mercado financeiro no texto constitucional tem fundamento na estreita ligação com a função político-social que o ordenamento lhe confere. A especificidade estrutural e funcional do setor financeiro demanda um conjunto de regras próprias que aparece sob a forma de regulação das instituições financeiras. Por isso que as normas que regem a atividade bancária dispõem sobre o poder do BACEN quanto à autorização (discricionária) para a entrada do mercado, a fiscalização e a supervisão do sistema, além, claro, das barreiras à saída. As restrições decorrem da necessidade de controles para o bom funcionamento do sistema e são, por si mesmas, restritivas da concorrência. O mercado financeiro é pouco contestável.

Além disso, a divergência acerca desse embate entre SBDC e BACEN é existente também em relação à interpretação das leis que tratam sobre a questão. Assim afirma o art. 10 da Lei 4.595/64, que trata do sistema financeiro:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:
IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;
X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:
a) funcionar no País;
b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;

- c) **ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;**
- d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários;
- e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento;
- f) alterar seus estatutos.
- g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário. (Grifou-se)

Mais adiante, estabelece o art. 18 do mesmo dispositivo legal:

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

§ 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (Vetado) nos termos desta lei.

§ 3º Dependerão de prévia autorização do Banco Central da República do Brasil as campanhas destinadas à coleta de recursos do público, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas abrangidas neste artigo, salvo para subscrição pública de ações, nos termos da lei das sociedades por ações. (Grifou-se)

Conforme já mostrado neste trabalho, o art. 54, da Lei 8.884/94, parece atribuir igual competência ao SBDC, não excluindo de sua atuação nenhum mercado específico.

Diante disso, chegou-se, inclusive, a questionar se o dispositivo da Lei 4.595/64 teria sido revogado pela Lei 8.884/94, mais nova, conforme comenta Rachel Sztajn (2002, p. 249):

Entendo que o sistema financeiro não segue, no que concerne a entrada no setor e à competição, a regra geral do art. 170 da Constituição da República. O mercado é modelado pelo BACEN (art. 192 da Constituição de 1988), em razão da importância da defesa da moeda e da estabilidade macroeconômica. Com base nesse fundamento constitucional pode-se afastar as regras gerais da concorrência e permitir a concentração fora das regras previstas na Lei 8.884/94? Teria sido revogado o art. 18 da Lei 4.595/64?

Entretanto, essa revogação, seguindo a inteligência da Lei de Introdução ao Código Civil, somente seria possível se o dispositivo constante na Lei 8.884/94 fosse expresso nessa revogação. Ou, se fosse o caso de revogação tácita, referida lei viesse a tutelar a matéria abrangida pela legislação posterior de forma completa, o que não é o caso.

Confirmando esse entendimento, a Lei 9.447/97 reafirma a competência do Banco Central, em matéria de concentração no mercado financeiro, o que não poderia ser diferente dada a especificidade do setor:

Art. 5º Verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2º e 15 da Lei nº 6.024, de 1974, e no art. 1º do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, é facultado ao Banco Central do Brasil, visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da posterior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, determinar as seguintes medidas:

I - capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento, em montante por ele fixado;

II - transferência do controle acionário;

III - reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

Parágrafo único. Não implementadas as medidas de que trata este artigo, no prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil, decretar-se-á o regime especial cabível.

Diante disso, como solucionar a questão? Seria o caso de afastar a atuação do SBDC do mercado financeiro e deixá-la, privativamente, sob a guarda do BACEN? Por outro lado, seria correto afastar a competência do BACEN, em relação aos assuntos de defesa da concorrência, para atuação exclusiva do SBDC, no mercado financeiro, ou ainda seria caso de competência concorrente dos dois órgãos?

Rachel Sztajn (2002, p. 253) entende no sentido de que, dada as peculiaridades do mercado financeiro, aqui apontadas, e a não revogação dos dispositivos legais, a competência seria privativa do BACEN:

No que se refere ao risco sistêmico percebe-se que o sistema financeiro não tem as mesmas características de outros setores da economia, que a ele aplicam-se regras próprias e o BACEN, como autoridade monetária, tem competência exclusiva para fixar as regras que garantam a higidez do sistema. Considerando as diferentes acepções da expressão risco sistêmico anteriormente propostas, mesmo em presença de concentrações voluntárias – aquisição e controle, seguida ou não de fusão ou incorporação – cabe ao BACEN manifestar-se isoladamente diante do risco potencial que podem gerar. Se há possibilidade, mesmo remota, de risco sistêmico a competência do BACEN em relação à concentração da instituições financeiras para a salvaguarda do sistema é absoluta pois essa salvaguarda se sobrepõe a qualquer outra.

[...]

Não revogado o art. 10 da Lei 4.595/64, compete privativamente ao BACEN autorizar a fusão, incorporação e encampação de instituições financeiras.

Outro é o entendimento de Calixto Salomão Filho (2002a, p. 140-141), que aponta para a possibilidade de uma competência concorrente:

Em primeiro lugar é preciso ter em conta que a hierarquia é princípio administrativo incompatível com a autonomia. Órgãos exatamente por não se inter-relacionarem, não se colocam naturalmente em posição de revisão de atuação de outros órgãos.

[...]

Assim, por exemplo, no que se refere à recente polêmica entre o CADE e o Banco Central em matéria de atos de concentração, é perfeitamente possível ao CADE, após decisão no sentido de aprovação pelo Banco Central, aplicar multas por atos de concentração entre instituições financeiras a ela não apresentadas.

O autor parece ter razão, na medida em que a competência de ambos os órgãos parece ter sido o objetivo do legislador que não estabeleceu qualquer restrição de atuação. Ademais, tratando-se de sistema financeiro, não se pode afastar completamente a atuação do BACEN, sob pena de gerar prejuízos maiores a toda economia. Não bastando isso, na prática, em casos de concentração, os agentes de mercado têm se submetido tanto à apreciação do BACEN como do SBDC, confirmando o entendimento acima esposado. Tem-se, como exemplo, a recente fusão entre os bancos Itaú e Unibanco, em grande parte incentivada pela crise mundial. (ITAÚ..., 2008, *on line*).

No entanto, a polêmica continua no caso de divergência entre as duas autoridades como, por exemplo, a autorização de uma concentração por parte do BACEN e uma vedação do SBDC. Nesses casos, a única saída aparente seria recorrer ao judiciário, o que prejudica a autonomia da autoridade administrativa financeira e de defesa da concorrência, além de gerar uma demora incompatível com as necessidades dinâmicas do mercado financeiro.

Recentemente, começou-se a discutir a concentração de mercado, em relação aos cartões de crédito e débito, conforme aponta Thiago Cid (2009, *on line*):

O BC já listou vários problemas e enfatizou seu interesse em controlar o setor, num relatório preliminar feito com os ministérios da Justiça e da Fazenda. Esse primeiro diagnóstico destacou como o mercado de cartões no Brasil é virtualmente controlado por apenas duas empresas e como esse acúmulo de poder faz com que o consumidor pague mais pelas compras – mesmo sem utilizar o cartão – sem que o comerciante se beneficie com isso.

Para entender as distorções, é preciso analisar o elo menos conhecido do público na cadeia dos cartões de pagamento: os credenciadores. São as empresas que alugam, para as lojas, os terminais e a estrutura tecnológica necessária aos pagamentos com cartões. Eles também processam as informações de compra e transferem para o lojista o dinheiro do banco que tem a conta do consumidor. No Brasil, dois credenciadores dominam 80% do mercado, e cada um trabalha apenas com uma prestadora de serviços financeiros (a “bandeira” do cartão).

A credenciadora Visanet, maior do Brasil, tem contrato de exclusividade com a Visa. A Redecard, segunda maior, trabalha apenas com a Mastercard, mesmo sem ter contrato de exclusividade. Se um lojista quiser oferecer aos clientes a possibilidade de pagar com Visa e Mastercard, tem de pagar pelos serviços das duas credenciadoras, separadamente. O equipamento de uma não aceita cartões de outra. Sem opções no mercado, os lojistas aceitam as tarifas e condições da Visanet e da Redecard e repassam os custos ao consumidor.

É claro que as credenciadoras e as bandeiras precisam ser pagas. Além da facilidade de usar crédito, seu serviço dá mais segurança aos usuários, principalmente em grandes cidades. Deixar o cliente sem poder pagar com cartão é uma péssima escolha para o lojista. Os cartões de crédito, de débito e de loja são o meio de pagamento que mais cresce no país. Em julho, havia cerca de 540 milhões de cartões

ativos, respondendo por 22% dos pagamentos. O índice deve chegar a 30% em 2012, segundo a consultoria Boanerges e Cia, especializada em varejo financeiro.

Tal situação traz mais uma vez esses questionamentos acerca de competência de atribuição. Seria atribuição do BACEN ou do SBDC adotar medidas para sanar essa distorção? Em verdade, ao que parece, o mais indicado seria uma atuação conjunta dos órgãos, que poderiam estabelecer um sistema unificado de atuação no mercado financeiro, beneficiando a economia e toda a sociedade.

1.4.2 Infrações à ordem econômica

É ainda responsabilidade do SBDC o combate às infrações à ordem econômica, como prática de cartéis, combinação de preços, produção ou quaisquer atitudes voltadas a reduzir ou a anular a concorrência e gerar efeitos próximos a um monopólio, quando determinado agente domina, de forma isolada, mercado relevante, detendo assim forte poder de mercado. Referidas práticas, além das outras espécies de infração à ordem econômica estão previstas nos arts. 20 e 21 de referida Lei.

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

Tal disposição legal tem fundamento no próprio texto constitucional, que estabelece, claramente, a vedação a qualquer tipo de abuso do poder econômico, no art. 173 § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Em relação às infrações à ordem econômica, o legislador cuidou de tipificar algumas das principais condutas como afirma Fernando Herren Aguilar (2006, p. 236-237):

Entre as espécies de práticas restritivas horizontais possíveis, a resolução sistematiza e tipifica as quatro mais comuns:

- a) Cartéis: ‘acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte crucial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição territorial, na tentativa de aumentar os preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos do de monopólio’.

- b) Outros acordos entre empresas: ‘restrições horizontais que envolvem apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados a busca de maior eficiência, especialmente produtiva ou tecnológica.’
- c) Ilícitos de associações profissionais: ‘quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrência entre os profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços’.
- d) Preços predatórios: ‘prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista’.

A lei antitruste, é cediço, segue a ótica da chamada regra de razão. Verifica-se isso também em relação às infrações, pela simples redação do art. 20, da Lei 8.884/94, conforme destaca Fernando Herren Aguilar (2006, p. 238):

Em todos os casos referidos acima, tanto de práticas horizontais quanto verticais, a irregularidade da conduta não deve ser definida tendo por parâmetros unicamente o disposto na resolução 20 do CADE que tem Valor apenas de referência da postura do CADE em determinado momento, não vinculando normativamente nem as partes nem os Conselheiros nem a autarquia.

Entretanto, Jairo Saddi e Armando Castelar Pinheiro (2006, p.358) defendem que há situações em que pode ser adotada a regra *per se*. Considerada uma das mais gravosas infrações à ordem econômica, o cartel, acordo entre empresas de determinado seguimento, para combinar preços e adotar práticas, no sentido de eliminar a concorrência, reduzindo a eficiência alocativa e excedente do consumidor. Nesses casos, segundo o entendimento dos citados autores, a simples constatação de sua prática lesiva já é suficiente para que as autoridades adotem medidas de sanção às partes envolvidas, sem necessidade de se averiguar a regra de razão.

Nesse sentido, cartel pode ser definido como um acordo entre concorrentes com o intuito de eliminar a concorrência ou de garantir o maior lucro para os participantes do cartel em detrimento dos concorrentes, dos consumidores e da ordem econômica. Para Ivo Teixeira Gico Júnior (2007, p. 169), o significado de cartel está associado a “um acordo entre inimigos para tratar de assuntos mutuamente benéficos e, em uma acepção mais moderna, ao acordo entre ‘produtores da mesma categoria’ para suprimir a ‘livre concorrência’”.

Maiores considerações sobre a prática de cartel, seus efeitos, bem como a possibilidade de sua utilização para criação de uma barganha coletiva são feitas no terceiro capítulo deste trabalho.

1.4.3 Análise econômica do Direito e Defesa da Concorrência

O movimento do *Law&Economics*, traduzido por Jairo Saddi e Armando Castelar de forma sugestiva como *Direito&Economia*, sendo também conhecido como *Análise Econômica do Direito*, tem origem na década de 60 do século XIX, tendo grandes nomes e influências como Ronald H. Coase e Richard Posner. Atualmente vem se desenvolvendo a pesquisa nessa área, não só nos Estados Unidos, difundindo-se em vários países, como o Brasil.

A idéia da escola é, basicamente, a união das ciências jurídica e econômica, aplicando conceitos econômicos no direito como a racionalidade dos agentes, bem como a busca da eficiência econômica na aplicação do direito e não do critério subjetivo de justiça. Ronald Coase (1990, p. 27-28) adverte que o critério de eficiência econômica é benéfico à sociedade já que visa um bem estar social.

O objetivo da política econômica é garantir que as pessoas, quando decidem que caminho seguir; escolham aquele que resulta na melhor escolha para o sistema como um todo.

[...]

Já que, na maior parte das vezes, as pessoas optam por fazer aquilo que elas pensam que promove o seu próprio bem-estar, a forma de alterar o seu comportamento na esfera econômica é fazer com que seja do seu interesse fazer isso (agir como é melhor para o sistema). A única forma disponível para os governos fazerem isso (que não por meio da exortação em geral completamente ineficaz) é alterar a lei ou sua aplicação.⁵ (destaques do original) (traduziu-se)

Nesse sentido, o papel do direito seria garantir a eficiência econômica, tanto por meio da elaboração da legislação quanto na sua aplicação. A escola do *Law&Economics* é, em última análise, uma visão econômica do Direito, trabalhando-o a partir de dados empíricos.

Muitas são as críticas a esse pensamento, principalmente em países de tradição jurídica romano-germânico, como é o caso do Brasil, argumentando-se as diferenças metodológicas entre as duas ciências, principalmente o fato do Direito buscar sempre o critério de justiça enquanto a economia busca a eficiência. Alega-se, também, que a visão econômica seria demasiadamente simplista para a complexa realidade das relações sociais tuteladas pelo Direito. Em resposta aos críticos da escola, Rachel Sztajn (2005, p. 82) assim se posiciona:

Reagir contra o diálogo entre Direito e Economia, para condená-lo, é posição que carece de racionalidade. Isso porque, ainda que os fatos sejam considerados sob a

⁵ “The aim of economic policy is to ensure that people, when deciding which course of action to take, choose that which brings about the best outcome for the system as a whole. [...] Since, by an large, people choose to perform those actions which they think will promote their own interests, the way to alter their behaviour in the economic sphere is to make it in their interest to do so. The only means available to the government for doing this (apart from exhortation, which is commonly ineffective) is a change in the law or its administration.”

óptica quantitativa e empírica, própria do método econômico, em nada destrói a argumentação jurídica, qualitativa. Lembre-se de que, no direito romano, o desempenho e o esforço dos pretores estavam voltados para a busca de eficiência na distribuição de justiça e no respeito às normas sociais. Isso em nada é muito diferente do que se faz em *Law&Economics*. Trata-se de aplicação da teoria da escolha racional ao Direito (quer se trate de Direito positivo, de usos e costumes, decisões dos Tribunais ou normas sociais), uma forma de pensar as normas jurídicas levando em conta que os prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica e, por isso, devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo.

Como já dito, o objetivo principal da defesa da concorrência é a promoção do bem estar social por meio da garantia da eficiência do mercado, coibindo condutas aticompetitivas e restritivas às liberdades dos cidadãos. Para esse fim, é necessária a adoção de regras delimitando a atuação dos indivíduos que atuam no mercado (*enforcement*), cumprindo o Estado o papel de regulador da economia.

Nesse contexto de busca pelo bem estar (*welfare*), vê-se, na defesa da concorrência, uma forte corrente welfarista, conforme assinala Daniel Goldberg (2006, p. 32):

Teorias que buscam no bem-estar (individual, social ou agregado) a razão última para qualquer política pública partem da intuição de que qualquer alocação deveria preocupar-se com o *efeito concreto* sobre o nível de satisfação das pessoas. Ao conjunto maior dessas teorias – que podem ser significativamente distintas entre si – denominamos neste trabalho tradição welfarista, uma vez que gira em torno do conceito de bem-estar (*welfare*). (destaques do original)

Nesse sentido, deve-se definir o critério de eficiência econômica para busca do bem estar (*welfare*) e adoção de políticas de defesa da concorrência, se eivado de elemento morais. Segue a tradição da eficiência do ótimo de pareto; ou, se feita por intermédio de uma visão econômica do direito (*Law & Economics*), adotando o critério de eficiência Kardor-Hicks.

A eficiência em pareto ocorre sempre que a situação beneficia alguém sem prejudicar um outro indivíduo, ou seja, caso o benefício de um ocasione prejuízos a outrem, a situação não será eficiente. Já no critério Kardor-Hicks, a situação será eficiente sempre que o valor da riqueza do ganho ou benefício for superior à perda ou ao prejuízo experimentado por outro indivíduo. (PINHEIRO;SADDI, 2006, p.120-121).

Percebe-se que o ótimo de pareto tem influência ética, com carga moral, no sentido de buscar a solução mais eficiente em relação ao bem estar coletivo. Já o critério Kardor-Hicks, baseia-se em fatores econômicos, leva em consideração a quantidade de riqueza e bem estar gerado na relação, estando mais de acordo com os critérios de análise econômica do direito, inerentes à política antitruste.

A defesa da concorrência é, sem dúvida, uma das áreas em que a dimensão entre direito e economia é mais evidente. Nesse ramo do direito, a necessidade de compatibilizar as análises jurídicas e econômicas, mais que uma possibilidade é uma regra necessária ao bom atendimento dos objetivos da defesa da concorrência, fazendo com que a aplicação dos preceitos e institutos da chamada escola do *Law&Economics* sejam fundamentais.

1.5 Projeto de Lei nº: 3.937/04 SuperCADE e alterações no Sistema

Tramita no Congresso Nacional, desde 07 de julho de 2004, o projeto de lei ordinária de autoria do deputado Carlos Eduardo Cadoca, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, sob o nº: 3.937/04. Referido projeto traz uma série de alterações na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, como a fusão das atividades atualmente desenvolvidas, em separado, pelo CADE e pela SDE, e a criação do cargo de Superintendente do CADE.

Tais alterações estruturais, provocando, conseqüentemente, o aumento de estrutura, atividades e pessoal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, fizeram com que o projeto ficasse conhecido como “SuperCADE”, conforme afirma Cristiane Jungblute (2005, *on line*):

BRASÍLIA. O novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) estabelecido pelo Palácio do Planalto prevê a criação de um super-Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) e a adoção de um rito prévio e sumário sobre a negociação entre empresas, como fusões e incorporações. O projeto, em fase final de elaboração na Casa Civil, prevê que as empresas apresentem seu pedido antes de fechar o negócio. Também elimina as atribuições sobre concorrência da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e limita as da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), que serão incorporadas pelo novo Cade.

A idéia é evitar julgamentos arrastados e decisões sobre casos já consumados, como a fusão entre a Brahma e a Antarctica - criando a AmBev, aprovada - e a aquisição da Garoto pela Nestlé, negócio anulado depois de muita polêmica. Pela proposta, haverá um rito sumário de até 90 dias para que o pedido das empresas seja analisado.

Mesmo há tanto tempo em deliberação e discussão, mais de seis anos, sendo também, de há muito esperado pelas autoridades de defesa da concorrência, no Brasil, o processo legislativo de aprovação do projeto vem se desenvolvendo de maneira lenta e gradual. Talvez seja tal demora reflexo da influência de grandes investidores e empresários no Congresso Nacional, receosos de que tais mudanças venham aprimorar o crescente desenvolvimento e melhoramento do SBDC, conforme se espera. Tanto isto é verdade que o projeto foi recém

aprovado na câmara dos deputados mas ainda deverá passar pelo Senado Federal. Sobre este projeto afirmam Mariana Tavares e Arthur Badin (2009 *on line*):

Nesta semana, a Câmara dos Deputados deve votar o projeto de lei 3.937/04, que visa a modernizar a lei de defesa da concorrência brasileira e reformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O texto final (disponível em www.cade.gov.br) foi aprovado por comissão especialmente criada para analisar a matéria e representa amplo consenso obtido durante mais de oito anos de debates. Referido projeto faz parte da agenda de reformas institucionais do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC), pois objetiva fomentar um ambiente de negócios mais dinâmico e competitivo, que assegurará o crescimento econômico de longo prazo e a competitividade global da indústria nacional. Sua aprovação dotará o Brasil de um dos mais modernos e avançados sistemas antitruste do mundo, incentivando o aumento da eficiência econômica, da produtividade e da inovação tecnológica.

Além dessas modificações o projeto altera ainda o tratamento dado pela atual lei antitruste, 8.884, de 11 de junho de 1994, às infrações à ordem econômica, tipificando algumas das principais condutas infrativas mas sem se afastar da regra de razão, acima apontada. Facilita, assim, a compreensão por parte dos administrados e do SBDC, o que constitui, efetivamente, uma infração.

A atual redação do projeto de lei, aprovado pela Câmara e pronto para iniciar as deliberações no Senado Federal (2008, *on line*), assim dispõe:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

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

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

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

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

Evidencia-se que a redação do art. 36 e parágrafo terceiro, acima transcritos em destaque, em muito se aproximam da redação atual dos arts. 20 e 21, da Lei 8.884/94, restando a maior parte das modificações, em relação à tipificação de condutas, visando o legislador dar uma maior certeza e segurança jurídica, no tocante à determinação das condutas tidas por infrações. No entanto, percebe-se que não foi abandonada a regra de razão, segundo a qual quaisquer condutas, tipificadas ou não, que tenham o condão de gerar dano, na economia, poderão ser analisadas e punidas pelo SBDC. A criatividade dos agentes de mercado em burlar a lei poderia ser enorme, caso assim não fosse. Além disso, eventuais

condutas tidas como infração, nos exatos termos da nova redação da lei, somente poderão ser punidas, se verificada a lesividade ou, ao menos, a possibilidade de ocorrência desta no mercado relevante analisado.

Em relação à estrutura, o CADE passará a contar com o Tribunal Administrativo de defesa econômica, que corresponderá à atual função desenvolvida pelo órgão; o Departamento de estudos econômicos, que absorverá parte da atual função da SDE e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, voltada ao auxílio das análises dos efeitos econômicos nos mercados; e, ainda, a Superintendência Geral, composta pelo Superintendente Geral e dois adjuntos.

A Superintendência Geral, além de absorver a função investigativa, atualmente, desenvolvida pela SDE, terá a função de instruir processos, requisitar documentos, bem como desafogar a função dos Conselheiros e do Presidente do Tribunal Administrativo, gerando uma maior eficiência na análise de processos que, atualmente, são todos indistintamente analisados pelo plenário do CADE. O art. 13 do projeto assim dispõe sobre as atribuições da Superintendência:

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

I - zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório;

V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;

b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei;

c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos, desde que a

inspecionada seja notificada com pelo menos 24 horas de antecedência e a inspeção seja iniciada entre as 6 e as 18 horas;

d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei nº 5.689, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal;

e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;

f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem;

VII - recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

VIII - remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

IX - propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento;

X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento;

XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XII - receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica;

XIII - orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão;

XVI - exercer outras atribuições previstas em lei;

XVII - prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e

XVIII - adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

Tais alterações vêm em consonância com o atual estágio de desenvolvimento da defesa da concorrência, no Brasil, consolidando a posição do país como potência econômica e de desenvolvimento, reforçando a estrutura do SBDC que, atualmente, não corresponde eficientemente à demanda existente nos mercados nacionais. Nesse sentido, é o entendimento de Arthur Badin e Mariana Tavares (2009, *on line*):

Dados os significativos avanços assistidos nos últimos anos, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência encontra-se muito próximo do 'limite de exaustão dos fatores de produção'. Atualmente, apenas 22 técnicos são responsáveis pela condução das investigações de cartéis em todo país. O CADE, por seu turno, assiste à baixa efetividade de sua política de controle de fusões e aquisições, devido ao sistema legal atualmente em vigor, que não impõe prazos fixos para uma decisão

final do CADE, submete, de forma redundante, o mesmo processo à análise de diversos órgãos e permite que as empresas apresentem a operação somente depois de realizada. A conjunção desses três fatores impede que as decisões do CADE sejam tempestivas e impõe às empresas elevados custos associados à incerteza do negócio jurídico.

Nesse sentido, há uma grande expectativa na implementação das alterações do projeto de lei que unificará as funções do CADE e da SDE, notadamente investigatória, instrutória e decisória, em relação às análises de atos de concentração, bem como de condutas, potencialmente, geradoras de infrações à ordem econômica. Tais modificações, certamente, refletirão, positivamente, nas questões abordadas nesta pesquisa. Algumas delas decorrentes, inclusive, da lentidão e ausência de coesão no tratamento dado à matéria pelos órgãos componentes do SBDC. Espera-se, portanto, que o “SuperCADE” contribua ainda mais para o crescimento e desenvolvimento do pensamento de defesa da concorrência no Brasil.

2 MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Neste capítulo, busca-se fazer uma análise do Mercado de Saúde Suplementar no Brasil, suas estruturas e principais características. Tal estudo tem importância fundamental para a compreensão do tema central desta pesquisa, qual seja o mercado de saúde suplementar. Abordam-se, aqui, os elementos e especificidades desse mercado, para se apontar a possibilidade ou não do uso do poder compensatório na atuação da autoridade antitruste.

Objetiva-se demonstrar a relação entre o elevado poder de compra das operadoras de planos de saúde e as estruturas desse mercado. Além disso, analisam-se com maior profundidade as causas desse poder, abordando questões como as estruturas do mercado de saúde; o dever do estado em promover a saúde a todos os cidadãos; a necessidade e possibilidade de exploração da atividade pela iniciativa privada; o surgimento da saúde suplementar no Brasil e sua inicial estrutura desregulada pelo Estado; o posterior ingresso da Agência Nacional de Saúde – ANS, como órgão regulador, dentro da perspectiva constitucional iniciada em 1988.

2.1 Mercado de saúde

O mercado de saúde, por si só, já se configura como complexo. Diferente de outros mercados, nos quais o consumidor tem livre escolha e o fornecedor a liberdade de maximizar seus lucros e reduzir os custos, dentro dos limites legais e regulamentares, conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho. Na prestação de saúde, os consumidores não podem escolher um médico como o produto ou como um serviço qualquer, bem como a assistência médica não pode, por expressa opção constitucional, ser negada a quem dela necessita, constituindo-se como serviço universal prestado pelo Estado, verdadeiro direito fundamental do cidadão.

Diferente do mercado de alimentos, por exemplo, em que o indivíduo tem a “escolha” de adquirir, ou não, um produto, a depender de sua capacidade econômica; ou ainda, substituir um produto por outro, no mercado de serviços médicos tal escolha inexistente. Não se pode “optar” por ficar ou não doente e, às vezes, sequer pode o indivíduo escolher submeter-se a um tratamento ou não. Em havendo um acidente, por exemplo, possivelmente, o indivíduo será atendido pelo serviço público tendo-se como objetivo de salvar sua vida.

Além disso, mesmo sem tratar-se do objeto desta pesquisa, é recorrente as discussões sobre a ética dos profissionais médicos em relação aos pacientes que, por quaisquer motivos, não aceitam determinado tratamento, como o caso das testemunhas de Jeová e a necessidade de transfusão sanguínea⁶.

Sobre o mercado de saúde, Robert Kuttner (1998, p.42-43) aponta algumas das suas especificidades:

Do lado da oferta, a indústria da saúde viola diversas das condições que caracterizam um mercado livre. Diferentemente do negócio de supermercados, não há ‘entrada livre’. Não se pode simplesmente abrir um hospital ou dependurar na parede uma placa dizendo que se é médico. Isso dá aos fornecedores de serviço de saúde um certo poder de mercado que compromete o modelo concorrencial – e eleva os preços. Do lado da demanda, falta aos consumidores um conhecimento especial que lhes permita escolher médicos do mesmo modo que escolhem automóveis; falta-lhes também uma escolha perfeitamente livre de seguro-saúde. Como a sociedade decidiu que ninguém pode morrer por falta de assistência médica, desconectamos parcialmente a demanda efetiva do poder aquisitivo privado, o que também é inflacionário.

Assim, além da ausência de escolha, por parte do consumidor, o mercado de saúde suplementar tem fortes barreiras à entrada, como necessidade de conhecimentos técnicos, adequação às regras e autorização estatal⁷ para funcionamento, elevados investimentos financeiros que, por sua vez, desencadeiam a necessidade de contraprestação dos usuários dos serviços.

É verdade, ainda, que o mercado de saúde é caracterizado pela assimetria de informação entre as partes, ou seja, não se tem, muitas vezes, como prever se a pessoa irá ou não ficar doente, podendo-se, quando muito, fazer uma estimativa e um trabalho preventivo, em virtude

⁶ Os seguidores da religião Testemunhas de Jeová, diante, basicamente, da interpretação que fazem das passagens bíblicas dos Livros de que Gênesis, 9:3-4 (1); Levítico, 17:10 (2) e Atos 15:19-21(3), recusam-se a se submeter a tratamentos médicos ou cirúrgicos incluam transfusões de sangue (4). Na impossibilidade de se valerem de tratamentos alternativos, negam-se a receber transfusões, mesmo que isso possa levá-las à morte. (LEIRIA, 2009, *on line*)

⁷ Critérios definidos pelas leis: 9.961/2000; 9.656/1998; 10.185/2001; 8.080/1990, além de portarias e normas específicas. Fonte: www.ans.gov.br/legislação.

de históricos familiares, exames rotineiros, cuidados com alimentação, higiene, vacinação, além de outras hipóteses. Todavia, é difícil diagnosticar, com certeza absoluta.

Por conta dessa assimetria informacional, é muito difícil programar gastos com saúde, podendo um indivíduo que se organize financeiramente e tenha muitos recursos durante toda uma vida, nunca demandar de uma assistência médica de valor elevado, enquanto que outro, despreocupado e desprevenido economicamente, seja acometido de uma doença repentina, que o force a empreender gastos elevados, como uma cirurgia de transplante de órgãos, por exemplo.

Nesse sentido, o mercado de saúde explorado pela iniciativa privada passou a ser intermediado por um terceiro agente, as operadoras de planos de saúde, conforme destaca Eduardo Augusto de Oliveira Ramires (2005, p. 53-54):

A partir da década de 60, a promoção de convênios médicos entre empresas empregadoras e empresas médicas (cooperativas médicas e empresas de medicina de grupo), intermediados pela Previdência Social, intensificou a organização empresarial da medicina no Brasil, em detrimento da prática médica liberal e da autonomia das instituições, alargando a importância econômica da atividade privada neste setor.

Desenvolveu-se um segmento 'comercial' composto de empresas médicas, compradoras de serviços de profissionais de medicina, laboratórios e hospitais e cooperativas médicas que buscaram complementar suas redes de atendimento credenciado hospitais e laboratórios, ambos os segmentos focalizando a contratação de planos de assistência médica junto a grandes empresas empregadoras.

Sob essa perspectiva, a prestação dos serviços médicos particulares, intermediados por uma operadora, mostrou-se, também, um caminho mais cômodo para os consumidores, uma vez que, ao invés de pagar de maneira isolada pelos procedimentos médicos (como consulta, exames, procedimentos cirúrgicos), estabelecem com as operadoras um contrato de seguro, efetuando um pagamento mensal e se utilizando dos serviços, quando necessário; despontando, assim, como a opção econômica mais eficiente.

Entretanto, na prática, longe de dirimir quaisquer das falhas acima apontadas, do mercado de saúde, a intermediação dos serviços por seguradoras torna o mercado ainda mais imperfeito, conforme destaca Robert Kuttner (1998, p. 43-44):

Nos mercados comuns, os vendedores maximizam seus lucros minimizando os custos. No entanto, na assistência médica, o objetivo de quem maximiza o lucro se traduz em maximizar o reembolso dos seguros. Quanto mais complexa a intervenção e quanto mais inflada a base de custo, mais dinheiro pode ser cobrado das companhias de seguros. Nos últimos anos, seguradores públicos e privados têm procurado reprimir essa tendência – promovendo detalhadas revisões daquilo que

fazem médicos e hospitais publicando camalhões em que se definem intervenções e reembolsos permissíveis.

[...]

Além disso, as seguradoras procuram minimizar cada vez mais os custos pelo simples expediente de se recusarem a conceder seguros a pessoas que apresentem probabilidade de ficar doentes. Esse processo de seleção e segmentação de risco, conhecido como *underwriting* médico, é, por sua vez, muito dispendioso. Como também é muito caro o infundável ponto e contraponto das aprovações prévias e revisões de tratamento. O mesmo ocorre com a proliferação da papelada. Tanto fornecedores quanto segurados estão agindo ‘racionalmente’ enquanto maximizadores de lucros mas seu comportamento não leva ao bem comum; o resultado é irracional para o sistema como um todo.

Assim, a assistência médica viola todas as premissas de um mercado livre eficiente – concorrência perfeita, informação perfeita, mobilidade de fatores e assim por diante.

O mercado de saúde tem, ainda, uma forte ligação com o direito fundamental à saúde, ou seja, a sociedade preza pela conservação da saúde de todos. Portanto, se a maneira mais segura de maximizar lucros, nesse mercado, é negar atendimento a quem não tem como pagar, tal medida se contrapõe a essa visão social. Não bastando isso, na estrutura de contratos de seguros, os incentivos díspares entre usuários e fornecedores findam por gerar uma ineficiência econômica no setor.

Logo, a livre iniciativa, no mercado de saúde, é limitada pela função social inerente a essa atividade, qual seja, de garantir bem-estar, saúde e assistência médica a todos os cidadãos. Tais características apontam para a necessária concessão, por parte do Estado, de um sistema de saúde eficiente que atenda a todos, ou ao menos àqueles que não têm como custear um tratamento particular. Sobre esse dever do Estado e a característica do direito fundamental do acesso ao serviço de saúde, aprofunda-se o estudo no próximo ponto deste trabalho.

2.1.1 Saúde como direito fundamental e dever do Estado

O direito à saúde de todos os cidadãos se desdobra em: políticas públicas visando à preservação da saúde da população, como campanhas de vacinação, ações preventivas de combate a doenças e epidemias, saneamento básico; e nos serviços médicos de consulta preventiva, como também de tratamento de doenças e lesões. Tal direito pode ser considerado, inclusive, como pertencente ao rol dos chamados direitos humanos fundamentais.

É conceito de direitos humanos, para André de Carvalho Ramos (2002, p. 11) “um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade”. Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 7), por sua vez, afirma que

direitos humanos consistem em “uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana.”. Ou seja, os direitos humanos são inerentes à condição de ser humano, de espécie viva. Sem esses direitos é como se o homem não fosse considerado um ser humano igual aos demais, mas sim, como uma pessoa que sobrevive aquém da necessária qualidade para se ter dignidade.

No sistema capitalista, observa-se que alguns indivíduos não produzem por motivos variados, como falta de competência, doenças ou incapacidades e, em consequência, não dispõem de “moeda de troca” para se relacionarem nos mercados. Por conta disso, podem sofrer uma série de restrições de direitos, inclusive direitos humanos fundamentais que se confundem com a idéia de vida digna. Transfere-se, assim, ao Estado, o dever de promover o mínimo de direitos, em prol desses indivíduos.

Tão importante é esse dever do Estado em garantir os direitos humanos de seus cidadãos, há quem, inclusive, chegue a considerá-lo como um direito supranacional, conforme afirma Flávia Piovesan (2001, p. 32):

O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O direito internacional dos direitos humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial.

Classificam-se ainda os direitos humanos em dois grandes grupos: os primeiros são os direitos civis e políticos e os segundos são os direitos econômicos, sociais e culturais.

Os direitos civis e políticos estão ligados aos direitos humanos individuais. Correspondem aos direitos do homem enquanto cidadão integrante de uma nação. Diferem, portanto, dos direitos sociais, econômicos e culturais, já que estes são inerentes à coletividade. Os direitos civis e políticos têm, portanto, o homem como centro. Aproximam-se da doutrina do liberalismo, que tem como objetivo a luta pela satisfação dos interesses do indivíduo, no sentido de que este constitui, em si mesmo, um fim que justifica toda organização social.

Podem ser classificados como direitos civis: o direito à vida, liberdade, segurança, integridade física e moral da pessoa humana, propriedade privada, intimidade, inviolabilidade

de domicílio e da correspondência privada, liberdade de pensamento e expressão, liberdade espiritual, liberdade de trânsito, devido processo legal.

Já os direitos políticos, em sentido mais amplo, seriam o direito à cidadania, ao sufrágio universal e o direito de participação no Estado democrático de direito. Tais direitos estão, portanto, ligados à democracia e à ideia de soberania popular. O dever do Estado em relação aos direitos civis e políticos, via de regra, é tão somente de não violá-los, respeitando-os de forma efetiva.

Enquanto que em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais, o dever do Estado está na implementação de políticas públicas para concretização destes. Nesse sentido, é a lição de Manuel E. Ventura Robles (2007, p. 109):

Em contraposição com os direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais tem a característica de que, geralmente, seu cumprimento converge ao dever essencial do Estado de proporcionar os mecanismos necessários para satisfazer às necessidades de caráter social, econômico e cultural dos cidadãos, enquanto que nos primeiros, o Estado está obrigado a abster-se de violar-los, mediante qualquer tipo de ação ou omissão. (Traduziu-se).⁸

No entanto, em relação ao direito à vida, esse não se restringe ao direito que o indivíduo tem de não ser morto pelo Estado, ou ainda à segurança pública, para evitar assassinatos, correspondendo, também, à obrigação do organismo estatal de promover uma vida de qualidade. Ou seja, pouco adianta permitir que os indivíduos vivam, se as pessoas não têm qualidade de vida e acesso a direitos basilares, fundamentais, como moradia, saneamento, alimentação, vestuário, lazer e, mais especificamente, direito à saúde, como um sistema de prevenção e reparação.

Verifica-se, aqui, um ponto importante, em relação à opção do Estado no mercado de saúde. Embora desigualdades sejam naturais e, inclusive, toleradas, no sistema capitalista, conforme adverte Amartya Sen (2001, p. 59), o acesso ao tratamento de saúde deve ser garantido a todos, independente de escolhas, renda ou liberdade. Ou seja, mesmo em relação ao indivíduo que escolheu tentar suicídio, ou que sofreu um acidente por dirigir

⁸“*En contraposición con los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culutrales tienen la característica de que generalmente su cumplimiento conlleva el deber esencial del Estado de proporcionar los mecanismos necesarios para satisfacer las necesidades de carácter social, económico y cultural de los ciudadanos, mientras que em los primeros, el Estado está obligado a abstenerse de violarlos, mediante cualquier tipo de acción u omisión.*”

imprudently embriagado, ou ainda que não tenha dinheiro para tal tratamento, o Estado tem a obrigação de promover-lhe auxílio.

As desigualdades em diferentes ‘espaços’ (p. ex, renda, bens primários, liberdades, utilidades, outras realizações, outras liberdades) podem ser bastante diferentes umas das outras, dependendo das variações interpessoais nas relações entre variáveis distintas mas interconectadas. Uma consequência do fato básico da diversidade humana é tornar particularmente importante que nos certifiquemos do espaço no qual a desigualdade vai ser avaliada. A pessoa 1 pode ter mais utilidades que 2 e 3, enquanto 2 tem mais renda que 1 e 3, e 3 é livre para fazer muitas coisas que 1 e 2 não podem.

[...]

Alguns dos problemas centrais do igualitarismo surgem precisamente por causa do contraste entre igualdade nos diferentes espaços.

No tocante à promoção, pelo Estado, dos direitos humanos fundamentais aos que, por conta própria, não conseguem atingi-los, se enquadra a efetivação da saúde e assistência médica. Entretanto, qualquer atividade no sistema capitalista tem um custo que, por sua vez, é possibilitado pelos recursos oriundos dos tributos pagos pelos cidadãos. Ou seja, todos os indivíduos que trabalham e geram riqueza custeiam a cobertura médica universal de todos, inclusive dos que não trabalham, em um sistema claramente solidário. O problema é que, muitas vezes, aqueles que têm recursos financeiros findam por se utilizar dos serviços particulares e são onerados duas vezes, pelo Fisco e pela iniciativa privada, para ter acesso a um só serviço.

Explicitando o objetivo do Estado brasileiro, o legislador constituinte colocou, desde o preâmbulo da Constituição Federal, que, embora não tenha força jurídica⁹, antecipa sob quais objetivos a ordem jurídica brasileira é instituída, como a dignidade da pessoa humana e o direito a saúde.

⁹ Manifestação do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn 2076-AC: “CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre.

I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local.

Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404).

II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa.

III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Mais adiante, confirmado esse ponto de vista, colocou o legislador como fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Muitas são as passagens no texto constitucional que visam garantir a efetiva promoção, pelo Estado, da saúde de todos os cidadãos. Tanto isto é verdade que a competência¹⁰ de cuidar da saúde como um todo é comum entre todos os entes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Constitui-se uma tentativa de garantir que a falta de atuação, capacidade ou recursos de um deles seja suprida pela participação dos demais.

Suplantando ainda qualquer dúvida existente em relação à opção do Estado brasileiro como grande promotor do sistema de saúde de seus cidadãos, estabelece o art. 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

É possível concluir que, diante do cenário acima apontado, pelo menos em um primeiro momento, o mercado de saúde suplementar ou, melhor dizendo, a exploração econômica pela iniciativa privada dos serviços médicos e de saúde, sequer deveria existir, uma vez que se

¹⁰ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

observa como tarefa fundamental do Estado a promoção da saúde, de maneira universal e irrestrita a todos os seus cidadãos.

A realidade, todavia, é diversa. Poucas são as condições e estruturas da saúde pública no Brasil, não conseguindo ela, sequer, atender à população de baixa renda com qualidade. Tal situação levou o Brasil a um caminho diferente do pretendido em sua Carta Magna, sendo considerável¹¹ o número de pessoas que procuram pelos serviços médicos particulares, em busca de maior segurança e qualidade. Fomentando-se, assim, um mercado forte e competitivo, onde, além de tudo, os gastos eventuais não serão limitados senão pela capacidade econômica do agente, uma vez que todos buscam a saúde plena.

A seguir, desdobra-se a análise do surgimento da exploração pela iniciativa privada dos serviços de saúde, no Brasil, intermediada por operadoras. Analisa-se, também, a estrutura e funcionamento desse mercado de saúde suplementar, relacionando com o dever do Estado na interferência desse setor, visando primeiro a garantia do acesso à saúde para todos e, também, a manutenção da eficiência econômica, objetivo máximo da intervenção do Estado na economia.

2.2 Mercado de saúde suplementar

No Brasil o mercado de saúde suplementar como se tem hoje, intermediado por operadoras de planos de saúde, iniciou-se nas décadas de 40 e 50, vindo a se estruturar por volta da década de 60, com as primeiras associações e cooperativas médicas. Desenvolveu-se em um ambiente de baixa regulação, o que permitiu o crescimento de grandes empresas e a expansão das falhas a ele inerentes, tendo-se somente sinais de efetiva regulação do setor, a partir da Constituição Federal de 1988.

No início, o mercado era fortemente ligado a empresas empregadoras, estendendo o benefício do seguro saúde aos seus funcionários, conforme destaca Eduardo Augusto Oliveira Ramires (2005, p. 53):

Datam dos anos 40 e 50 os primeiros sistemas privados de assistência privada à saúde, baseados na captação de recursos de empresas

¹¹ O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil desenvolveu-se em um contexto institucional de baixa regulação econômica, social e administrativa, a despeito dos incentivos de natureza fiscal que favoreceram a ampliação crescente da clientela, presente em quase todas as cidades com mais de 100.000 habitantes. (Parecer SDE, 2008 *on line*).

empregadoras e seus empregados, destacando-se a criação da Caixa de Assistência dos funcionários do Banco do Brasil – Cassi, a assistência patronal para o instituto de aposentadorias e pensões dos industriários – Geap, a oferta de assistência médica hospitalar aos empregados das empresas estatais e os sistemas assistenciais providos pela indústria automobilística.

Não existia, na época do surgimento desse mercado de saúde suplementar, sequer a atual estrutura existente de direito antitruste (SBDC e lei 8.884/94), além disso, o consumidor, no Brasil, ainda não contava com nenhuma legislação especificamente protetiva como Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. E, por fim, não havia legislação específica sobre a matéria de saúde suplementar, quiçá a figura de um agente regulador e limitador.

Existia, portanto, um verdadeiro “mercado livre” de saúde privada o que, distanciado do modelo social adotado pelo país, serviu para agravar uma série de falhas, criar restrições de acesso, além de trazer prejuízos ao consumidor final, “desprotegido” de uma atuação estatal efetiva. A respeito da ausência de regulação inicial da saúde suplementar, no país, assim se manifestou a Secretaria de Direito Econômico – SDE, em parecer (2008, *on line*):

Segundo Ribeiro, ao contrário de outros setores econômicos como transporte público, sistema financeiro e ensino superior, por exemplo, o mercado de saúde suplementar – embora seja um dos mercados que mais apresentam falhas – foi, no Brasil, paradoxalmente, um dos espaços menos regulados.

No mesmo sentido, é a visão de Eduardo Augusto de Oliveira Ramires (2005, p. 54), ao destacar os problemas decorrentes das falhas do mercado de saúde suplementar, intensificados pela ausência de regulação estatal específica:

Ao final da década de 80 o mercado de planos de saúde revelava-se largo o suficiente para atrair o ingresso de grandes seguradoras, assistindo-se a intensificação da comercialização de planos individuais e a adesão dos sistemas privados, de novos grupos de trabalhadores, entre os quais os funcionários públicos da administração direta e indireta.

[...]

A importância econômica social assumida pelo setor de saúde suplementar no Brasil só fez ressaltar o impacto negativo dos efeitos econômicos conhecidos como ‘falhas de mercado’, especialmente aqueles relativos à assimetria de informação entre os usuários dos sistemas de assistência privada e as empresas operadoras de tais

sistemas, circunstância capaz de produzir graves deformações no processo de escolha, notadamente dos usuários.

O agravamento das falhas inerentes ao mercado de saúde suplementar, inclusive o fenômeno do elevado poder de compra das operadoras e depreciação da remuneração dos médicos, objeto central deste trabalho, pode ser atribuído a essa inicial ausência de regulação, por parte do Estado brasileiro.

Em relação ao dever de regulação do Estado, ao analisar de maneira específica a securitização¹², Uinie Caminha (2007, p. 190) defende que o Estado só deve intervir após a solidificação do mercado. Ou seja, em mercados incipientes seria desaconselhável a intervenção efetiva estatal até por ausência de critérios para verificação das falhas de mercado, não se enquadrando, portanto, a inicial ausência de regulação da saúde suplementar como um erro.

De todo o exposto, conclui-se ainda pela não-conveniência imediata de legislação ampla sobre securitização no Brasil, já que a operação ainda não vem sendo usada sistematicamente em nosso mercado, podendo uma tipificação precipitada atribuir-lhe características que não sejam assimiladas nem adequadas pelos operadores econômicos. (CAMINHA, 2007, p. 190)

A autora parece ter razão, na medida em que se torna necessário primeiro conhecer o mercado e seu desenvolvimento. No entanto, especificamente em relação ao mercado de saúde suplementar, a situação é diversa.

Primeiro porque já existia um mercado de saúde, tanto prestado pelo sistema estatal, quanto explorado pela iniciativa privada. O que não se tinha, ainda, era a intermediação por operadoras de planos de saúde. Não se tratava, portanto, de um mercado totalmente novo. Segundo por conta do dever do Estado de garantir a saúde de todos os indivíduos conforme expressa determinação constitucional; e, terceiro, o Estado brasileiro tardou de maneira demasiada em exercer qualquer tipo de regulação no mercado, somente existindo alguma

¹² Do ponto de vista financeiro, a securitização em sentido estrito é uma operação por meio da qual se imobilizam ativos – presentes ou futuros – que, de outra maneira, não teriam a possibilidade de se autofinanciar ou gerar renda presente. A possibilidade de se emitirem títulos ou valores mobiliários a partir de uma operação de cessão ordinária é uma forma de se mobilizarem créditos gerados nas mais diversas operações, ainda que tais créditos só venham a ser realizados no futuro (CAMINHA, 2007, p. 38)

atuação efetiva a partir da Constituição de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor de 1990.

A sociedade brasileira arcou, ao longo dos anos com uma conduta negligente do Estado que, em relação ao sistema de saúde suplementar, tardou em cumprir seu papel regulador e, por consequência, falhou com o seu dever precípua de garantir a todos um tratamento eficiente, na busca pela manutenção da saúde. A modificação dessa estrutura e adoção de um marco regulatório serão melhor aprofundadas nos pontos seguintes. (RAMIRES, 2005)

2.2.1 SUS e Saúde suplementar no Brasil

Conforme exposto, o legislador constituinte optou por reconhecer o acesso à saúde como um direito humano e fundamental, dando-lhe *status* de direito social, inserido, na Constituição como de todos e de responsabilidade do Estado. Cabe ao Estado garantir o pleno acesso a um sistema de saúde, bem como cuidar de políticas públicas de prevenção de doenças e enfermidades. Assim estabelecem os arts. 197 e 198 da Constituição Federal de 1988:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

Assim, é dever de todos os entes da federação a promoção da saúde da sociedade, inclusive garantindo o acesso justo e eficiente ao tratamento de saúde, por intermédio da iniciativa privada para quem assim optar. Em relação ao financiamento do sistema de saúde, a responsabilidade também é compartilhada entre todos os entes, conforme deixa claro o parágrafo primeiro do art. 198 da Constituição Federal: “§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

O atual Sistema Único de Saúde – SUS é, portanto, instituído pela própria Carta Magna e tem a função de estabelecer e administrar toda atuação estatal, seja por intermédio de União, Estados ou Municípios, voltada para tratamentos de saúde. Desenvolve o SUS, papel fundamental, com a atribuição de atender a toda população de maneira universal, independentemente de qualquer condição social e financeira. A competência do SUS está definida, inicialmente, no art. 200 da Constituição Federal de 1988:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Mesmo com toda regulamentação e trabalho, muito ainda tem-se a desenvolver na saúde pública do país. Embora a cobertura seja universal, muitas vezes, não consegue atender a toda a demanda de pacientes, faltando-lhe estrutura e condições financeiras. Tanto isto é verdade que grande parte da população opta pelos serviços privados, sabendo que, ao precisar do auxílio do SUS, poderá contar com um serviço demorado e ineficiente, não sendo raras as reportagens noticiando longas filas em hospitais e postos de saúde públicos, ou ainda, a falta de médicos, remédios e estrutura para atender aos pacientes. Diante desse cenário, o mercado de saúde suplementar assume especial relevância no país, atendendo a grande parte da população economicamente ativa.

A Constituição admite a exploração do serviço médico pela iniciativa privada, nos termos do art. 199: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.”. Todavia, diferente de muitos mercados, não permite que este seja um “mercado livre”, por suas falhas e objetivos

sociais inerentes, estabelecendo o legislador, uma série de restrições nos parágrafos de referido dispositivo, sendo clara a opção de que o serviço médico privado é complementar ao serviço público universal.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, adotou o Brasil uma dupla ação em relação ao mercado de saúde: primeiro, fornecer o atendimento irrestrito e universal pelo SUS, visando à melhoria dos serviços e o aumento dos recursos; segundo, a permissão do fornecimento do serviço pelos particulares, ciente o legislador, inclusive, da carência e debilidade do serviço estatal, desde que este serviço particular seja detalhadamente regulado pelo Estado, evitando assim prejuízos à economia a aos consumidores finais. A seguir, trata-se das legislações específicas e atuação do órgão regulador da saúde suplementar no Brasil.

2.2.1 Agência Nacional de Saúde - ANS

O advento das Leis 9.656, de 03 de junho de 1998, e 9.961, de 28 de janeiro de 2000, causou uma verdadeira reestruturação da regulamentação do mercado de saúde suplementar no Brasil, tendo a primeira o objetivo de estabelecer os critérios de regulação do setor e a segunda, criado a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, órgão regulador e responsável por esse mercado.

A Lei 9.656/98 estabelece os critérios gerais de regulação do mercado de saúde suplementar e define a quem se aplica a legislação, não estabelecendo qualquer exclusão, integrando-se, nos termos de seu art. 1º, qualquer entidade que intermedeie os serviços médicos a consumidores finais.

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

A Lei 9.961/00, ao criar a ANS, deu-lhe o *status* de autarquia especial¹³, visando, assim, garantir a independência e funcionalidade do agente regulador, desprendido de qualquer externalidade ou tentativa de captura pelos interesses econômicos do mercado de saúde suplementar, especialmente afetado pelo órgão, garantindo-se, assim, a gestão própria de recursos e autoadministração.

Os objetivos da criação da agência reguladora são instituídos no art. 3º, da referida Lei, podendo-se observar forte ligação desses objetivos com os ideais sociais instituídos na Constituição Federal, em relação à prestação dos serviços médicos e de assistência à saúde de todos os cidadãos, como um direito social e dever do Estado. Ou seja, mesmo a prestação de serviços de saúde, por particulares, deve ser voltada a esse fim.

¹³ “Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.”

Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Tem-se então, como finalidade do órgão, regular o setor de saúde suplementar em todos os aspectos, inclusive na relação entre prestadores dos serviços e operadoras, bem como para com os consumidores finais e estas.

A competência da agência é estabelecida no art. 4º, da Lei 9.961/00 constituindo-se em rol bastante extenso o que, por si só, é capaz de demonstrar o alto grau de regulação do mercado de saúde suplementar, havendo, praticamente uma determinação legal para quaisquer atos praticados no mercado, ou a estrita observação da agência reguladora¹⁴.

¹⁴ “Art. 4º Compete à ANS:

- I - propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar;
- II - estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras;
- III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;
- IV - fixar critérios para os procedimentos de credenciamento e descredenciamento de prestadores de serviço às operadoras;
- V - estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;
- VI - estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS;
- VII - estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde;
- VIII - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões;
- IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;
- X - definir, para fins de aplicação da Lei no 9.656, de 1998, a segmentação das operadoras e administradoras de planos privados de assistência à saúde, observando as suas peculiaridades;
- XI - estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos assegurados nos arts. 30 e 31 da Lei no 9.656, de 1998;
- XII - estabelecer normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do art. 1º da Lei no 9.656, de 1998;
- XIII - decidir sobre o estabelecimento de sub-segmentações aos tipos de planos definidos nos incisos I a IV do art. 12 da Lei no 9.656, de 1998;
- XIV - estabelecer critérios gerais para o exercício de cargos diretivos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;
- XV - estabelecer critérios de aferição e controle da qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, sejam eles próprios, referenciados, contratados ou conveniados;

-
- XVI - estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde;
- XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda;
- XVIII - expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões;
- XIX - proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde;
- XX - autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde;
- XXI - monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos;
- XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão, incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994;
- XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;
- XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;
- XXV - avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência;
- XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos;
- XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar;
- XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;
- XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;
- XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei no 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;
- XXXI - requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciadas;
- XXXII - adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde;
- XXXIII - instituir o regime de direção fiscal ou técnica nas operadoras;
- XXXIV - proceder à liquidação extrajudicial e autorizar o liquidante a requerer a falência ou insolvência civil das operadoras de planos privados de assistência à saúde;
- XXXV - determinar ou promover a alienação da carteira de planos privados de assistência à saúde das operadoras;
- XXXVI - articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990;
- XXXVII - zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar;
- XXXVIII - administrar e arrecadar as taxas instituídas por esta Lei.

Diferente dos outros modelos regulatórios, a ANS surgiu em um contexto de mercado já aberto à iniciativa privada, ou seja, o mercado de saúde suplementar começou sem qualquer regulação e, posteriormente, veio a sofrer a intervenção estatal. Os mercados nos quais ocorreram privatizações, como o de telefonia e o de energia elétrica, o processo regulatório surgiu juntamente com o próprio mercado.

Tal característica trouxe consequências para o mercado, que necessitou se adaptar à nova condição, conforme destaca Maria Stella Gregori (2006, p. 122):

É importante salientar que, quando a ANS foi criada, o setor a ser regulado não era um mercado a ser aberto a iniciativa privada. Tratava-se de um mercado já instalado, em plena atividade, extremamente complexo, em um setor essencial, que é a saúde e que nunca havia sido objeto de regulação por parte do Estado, exceto em relação às seguradoras que tinham seu aspecto econômico-financeiro regulado pela Susep – Superintendência de Seguros Privados. A regulação do mercado de saúde suplementar não deriva de processo de desestatização, mas de necessidade de se intervir em mercado que atua em atividade originariamente privada e considerada de relevância pública, uma vez que se trata de relação de consumo diferenciada por afetar a integridade da vida humana, bem este constitucionalmente indisponível, além de lidar com um mercado de composição bastante heterogênea e complexa.

Tendo em vista a baixa regulação do setor, essa nova realidade trouxe sensíveis mudanças, conforme aponta parecer da SDE (2008, *on line*):

XXXIX - celebrar, nas condições que estabelecer, termo de compromisso de ajuste de conduta e termo de compromisso e fiscalizar os seus cumprimentos;

XL - definir as atribuições e competências do diretor técnico, diretor fiscal, do liquidante e do responsável pela alienação de carteira.

XLI - fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o da Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, incluindo:

- a) conteúdos e modelos assistenciais;
- b) adequação e utilização de tecnologias em saúde;
- c) direção fiscal ou técnica;
- d) liquidação extrajudicial;
- e) procedimentos de recuperação financeira das operadoras;
- f) normas de aplicação de penalidades;

g) garantias assistenciais, para cobertura dos planos ou produtos comercializados ou disponibilizados;

XLII - estipular índices e demais condições técnicas sobre investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas operadoras de planos de assistência à saúde.”

A regulamentação do setor de saúde suplementar implementada a partir da criação da ANS trouxe impactos ao mercado:
Definiu o sistema de regulamentação, normatização e fiscalização do sistema supletivo de saúde;
Definiu e implantou mecanismos de garantias assistenciais e financeiras, das Operadoras e Planos de Saúde (OPS) e do sistema, assegurando a continuidade da prestação do serviço de assistência à saúde contratada pelos consumidores;
Garantiu a transparência do setor com a obrigação de fornecimento de informações periódicas e vem tentando sua integração com o SUS e o seu ressarcimento quando da utilização do sistema público por consumidores de planos de saúde;
Regulou as condições de acesso e assistência;
Criou mecanismos de controle indireto de preço para o mercado;
Causou aumentos de custos administrativos para as operadoras;
Instituiu rol mínimo de procedimentos de obrigação dos planos de saúde;
Centralizou os formatos de todos os contratos, submetendo todas as OPS às mesmas obrigações, independente de seu porte.

Tal realidade causou alguns efeitos negativos no mercado de saúde suplementar. Tanto houve um aumento no custo a ser pago pelos consumidores, como uma sistemática depreciação na remuneração dos médicos. Primeiro, para arcar com as despesas das exigências regulatórias e segundo, para garantir a existência de lucro das operadoras, o qual foi sensivelmente afetado pelo marco regulatório.

Entretanto, a atuação reguladora não criou mecanismos para garantir o poder de barganha coletiva nem um mínimo de remuneração para os médicos. Talvez uma atuação mais consistente da ANS fosse importante para assegurar uma remuneração adequada, entretanto, é certo que o tabelamento de honorários, por parte do órgão regulador, não seria uma solução eficiente, pois causaria o aniquilamento da negociação entre médicos e operadoras, prejudicando o mercado e os consumidores.

Não se pode, todavia, negar a importância da ANS e a evolução do mercado de saúde suplementar desde o seu surgimento, conforme destaca a própria agência reguladora (2009, *on line*):

O setor de planos de saúde vive uma densa transformação desde o início da vigência da Lei 9.656/98.
A partir de janeiro de 99, as Operadoras que desejam atuar no setor têm que obter na ANS um registro provisório de funcionamento. Da mesma forma, cada plano de saúde para ser comercializado precisa estar registrado na Agência Nacional de Saúde Suplementar.

As Operadoras também estão impedidas de recorrer à concordata e de seus credores pedirem a sua falência. Agora, uma operadora só pode ser liquidada a pedido da ANS, fórmula encontrada para assegurar os direitos dos consumidores.

Outro exemplo importante das mudanças introduzidas pela Lei foi a instituição da obrigatoriedade de informações. Isso permite à ANS promover diversas análises e, em especial, acompanhar a evolução dos custos, condição essencial para a autorização de aumento das mensalidades dos planos individuais.

Tipos de planos de saúde anteriores à lei 9656/98 foram proibidos de serem comercializados. Agora, os contratos firmados entre consumidores e operadoras de planos de saúde têm garantia de assistência a todas as doenças reconhecidas pela Organização Mundial de Saúde, além de impedimento às restrições de número de consultas e internações, dentre outros benefícios.

Mesmo os contratos antigos também obtiveram algumas garantias com a nova legislação: não podem ser rescindidos de forma unilateral pela operadora, as internações não podem ser encerradas a não ser por alta médica e as mensalidades dos planos individuais ou familiares só podem ser aumentadas com autorização expressa da ANS.

A segurança do usuário de planos privados de assistência à saúde aumentou com a regulamentação pela ANS de medidas necessárias à manutenção da integridade das operadoras e da garantia da continuidade da prestação dos serviços de assistência contratados.

Os regimes especiais de direção fiscal e direção técnica e as liquidações extrajudiciais de empresas sem condições de operar são procedimentos a que a ANS pode recorrer sempre que verificar alguma grave ou insanável irregularidade que coloque em risco o atendimento à saúde contratado no plano. (ANS, 2009, *on line*)

Há, portanto, uma inegável melhoria em relação à atuação do Estado no mercado de saúde suplementar, diante do novo modelo regulatório adotado. Entretanto, tantos são os problemas existentes, que a resolução somente pode ser alcançada por intermédio de trabalho contínuo e equilibrado do agente regulador e de toda intervenção estatal. Destaca-se a questão, inclusive, por conta do aumento crescente (tabela abaixo) do número de usuários dos serviços médicos intermediados por empresas e entidades operadoras.

Ano	Beneficiários em planos de assistência médica com ou sem odontologia	Beneficiários em planos exclusivamente odontológicos	Beneficiários em planos privados de saúde
Dez/2003	31.424.015	4.456.054	35.880.069
Dez/2004	33.281.057	5.497.580	38.778.637
Dez/2005	34.992.052	6.436.310	41.428.362
Dez/2006	36.816.084	7.626.220	44.442.304
Dez/2007	38.643.045	9.198.704	47.841.749
Dez/2008	40.897.543	10.988.214	51.885.757

Set/2009	41.892.990	12.317.647	54.210.637
----------	------------	------------	-------------------

Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários – BRASIL. Ministério da Saúde - ANS - 09/2009 (Grifou-se)

2.3 Falhas no mercado de saúde suplementar e atuação SBDC

No Brasil, onde o sistema de saúde pública é precário e, conforme exposto, não tem condições de suprir toda demanda, em que pese o dever constitucional do Estado de promover a cobertura universal de atendimento, o mercado de saúde suplementar assume especial relevância, sobretudo em relação ao grande número de usuários e aos problemas decorrentes do poder de mercado das operadoras dos planos de saúde. Sobre o setor, assim afirma Daniel Goldberg (2006, p.256):

Hoje, o mercado de saúde suplementar no Brasil é de extrema importância. Segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), há mais de 38 milhões de brasileiros beneficiários de uma das inúmeras modalidades de plano de saúde. Há mais de 2.000 empresas operadoras desses planos, organizadas em formatos bastante distintos, das tradicionais seguradoras às associações de medicina de grupo e cooperativas. O grande número de operadoras pode levar a enganos. Isso porque as diferentes modalidades de planos de saúde exigem escalas bastante diferentes. Nas grandes regiões metropolitanas brasileiras, destacam-se as 13 seguradoras em operação no Brasil, concentrando cerca de 5 milhões de beneficiários. Em algumas capitais, poucas seguradoras absorvem quase que a integralidade dos beneficiários.

Nesse cenário, atualmente ainda maior, as operadoras concentram poder de mercado nos dois pontos. Ao concentrar a aquisição dos serviços médicos para repasse aos seus segurados, elas tornam-se as principais, quando não únicas, compradoras dos serviços médicos, o que eleva seu poder de compra. E mais, ao concentrar a prestação do serviço médico privado, elevam seu poder de mercado perante os consumidores, isolando consumidores e médicos de uma relação direta e concentrando tanto poder de compra como poder de venda (de mercado), em um mercado relevante de prestação de serviços.

Alguns dos principais problemas do mercado de saúde suplementar são os chamados risco moral, seleção adversa e seleção de risco, assim definidos por Eduardo Augusto oliveira Ramires (2005, p. 54):

Tal a razão pela qual, caso orientados apenas pela lógica da eficiência econômica, os operadores de planos de assistência à saúde tendem,

obviamente, à ‘seleção do risco’, evitando consumidores e situações em que seja possível prever os riscos superiores à média. Da parte dos consumidores, por seu turno, o mesmo comportamento se verifica nas hipóteses de ‘seleção adversa’, quando o consumidor procura o plano quando já enfrenta um problema médico, ou de ‘risco moral’ (*moral hazard*) em que o consumo de serviços se vê estimulado em virtude da amplitude da cobertura conferida.

Além disso, não consta, dentre o extenso rol de competências da ANS, a regulação da remuneração da classe médica, fazendo com que, em relação a essa questão, o mercado de saúde suplementar siga as “regras naturais” dos demais mercados.

Não há, portanto, um ambiente de barganha coletiva entre os médicos prestadores de serviço e as operadoras de saúde, bem como entre os consumidores finais e estas. Tal situação descaracteriza um ambiente de concorrência saudável, nos termos exigidos pela eficiência econômica e doutrina neo-liberal, ensejando uma depreciação na remuneração dos médicos e um aumento dos custos para os consumidores finais.

Talvez por esses fatores, o mercado de saúde suplementar seja um dos mais discutidos no SBDC, sendo, conforme afirma Paulo Furquim de Azevedo e Sílvia Faga de Almeida (2006, *on line*), responsável por grande parte dos processos administrativos do sistema:

Um dos setores que não gozam de isenção antitruste e que, por isso, é freqüentador assíduo das agências de defesa da concorrência é o de prestação de serviços médicos. Sua importância é tal que entre 20% e 30% dos processos administrativos julgados pelo CADE, entre 2000 e 2006, são relacionados ao setor de saúde suplementar. Nos EUA, sua importância motivou a manifestação conjunta do U.S. Department of Justice e do Federal Trade Commission, em 2004, com o que se entende como a cristalização da jurisprudência.

Nesse sentido, facilmente se percebe a necessidade de uma atuação consistente e eficiente do SBDC, em relação a esse mercado, no intuito de evitar o elevado poder de mercado das operadoras dos planos de saúde, bem como de garantir a existência de ambiente concorrencial nesse mercado. Tais questões serão tratadas, de maneira pormenorizada, no terceiro capítulo deste trabalho.

Quanto à coexistência entre a atuação de agências reguladoras e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é corrente o entendimento de que a atuação de ambos não se exclui, mas se complementa, estando o primeiro mais voltado a regular mercados com falhas

naturais, e o segundo a manter o ambiente concorrencial. Nesse sentido, é a lição de Luciano Sotero Santiago (2008, p. 387):

Por outro lado, ‘a agência reguladora não possui o instrumental apto para efetivar a defesa da concorrência, uma vez que a Lei nº 8.884-94 estabelece-o exclusivamente para o CADE’.

[...]

Neste contexto, a doutrina ressalta a imprescindibilidade da aplicação da legislação da defesa da concorrência não somente a setores não regulados, mas também aos tradicionalmente regulados e aos recentemente regulados, fruto de desconcentração, em setores anteriormente dominados por monopólios naturais.

Calixto Salomão Filho (2007, p. 249-250), por sua vez, entende que a interação entre defesa da concorrência e regulação dependerá da opção do Estado pelo modelo regulatório, em cada setor da economia:

O sistema de concessão e permissão do serviço público não é, ao menos no caso típico, compatível com o mercado, pois o Estado tudo regula: tarifas, qualidade do serviço e a própria entrada e saída do mercado. A concessão e a permissão são, via de regra, atribuídas a um só agente econômico, criando-se portanto um monopólio, cuja fiscalização e o controle é responsabilidade do órgão que outorga a concessão ou a permissão.

[...]

Bastante diferente deve ser a análise quando a regulamentação visa não à substituição completa do sistema de mercado, mas apenas corrigir imperfeições de seu funcionamento.

Nos mercados em que há a total interferência do agente regulador, haveria, portanto, uma isenção antitruste, até porque o próprio mercado é incompatível com as estruturas analisadas. Já nos mercados em que o agente se restringe a corrigir falhas, como o de saúde suplementar, necessária é a aplicação da lei antitruste, até pelos termos da lei 8.884/94 não estabelecerem exceção.

Não bastando isso, a importância do serviço de saúde para a população e a sua condição de direito fundamental, fazem com que seja imperiosa a atuação do Estado de todas as maneiras possíveis e necessárias à promoção da eficiência econômica e do atendimento das necessidades dos consumidores. Tais objetivos, todavia, não têm sido alcançados na prática.

Suplantando qualquer dúvida sobre a atuação do SBDC, no mercado de saúde suplementar, assim se manifesta a SDE (2008, *on line*):

A regulação de serviços públicos e da atividade econômica compartilha, mas não substitui nem exclui a ação do sistema de defesa da concorrência. A literatura especializada é farta em exemplos em que os órgãos de Defesa da Concorrência atuam em conjunto com agentes reguladores. Nesse sentido é que já vigoram no Brasil vários acordos de cooperação firmados entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras, de forma a permitir a ação conjunta dessas entidades.

A defesa da concorrência, com arrimo na legislação antitruste, busca limitar os comportamentos que comprometam a competição, sejam repressivamente, coibindo condutas colusivas ou o abuso de poder de mercado, ou preventivamente, pelo exame das concentrações econômicas.

Os pressupostos fundamentais do antitruste são a livre concorrência e a livre iniciativa, no sentido de garantir a liberdade das empresas para atuar no mercado, com a faculdade de arbitrar seu próprio preço, determinar quantidade e qualidade do produto ou serviço ofertado, disputando as preferências do consumidor. Em contrapartida, procura assegurar o bem-estar do consumidor, garantindo sua liberdade de optar pelos bens e serviços ofertados, e coibindo práticas que possam afetá-lo de forma mediata. O equilíbrio entre essas duas forças – produtores e consumidores - se dá de forma natural e qualquer tentativa de imposição artificial de preços ou de qualquer outro elemento que dá conteúdo à liberdade de concorrência é repudiada pelo antitruste.

De forma inversa, as comissões reguladoras atuam restringindo e/ou delimitando o campo de ação das empresas. Em outros termos, a regulação influencia diretamente as decisões estratégicas das empresas.

Logo, em se tratando de regulação e sistema antitruste, as premissas, objetivos e modos de atuação são diferentes, buscando, todavia, um denominador comum na promoção da eficiência econômica. Nesse sentido, a defesa da concorrência poderá ou deverá ser sempre suplementada pelos agentes reguladores, quando os mercados, especificamente, demandarem tal condição.

A própria Lei 9.961/2000, ao estabelecer a competência de atuação da ANS, deixa claro, em seu art. 4º, a não exclusão da atuação do SBDC em relação aos atos de concentração, no mercado de saúde suplementar, como aquisição, fusão ou incorporação de operadoras de planos de saúde.

Art. 4º Compete à ANS:

[...]

XXII - autorizar o registro e o funcionamento das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem assim sua cisão, fusão,

incorporação, alteração ou transferência do controle societário, sem prejuízo do disposto na Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994;

Assim, é concluído que é importante a atuação da ANS, juntamente com o SBDC, em relação à ausência de barganha coletiva dos profissionais médicos, visando estabelecer critérios que garantam uma negociação de preço remuneratório compatível com a atividade e economicamente viável. Por meio de análise de uma negociação coletiva, de busca por poder compensatório, ou por intermediação da relação.

3 TEORIA DO PODER COMPENSATÓRIO

Neste capítulo, tratar-se-á da questão do poder de mercado, primeiramente, em seu sentido tradicional, ou seja, o poder que um dos indivíduos que compõem as cadeias de fornecimento das relações mercadológicas tem de influenciar, de maneira excessiva, determinado setor, por quaisquer motivos, como ausência de regulação, barreiras à entrada ou externalidades. Posteriormente, estuda-se uma subespécie do poder de mercado, o chamado poder de mercado invertido ou poder de compra, considerado pela doutrina antitruste como o exercido por parte dos compradores. Serão abordadas, portanto, questões como poder de mercado, posição dominante e abuso de posição dominante.

Busca-se, como parâmetro, a análise específica do mercado de saúde suplementar e o poder de mercado, ou poder de compra, exercido pelas operadoras de planos de saúde. Mais adiante, tenta-se verificar a aplicação da chamada teoria do poder compensatório, ou seja, um possível equilíbrio do exercício entre o poder de mercado e poder de compra, dentre polos diversos da relação de mercado.

3.1 Poder de Mercado

Como visto, os mercados correspondem a sistemas de trocas de excedentes e interesses entre os agentes econômicos, que podem figurar como fornecedores de bens e serviços, consumidores desses bens e trabalhadores que desenvolvem a atividade necessária para a produção. Nesse sentido, torna-se necessária a existência de concorrência entre esses agentes, para que uns possam limitar a atuação de outros, evitando, assim, eventuais abusos ou distorções no mercado.

O Estado, por sua vez, pode exercer uma atuação direta na economia, explorando, por conta própria, determinada atividade econômica, por meio de uma empresa pública ou sociedade de economia mista, por exemplo, ou, tão somente, atuar de maneira indireta, por

meio da regulação, legislação, exercício da jurisdição, desempenhando, portanto, uma função regulatória e fiscalizadora dos mercados em geral.

Vinculou-se durante muito tempo, com base na teoria econômica neoclássica, o poder de mercado ao preço. Ou seja, teria poder de mercado qualquer indivíduo que pudesse determinar ou modificar, sozinho, os preços praticados. Tal definição é comentada por Calixto Salomão Filho (2007, p. 92), que, inclusive, aponta como falha por ser simplista:

Segundo a teoria neoclássica a principal forma de definição de poder de mercado está na faculdade (poder) de aumentar os preços através da redução da oferta de bem ou serviço. A tal ponto que – retomando o que foi dito na introdução deste capítulo – o poder de mercado vem definido como poder de aumentar os preços.

Segundo os neoclássicos, a possibilidade de aumentar preços, mais do que uma manifestação, é uma consequência necessária da existência de poder no mercado. Aumentar preços é o comportamento racional dos agentes, cuja importância no mercado é grande a ponto de influenciar o preço através de uma diminuição de produção.

[...]

Essa, na verdade, é uma definição bastante simplista do poder de mercado, cujo único objetivo é ressaltar o problema relevante para o direito antitruste na perspectiva neoclássica.

Nesse sentido, Calixto Salomão Filho (2007, p. 94) defende que uma melhor definição de poder de mercado deve abranger não só a capacidade do agente de influenciar no preço, mas sim, em relação a sua ingerência em todos os aspectos do mercado.

Deve-se concluir, então, que a definição teoricamente mais correta de poder de mercado não é a possibilidade de aumentar os preços, mas sim a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação e maior lucratividade. Essa forma de definir poder de mercado é, de resto, a única capaz de explicar as situações de monopólio e oligopólio. Nesses casos, o poder dos agentes consiste exatamente na possibilidade de reduzir o preço através da redução de suas aquisições, o que, visto da perspectiva dos adquirentes, implica exatamente a alternativa acima definida.

Uma das mais comuns distorções dos mercados é o abuso do chamado poder de mercado exercido por um ou por alguns dos concorrentes. Em mercados onde há um monopólio, o poder de mercado advém da própria estrutura em que ele se está organizado. Em outros, nos quais é restrita a presença de concorrentes (há barreiras à entrada), pode-se também verificar a concentração de poder junto a poucos fornecedores.

A concentração de poder decorre, ainda, da compra de um concorrente por outro ou pela união de concorrentes. Por exemplo, se em determinado mercado três grandes empresas dominam a exploração de um produto, no momento em que duas delas se fundirem, terão a potencialidade de serem mais fortes que a terceira ainda isolada, gerando assim um aumento

do poder de mercado e diminuição de concorrência. Caso o exemplo se limitasse a dois fornecedores, piores ainda poderiam ser os efeitos decorrentes dessa fusão. Ter-se-ia, de fato, a produção de um monopólio.

O poder de mercado pode originar-se de outras práticas infrativas como o próprio cartel, falseamento da concorrência pelos agentes, prática de preços predatórios visando eliminar a concorrência e, conseqüentemente, dominar o respectivo mercado¹⁵.

Há ainda a possibilidade de, em alguns mercados, a concentração de poder ocorrer de maneira natural, devido à habilidade de um concorrente ou ao elevado nível de conhecimento e recursos financeiros. Todavia, mesmo nessas hipóteses, a concentração deixa o setor especialmente suscetível aos abusos dos agentes detentores desse poder, uma vez que inexistente limitação pela concorrência, o que pode causar um aumento dos preços, diminuição da oferta, aumento arbitrário dos lucros, exploração dos consumidores e da mão-de-obra, dentre outras possibilidades, nos termos da legislação antitruste vigente e da ordem econômica constitucional.

A Lei 8.884/94, em seu art. 20, estabelece que a dominação de mercado relevante de produtos ou serviços constitui infração à ordem econômica. O inciso II se refere à dominação de mercado, decorrente de concentrações de mercado, enquanto que o inciso IV se dirige aos mercados em que a concentração de poder se dá de maneira natural, havendo o acréscimo da expressão “exercer de forma abusiva posição dominante”.

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

[...]

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

[...]

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Tais conclusões são confirmadas diante da simples leitura do parágrafo primeiro do mesmo art. 20, ora em análise: “§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II” (dominar mercado relevante de serviços).

¹⁵ Questões abordadas no ponto 1.4.2 do capítulo 1 deste trabalho

Logo, o simples poder de mercado adquirido por processo natural não é punível pela lei antitruste, o que se afasta é a possibilidade de exercício abusivo dessa posição, que, por sua vez, gera ineficiência aos mercados. O legislador traz, ainda, a definição de posição dominante nos parágrafos 2º e 3º, da Lei 8.884/94:

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia

Além disso, as condutas potencialmente geradoras de concentrações de poder de mercado, como cartel, preço predatório, restrição vertical, são todas punidas pela lei antitruste e pela autoridade de defesa da concorrência, tendo ainda o SBDC forte atuação na repressão a atos de concentração, com possibilidade de causar um aumento do poder de mercado, conforme explicitado no ponto 1.4.1, deste trabalho. Vanessa Borati (2006, p.70-71) destaca os potenciais problemas decorrentes de concentrações de mercado.

Por outro lado, concentrações econômicas podem restringir a concorrência e gerar danos ao mercado por aumentar o poder de mercado das empresas que se concentram. Isso porque a concentração de empresa reduz o número de empresas que atuam no mercado (concorrência efetiva). Esse aumento do poder de monopólio pode ser prejudicial ao mercado caso possibilite o abuso desse poder e não seja contrabalançado por ganhos de eficiência econômica. Portanto, não é possível, inicialmente, saber se uma concentração econômica afetará positiva ou negativamente o bem estar econômico.

Diante dessa realidade, evidencia-se a necessidade de atuação estatal efetiva, tanto no sentido de impedir concentrações de poder de mercado de maneira indevida, como por infrações à ordem econômica ou aquisições, fusões e incorporações de empresas; quanto em relação aos mercados “naturalmente dominados”, de exercer um maior controle para evitar o abuso decorrente desse poder. Referida questão será aprofundada a seguir.

3.1.1 Necessidade de intervenção estatal

Sendo certo que somente os mercados organizados sob a estrutura de concorrência perfeita¹⁶ não estariam suscetíveis às falhas decorrentes do exercício abusivo de poder de

¹⁶ Tema apontado no ponto 1.1.1 do capítulo 1 deste trabalho.

mercado, todos os mercados estruturados como concorrência imperfeita necessitam ser delimitados e organizados, no sentido de se buscar o ambiente o mais próximo possível do ideal (concorrência perfeita), garantindo, assim, a eficiência econômica e o bem estar, princípios fundamentais da defesa da concorrência.

Além disso, conforme já apontado, a concorrência perfeita se enquadra muito mais como teoria econômica que realidade própria, denota-se que, praticamente, todos os mercados, com maior ou menor intensidade, demandam de uma certa limitação, conforme afirma Martin Krause (2006, p. 30):

Para a economia neoclássica, portanto, todo mercado que não apresente as condições de concorrência perfeita é imperfeito, fracassa em alcançar o ótimo de Pareto. Como veremos, ademais, não somente é assumido esse fracasso, como também a possibilidade de que o Estado possa melhorar essa situação, aproximando-a ao ótimo, e esse seria indubitavelmente o objetivo do ‘ditador benevolente’. Não obstante, o argumento de Hayek se estende com muito maior dureza ainda à informação disponível e obtível por parte desse soberano. Este foi um dos argumentos básicos no debate sobre a possibilidade da planificação socialista apresentado por Mises e Hayek¹⁷. (Traduziu-se) (destaques do original)

Essa limitação somente deve ser exercida pelo Estado, quando não é feita pelo próprio mercado, nos termos da teoria de Adam Smith¹⁸. Cabe ao Estado estabelecer as regras e limitações de atuação dos indivíduos na economia, garantindo, assim, o bem estar de toda sociedade, em detrimento do exclusivo bem estar individual. Essa intervenção estatal se percebe de várias maneiras, como legislação protetiva das relações de trabalho e emprego, legislação de proteção dos consumidores, legislação protetiva de inventos, marcas, patentes e desenhos industriais e, mais especificamente, o sistema de defesa da concorrência – lei antitruste, e estrutura regulatória de certos mercados que fornecem serviços essenciais em estruturas imperfeitas.

É o Estado, portanto, que delimita as regras da economia, ou seja, conduz o “jogo” e, além disso, funciona como um árbitro fiscalizador do cumprimento de suas normas. Rachel Sztajn (2005, p. 51) destaca que, inclusive, os mercados somente serão eficientes se houver efetiva atuação estatal:

¹⁷ “Para la economía neoclásica, entonces, todo mercado que no presente las condiciones de la competencia perfecta es imperfecto, fracasa en alcanzar el óptimo de Pareto. Como veremos, además, no solo se asume ese fracaso del mercado sino que se asume la posibilidad de que el Estado pueda mejorar esa situación acercándola al óptimo y ese sería indubitavelmente el objetivo del ‘dictador benevolente’. No obstante, el argumento de Hayek se extiende y con mucha mayor dureza aún a la información disponible y obtenible por parte de ese soberano. Este fue uno de los argumentos básicos en el debate sobre la posibilidad de la planificación socialista presentado por Mises y Hayek.”

¹⁸ Auto regulação pela mão invisível do Estado. Tema abordado no capítulo 1

Sem normas, legais ou institucionais, mercados não serão eficientes, não atenderão aos interesses dos agentes econômicos, demonstrando que a noção da Adam Smith dá ‘mão invisível’ baseada no egoísmo das pessoas que, por si, ajustaria a oferta à demanda estava equivocada. Regulação é instrumento legal para ordenar mercados, manifestada por via reguladora das atividades econômicas.

Desde a organização das formas de produção e distribuição dos bens e serviços até às relações de consumo, todas as etapas da ‘cadeia produtiva’ são objetos de normas que representam intervenção do Estado no domínio econômico sem assumir o papel de produtor.

Para além da regulação, os outros instrumentos de intervenção estatal, instrumentos esses que caracterizam atuação indireta do mercado na economia, modelo adotado pelo legislador constituinte brasileiro, conforme abordado no ponto 1.2.1 deste trabalho, todos eles são essenciais para a eficiência econômica. Sem dúvidas, a intervenção do estado na economia é mais que uma possibilidade, uma verdadeira necessidade, condição absoluta para que se atinja o desenvolvimento econômico, conforme aponta Rachel Sztajn (2005, p. 58-59):

Para que agentes econômicos decidam produzir e sobre o que produzir, devem-se assegurar a existência e o desenvolvimento de mercados; a liberdade de iniciativa econômica é corolário da liberdade de mercados, liberdade de oferecer a própria força de trabalho, bens de produção e recursos financeiros em mercados. Certos que mercados não devem ser subtraídos do controle do Estado, do poder coercitivo que as normas jurídicas têm.

[...]

Por exemplo, as normas que disciplinam ações anticoncorrenciais, abuso de poder econômico, abuso de poder em mercado relevante, dever de informar, responsabilizar pela informação falsa, punição por oferecer produtos objetos de contrafação são todas normas de produção legislativa.

Não se discute mais, portanto, se o Estado deve ou não intervir na economia, mesmo o mais liberal dos teóricos econômicos, na atualidade, é forçado a reconhecer que a intervenção do Estado, na economia, é importante e necessária. Deve-se, assim, discutir os critérios dessa intervenção, ou seja, como proceder o ente estatal para intervir de modo a promover eficiência nos mercados e consequente desenvolvimento econômico. Esse é o principal desafio dos Estados atualmente

3.2 Poder de compra

A teoria econômica preocupou-se, ao longo dos anos, com o estudo do poder de mercado exercido pelos fornecedores e produtores de bens e serviços de consumo, logo, o estudo de eventual poder, exercido por compradores, permaneceu por muito tempo desconsiderado, sendo, até hoje, pouco debatido. No mesmo caminho foi o desenvolvimento do direito antitruste e da intervenção do estado na economia, quase sempre voltada ao controle dos agentes fornecedores e de seus eventuais abusos de poder.

Tal realidade fez com que, inclusive, a denominação poder de mercado se tornasse um sinônimo de poder exercido por fornecedores, sem que, sequer fosse cogitado um poder de mercado fornecido pelo lado da demanda, ou seja, de consumidores de bens e serviços.

No entanto, há a possibilidade de poder de mercado ser exercido por compradores. Tal realidade passou a ser mais discutida, a partir do surgimento das grandes redes varejistas de alimentos. A estrutura de supermercados e hipermercados deixou claro que nem sempre os compradores são consumidores individuais e sem poder de barganha coletiva, junto aos fornecedores. Muitas vezes, inclusive, o poder de barganha ou poder de mercado destes é bem mais elevado que o poder de seus fornecedores primários, muitos dos quais dependentes da aquisição desses “super compradores”.

Nesse sentido, Daniel Goldberg (2006, p. 141) destaca que o poder de mercado pode ser exercido pelo lado dos compradores, ou seja, um “poder de mercado às avessas”. Esse fenômeno passou a ser denominado de poder de compra.

Pode-se dizer então que poder de compra está associado a prerrogativa que agentes econômicos possuem de, exercendo sua posição dominante, alterar preços e quantidades de insumos ofertados por seus fornecedores. Trata-se de poder de mercado detido por compradores. E como tal é questão de grau.

Diante da associação feita entre poder de mercado e poder exercido por fornecedores, poder de compra é, portanto, uma subespécie de poder de mercado, uma prerrogativa exercida não por fornecedores mas pelos consumidores de bens e serviços. Além das grandes cadeias varejistas, outro exemplo de poder de compra seria o mercado de hotéis e sua relação com as agências de viagens. Estas intermediam as hospedagens com consumidores finais e levam grandes grupos para os hotéis, dispondo assim, a agência de viagens, em relação aos hotéis, de elevado poder de compra, conseguindo uma série de “benefícios”, em decorrência disso: como a depreciação do valor das tarifas, a possibilidade de pacotes diferenciados com quartos mais cheios, dentre outras possibilidades decorrentes do efeito desse poder. Daniel Goldberg (2006, p. 24) conceitua o poder de compra como:

A segunda razão decorre da percepção de que, ao final e ao cabo, ‘poder de compra’ nada mais seria do que ‘poder de mercado’, ainda que detido por agentes do lado da demanda ao invés do lado da oferta. Nesse sentido a análise econômica e jurídica do exercício do poder de compra seria a ‘imagem no espelho’ da tradicional análise do poder de mercado (entendido como o poder exercido pelos vendedores de um ou mais produtos). Com efeito, se é verdade que o poder de compra nada mais é do que forma de manifestação do poder de mercado, também é fato que, ainda hoje, a teoria econômica e a teoria jurídica apresentam impressionantes limitações na compreensão do fenômeno.

O tema central desta pesquisa, qual seja, o mercado de saúde suplementar, é típico caso de elevado poder de compra. As operadoras de saúde, ao intermediarem o fornecimento de serviços médicos, trazem consigo uma grande carta de clientes e usuários, gozando de elevado poder de compra junto aos profissionais médicos, o que, por sua vez, causa uma série de reflexos nesse setor da economia. Assim, verifica-se que o poder de compra se encontra cada vez mais presente nos mercados como um todo.

3.2.1 Efeitos na economia

Os efeitos do poder de compra nos mercados, já que, em verdade se trata de um poder de mercado invertido, podem ser tão prejudiciais, quando não piores diante da ausência de atuação efetiva estatal, que as já conhecidas falhas originadas do poder exercido por fornecedores. Primeiro, porque, nesses casos, também haverá a possibilidade de ocorrência natural de poder de compra, na qual punível é o abuso desse poder. Da mesma forma, esse poder pode ser derivado de um ato de concentração, como a fusão de dois grandes consumidores, duas redes varejistas, por exemplo, ou ainda, por conta de infrações à ordem econômica como as acima apontadas. Daniel Goldberg (2006, p. 141) destaca os possíveis problemas decorrentes do elevado poder de compra:

Compradores com elevado poder de mercado poderão deprimir substancialmente preços e quantidades contratados com seus fornecedores. Por outro lado, firmas com reduzido poder de mercado como compradoras não terão a capacidade de determinar preços ou quantidade dos insumos que adquirem.

No Brasil, a observância e o cuidado com o poder de compra passa, ainda, por um processo inicial de discussão. É, portanto, tema relativamente novo para o sistema antitruste nacional, no entanto, alguns países já enfrentaram os problemas decorrentes do exercício abusivo de poder de compra que, nos termos da Lei 8.884/94, podem caracterizar uma infração à ordem econômica. Manifesta-se como uma restrição de compradores a seus fornecedores, afetando preço, demanda, produção, e estoque. Acerca dessa questão, afirma Daniel Goldberg (2006, p. 245-246):

O caso Toy'R'Us, já discutido neste trabalho, demonstra como grandes varejistas podem influenciar a conduta de seus fornecedores para distorcer a competição em seus próprios mercados. Vale lembrar, naquele caso o maior varejista de brinquedos americanos forçou seus fornecedores a venderem pacotes diferenciados para seus concorrentes, a fim de impossibilitar a competição direta via preços na revenda dos produtos. Usualmente, a influência na conduta de fornecedores, concorrentes no mercado à montante (art. 21, III) se dá a partir de ameaças de recusa de compra e boicotes.

Em todos esses casos, o poder de compra se manifesta mediante imposição de restrições verticais que acabam resultando em distorção de preços, quantidades e qualidade dos produtos ofertados.

Nesse sentido, a autoridade de defesa da concorrência deve estar atenta a distorções e falhas de mercado, causadas por exercício abusivo de poder de compra, principalmente por conta da falta de tradição no tratamento desses efeitos. Pois, como já dito, desde a origem do SBDC e da própria defesa antitruste, a principal questão tratada foi o poder de mercado dos fornecedores, enquanto que o poder de compra restou, em verdade, negligenciado.

3.2.2 Negligência do SBDC

Como já dito, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC vem, de há muito, negligenciando uma atuação mais efetiva em relação ao fenômeno do poder de compra. Isso, conforme destaca Daniel Goldberg (2006, p. 23-24) tem várias explicações, dentre as quais, a principal está relacionada à carência de estudo da questão e até mesmo de sua pouca interferência, quando da criação das primeiras normas antitruste.

Há, aparentemente, pelo menos duas razões pelas quais o poder de compra recebeu no passado reduzida atenção. A primeira delas parece ser histórica. O direito antitruste se consolida, na Europa continental e no mundo anglo-saxão (em especial estados Unidos e Canadá), em período que antecede o fenômeno do surgimento das grandes cadeias varejistas, já no pós-guerra. Como afirma DOBSON, a preocupação predominante quando do desenvolvimento do direito antitruste referia-se à tendência de concentração de grandes grupos manufatureiros. O surgimento de grandes grupos de distribuição e revenda de produtos farmacêuticos, livros, alimentos, produtos financeiros, material de escritório, brinquedos, e, obviamente, supermercados e hipermercados com tremenda escala, era ainda seara de especulação até a década de 1950.

Há, ainda, um problema pontual, em relação à atuação do SBDC, por conta de abusos de poder de compra. Se é possível considerar que o poder de compra seria como um poder de mercado invertido, gerando, portanto, os mesmo problemas já tão conhecidos e debatidos pela autoridade antitruste, isso não corresponde a seus reais efeitos.

Na prática, é possível que os efeitos de um elevado poder de compra sejam diferenciados do de poder de mercado, exercido por fornecedores. Isso porque, muitas vezes, os agentes que detêm elevado poder de compra se relacionam, ainda, com os consumidores individuais, intermediando a relação destes com os fornecedores primários, como é exemplo o mercado de hotéis em relação a agências de turismo; o mercado de grandes cadeias varejistas de distribuição de alimentos; e o próprio mercado de saúde suplementar.

Não pode a autoridade antitruste, nesses casos, limitar a análise dos mercados na relação de compra em que há exercício de poder, pois, fatalmente, uma intervenção estatal, nessa cadeia de fornecimento, gerará efeitos junto aos consumidores finais. Sobre a questão da necessária abordagem diferenciada, assim destaca Daniel Goldberg (2006, p. 139):

Trata-se, portanto, de poder de mercado exercido a partir do lado da oferta. Da mesma forma, os casos que ilustram a aplicação em concreto da política de concorrência em diferentes jurisdições raramente dizem respeito ao poder de mercado exercido por compradores de determinado bem e serviço.

[...]

O desprezo da teoria da demanda tem, como já dissemos, não só explicações históricas mas também técnicas. No campo da economia, a literatura tradicional sempre tratou o poder de compra como uma imagem no espelho do poder de mercado exercido por ofertantes.

Além disso, constatada a existência de, pelo menos, dois “poderes de mercado”, um exercido pelos fornecedores (poder de mercado no sentido original ou poder de venda), outro pelos compradores (poder de compra), tornou-se possível cogitar a possibilidade de uma compensação, ou seja, uma anulação de um eventual poder de mercado ou poder de compra por outro. Tal questão será aprofundada a seguir.

3.3 Cartelização como resposta à concentração – Teoria do Poder Compensatório

Como apontado no segundo capítulo deste trabalho, o mercado de saúde suplementar tem uma série de “falhas”, como o risco moral, seleção de risco e seleção adversa, decorrentes principalmente da assimetria de informação entre consumidores, médicos e operadoras de saúde, configurando-se como um setor complexo.

Nesse contexto, verifica-se que o mercado de saúde suplementar necessita de uma intervenção mais efetiva do Estado, até por conta de sua importância econômica e social, no intuito de garantir a eficiência do mercado e um ambiente concorrencial, além de buscar garantir a liquidez e estabilidade das empresas integrantes do mercado. Sobre a função regulatória do Estado, no mercado de saúde suplementar, assim se posiciona Eduardo Augusto de Oliveira Ramires (2005, p. 55):

As tarefas da regulação do setor de saúde suplementar, portanto, envolvem corrigir as distorções do mercado com a seleção de risco, ao mesmo tempo em que se trata de preservar caráter competitivo desse mercado, aspecto fundamental a justificar as políticas públicas de incentivo do papel complementar do sistema privado em relação ao sistema público. Além disso, a relevância pública dos bens e serviços disponibilizados pelos sistemas privados de assistência à saúde reclama, igualmente, uma particular atenção do Estado para com a saúde econômico-financeira das

empresas operadoras de tais sistemas, a fim de evitar que circunstâncias previsíveis possam conduzir à ruína de empreendimentos, deixando largos seguimentos da população privada da assistência à saúde que se servia.

Some-se a isso os problemas inerentes ao acúmulo de poder de mercado das operadoras de planos de saúde, uma vez que elas se tornam as principais, quando não únicas adquirentes dos serviços médicos, isolando a negociação direta entre médicos e pacientes, detendo um elevado poder de compra, além de, em alguns casos, contar com poder de mercado na oferta para os consumidores. A ANS, como visto, atua mais na regulação da relação entre planos e pacientes (consumidores finais), deixando de lado o problema do poder de compra e da baixa remuneração da classe médica.

Como reflexo, a classe médica passou a se organizar visando, dentre outras coisas, valorizar a profissão e garantir o respeito e remuneração digna¹⁹. Tornou-se comum a figura de cooperativas e associações médicas, envolvidas em negociações com planos de saúde, chegando até, em alguns casos, ao tabelamento de preços. Isso, conforme aplicação dos preceitos e regras da defesa da concorrência, pode caracterizar um cartel, pois haverá a configuração de conduta uniforme de preços entre os profissionais cooperados ou associados, que podem, inclusive, representar a totalidade ou grande maioria de médicos daquela especialidade na região.

Quanto aos efeitos de um cartel, tido como das mais graves infrações à ordem econômica, nos termos apontados no item 1.4.2 deste trabalho, há um verdadeiro afronte a todos os elementos de um ambiente concorrencial, uma vez que os agentes do mercado, que deveriam competir entre si, passam a impor, em bloco, suas decisões, tomadas de forma coletiva, gerando perdas ao consumidor e à sociedade, e maximizando seus lucros. Nesse sentido, é a lição de Paulo Furquim de Azevedo e Sílvia Faga de Almeida (2006, *on line*):

É por conta dessa proposição que a conduta uniforme, entre elas a fixação coletiva de honorários, é freqüentemente considerada ‘uma das mais graves infrações às regras de concorrência’. Ao uniformizar sua conduta, um grupo de produtores cria uma assimetria nas negociações, antes inexistente, que os permite impor preços mais elevados e, por conseqüência, ganhos privados e perdas à sociedade. Resta perguntar: há situações em que a cooperação horizontal de estabelecimento de preços em resposta ao poder da contraparte pode ser aceita ou mesmo desejável

¹⁹ “Nossa Missão: Promover e defender o trabalho do anestesiológico, com base nos princípios da ética e do cooperativismo, estimulando a qualificação científica dos cooperados e proporcionando uma anestesia segura e de qualidade para a sociedade.”

Missão da Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado do Ceará – COOPANEST/CE Disponível em: <http://www.coopanest-ce.com.br>

pelas autoridades de defesa da concorrência? Em outras palavras, há um lugar para o argumento de poder compensatório na defesa da concorrência?

No Brasil, a busca pela prova da ocorrência do cartel dominou por muitos anos a discussão sobre o tema. Havendo, conforme afirma Calixto Salomão Filho (2002b, p. 190), uma ausência de formulação de uma teoria jurídica dos cartéis, de proposição de elementos corretos, para se chegar a uma definição, e um conceito de cartel.

De um lado, a doutrina econômica pretendeu, em matéria de cartéis, mais do que em qualquer outro campo do antitruste, incorporar um absoluto cientificismo, a partir de estudos matemáticos clássicos sobre oligopólios. Foram exatamente esses estudos que levaram a um *non liquet* da ciência econômica em matéria de cartéis.

[...]

A resposta jurídica não foi mais inspirada. Constatada a insuficiência do raciocínio econômico, passou-se a buscar provas materiais da existência de cartéis, investigando reuniões, interpretando documentos, etc. Relegou-se, portanto, a discussão sobre os cartéis a uma mera questão de prova, deixando-se completamente de lado a discussão sobre critérios corretos para definição da *fattispecie*.

Talvez por esses motivos, a discussão acerca do enquadramento, ou não, de um tabelamento de honorários, como cartel, seja complexa. De um lado, é evidente que o tabelamento exclui a negociação individual, uniformizando os preços a serem pagos ou, pelo menos, os valores mínimos. Por outro lado, em mercados como o de saúde suplementar, em que, como já visto, inexistente qualquer barganha coletiva entre os médicos e as operadoras de plano de saúde, que detêm forte poder de mercado, ocorre uma depreciação na remuneração dos profissionais liberais que, sozinhos, não têm forças para negociar valores com as operadoras.

Ademais, muitos médicos prestam serviços a uma só operadora ou a um pequeno número de operadoras, chegando seu trabalho a ter, inclusive, características bem próximas de uma relação de emprego, como habitualidade, subordinação, continuidade e onerosidade. Também é certo que, aos trabalhadores, é garantido, nos termos da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT e do art. 7º, da Constituição Federal, a negociação coletiva, por meio de sindicatos, enquanto que aos profissionais liberais tal possibilidade inexistente.

Nesse sentido, a tabela serviria como uma resposta da classe médica ao poder das agências intermediárias da relação médico – consumidor, visando garantir uma remuneração digna desses profissionais liberais que, em virtude dessa especificidade do setor, muitas vezes sua autonomia técnica e econômica de atuação é menosprezada.

A chamada teoria do poder compensatório tem origem no pensamento de John Kenneth Galbraith. Em sua obra *“American Capitalism: the concept of Countervailing Power”*, de 1954, o autor defende que, em determinados mercados, a concentração de poder (poder de compra ou poder de venda) poderia compensar eventuais falhas, como um monopólio ou monopólio, sendo benéfico à sociedade sua existência. Ou seja, haveria, nesses mercados, uma espécie de auto-regulação da economia, com o equilíbrio natural da interação dos agentes, conforme defende Galbraith (1954, p. 01):

Nós estamos preocupados com o mais velho dos problemas econômicos - o da atenuação ou regulação do poder de mercado. Antigamente, duas soluções foram reconhecidos para o problema do poder econômico. Um deles é a concorrência. Os outros - sempre supondo que a anarquia e a exploração não são soluções - é a regulação pelo Estado. Eu defendo que existe uma terceira solução de substancial, e talvez central, a importância em nosso tempo. Essa é a neutralização de uma posição de poder por outra. (Traduziu-se)²⁰

Referida teoria, todavia, não recebeu grande crédito na doutrina antitruste, chegando a ser encarada como inaplicável e taxada de romântica. Entretanto, vislumbra-se, no pensamento de Galbraith, uma primeira preocupação com o poder de compra e seus efeitos nas relações de mercado. A resistência à aplicação da teoria do poder compensatório, hoje em dia, talvez advenha da falta de conhecimento e discussão acerca do poder de compra, conforme afirma Daniel Goldberg (2006, p.193):

A teoria antitruste tem-se ocupado com estudo dos efeitos – jurídicos e econômicos – decorrentes do exercício do poder de mercado. A grande maioria desses estudos, no entanto, refere-se ao poder de mercado exercido por firmas que impõem preços mais altos aos consumidores e restringem a quantidade de bens e serviços ofertados nos mercados relevantes sob análise.

[...]

Com isso, o fenômeno do poder de mercado exercido por compradores permaneceu, durante décadas, restrito às notas de rodapé de casos isolados ou aos últimos capítulos dos manuais de microeconomia.

Nos Estados Unidos, um dos sistemas mais evoluídos em relação à defesa da concorrência, onde ocorreram grandes discussões sobre o problema da remuneração dos médicos, a tese do poder compensatório foi rechaçada, conforme trecho de documento da FTC US Doj (2004, *on line*) autoridade antitruste norte-americana:

²⁰“We are concerned here with the oldest of economic problems – that of the mitigation or regulation of economic power. Anciently, two solutions have been recognized to the problem of economic power. One is competition. The other – always assuming that anarchy and exploitation are not solutions – is regulation by state. I have argued that there is a third mitigant of substantial, and perhaps central, importance in our time. That is the neutralization of one position of power by another.”

As agências acreditam que a aplicação da legislação antitruste para impedir a aquisição ilegal ou exercício de poder de monopsonia pelas seguradoras é uma solução melhor do que permitir que os prestadores exerçam o poder compensatório. Joel Klein, o procurador-geral adjunto, em 1999, observou que uma abordagem melhor [do que permitir o poder de mercado compensatório] é dar poder aos consumidores, incentivando a concorrência de preços, abrindo o fluxo de informações exatas e significativas para os consumidores assegurando a aplicação eficaz da concorrência tanto com respeito aos compradores (planos de saúde seguro) e vendedores (profissionais de saúde), do prestador de serviços.²¹(Traduziu-se)

Além disso, para configuração ou para que se possa cogitar a aplicação desse “poder compensatório”, ou seja, compensar um poder de mercado por um poder de compra ou o contrário, há a necessidade de alguns requisitos, conforme adverte John Kenneth Galbraith. Primeiramente, o poder de compra, ou o de mercado, deve necessariamente surgir em resposta a um poder já existente. Em segundo lugar, o poder surgido (ou criado) deve ter, no mercado, efeito imediatamente diverso daquele do poder original. E, por fim, o resultado final no mercado deve ser eficiente, ou seja, precisa gerar um bem estar (*welfare*) superior. (GALBRAITH, 1954, p. 112)

Não obstante essas questões, a teoria do poder compensatório pode ser uma ferramenta útil, na análise de casos referentes ao mercado de saúde suplementar, notadamente, no sentido de se verificar o elevado poder de compra das operadoras e de atender a necessidade de proporcionar aos médicos, ofertantes dos serviços, um poder de barganha coletiva, no sentido de garantir uma justa remuneração e a liberdade de atuação profissional.

Ademais, muito embora o SBDC não tenha utilizado a teoria do poder compensatório de forma efetiva, pode-se vislumbrar a adoção de “elementos da tese do poder compensatório”, conforme afirma Daniel Goldberg (2006, p. 262-263), ao transcrever trecho do voto do conselheiro Luis Carlos Delorme Prado, em processo submetido ao CADE contra a Cooperativa de Anestesiologistas do Ceará (COOPANEST-CE), no qual a instituição era acusada de promover uma cartelização, na remuneração de seus médicos cooperados (Processo nº: 08012.0036.64/2001-92):

O mercado de prestação de serviços médicos é um mercado extremamente pulverizado e os médicos não possuem individualmente qualquer poder de negociação junto aos planos de saúde. Na atual configuração do mercado de

²¹ “The Agencies believe that antitrust enforcement to prevent the unlawful acquisition or exercise of monopsony power by insurers is a better solution than allowing providers to exercise countervailing power. Joel Klein, the Assistant Attorney General in 1999, noted that a “better approach [than allowing countervailing market power] is to empower consumers by encouraging price competition, opening the flow of accurate, meaningful information to consumers, and ensuring effective antitrust enforcement both with regard to buyers (health care insurance plans) and sellers (health care professionals) of provider services.”

prestação de serviços médicos, os planos de saúde são os principais, senão únicos, compradores destes serviços, já que fazem a intermediação entre médicos e clientes. Dessa forma detêm alto poder de negociação com os médicos no sentido de aviltar a remuneração desses profissionais. Sendo assim, entendendo ser legítima a constituição de cooperativas como a COOPANEST-CE para que possam melhor negociar a remuneração dos serviços médicos.

Embora este não tenha sido o único argumento para a decisão pela não ocorrência de infração à ordem econômica, referido voto, bem como os votos da maioria dos conselheiros, foram contrários ao parecer da SDE e ao voto do relator, ambos no sentido da caracterização da infração à ordem econômica. Tal realidade, por si só, aponta para a falta de coesão de pensamento no SBDC, em relação ao mercado de saúde suplementar, bem como demonstra a importância do debate sobre o poder compensatório.

Entretanto, Daniel Goldberg (2006, p. 113) entende que a proteção antitruste à barganha coletiva dos médicos deve ser vista com cautela, sob pena de se gerar maiores danos ao mercado.

Um outro problema associado à autorização da barganha coletiva pra a profissão médica é como garantir que o cartel formado com o intuito de melhorar a remuneração dos médicos na sua relação com o oligopsonio das operadoras não acabe gerando consequências negativas (*spillovers*) em outros mercados competitivos. Como assegurar, por exemplo, que um tabelamento de preços organizado para uma negociação com as operadoras não acabe afetando o mercado de negociação direta com os consumidores finais, que não possuem planos de saúde?

Diante disso, vê-se que o debate entre a necessidade ou possibilidade de tabelamento de honorários, visando gerar um poder de barganha coletiva dos médicos, dentro da ótica da tese do poder compensatório, é tema controverso na doutrina, não havendo uma manifestação clara do SBDC sobre a questão. Importa verificar, no caso concreto, a viabilidade de se adotar tal prática, sob pena de se gerarem danos ao mercado e aos consumidores.

A seguir aprofundar-se-á o estudo sobre a posição da autoridade antitruste brasileira, em relação a essa possível compensação (barganha coletiva) no mercado de saúde suplementar.

3.3.1 Posicionamento SBDC

A Secretaria de Direito Econômico – SDE tem entendimento contrário à aplicação da teoria do poder compensatório, no mercado de saúde suplementar, por vislumbrar que eventual criação de barganha coletiva, por intermédio de fixação de honorários, em tabelas ou outras imposições de conduta uniforme, seja pelo próprio Estado regulador, seja pelos

médicos organizados em cooperativas e associações, ao revés, prejudicará mais ainda o mercado. E conclui, em parecer originado de consulta do CADE, em relação ao Projeto de Lei – PL 39/2007, que promove uma série de mudanças no panorama desse setor (2008, *on line*):

Se há a constatação de que as operadoras vêm abusando de seu poder de mercado face à falta do poder de barganha dos prestadores de serviço, a saída apropriada jamais seria a fixação dos preços dos honorários médicos em tabelas editadas pelo órgão regulador. Isto seria solucionar o problema com a completa eliminação da negociação e também da concorrência tanto entre os prestadores de serviços médicos, que teriam seus incentivos reduzidos na busca pelo aperfeiçoamento da prestação de seus serviços com vista a alcançar uma melhor remuneração, quanto das operadoras na busca por credenciar profissionais mais capazes em seu quadro de credenciados.

Em casos submetidos à apreciação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em que se discute a prática de infração à ordem econômica, por parte de médicos que adotam medidas no sentido de aumentar sua remuneração ou de negociação coletiva de preços, a postura da SDE tem sido no sentido de condenar por infração. Entende ser conduta gravosa à ordem econômica (cartel), prejudicando a livre concorrência e impedindo a negociação individual.

Além disso, não se vislumbra, nos pareceres da SDE, nos processos administrativos a seguir analisados, qualquer remissão à tese do poder compensatório ou discussão acerca da viabilidade, ou não, da sua aplicação. Nesse sentido, foram os pareceres da SDE, nos casos COOPANEST-PE²² e COOPANEST-BA²³. No caso COOPANEST-CE, não foi diferente a posição, havendo o parecer invocado, inclusive, precedentes judiciais do CADE, como se pode observar em trecho abaixo transcrito:

E mais, em decisão recente do Plenário do CADE, ocorrida em 26-06-2002, no PA nº 08012.004372/2000-70 onde foi julgada conduta idêntica praticada pela Cooperativa de Otorrinolaringologia do Ceará - COOLECE, culminando com a condenação da representada, cuja ementa foi publicada no DOU de 26-07-2002, assim entendeu o Conselheiro-Relator Ronaldo Porto Macedo Júnior:

‘Saliente-se que a imposição do uso de tabelas de preços constitui prática prejudicial à livre concorrência e à livre iniciativa, uma vez que busca uniformizar os preços dos procedimentos médicos de modo a eliminar as negociações individuais, desconsiderando, dessa forma, as peculiaridades de cada contrato de prestação de serviços médicos.’

²² Por todo o exposto, por entender que restou configurada infração à ordem econômica, consubstanciada nos artigos 20, incisos I, II e IV e 21, incisos II, X e XXIV, sugere-se a remessa dos autos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE para julgamento, conforme preceituam o artigo 39 da Lei 8.884/94 e o artigo 27 do Regulamento das Competências da SDE, aprovado pela Portaria nº 849/2000, do Ministério da Justiça, com recomendação de condenação da Cooponest-PE, com aplicação das penas previstas nos arts. 23 e 24, todos da Lei nº 8.884/94. Processo nº 08012.008060/2004-35

²³ Processo nº 08012.007041/2001-33

Diante do exposto, e considerada jurisprudência desta Autarquia consolidada em julgamentos semelhantes relativos ao mesmo setor econômico, voto pela condenação da Cooperativa de Otorrinolaringologia do Ceará
[...]

Pelo exposto e, restando configurada prática de conduta anticoncorrecional por parte da representada, uma vez que limita, falseia ou de qualquer forma prejudica a livre concorrência ou a livre iniciativa e exerce de forma abusiva posição dominante ao influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, conduta esta prevista no art. 20, incisos I e IV c/c art. 21, inciso II da Lei nº 8.884/94, sugere-se que sejam os autos remetidos ao CADE pra julgamento, nos termos do art. 39 do mesmo dispositivo legal.

Neste caso, o voto do conselheiro relator²⁴ Luiz Alberto Esteves Escalophe, foi no mesmo sentido do parecer da secretaria, entretanto, o entendimento majoritário²⁵ do tribunal foi em sentido diverso, havendo, inclusive, sinais de uma pequena abertura à possibilidade de discussão acerca da tese do poder compensatório, como se denota do trecho do voto do conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado:

O mercado de prestação de serviços médicos é um mercado extremamente pulverizado e os médicos não possuem individualmente qualquer poder de negociação junto aos planos de saúde. Na atual configuração do mercado de prestação de serviços médicos, os planos de saúde são os principais, senão únicos, compradores destes serviços, já que fazem a intermediação entre médicos e clientes. **Dessa forma, detêm um alto poder de negociação com os médicos e atuam no sentido de aviltar a remuneração desses profissionais. Sendo assim, entendo ser legítima a constituição de cooperativas como a COOPANEST-CE para que possam melhor negociar a remuneração dos serviços médicos.** (Grifou-se)
[...]

Não prejudica a concorrência por dois motivos: (i) os médicos possuem liberdade para se associarem ou não à cooperativa, (ii) os médicos, mesmo associados, podem prestar serviços diretamente às operadoras de planos de saúde e com elas contratarem, se assim desejarem, estipulando livremente o preço de seus serviços. Não consigo vislumbrar, também, como a conduta da Representada poderia levar ao domínio do mercado relevante já que as operadoras podem contratar diretamente os profissionais, mesmo os associados, porque não há cláusula de exclusividade no Estatuto da Cooperativa.

Uma conduta legítima e amparada pela Constituição não pode ser considerada cartel. A associação profissional, prevista no artigo 8 da Constituição Federal, pode e deve promover os interesses de sua categoria. A negociação conjunta dos médicos por

²⁴ “Certamente não se nega a legítima possibilidade de a, no caso, cooperativa, representar os seus membros em negociações com as empresas de planos de saúde. Porém, configura-se atentatória à livre concorrência que o faça por meio da imposição de conduta uniforme concernente em negociações conduzidas por ela própria, e adoção de valores e índices de reajuste únicos para todas as contratações.

Decerto ao substituir compulsoriamente o médico das negociações dos honorários com as operadoras de planos de saúde, a representada buscou impor um padrão único, absolutamente uniforme, sem procurar nuances que se adequassem às peculiaridades de cada contratação. A adoção de tabela fixa de honorários incidentes sobre os serviços dos anestesiológicos cooperados é medida típica que apenas confere poder a quem as elabora, para controlar o mercado ao arripio das forças reguladoras da oferta e da demanda.” (Trecho voto Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scalophe Processo nº: 08012.0036.64/2001-92 COOPANEST-CE)

²⁵ O Plenário, por maioria, entendeu que a Representada não praticou infração à ordem econômica, determinado o arquivamento do presente Processo Administrativo. Vencidos os Conselheiros Luiz Alberto Esteves Scalophe e Ricardo Villas Bôas Cueva, que consideraram a Representada como incurso nas condutas elencadas no art. 20, incisos I e II, c.c. art. 21, inciso II, da Lei nº 8.884/94. (nº do Processo: 08012.0036.64/2001-92)

meio da Cooperativa não é prática de cartel, senão poderíamos chegar ao absurdo de considerar cartel a negociação de salários por meio das centrais sindicais.

[...]

Diante do acima exposto, entendo que:

1- a Representada não praticou infração à ordem econômica e, portanto, isento-a de penalidades;

2- há elementos nos autos que indicam que a CIEFAS coordena a negociação das empresas filiadas com os médicos, o que pode configurar ilícito previsto no artigo 21 da Lei 8.884/1994, recomendo, portanto, que a SDE instaure averiguação preliminar para verificar tal prática.

A seguir, faz-se uma análise mais detalhada de dois casos concretos, ainda em fase de instrução na Secretaria de Direito Econômico. Caso COOPANEST-PB e caso dos Hospitais de Campina Grande.

3.3.1.1 Caso Hospitais de Campina Grande

Trata-se de Processo Administrativo²⁶, instaurado em desfavor de 6 hospitais e clínicas de Campina Grande: Hospital Antônio Targino; Clínica Santa Clara; Hospital João XXII; CLIPI – Clínica e Pronto Socorro Infantil e Hospital Geral; SAMIC – Serviço de Assistência Médica Infantil de Campina Grande e; FAP – Fundação Assistencial da Paraíba, para apurar suposta prática de infração à ordem econômica, nos termos da Lei 8.884/94. Referido processo se origina de denúncia formulada por meio da Coordenadora Executiva de Defesa do Consumidor – PROCON Municipal de Campina Grande.

Em sua peça inicial, o representante alega que a Superintendência da GEAP, no dia 16 de setembro de 2002, recebeu correspondência dos representados, concomitantemente e com conteúdo idêntico, mudando apenas o cabeçalho, onde consta o nome do hospital e endereço. Referidas correspondências continham termo de aditivo do contrato, com o intuito de, unilateralmente e em bloco, forçar o reajuste dos preços, nos contratos entre os hospitais representados e a GEAP, impedindo a negociação livre de preços.

Além disso, afirma que, na cidade de Campina Grande, só há 08 hospitais, dentre eles os 06 representados no processo. A GEAP destaca que não aceitou a proposta de reajuste, o que acarretou o envio de carta dos representados, no dia 20 de dezembro de 2002 informando o descredenciamento, a partir de 1º de Março de 2003, novamente com textos idênticos. Essa conduta, o estabelecimento de preços uniformes com reajustes lineares de forma unilateral, segundo alegação da GEAP, tem claro escopo de cartelizar o setor, prejudicando o mercado, a

²⁶ Processo 08012.001020/2003-21

livre concorrência e, especificamente, a GEAP e seus conveniados, que sofreram ataque, em bloco, dos representados que agiram de forma orquestrada.

Por fim, requer a abertura de processo administrativo, em desfavor dos denunciados, em face das infrações à ordem econômica cometidas, bem como o estabelecimento de medida preventiva, para restaurar o atendimento dos assistidos da GEAP, por parte das instituições médico-hospitalares da região.

A SDE entendeu haver indícios suficientes para abertura de Averiguação Preliminar, mas entendeu que não havia indícios suficientes para a pronta instauração de processo administrativo bem como para adoção da medida preventiva requerida.

Devidamente notificados, os representados se manifestaram conjuntamente, alegando, basicamente, que havia um relacionamento difícil com a GEAP que, constantemente, atrasava o pagamento de faturas, encaminhamento de autorizações, além de praticar abusivas glosas. Além disso, a necessidade de se rever todos os contratos de saúde decorreu de expressa determinação da Lei 9.656/98, sendo certo que os contratos dos estabelecimentos com a entidade estavam em desconformidade com o novo mandamento legal.

As empresas notificadas contrataram, em conjunto, uma assessoria técnica, para proceder referida revisão, conforme afirmam os próprios representados às fls. 129 dos autos:

Em face de tais problemas tornou-se imperiosa a revisão dos antigos contratos em vigor para adaptá-los à nova lei, razão pela qual as empresas notificadas contrataram uma assessoria técnica para fornecer as informações necessárias, tanto no aspecto legal quanto técnico.

Não bastando o exposto, a ANS prevê a revisão contratual, por meio da resolução normativa - RN 42, estabelecendo outros requisitos para celebração de contratos. Afirmam ainda que não havia, nas cartas e aditivos, propostas ou intenção de majoração de preços, sendo certo que os preços são estabelecidos pela GEAP, por meio de tabela previamente fixada.

Alegam ainda que a GEAP manteve-se irredutível, em relação ao ajuste dos contratos, exigido por conta da nova legislação, não restando aos representados alternativa, que não a rescisão contratual, devidamente informada dentro do prazo. Além disso, ainda segundo os notificados, o assunto: reajuste de valores, “pode e deve ser tratado de forma coletiva”, sem

caracterizar cartel ou qualquer infração à ordem econômica. Por fim, pede o arquivamento da Averiguação Preliminar.

A SDE requisitou informações ao Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado da Paraíba, para saber quantos hospitais, clínicas e casas de saúde existem em Campina Grande, bem como o número de leitos, internações e atendimentos mensais.

Em resposta, o Sindicato afirmou que, em Campina Grande, existem 29 Hospitais e Clínicas, com 1.954 leitos, média mensal de 6.758 internações e 70.234 atendimentos. Desse total, 6 são os representados, contando estes com 881 leitos, média mensal de 3.528 internações e 16.154 atendimentos, correspondendo a 43% dos leitos, 52% das internações e 23% dos atendimentos.

O Departamento de Proteção e Defesa da Economia – DPDE, da Secretaria de Direito Econômico, em nota técnica, às fls. 340 dos autos, entendeu que havia indícios suficientes para abertura de processo administrativo, afirmando o seguinte:

O número de leitos, internações e atendimentos dos representados indicam uma dominação do mercado relevante definido geograficamente como a cidade de Campina Grande.

A correspondência enviada pelos representados era idêntica, tendo o intuito de obter aumento uniforme da remuneração, sendo tal prática por si só indício suficiente de prática concertada entre concorrentes.

Os representados representam no mercado verdadeiro bloco impermeável à concorrência e suas pressões, por agirem de forma concertada, visando a obter iguais vantagens, sendo, todavia, necessário verificar se a conduta tem o condão de provocar quaisquer dos efeitos do art. 20 da Lei 8.884/94, sendo necessária a instauração de processo administrativo para tal finalidade.

A SDE resolveu instaurar processo administrativo, inclusive com encaminhamento para julgamento do CADE, nos termos e razões da nota técnica do DPDE.

3.3.1.2 Caso Coopanest-PB

Trata-se de Processo Administrativo²⁷ instaurado em desfavor da Cooperativa de Médicos Anestesiologistas do estado da Paraíba – COOPANEST – PB, para apurar supostas práticas que infringem à ordem econômica, nos termos da Lei 8.884/94. Referido processo origina de representação formulada pelo Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – CIEFAS.

²⁷ Processo nº 08012.007380/2002-56

Em sua peça, o representante alega que a COOPANEST-PB vem exercendo posição dominante, de forma abusiva, no mercado de saúde no Estado da Paraíba, contando com a totalidade de médicos do Estado como cooperados. A representada teria encaminhado uma série de cartas de mesmo conteúdo a várias filiadas do CIEFAS, determinando o cumprimento de exigências, bem como impondo normas de negociação de tabelamento de honorários, interrompendo o atendimento a milhares de usuários dos planos de saúde referidos.

Segundo a CIEFAS, referida conduta prejudica a livre concorrência e a negociação de preços, de forma igualitária e justa, entre as filiadas do CIEFAS e a COOPANEST-PB. Afirma ainda que, no Estado da Paraíba, existe apenas uma cooperativa de médicos anesthesiologistas, não dispondo as filiadas do CIEFAS de outros fornecedores do serviço e que a referida prática de uniformidade de preços causa a cartelização do setor.

Ao final, requer a instauração de processo administrativo, para averiguar a denúncia e adotar medida preventiva, no sentido de garantir o atendimento aos consumidores. Diante da denúncia, foi instaurada Averiguação Preliminar, para apurar os indícios de infração à ordem econômica. Devidamente notificada, a COOPANEST-PB apresentou esclarecimentos nos autos, afirmando que não adotou qualquer conduta com o intuito de cartelizar o setor, tendo contrato com várias operadoras e entidades com políticas de preços diferenciadas. Também alega que não interrompeu os serviços de atendimento, em nenhum momento, diferente do que afirma o CIEFAS e que tentou realizar negociações com o CIEFAS, para adequar os valores e termos dos serviços, entretanto, este órgão se posicionou de forma contrária a qualquer solução.

Defende que o direito ao distrato de qualquer contrato é garantido pelo Código Civil brasileiro, em seu art. 1093. Afirma, ainda, que não é a única cooperativa de médicos do estado, havendo, na Paraíba, uma entidade congênera - COCAM/PB, sendo que, dos 180 médicos anesthesiologistas da Paraíba, somente 99 seriam cooperados da representada.

Afirma, ainda, que os impasses foram devidamente solucionados, em acordo firmado em 01 de setembro de 2002 com o CIEFAS. Referido acordo foi apresentado aos autos, juntamente com a manifestação. Além disso, a existência de outra cooperativa no estado, COCAM-PB, bem como de inúmeros médicos autônomos, no mercado, garantem seu equilíbrio. Por fim, requer o arquivamento do procedimento administrativo.

O DPDE entendeu haver indícios suficientes de infração à ordem econômica, no caso, determinando a instauração de processo administrativo, em desfavor da COOPANEST-PB, no intuito de investigar possível infração enquadrada no art. 20, I e IV e art. 21, II da Lei 8.884/94.

A SDE requisitou informações à COOPANEST-PB sobre a existência de outras cooperativas, no estado, sendo devidamente atendida. Posteriormente, requisitou à COCAM informações sobre sua atuação. A COCAM informou que se constitui cooperativa de médicos anesthesiologistas, contando com um número de 41 cooperados e atuando somente no município de Campina Grande.

Considerando que o Conselho Regional de Medicina dispõe de 43 médicos filiados, a COCAM conta com 39 médicos cooperados e a COOPANEST com 103, havendo 2 médicos que se encontram filiados às duas cooperativas, de forma simultânea, verifica-se que a COCAM dispõe de parcela insignificante do mercado, não tendo condão de rechaçar eventual influência de práticas monopolizantes. E mais, que a representada domina o mercado relevante de serviços médicos, na especialidade de anesthesiologia, no estado, contando, inclusive, com médicos de outros estados, que prestam serviços naquela região.

A imposição de normas de negociação e de tabelamento de honorários pode afetar a decisão individual de cada agente econômico, agindo a representada no sentido de subverter os mecanismos de formação de preços dos serviços médicos, conforme afirma nota técnica, às fls. 314 dos autos:

Em face das provas constantes dos autos (fls. 173/176) resta claro que a representada atua de forma a subverter os mecanismos de formação de preços dos serviços médicos de anesthesiologia no Estado da Paraíba, induzindo seus cooperados à prática de conduta comercial uniforme, ao impor tabela de Honorários Médicos da AMB quando da contratação de serviços médicos.

A utilização da tabela de Honorários Médicos da AMB vem expressamente prevista no contrato, entretanto, o CADE já se manifestou de forma veemente, pela repressão à utilização de referida tabela. (Processo Administrativo 08000.021738/96-92).

Ademais, afirma que as cartas de distrato dos contratos foram enviadas em bloco, com idêntico teor, a todas filiadas do CIEFAS, deixando sem atendimento um grande número de beneficiários. Infere ainda a SDE que a defesa da COOPANEST-PB se limita a afirmar que não suspendeu os serviços, sem atacar o mérito da utilização de tabela de honorários ou

imposição de preços. Por fim, decidiu pelo encerramento da instrução, e pelo indeferimento da ilegitimidade passiva, notificando a representada para apresentação de alegações finais.

Percebe-se, portanto, que a SDE, no tocante a sua participação nas análises de infrações à ordem econômica, no mercado de saúde suplementar, tanto nega a possibilidade de utilização da teoria do poder compensatório (parecer consulta), como também sequer discute essa possibilidade na atuação, em concreto, nos processos. A seguir faz-se um apanhado do entendimento jurisprudencial do CADE, em relação à teoria do poder compensatório no mercado de saúde suplementar.

3.3.1.3 Jurisprudência do CADE

Na decisão do CADE, analisada no ponto 3.3.3 deste trabalho, percebeu-se sinais e elementos de utilização da teoria do poder compensatório. No entanto, a jurisprudência dominante²⁸ do tribunal é no sentido de afastar a possibilidade de aplicação de referida teoria, sem, sequer, discutir-se sua incidência.

²⁸ Processo Administrativo 08000.011823/97-14 Representante: Santa Casa de Misericórdia de Cerquillo, Representado: Associação Paulista de Medicina - Regional de Piracicaba, Conselho Regional de Medicina - São Paulo, Sindicato dos Médicos de Campinas;
 Processo Administrativo 08000.11517/94-35 Relator Mércio Félski, Representante Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas, Representado: Sociedade Brasileira de Patologia, Associação dos Médicos de Santos, Associação Médica de Santos, Associação Paulista de Medicina, Colégio Brasileiro de Radiologia, Conselho Regional de Medicina de São Paulo, Sindicato dos Médicos de Santos, Sindicato dos Médicos de São Paulo, data do julgamento em 10/05/2000, Acórdão Publicado em 28/05/2000;
 Processo Administrativo 08012.004054/2003-78, Relator Luiz Carlos T. Delorme Prado, Representante: Reabilitar S/C Ltda, Representado: Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 4ª Região, Julgamento em 18/05/2005, Acórdão Publicado em 23/06/2005;
 Processo Administrativo 08012.004372/00-70 Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - Ciefas Representado Cooperativa de Otorrinolaringologia do Ceará - COORLECE, Data da Publicação do Acórdão: 26 de julho de 2002;
 Processo Administrativo 0143/92, Relator: Thompson Almeida Andrade, Representante: AGEESP - Associação Gaúcha de Empresas Com Serviços de Saúde Próprios, Representado: Associação dos Hospitais do Rio Grande do Sul – AHRGS, Julgamento em 07/03/2001, Publicação do Acórdão em 09/04/2001;
 Processo Administrativo 08000.0011521/94-11 Representante: CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde, Representado: SINDILAC - Sindicato dos Laboratórios de Análises Clínicas do Rio Grande do Sul, Julgamento em 14/10/1998, Publicação do Acórdão em 30/10/1998;
 Processo Administrativo 08000.02.0425/96-71, Representante: Associação dos Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal, Representado: CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde, Julgamento em 10/10/2001, Publicação do Acórdão em 01/11/2001;
 Processo Administrativo 08000.002322/96-57, Relator Lucia Helena Salgado e Silva, Representante: Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo – SIMANGE, Representado: Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de serviços de Saúde no Estado do Paraná - FEHOSPAR Julgamento em 09/02/2000, Publicação do Acórdão em 20/03/2000;
 Processo Administrativo 08000.007201/97-09, Relator Thompson Almeida Andrade, Representante:

Tal afirmação depreende-se de trecho do voto do Conselheiro Celso Campilongo, no julgamento do processo 08000.011823/97-14, julgado em 17/04/2002:

Em consonância com o entendimento deste Conselho, não se questiona as intenções das representadas, mas se a elaboração e divulgação de tabelas de preços pode, independentemente de culpa, ter, como consequência, uma infração à ordem econômica, ao falsear os mecanismos de formação de preços de serviços médicos, facilitando a coordenação entre concorrentes. O efeito negativo da imposição de tabelas de honorários médicos seria o de limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado, seria a criação de dificuldade à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, seria a imposição de barreiras à entrada de novos participantes no mercado. Este efeito negativo atingiria ao consumidor, que se veria privado do fundamental direito de escolha dentro do mercado, pois o preço unificado levaria certamente à estratificação da qualidade. Os fornecedores de serviço médico, estando garantidos quanto ao valor unificado de seu serviço, teriam pouco ou nenhum estímulo para disputar no fornecimento de serviços de melhor qualidade.

O atual conselho²⁹ ainda não julgou nenhum processo, especificamente, em relação ao mercado de saúde suplementar. Entretanto, em julgamento mais recente do CADE³⁰, houve discussão expressa acerca da possibilidade de aplicação da chamada teoria do poder compensatório. Observe-se o voto do conselheiro Paulo Furquim de Azevedo:

A história revelou vários conflitos nas diversas formas de reação ao crescimento dos trusts. Mesmo motivados pela mesma circunstância, os mecanismos institucionais voltados à proteção e organizações de trabalhadores, pequenos produtores, consumidores e da sociedade em geral mostraram-se algumas vezes conflitantes, sendo exemplo mais claro a aplicação do *Sherman Act* para coibir ações de sindicatos de trabalhadores e cooperativas agropecuárias logo nos primeiros anos de sua vigência.

[...]

Desses conflitos resultaram aperfeiçoamentos na legislação antitruste, notadamente por meio do *Clayton Act* e *Capper-Voltesd Act*. O primeiro faz menção explícita

CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde, Representado: AMB - Associação Médica Brasileira, Julgamento em 28/11/2001, Publicação do Acórdão em 21/12/2001; Processo Administrativo 08012.009987/98-13, Relator Thompson Almeida Andrade, Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – CIEFAS, Representando: Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe – AHES, Julgamento em 18/02/2004, Publicação do Acórdão 13/05/2004; Processo Administrativo 08012.002371/98-40, Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Representante: Sindicato Nacional das Empresas de Odontologia de Grupo – SINOG, Representado: Conselho Regional de Odontologia do Paraná., Julgamento em 27/06/01, Publicação do Acórdão em 12/07/2001.

²⁹ Composição do Plenário do CADE: Presidente Arthur Sanchez Badin (1º mandato: de 12/11/2008 a 11/11/2010) Conselheiros: Fernando de Magalhães Furlan (1º mandato: de 18/01/2008 a 17/01/2010 2º mandato: de 19/01/2010 a 18/01/2012) Vinícius Marques de Carvalho (1º mandato: de 04/08/2008 a 03/08/2010) Olavo Zago Chinaglia (1º mandato: de 12/08/2008 a 11/08/2010) Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (1º mandato: de 12/08/2008 a 11/08/2010) César Costa Alves de Mattos (1º mandato: de 07/11/2008 a 06/11/2010) Ricardo Machado Ruiz (1º mandato: de 19/01/2010 a 18/01/2012) Fonte: www.cade.gov.br

³⁰ Processo Administrativo 08012.007041/2001-33, Relator: Roberto Augustus Castellanos Pfeiffer, Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência a Saúde - CIEFAS, Representado: Cooperativa de Médicos Anestesiologistas do Estado da Bahia – COOPANEST-BA, Julgamento em 04/09/2006, Publicação do Acórdão em 12/07/2001.

para os sindicatos e cooperativas, ao afirmar que o trabalho humano não é objeto das restrições da legislação antitruste. Conforme consta em sua seção 6, o *Clayton Act* afirma que ‘nada presente na lei antitruste deve ser utilizado para proibir a existência e operação de organizações de horticultura, agricultura e trabalho, constituídas com o propósito de ajuda mútua, tendo finalidade não-lucrativa e não possuindo ações’. Posteriormente o *Capper-Volsted Act* entendeu o mesmo entendimento para as organizações cooperativas que participassem do mercado de capitais. Entre as justificativas para este tratamento diferenciado, destaca-se a idéia de poder compensatório. Nas palavras de Fredericl, uma das razões para permitir a ação conjunta por meio de cooperativas era ‘promover seu poder econômico de modo a dotá-las de capacidade para lidar em bases equivalentes com processadores e distribuidores’.

Mais adiante, referido conselheiro, no entanto, restringe, inclusive com base na experiência internacional, a aplicação dessa teoria de compensação de poderes, na prática antitruste, ao condicionar sua possibilidade à ocorrência de uma série de fatores:

Do exposto, conclui-se que a conduta uniforme na comercialização é admissível em condições bastante restritivas: a) existência de forte assimetria de negociação *ex-ante* e em desfavor daqueles que buscam se coordenar; b) que a coordenação horizontal resulte em uma mudança padrão de negociação, de descentralizada para uma barganha bilateral; e c) que aquilo que seria um ‘poder compensatório’ não inverta a relação de assimetria que é o pressuposto para a sua tolerância. Nesse último ponto é importante avaliar se a cooperativa ou entidade associativa não emprega estratégias de retaliação àqueles que não sigam o comportamento cooperativo, de coação de seus membros ou mecanismos voltados as possibilidade de concorrência por parte daqueles que ela pretende representar.

O voto do conselheiro Furquim foi pelo arquivamento do processo, por argumentar, dentre outras coisas, a legitimidade, no exercício da barganha coletiva, por parte dos profissionais liberais médicos cooperados. No entanto, o entendimento majoritário³¹ do conselho foi pela punição, por ter a COOPANEST-BA infringido a ordem econômica com adoção de condutas uniformes e prejudiciais à livre concorrência.

Como exemplo observe-se trecho do voto, no mesmo caso, do conselheiro Luis Fernando Shuartz:

Argumentos similares valem para se concluir que infringe a legislação antitruste brasileira a ação concertada, por COOPANEST e GPA, visando à suspensão do atendimento a beneficiários dos planos de assistência à saúde oferecidos pelas entidades filiadas ao CIEFAS na hipótese de não concessão, por este, de reajustes nos preços dos serviços médicos de anesthesiologia prestados por tais cooperativas por meio de seus cooperados. A existência das cartas encaminhadas, ‘em modelo padrão’ para entidades filiadas ao CIEFAS no sentido de suspensão ‘do atendimento de 240.000 usuários’ dos correspondentes planos de saúde, aliado ao fato de que se

³¹ O Plenário, por maioria, entendeu que a Representada praticou infração à ordem econômica, entendendo a conduta como incurso no art. 20, incisos I e II, c.c. art. 21, inciso II, da Lei n.º 8.884/94. determinando a condenação em uma série de penalidades. Vencidos os Conselheiros Luiz Carlos Tadheu Delorme Prado, Paulo Furquim de Azevedo e Abraham Bnezaquen, que votaram pelo arquivamento do processo. (nº do Processo: 08012.007041/2001-33)

trata do mesmo conjunto de médicos participantes de ambas as associações, é prova contundente de que houve combinação. Essa prova é contundente também para o convencimento de que o único propósito de referida combinação está no exercício conjunto de estratégia para elevar os preços relativos à prestação de serviços de anesthesiologia a serem cobrados pela representante das mencionadas entidades. Novamente, está-se diante de uma conduta que tem por objeto a obtenção de um efeito que a lei brasileira trata como ilícito, qual seja, a restrição à concorrência como parte de uma estratégia concertada para aumentar preços em detrimento dos consumidores, no caso, os beneficiários dos planos de saúde comercializados pelas entidades filiadas ao representante.

Mesmo assim, evidenciam-se, com base nos elementos acima expostos, algumas questões fundamentais. Primeiramente, há, na atual conjuntura do SBDC, falta de coesão no tratamento dado em relação ao mercado de saúde suplementar, principalmente no que tange às práticas da SDE e do CADE. O próprio CADE tem tido muitas divergências de entendimento entre seus conselheiros. Acredita-se que a possível unificação dos órgãos, com a aprovação do PL 3.937/04, possa mitigar essa questão.

Outro ponto importante é a evolução do entendimento do CADE, em relação ao poder compensatório. Percebe-se que este tema, antes absolutamente rechaçado e sequer discutido, tem ganhado cada vez mais abertura dentro do sistema, o que pode ter continuidade, diante da periódica alteração dos membros do conselho.

Mercados como o de saúde suplementar demonstram que, em alguns casos, tal compensação pode ser legítima e efetivamente ocorrer, podendo a autoridade de defesa da concorrência, nesses casos, incidir em erros, ao desconsiderar a análise do poder de compra e, mais especificamente, da possibilidade de compensação entre os poderes (de compra e de mercado), prejudicando a eficiência econômica, ao invés de promovê-la. Nesse sentido, acredita-se que, especificamente em relação ao SBDC, observar-se-á, num médio prazo, uma unificação da questão dos mercados de saúde com as aplicações e preceitos da teoria do poder compensatório, colocando o agente regulador estatal em sua devida posição, na intervenção no domínio econômico, de garantidor da eficiência e liberdade.

CONCLUSÃO

As discussões propostas, a bibliografia analisada, as pesquisas empreendidas, os processos analisados e os posicionamentos das autoridades de defesa da concorrência, no Brasil, levantados, permitem que, ao final desta dissertação, sejam estabelecidas algumas conclusões.

Dentro da concepção capitalista, mercado é um conjunto de trocas de preferências e excedentes, podendo as relações desenvolvidas, nessa estrutura, sofrerem distorções, ocasionando um mal estar social e o benefício de poucos em detrimento de muitos. Tal realidade, vivenciada, de fato, no auge da doutrina liberal, demonstrou a necessidade de uma intervenção efetiva do Estado no domínio econômico, a fim de garantir o bom funcionamento dos mercados e o bem-estar social.

Referidas distorções são definidas como falhas de mercado, como o excessivo poder de mercado de um agente, a prática de condutas lesivas e abusivas, como cartel, além de outras questões naturalmente existentes, que podem originar uma ineficiência econômica e ausência de bom funcionamento do mercado.

O Estado deve interferir na economia, mas não de maneira direta pela exploração de atividade econômica por entes estatais. A posição do Estado deve ser de gestor, de definidor das regras de atuação dos agentes, bem como de fiscalizador do cumprimento das mesmas. Referida atuação se dá, basicamente, de duas formas: por intermédio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, em todos os mercados e em mercados específicos que precisam de um acompanhamento mais efetivo, pela regulação realizada por agências reguladoras estatais.

O sistema brasileiro de defesa da concorrência é órgão essencial ao bom funcionamento dos mercados, e conseqüente desenvolvimento da economia. Durante este trabalho procurou-

se demonstrar a sua direta relação com o pensamento econômico liberal e a ordem econômica vigente na Constituição de 1988. Cumpre aos órgãos de referido sistema um papel importante na manutenção do desenvolvimento econômico.

A autoridade antitruste não pode se afastar da economia, seu ramo de atuação, sendo, por isso mesmo, indispensável à aplicação dos preceitos e teorias da corrente de análise econômica do direito ou *Law&Economics*, conforme apontado no primeiro capítulo deste trabalho. Mais ainda, especificamente em relação à lei antitruste – Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, torna-se fundamental a observância da ilegalidade, segundo a ótica da regra de razão, em todos os casos, inclusive os cartéis, sob pena de se afastar da busca pela eficiência econômica e se prender, de maneira demasiada, ao formalismo jurídico e ao legalismo.

A autoridade antitruste deve ser cuidadosa na sua atuação nos mercados, objetivando sempre a eficiência econômica e o respeito à legislação vigente, afastando-se de um eventual populismo ou práticas contestáveis, como o exemplo apontado no caso Nestlé-Garoto em que, mesmo sem elementos precisos, houve a determinação do desfazimento da operação pelo CADE.

O projeto de Lei nº: 3.937/04, que visa criar o chamado “SuperCADE”, trará alterações benéficas a todo sistema, podendo contribuir também para uma melhor atuação, em relação ao mercado de saúde suplementar, hoje, sem critérios coesos e definitivos de tratamento por parte dos órgãos do sistema.

O mercado de saúde tem características próprias e, além disso, por conta de expressa previsão constitucional, a saúde constitui-se em direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros, devendo ser prestada de maneira integral e gratuita, pelo Estado. Entretanto, por questões não avaliadas nesta pesquisa, a qualidade do serviço de saúde gratuito, fornecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, é precária e sem condições de atender à demanda de toda população.

O mercado de saúde, explorado pela iniciativa privada, tem grande importância, dada o grande número de pessoas que se utilizam desse serviço³². Por conta das características estudadas no segundo capítulo da pesquisa, vislumbrou-se que a intermediação por operadoras de planos de saúde é consequência dessas estruturas.

³² Mais de 54 milhões de beneficiários e a presença de operadoras em todos os benefícios com mais de 100.000 habitantes, segundo dados da ANS apontados no segundo capítulo.

O mercado de saúde suplementar merece especial atenção dos órgãos do SBDC. Primeiro, por conta de sua estrutura inicialmente desregulada, e, segundo, por conta do grande número de casos de concentração de poder de mercado e práticas de condutas anticompetitivas, como cartel, decorrentes desse mercado, submetidos ao SBDC. Mostra-se necessária, no cenário nacional, uma maior discussão acerca dos problemas inerentes, bem como de possíveis soluções, numa tentativa de se unificar a atuação do SBDC, dando um maior equilíbrio ao mercado e causando um maior bem-estar social (*welfare*), objetivo precípua da defesa da concorrência. Nesse contexto, a teoria do poder compensatório poderia vir a somar na análise concreta dos casos, seguindo a perspectiva da regra de razão.

A Agência Nacional de Saúde – ANS, órgão regulador do mercado de saúde suplementar, tem atuação limitada, não interferindo, de maneira incisiva, na relação entre médicos, hospitais, clínicas e operadoras de planos de saúde, preocupando-se mais com a relação entre estas e os consumidores finais.

Poder de mercado não corresponde apenas ao poder exercido por fornecedores de bens e serviços, podendo, também, revelar-se como um poder de compra, ou seja, um poder exercido pelos compradores de bens e serviços. A origem do poder de mercado pode ser diversa, de natural à provocada por atos de concentração ou outras condutas, que caracterizam infrações à ordem econômica, não sendo a existência de poder de mercado ou poder de compra, por si só, puníveis pela autoridade antitruste.

Os abusos de poder de mercado ou do poder de compra devem ser rechaçados pelo SBDC, seguindo a lógica da regra de razão e não da ilegalidade *per se*, nos termos da lei 8.884/94. No mercado de saúde suplementar, observou-se que as operadoras exercem um forte poder de compra, em relação aos serviços médicos e hospitalares o que, em se caracterizando a presença de abusos, pode e deve ser punibilizado.

Ocorre que, no mercado de saúde suplementar, tem-se ignorado eventual abuso desse poder de compra e, ao revés, é comum a punição de cooperativas médicas, por condutas como cartelização, decorrente da unificação dos preços cobrados em tabela. Não se considera, todavia, que, tais tabelas, surgem em resposta a poder de compra já existente das operadoras, que têm a capacidade de gerar uma depreciação da remuneração médica, caracterizando-se como um abuso de poder.

Tais condições levantam a discussão sobre a possibilidade de desconsideração da ilegalidade de referida conduta por parte dos médicos (cartel), em decorrência do efeito de resposta a um poder de compra já existente, ou seja, a barganha coletiva (poder de mercado) criado por esse cartel, por se contrapor a outro poder, serviria para compensá-lo. Conclui-se que a existência de dois poderes contrapostos, o primeiro de compra, naturalmente existente, e o segundo de mercado, fabricado em resposta pela classe médica, no mesmo mercado, tem condão de anular um ao outro, atingindo-se, assim, a eficiência econômica e o bom funcionamento do mercado.

Importa destacar, mais uma vez, que a análise de eventual poder compensatório vem sendo desprestigiada na instrução dos procedimentos administrativos. Acredita-se que a busca por elementos mais concretos, para avaliação da possibilidade de ocorrência dessa compensação, contribuirá, significativamente, na melhoria da atuação do SBDC em relação a esse setor.

O presente trabalho não pretendeu, e certamente não conseguiu, esgotar o tema tratado. Todavia, há aqui um claro direcionamento, no sentido de se chegar a uma conclusão sobre a questão: há espaço para tese do poder compensatório, na defesa da concorrência? E mais especificamente: seria possível aplicar referida tese no mercado de saúde suplementar?

Acredita-se que muitos elementos apontam para essa viabilidade, ou seja, a teoria do poder compensatório é aplicável na defesa da concorrência e, certamente, agregando os elementos da tese a outros fatores comuns às análises feitas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, utilizando-se o poder compensatório mais uma ferramenta e não um meio isolado, ter-se-á um tratamento mais adequado aos mercados e voltado à busca pela eficiência econômica.

. Em relação ao mercado de saúde suplementar, diante de sua peculiar estrutura, bem como sua importância para a sociedade, há que se adotarem medidas eficientes que resolvam seus atuais problemas, dentre os quais o de elevado poder de compra das operadoras, sob pena de se causar graves danos ao mercado e à população que se utiliza dos serviços médicos e hospitalares intermediados por planos de saúde. Diante disso, evidencia-se que, em referido mercado, a aplicação da teoria já vem tarde, sendo, mais que uma possibilidade, uma verdadeira necessidade.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.
- BORATI, Vanessa. **Economia para o direito**. Barueri: Manole, 2006.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Lejus, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CAMINHA, Unie. **Securitização**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: Chicago University Press, 1990.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.
- FIORI, José Luís. Estados, moedas e desenvolvimento In: FIORI, José Luís (Org.). **Estados e moedas no desenvolvimento das nações**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 49-85.
- FONSECA, João Bosco Lepoldino da. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. **Lei de Proteção da concorrência**: comentários à Lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- FRIEDMAN, Thomas L. **The world is flat**: A brief history of the Twenty-first century. Nova York: Farrar, Straus and Girous, 2005.
- GALBRAITH, J.K. **American capitalism**: the concept of countervailing power. Boston: Houghton Mifflin, 1954.
- GICO JR., Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2007.
- GOLDBERG, Daniel Krepel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KRAUSE, Martin. **Analisis econômico del derecho** – aplicación a fallos judiciales. Buenos Aires: La Ley, 2006.

KUTTNER, Robert. **Tudo à venda: as virtudes e os limites do mercado**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Lisboa: Caminho Nosso Mundo, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUXASACU, Kiichiro (ed.). **A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública**. Brasília: Departamento de Relações Institucionais, 2000. p. 13-44.

PIOSEVAN, Flávia. **Direitos humanos** – visões contemporâneas. São Paulo: Associação juízes para Democracia, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise de apuração de violação dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REICH, Robert B. **Supercapitalismo: como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROBLES, Manuel Henrique Ventura. **Estúdios sobre el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos**. San José: M. Ventura R., 2007.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação antitruste: Fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paul Todescan Lessa (Coord.). **Concorrência e regulação no setor financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002a. p. 129-148.

_____. **Regulação e concorrência: estudos e pareceres**. São Paulo: Malheiros, 2002b.

_____. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência**. Salvador: Podivim, 2008.

SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. I.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: ZYLLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 11-32.

_____. Regulação e Concorrência no sistema financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paul Todescan Lessa (Coord.). **Concorrência e Regulação no Setor Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 233-258.

_____. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

_____. Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

_____. Lei nº. 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao abuso de poder econômico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

_____. Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre política e instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o conselho monetário nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4595.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

_____. Lei nº. 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o programa nacional de desestatização e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8031.htm>. Acesso em: 02 nov. 2008.

_____. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 jan. 2008.

_____. Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção, promoção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

_____. Lei n°. 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

_____. Lei n°. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a agência de saúde suplementar - ANS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

_____. Lei n°. 10.185, de 12 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência a saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS_2001/L10185.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

_____. Decreto-Lei n°. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2010.

_____. Projeto de Lei n°. 3.937, de 11 de junho de 2004. Modifica a estrutura do Sistema brasileiro de Defesa da Concorrência. Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 02 fev. 2010.

_____. Ministério da justiça. Secretaria de Direito Econômico – SDE. **Parecer consulta – PL 39/2007**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ34431BE8ITEMID5E7E2EA2EFE34F1B9DB8D4BA37DB4E76PTBRIE.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08000.011823/97-14**, Representante: Santa Casa de Misericórdia de Cerquilho, Representado: Associação Paulista de Medicina - Regional de Piracicaba, Conselho Regional de Medicina - São Paulo, Sindicato dos Médicos de Campinas. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE . **Processo Administrativo 08000.11517/94-35**, Relator Mércio Félski, Representante Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas, Representado: Sociedade Brasileira de Patologia, Associação dos Médicos de Santos, Associação Médica de Santos, Associação Paulista de Medicina, Colégio Brasileiro de Radiologia, Conselho Regional de Medicina de São Paulo, Sindicato dos Médicos de Santos, Sindicato dos Médicos de São Paulo, data do julgamento em 10/05/2000, Acórdão Publicado em 28/05/2000. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.004054/2003-78**, Relator Luiz Carlos T. Delorme Prado, Representante: Reabilitar S/C Ltda, Representado: Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 4ª Região, Julgamento em 18/05/2005, Acórdão Publicado em 23/06/2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.004372/00-70**, Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - Ciefas Representado Cooperativa de Otorrinolaringologia

do Ceará - COORLECE, Data da Publicação do Acórdão: 26 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 0143/92**, Relator: Thompson Almeida Andrade, representante: AGESSP - Associação Gaúcha de Empresas Com Serviços de Saúde Próprios, Representado: Associação dos Hospitais do Rio Grande do Sul – AHRGS, Julgamento em 07/03/2001, Publicação do Acórdão em 09/04/2001. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08000.0011521/94-11**, Representante: CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde, Representado: SINDILAC - Sindicato dos Laboratórios de Análises Clínicas do Rio Grande do Sul, Julgamento em 14/10/1998, Publicação do Acórdão em 30/10/1998. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08000.02.0425/96-71**, Representante: Associação dos Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal, Representado: CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde, Julgamento em 10/10/2001, Publicação do Acórdão em 01/11/2001. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08000.002322/96-57**, Relator Lucia Helena Salgado e Silva, Representante: Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo – SIMANGE, Representado: Federação dos Hospitais e Estabelecimentos de serviços de Saúde no Estado do Paraná - FEHOSPAR Julgamento em 09/02/2000, Publicação do Acórdão em 20/03/2000. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08000.007201/97-09**, Relator Thompson Almeida Andrade, Representante: CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde, Representado: AMB - Associação Médica Brasileira, Julgamento em 28/11/2001, Publicação do Acórdão em 21/12/2001. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.009987/98-13**, Relator Thompson Almeida Andrade, Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – CIEFAS, Representando: Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe – AHES, Julgamento em 18/02/2004, Publicação do Acórdão 13/05/2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Processo Administrativo 08012.002371/98-40**, Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Representante: Sindicato Nacional das Empresas de Odontologia de Grupo – SINOG, Representado: Conselho Regional de Odontologia do Paraná., Julgamento em 27/06/01, Publicação do Acórdão em 12/07/2001. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE . **Processo Administrativo 08012.008060/2004-35**, Relator Ricaro Vilas Cuêva, Representante: Ministério Público do Estado do Pernambuco, Representado: Cooperativa dos Anestesiologistas de Pernambuco – COOPANEST/PE, data do julgamento em 18/04/2007, Acórdão Publicado em 09/05/2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE . **Processo Administrativo 08012.007041/2001-33**, Relator Augusto Castellanos Pfeiffer, Representante: Comitê CE Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – CIEFAS, Representado: Cooperativa de Anestesiologistas da Bahia – COOPANEST/BA, data do julgamento em 30/08/2006, Acórdão Publicado em 18/09/2006. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE . **Processo Administrativo 08012.003664/2001-92**, Relator Luis Alberto Esteves Scaloppe, Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – CIEFAS, Representado: Cooperativa de Anestesiologistas do Ceará – COOPANEST/CE, data do julgamento em 13/01/2005, Acórdão Publicado em 03/03/2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta da inconstitucionalidade nº 2076. Origem: AC Acre. Requerente: Partido Social Liberal – PSL. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Carlos Velloso. **Diário de Justiça**. Brasília. 27 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

UNITED STATES. Federal Trade Commission, Countervailing power. 2004. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/health_care/204694/chapter2.htm#3b3b>. Acesso em: 19 jan. 2010.

_____. Public Law, September, 1890. Sherman Act. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2010.

PERIÓDICOS:

ARAÚJO JR., José Tavares. Perspectivas da política de concorrência no Brasil: o controle de fusões e aquisições. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, n. 09, mar./maio 2006.cd1

AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Silvia Faga de. **Poder compensatório: organização horizontal na defesa da concorrência**. 2006, *on line*. Disponível em: <www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A175.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2010.

BADIN, Arthur; TAVARES, Mariana. **A reforma do CADE**. Disponível em: <www.mj.gov.br> . Acesso em: 19 jan. 2010.

BASILE, Juliano; CUNHA, Lilian. TRF decide a favor da Nestlé mas CADE deve recorrer. 19 set. 2009. Disponível em:

<<http://www.valoronline.com.br/?online/alimentos/43/5814130/trf-decide-a-favor-da-nestle,-mas-cade-devera-recorrer>> Acesso em: 20 jan. 2010.

BRASIL. Ministério da saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. **Entenda o Setor**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br.>> Acesso em: 20 jan. 2010.

BRASIL. Ministério da saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. **Sistema de informações de beneficiários**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br.>> Acesso em: 20 jan. 2010.

COOPERATIVA DE MÉDICOS ANESTESIOLOGISTAS DO ESTADO DO CEARÁ – COOPANEST/CE. **Missão**. Disponível em: <<http://www.coopanest-ce.com.br.>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

CID, Thiago. Cartão amarelo para os cartões de crédito. **Revista Época**. 19 ago. 2009. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,.EMI89108-15223,00-CARTAO+AMARELO+PARA+OS+CARTOES+DE+CREDITO.html>>. Acesso em: 19 jan. 2010.

ITAÚ e Unibanco anunciam fusão e criam maior grupo financeiro do Hemisfério Sul. **Folha online**. 03 nov. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u463386.shtml/>> . Acesso em: 19 jul. 2009.

JUNGBLUT, Cristiane. **Novo sistema brasileiro de defesa da concorrência**. 15 jan. 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?db6fbf49d84ea260aa97af80dc>>. Acesso em: 20 jan. 2010

LEIRIA, Cláudio da Silva. **Religiosos têm direito de negar transfusão**. 20 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-20/testemunhas-jeova-direito-negar-transfusao-sangue>>. Acesso em: 20 jan. 2010

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Instituições, bom estado e reforma da gestão pública**. Disponível em: <<http://200.80.149.114/ecgp/FullText/000000/BRESSERPEREIRA,%20Luiz%20Carlos%20-%20Institui%C3%A7%C3%B5es,%20bom%20estado,%20E%20reforma%20da%20gest%C3%A3o%20publica.pdf>> . Acesso em: 20 jan. 2010.

QUEBROU! Uma irrefreável onda de vendas derruba o preço das ações, causa pânico na bolsa de Nova York e leva milionários à bancarrota. Para onde vai a economia do país mais rico do mundo?. **Revista Veja**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/historia/crash-bolsa-nova-york/especial-quebrou-panico-acoes-wall-street.shtml>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. A justificação e os limites da regulação da saúde suplementar. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 51, out./dez. 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)