

SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

BRAZILIAN COMPETITION DEFENSE SYSTEM AND SUPPLEMENTAL HEALTH MARKET

Unie Caminha ¹

Leonardo José Peixoto Leal ²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito Antitruste; 2 Ordem Econômica no Brasil; 3 Bem-estar, perspectiva “welfarista” Law & Economics na política antitruste; 4 Sistema brasileiro de defesa da concorrência; 5 Mercado de saúde suplementar; 5.1 Teoria do poder compensatório; 5.2 Fixação de honorários x cartel; 5.3 Regulação e Preço; Considerações finais; Referências.

RESUMO

O presente estudo trata do sistema brasileiro de defesa da concorrência e sua atuação no 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. Conclui-se que urge na política antitruste brasileira um maior debate acerca desse setor em específico e que a utilização do chamado poder compensatório pode ser considerada uma alternativa no caso do relacionamento entre médicos e planos de saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Defesa da concorrência. Mercado. Saúde suplementar.

ABSTRACT

This essay deals with the Brazilian system for protection of competition and its relations with the private supplementary health market. This is a relevant issue in the current scenario of antitrust in Brazil, currently going through a real crisis in this sector, which is responsible for most administrative processes of antitrust in Brazil. First, it addresses antitrust and its basis in the liberal capitalist model. This is followed by a study of the Brazilian system of protection of competition and its performance. The author then makes some comments on the private supplementary health market in Brazil, and its characteristics. The essay concludes that in Brazilian antitrust policy, greater debate is needed on this sector in particular, and that the use of the so-called compensatory power could be considered as an alternative in the relations between medical professionals and health insurance companies.

KEY-WORDS: Protection of Competition. Market. Supplementary health.

RESUMEN

EL presente estudio trata del sistema brasileño de defensa de la competencia y su actuación en el mercado de salud suplementaria. Se trata de un tema significativo en el actual panorama de la defensa de la

competencia en Brasil, que pasa por una verdadera crisis en este sector que responde por gran parte de los procesos administrativos de antitrust en el país. En primer lugar se realiza un abordaje de la defensa de la competencia y su fundamentación en el modelo capitalista liberal; a seguir se lleva a cabo un estudio del sistema brasileño de defensa de la competencia y su actuación; posteriormente, se hacen comentarios acerca del mercado de salud suplementaria en Brasil y sus peculiaridades. Se concluye que urge en la política antitrust brasileña un mayor debate acerca de ese sector en particular y que la utilización del llamado poder compensatorio puede ser considerada una alternativa en el caso del relacionamiento entre médicos y planes de salud.

PALABRAS CLAVE: Defensa de la competencia. Mercado. Salud suplementaria.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, busca-se 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 a normatização do antitruste no Brasil, averiguar o tratamento dado a este importante setor da economia.

A defesa da concorrência visa ao ideário da concorrência perfeita, ou seja, que nas relações de mercado nenhum dos indivíduos tenha poder suficiente (poder de mercado) para alterar ou determinar a seu critério os elementos dessas relações como preço, produção, criação de barreiras à entrada de novos concorrentes, medidas com o intuito de diminuir ou eliminar a concorrência. Assim, busca que existam consumidores e produtores em quantidades equivalentes, agindo de forma independente.

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 contratos particulares. Referido mercado, no Brasil, 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 os 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.

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

Quanto aos aspectos metodológicos, este trabalho foi realizado através de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa: bibliográfica, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, dissertações, teses, publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na Internet, que abordem direta ou indiretamente o tema em análise, enfim, uma análise bibliográfica aprofundada, de forma específica em relação ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e ao mercado de saúde suplementar e, ainda, análise de casos submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa da Econômica.

No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos. Segundo a abordagem, é qualitativa, com a apreciação da realidade no que concerne ao tema no ordenamento jurídico pátrio. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, já que buscará descrever, explicar, classificar e esclarecer o problema apresentado; e exploratória, uma vez que procura aprimorar ideias, buscando maiores informações sobre a temática em foco.

Neste trabalho, primeiramente é feita uma contextualização do direito antitruste, posteriormente segue-se tratando da ordem econômica na Constituição de 1988. Em seguida, é apresentado o atual sistema brasileiro de defesa da concorrência, depois se analisa o mercado de saúde suplementar e suas peculiaridades; por fim, trata-se de forma mais específica da chamada teoria do poder

compensatório e a possibilidade de fixação de honorários de forma coletiva e tabelada pelos médicos prestadores de serviço perante as operadoras de planos de saúde.

1 DIREITO ANTITRUSTE

O direito antitruste tem direta ligação com o capitalismo e com o pensamento econômico liberal. Tal doutrina tem sua base no trabalho de Adam Smith. Em sua obra, "a Riqueza das Nações", o autor estabelece o pensamento de que a riqueza das nações está diretamente relacionada à conduta dos indivíduos que a compõem, estes, movidos tão somente por seus interesses próprios (*self-interest*), findam por contribuir com o crescimento e com o 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 do 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 Smith³:

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 da teoria econômica atual, a ausência total do Estado mostrou-se ineficiente, sobretudo no sentido de garantir o desenvolvimento econômico das nações. O modelo capitalista de produção pode sofrer distorções e falhas em alguns mercados, como a ocorrência de monopólios e cartéis, práticas anticoncorrenciais, causando 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.

Em verdade, nem o Estado máximo nem o Estado mínimo constituem o mais adequado meio de intervenção estatal na economia, o Estado nem deve explorar a atividade econômica de forma direta tampouco abster-se de nela interferir quando for absolutamente necessário, visando essencialmente à eficiência do mercado e ao bem-estar coletivo, fomentando a um só tempo a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico.

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.

Nesse contexto, mercado é 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 Goldberg⁴, sob o ponto de vista da teoria do direito, pode-se definir mercado como um conjunto de instituições jurídicas que permitem que os consumidores, em conjunto ou individualmente, comuniquem aos produtores e aos fornecedores, através do conjunto de suas preferências, qual quantidade demanda de determinado

bem ou serviço ofertado, sempre no intuito de se chegar à eficiência, à troca satisfatória para ambos de bens e direitos, até um nível em que qualquer troca adicional seria forçada. Esta é a concepção de autorregulação do mercado.

A eficiência do mercado depende de forma direta dessas escolhas e decisões, ou seja, de como se dá a intervenção do Estado na economia. A intervenção do Estado pode ser direta ou indireta, sendo a primeira caracterizada pela adoção da atividade empresarial por parte do próprio Estado, através 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 através de planos econômicos, fiscalização e regulação do mercado⁵.

Nessa sistemática, o mercado pode existir dentro de um sistema de concorrência perfeita ou imperfeita, conforme afirma João Bosco Leopoldino da Fonseca⁶:

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)

Milton Friedman⁷ 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, 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 vendedor 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 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 autorregulação 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.

2 ORDEM ECONÔMICA NO BRASIL

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 os 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 Grau⁸ entende que a ordem econômica na Constituição Federal não adota, todavia, a economia liberal e o princípio da autorregulação 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 autorregulação da economia.

Essa indagação é, também, prontamente respondida: há nela nitidamente rejeição da economia liberal e do princípio da autorregulação 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 intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência, tendo ainda como corolário a defesa e o incentivo à livre iniciativa, sendo certo, no entanto, que o liberalismo adotado se distancia do modelo liberal puro de Adam Smith (*laissez faire, laissez aller, laissez passer*), associando-se ao neoliberalismo ou ao social-liberalismo, contemplando a economia de mercado e buscando a autorregulação da ordem econômica como cenário ideal. A importância da escolha pela regulamentação da ordem econômica em nível constitucional está no fato de que as normas jurídicas constitucionais devem ser interpretadas como princípios, sobrepondo-se a todo ordenamento infraconstitucional.

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

3 BEM-ESTAR, PERSPECTIVA “WELFARISTA” LAW & ECONOMICS NA POLÍTICA ANTITRUSTE

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 anticompetitivas 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 Goldberg⁹:

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 elementos morais, seguindo 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 indivíduo¹⁰.

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, enquanto que o critério Kardor-Hicks baseia-se em fatores econômicos, levando 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 (*Law & Economics*).

O movimento do *Law & Economics*, traduzido por Jairo Saddi e Armando Castelar de forma sugestiva como Direito & Economia, 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 ideia 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 Coase¹¹ adverte que o critério de eficiência econômica é benéfico à sociedade, já que visa a 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.¹² (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 de o Direito buscar sempre o critério de justiça, enquanto a economia busca a eficiência; bem como se alegando que a visão econômica seria demasiadamente simplista para complexa realidade das relações sociais tuteladas pelo Direito.

Em resposta aos críticos da escola, Rachel Sztajn¹³ 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 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.

A defesa da concorrência é, sem dúvida, uma das áreas em que a interseção entre direito e economia é mais evidente, nesse ramo do direito, a necessidade de compatibilizar as análises jurídicas e econômicas mais é uma realidade, fazendo com que a aplicação dos preceitos e institutos da chamada escola do *Law & Economics*, mais que uma possibilidade, seja uma regra.

4 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) tem 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.

O SBDC e a Lei 8.884/94 atuam, basicamente, em duas frentes principais de combate à concorrência desleal. A primeira refere-se 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 o monopólio, quando determinado agente domina de forma isolada um mercado relevante, detendo assim forte poder de mercado. Tais 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;

A segunda diz respeito às chamadas análises de atos de concentração, ou seja, nos termos do art. 54 da Lei a aquisição de uma empresa ou grupo por outros em determinados mercados deve ser informada ao SBDC, bem como deverá ser por ele autorizada ou não, dependendo da constatação de prejuízos à concorrência.

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.

Ressalte-se que a lei antitruste segue a ótica da chamada regra de razão, ou seja, diversamente do que ocorre com o Código Penal, por exemplo, não se pode adotar um conceito de tipificação da conduta, não havendo, portanto, nenhuma conduta de ilegalidade *per se*. É necessário que no caso concreto se avalie e identifique o dano gerado ao mercado, não se tratando de simples verificação denexo causal ou de culpabilidade, mas sim do caso em si, podendo, inclusive, haver condutas não previstas na lei, mas que sejam gravosas ao mercado, à livre concorrência ou aos princípios norteadores da ordem econômica constitucional.

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 as tarifas públicas. Atualmente, como o aumento do liberalismo econômico e o desenvolvimento da defesa da concorrência, a Seae assumiu a função de acompanhar a regulação de setores passíveis de grandes assimetrias de informação ou de estruturas de mercado concentrado, com pouca competitividade¹⁴.

5 MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

O mercado de saúde, por si só, já se configura como complexo. Diferente de outros mercados em que o consumidor tem livre escolha e o fornecedor a liberdade de maximizar seus lucros e reduzir os custos, dentro dos limites legais e regulamentares. Na prestação de saúde, os consumidores não podem escolher um médico como o produto, bem como a assistência médica não pode ser negada a quem dela necessita, constituindo-se como serviço universal prestado pelo Estado, sob pena de condenar o indivíduo à morte.

Sobre o mercado de saúde, Robert Kuttner¹⁵ aponta algumas das especificidades desse setor:

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.

No Brasil, onde o sistema de saúde pública é precário, não tendo condições de suprir toda demanda, 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, afirma Daniel Goldberg¹⁶:

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.

Tal realidade concentra um elevado poder de mercado junto às operadoras nos dois pontos. Ao concentrar a aquisição dos serviços médicos para repasse aos seus segurados, as operadoras tornam-se as principais quando não únicas compradoras dos serviços médicos, o que eleva seu poder de compra; bem como 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 compra como poder de venda em um mercado relevante de prestação de serviços.

Isso faz com que consumidores e médicos sofram incentivos diversos: os primeiros são incentivados a utilizar ao máximo os serviços a que seus contratos dão direito por adimplir sempre com a mesma quantia, na modalidade de contrato de seguro; enquanto que os segundos são incentivados a reduzir ao máximo os custos, visando ao aumento do lucro das operadoras dos planos¹⁷.

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 neoliberal, 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 afirmam Paulo Furquim de Azevedo e Sílvia Faga de Almeida¹⁸, 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.

5.1 Teoria do poder compensatório

A chamada teoria do poder compensatório tem origem no pensamento de J. K. Galbraith, em sua obra "*American Capitalism: the concept of Countervailing Power*", de 1954. O autor defende que, em determinados mercados, a concentração de poder de mercado (poder de compra ou poder de venda) poderia compensar eventuais falhas, como um monopólio ou monopsonio, sendo benéfico à sociedade sua existência. Ou seja, haveria nesses mercados uma espécie de autorregulação da economia, com o equilíbrio natural da interação dos agentes, conforme defende Galbraith¹⁹.

Nós estamos preocupados com o mais velho dos problemas econômicos - o da atenuação ou regulação do poder de mercado. Antigamente, duas soluções foram reconhecidas 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 Goldberg²¹:

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.

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 a necessidade de se proporcionar aos médicos ofertantes dos serviços poder de barganha coletiva no sentido de garantir uma justa remuneração e a liberdade de atuação profissional que pode ser facilmente limitada por esses agentes de mercado, com intuito de reduzir os custos com menos exames ou consultas, por exemplo.

Ademais, muito embora o SBDC não tenha utilizado a teoria do poder compensatório de forma efetiva, pode-se vislumbrar a adoção de “elemento da tese do poder compensatório”. Afirmar Daniel Goldberg²², 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 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, entendo 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 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 o voto do relator, ambos no sentido da caracterização da infração à ordem econômica. Tal realidade, por si só, aponta para falta de coesão de pensamento no SBDC em relação ao mercado de saúde suplementar, bem como demonstra a importância do debate do tema do poder compensatório.

5.2 Fixação de honorários x cartel

A lei antitruste, é cediço, segue a ótica da chamada regra de razão. Como exemplo da regra de razão, tem-se dentre as práticas vedadas o monopólio ou o oligopólio, que consistem 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 o de energia elétrica, bem como por conta de exceções legais, como na exploração em caráter exclusivo concedida pela titularidade da patente.

Sobre a questão, afirmam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi²³:

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)

Entretanto, referidos autores defendem que há situações em que pode ser adotada a regra *per se*. Considerado uma das mais gravosas infrações à ordem econômica, o cartel é um acordo entre empresas de determinado segmento 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.

Em relação aos cartéis, prática das mais analisadas e combatidas pelo SBDC, haveria, inclusive, dupla possibilidade de configuração da lesividade. Através da chamada teoria unificada da colusão, que pode ser tácita ou expressa, quando o cartel pode ser formado mediante reunião e comunicação expressa entre seus componentes; ou tão somente através de mera convergência de interesses ou colaborações espontâneas entre os agentes do mercado, práticas prejudiciais e merecedoras de punição, mesmo que ausente comprovação da colusão expressa. Nesses casos, baseando-se apenas nos efeitos colusivos, é possível a punição do agente²⁴.

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, ou, como afirma Ivo Teixeira Gico Júnior, 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’”.

Quanto aos efeitos de um cartel, tem-se 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 Almeida²⁵:

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 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 comprovação probatória do cartel dominou por muitos anos a discussão sobre o tema, havendo, conforme afirma Calixto Salomão Filho²⁶, uma ausência de formulação de uma teoria jurídica dos cartéis, de proposição de elementos corretos para se chegar a uma definição, 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.

Entretanto, 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, o que, fatalmente, leva a uma depreciação na remuneração dos profissionais liberais que, sozinhos, não têm forças para negociar valores com as operadoras.

Ademais, muitos médicos prestam serviços a um 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, sendo certo que aos trabalhadores é garantida a negociação coletiva por meio de sindicatos, enquanto que aos profissionais liberais tal realidade 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, perderam sua autonomia técnica e econômica de atuação.

Entretanto, Daniel Goldberg²⁷ 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 conseqüências 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 gerar danos ao mercado e aos consumidores.

5.3 Regulação e Preço

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

Nesse contexto, verifica-se que o mercado de saúde suplementar necessita de uma intervenção mais efetiva do Estado, até por conta da importância econômica e social desse setor, no intuito de garantir a eficiência do mercado e um ambiente concorrencial, além de buscar garantir a liquidez e a estabilidade das empresas integrantes do mercado. Sobre a função regulatória do Estado no mercado de saúde suplementar, assim se posiciona Eduardo Augusto de Oliveira Ramires²⁸ :

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 segmentos da população privada da assistência à saúde que se servia.

No Brasil, o mercado de saúde suplementar surgiu por volta da década de 60 com as primeiras associações e cooperativas médicas, tendo se desenvolvido 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.

O advento das Leis 9656/98 e 9961/00 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.

Tendo em vista a baixa regulação do setor, essa nova realidade trouxe sensíveis mudanças, conforme aponta parecer da SDE:

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. 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, que 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 a dignidade profissional, 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.

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 Santiago²⁹:

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 monopólio naturais.

Assim, é necessária e urgente 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 digno e economicamente viável, seja por meio de análise de uma negociação coletiva, busca por poder compensatório, ou por intermediação da relação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema brasileiro de defesa da concorrência é órgão essencial ao bom funcionamento do mercado e conseqüente desenvolvimento da economia. Ao longo deste trabalho, procurou-se demonstrar a sua direta relação com o pensamento econômico liberal e a ordem econômica vigente na Constituição de 1988.

O mercado de saúde suplementar merece especial atenção dos órgãos do sistema, até por conta do grande número de casos decorrentes desse mercado submetidos ao SBDC. Urge, 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 contribuir na análise concreta dos casos, seguindo a perspectiva da regra de razão.

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 para a melhoria da atuação do SBDC em relação a esse setor.

Além da atuação do SBDC, é premente a adoção de políticas públicas tanto no sentido de melhorar o sistema público de saúde, como no de buscar a garantia da concorrência no mercado de saúde suplementar.

O presente trabalho não pretendeu e certamente não conseguiu esgotar o tema tratado. Todavia, há aqui um claro direcionamento da pesquisa a ser desenvolvida, 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, certamente agregando os elementos da tese a outros fatores comuns às análises feitas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo o poder compensatório mais uma ferramenta de análise e não um meio isolado, sob pena de se causar graves danos ao mercado de saúde suplementar.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Paulo F. 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 out. 2008.
- 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 nov. 2008.
- _____. **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 nov. 2008.
- COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: Chicago University Press, 1990.
- FONSECA, João B. L. de. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. **Lei de Proteção da concorrência**: comentários à Lei antitruste. Rio de Janeiro. Forense, 1996.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- GALBRAITH, J.K. **American Capitalism: The Concept of Countervailing Power**. Boston: Houghton Mifflin, 1954.
- GICO Jr, Ivo T. **Cartel**: Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex, 2007.
- GOLDBERG, Daniel K. **Poder de Compra e Política Antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.
- GRAU, Eros R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- KUTTNER, Robert. **Tudo à venda**: as virtudes e os limites do mercado. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- 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, out./dez. 2005, p.51.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência**: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANTIAGO, Luciano S. **Direito da Concorrência**. Salvador: Podivim, 2008.
- 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.

NOTAS

- 1 Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará e da Universidade de Fortaleza. Advogada. ucaminha@unifor.br.
- 2 Mestrando do Programa de Pós-graduação da Universidade de Fortaleza. Advogado em Fortaleza.
- 3 **A riqueza das nações**: investigação sobre a natureza e suas causas. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1993. v. I, p. 50.

- 4 **Poder de compra e política antitruste.** São Paulo: Singular, 2006, p. 28.
- 5 FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- 6 **Lei de proteção à concorrência:** comentários à Lei Antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 3
- 7 **Capitalismo e liberdade.** São Paulo: Abril Cultural, 1984, p.23.
- 8 **A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 312.
- 9 *Op. cit.* p. 32.
- 10 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp.120-1.
- 11 COASE, Ronald. **The firm, the market and the law.** Chicago: Chicago University Press, 1990, pp. 27-8.
- 12 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.
- 13 SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: ZYLLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 82.
- 14 PINHEIROet SADDI, *op. cit.* p. 388.
- 15 **Tudo à venda:** as virtudes e os limites do mercado. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, pp. 42-3.
- 16 *Op. cit.* p. 256.
- 17 GOLDEBERG, *op. cit.* pp. 256-7.
- 18 ZEVEDO, 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 out. 2008.
- 19 GAILBRAITH, J. K. **American Capitalism:** the concept of countervailing power, Boston: Houghton Mifflin, 1954, p. 01.
- 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.
- 21 *Op. cit.* p. 193.
- 22 *Op. cit.* pp. 262-3.
- 23 *Op. cit.* p. 357.
- 24 GICO JR, Ivo Teixeira. **Cartel:** teria unificada da colusão. São Paulo: Lex, 2007, p.169.
- 25 *Op. cit.*
- 26 **Regulação e Concorrência:** estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 190.
- 27 *Op. cit.* p. 113.
- 28 RAMIRES, Eduardo Augusto da Silveira. A justificação e os limites da regulação da saúde suplementar. **Revista de Direito Público da Economia.** Belo Horizonte, ano 3, n. 12, out./dez. 2005, pp. 51-64, p. 55.
- 29 SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da Concorrência.** Salvador: Podivim, 2008, p. 387.

Recebido em: 03/2010

Avaliado em: 04/2010

Aprovado para publicação em: 05/2010