

ATUAÇÃO E INTERVENÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

INTERVATION OF BRAZILIAN ANTITRUST SISTEM IN THE HELTH SUPPLEMENTARY MARKET FROM JURISPRUDENCE OF CADE

Leonardo José Peixoto Leal*
Mônica Mota Tassigny**

RESUMO

Este estudo teve como objetivo analisar a evolução da atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e sua intervenção no Mercado de Saúde Suplementar, sobretudo, debater seu papel na efetivação de políticas públicas antitruste na saúde. Tratou-se de pesquisa bibliográfica e documental, cujo tema tem relevância no atual cenário da defesa da concorrência no Brasil, uma vez que o mercado de saúde é de interesse direto de todo cidadão e as críticas ao setor são frequentes quanto ao seu funcionamento, assim como na relação com usuários e com os profissionais de saúde. Como resultado, percebeu-se que, ao longo dos anos, o SBDC tem evoluído seu entendimento sobre a defesa da concorrência havendo, em casos de julgamentos recentes do CADE, perspectivas de novas diretrizes para sua atuação, principalmente, a partir da reestruturação do sistema baseada na Lei 12.529/2011. A título de conclusão, acredita-se que a regulação do setor de saúde será mais eficaz por intermédio de uma atuação mais coesa e eficiente do estado no seu papel regulador, atuando na economia como um garantidor geral do equilíbrio econômico e promotor da necessária sustentabilidade no Brasil.

Palavras-chave: Saúde Suplementar. Políticas Públicas. Antitruste.

ABSTRACT

This study examines the evolution of the Brazilian Antitrust System - SBDC and his intervention in the Health Supplementary Market, mainly discussing his role in the effectiveness of antitrust policies on health. It was bibliographical and documentary whose subject has relevance in today's defense in Brazil, since the healthcare market is of direct interest to every citizen and criticism of the industry are common for function as well as the relationship with users and health professionals. As a result, it was found that, over the years, the SBDC has evolved its understanding of the antitrust having, in cases of recent trials of CADE, prospects for new guidelines for its operations primarily from the restructuring of the system based on Law 12.529/2011. In conclusion, we believe that the regulation of the healthcare industry will be more effective through a more cohesive and efficient operation of the state in its regulatory role, acting as a guarantor in the economy overall economic balance and sustainability in the Brazil

.Key-words: Supplementary Health. Public Policie. Antitrust.

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Professor da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Advogado. Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Membro da Comissão de Estudo e Defesa da Concorrência da OAB/CE

** Professora Doutora Titular do Programa de Pós -Graduação em Administração da Universidade de Fortaleza (PPGA-UNIFOR) e Professora Colaboradora do Programa de Pós -Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR)

INTRODUÇÃO

O mercado de saúde suplementar corresponde ao serviço médico prestado, não diretamente ofertado pelo estado ou por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, mas pela iniciativa privada, a partir de contratos particulares. A 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, utilizarem os serviços médicos.

Em geral, o usuário tem direito a consulta particular, atendimento, cirurgia, exames, serviços laboratoriais, etc. que podem ser bastante dispendiosos. Do mesmo modo, o pagamento parcelado de um seguro saúde acaba sendo uma opção, em termos de economia, na utilização de um serviço considerado caro no Brasil.

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

A partir dessa constatação, partiu-se de pesquisa bibliográfica e documental, sobre a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e da análise de casos voltados para o setor de saúde suplementar que tem significativa importância para grande parcela da população brasileira, sobretudo, frente ao crescente número de usuários deste serviço.

No Brasil, o mercado de saúde sofre uma falha emblemática: as operadoras de plano de saúde estabelecem contratos com consumidores finais, de forma que esses não pagam diretamente pelos serviços de saúde, 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 e colocando a operadora como a única adquirente dos serviços médicos.

Diante dessa realidade, além de se concentrar um considerável poder de mercado da parte destas operadoras, tanto em relação à aquisição dos serviços quanto em relação à oferta dos mesmos aos consumidores, 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 realizarem o mínimo de consultas e exames possível, no intuito de minimizarem os custos e maximizarem os lucros. Ressalte-se que, como na maioria dos estados, as operadoras de planos de saúde exercem um monopólio ou oligopólio, a situação se agrava.

Circunstâncias de distorção em relação ao poder de mercado, como acima apontados, são o foco de atuação do SBDC, organizado e, recentemente, alterado pela Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, com o fim de reprimir tais práticas e garantir a existência da concorrência e do poder de barganha dos cidadãos participantes do mercado de saúde.

Nessa direção, este estudo objetivou identificar e analisar a evolução da atuação do SBDC em relação ao setor de saúde complementar, bem como ressaltar as contribuições que esse órgão “Antitruste” brasileiro tem levado ao mercado e para os seus usuários, tanto em relação aos consumidores como aos prestadores de serviços.

1. O 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 1960, com as primeiras associações e cooperativas médicas. Desenvolveram-se em um ambiente de baixa regulação do Estado, fato que permitiu o crescimento de 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 ligado à empresas empregadoras, estendendo o benefício do seguro saúde aos seus funcionários, conforme destaca 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 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 seu surgimento no mercado, a atual estrutura existente de direito antitruste (SBDC e Lei 12.529/2011), além disso, o consumidor brasileiro, 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. Também não havia legislação específica sobre a matéria de saúde suplementar, quiçá a figura de um agente regulador e limitador.

Havia, portanto, uma espécie de “mercado livre” de saúde privada, o que o distancia do modelo social adotado pelo país, pois 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, *s/p*):

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, Ramires (2005, p. 54), ao destacar os problemas decorrentes das falhas do mercado de saúde suplementar, intensificados pela ausência de regulação estatal específica, afirma:

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 dessas falhas, inclusive, ocasionou o fenômeno do elevado poder de compra das operadoras e depreciação da remuneração dos médicos, pode ser atribuído a essa inicial ausência de regulação, por parte do Estado brasileiro.

1.1 Mercado de saúde e intervenção estatal

Em relação ao dever de regulação do estado, ao analisar de maneira específica a securitização¹, Caminha (2007, p. 190) defende que o mesmo só deve intervir após a consolidação 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.

A afirmação acima procede, 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 e complexa. 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. Por conta do dever do estado de garantir a saúde a todos os indivíduos, conforme expressa a determinação constitucional; e, terceiro, o Estado brasileiro tardou em exercer qualquer tipo de regulação no mercado, somente existindo alguma atuação efetiva a partir da Constituição de 1988 e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor de 1990.

Assim, a sociedade brasileira arcou, ao longo dos anos, com uma conduta negligente por parte do estado em relação ao sistema de saúde suplementar. Assim, 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.

¹ 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)

A partir do advento das Leis 9.656, de 03 de junho de 1998, e 9.961, de 28 de janeiro de 2000, houve uma real 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, a criação da 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 especial², visando garantir a independência e funcionalidade do agente regulador, desprendido de qualquer externalidade ou tentativa de captura pelos interesses econômicos do mercado de saúde, especialmente. afetado pelo órgão, garantindo-se a gestão própria de recursos e autogestão.

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

² “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.”

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.

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 (LVII incisos) 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 reguladora.

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 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.

Contudo, houve 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.

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 (ANS, 2009):

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.

Aponta-se, ainda, uma melhoria em relação à atuação do estado no mercado de saúde suplementar, diante do novo modelo regulatório adotado. Entretanto, ainda existem problemas, que a resolução somente pode ser alcançada por intermédio de trabalho contínuo e equilibrado do agente regulador e de toda intervenção estatal. Destaca-se essa questão, também, por conta do aumento crescente (tabela 1) do número de usuários dos serviços médicos intermediados por empresas e entidades operadoras.

Tabela 1

Mês/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
Dez/2009	42.291.531	12.317.647	54.210.637
Dez/2010	45.839.267	14.767.580	60.606.847
Dez/2011	47.492.330	17.031.022	64.523.352
Mar/2012	47.866.941	17.313.214	65.180.155

Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários – BRASIL. Ministério da Saúde - ANS - 08/2012 (Grifou-se)

2. Deficiências e falhas de mercado: a intervenção do Estado regulador

No Brasil, onde o sistema de saúde pública é considerado insatisfatório para atendimento da população e, ainda, não tem condições de suprir toda demanda, apesar do dever constitucional do Estado de promover a cobertura universal de atendimento – Art. 192 da Constituição Federal de 1988, 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.

Nesse cenário, 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.

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 e equilíbrio econômicos, 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, segundo afirmam Furquim de Azevedo e Faga de Almeida (2006, *s/p*), 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, percebe-se a necessidade de uma atuação consistente 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 SBDC, 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, conforme destaca a própria SDE (2007, *s/p*).

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, fazendo referência à época vigente Lei 8.884/94 que foi revogada pela atual Lei 12.529/11.

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;

Desse modo, conclui-se que é importante a atuação da ANS, juntamente com o SBDC, em relação à ausência de barganha coletiva (usuários e médicos). Ainda, 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 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.

Quanto aos efeitos da formação de cartel, tido como das mais graves infrações à ordem econômica, 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, afirmam Furquim de Azevedo e Faga de Almeida (2006, *s/p*):

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?

Na realidade brasileira, a busca pela prova da ocorrência do cartel dominou, por muitos anos, a discussão sobre o tema. Havendo, conforme Salomão Filho (2002, 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.

No que se refere as questões supracitadas, há a chamada teoria do poder compensatório de John Kenneth Galbraith, na obra *“American Capitalism: the concept of Countervailing Power”*, de 1954, 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, tradução nossa):

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.³

A referida teoria, todavia, não recebeu grande crédito na doutrina antitruste, chegando a ser encarada como inaplicável e taxada até de ingênua, 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

³ *“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.”*

médicos, a tese do poder compensatório foi rechaçada, conforme trecho de documento da FTC US Doj (2004, tradução nossa) autoridade antitruste norte-americana:

As agências acreditam que a aplicação da legislação antitruste para impedir a aquisição ilegal ou exercício de poder de monopólio 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 serviços⁴.

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. 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)

3. Atuação e Intervenção do SBDC no Mercado de Saúde Suplementar

O SBDC, sob a égide da já revogada Lei 8.884/94, era estruturado de maneira tripartite – Secretaria de Direito Econômico - SDE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e Secretaria de acompanhamento Econômico - SEAE. Cabia a primeira investigação e submissão de processos ao tribunal de conselheiros do CADE.

A partir da nova Lei 12.529/2011 tem-se a assunção das atribuições da SDE por parte do CADE em virtude da criação de um novo órgão – Superintendência Geral⁵, nos termos do art. 12 de referida Lei.

⁴ “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.”

⁵ Órgão atualmente responsável pela fiscalização e e apuração da denúncias recebidas, instruindo os processos administrativos e submetendo-os a apreciação do Tribunal do CADE.

A Secretaria de Direito Econômico – SDE tinha 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 (Projeto originário da atual Lei 12.529/2011), (2008):

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 - SBDC, 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-PE⁶ e COOPANEST-BA⁷. 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:

⁶ 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 Coopanest-PE, com aplicação das penas previstas nos arts. 23 e 24, todos da Lei nº 8.884/94. Processo nº 08012.008060/2004-35

⁷ Processo nº 08012.007041/2001-33

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.’ 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 anticoncorrecial 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. (Processo nº: 08012.0036.64/2001-92)

Nesse caso, o voto do conselheiro relator⁸ Luiz Alberto Esteves Escaloppe, foi no mesmo sentido do parecer da secretaria, entretanto, o entendimento majoritário⁹ 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 (grifo nosso):

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** [...] Não prejudica a concorrência por dois motivos: (i) os médicos possuem liberdade para se

⁸ “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 arrepió das forças reguladoras da oferta e da demanda.” (Trecho voto Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe Processo nº: 08012.0036.64/2001-92)

⁹ 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 Scaloppe 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)

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 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 um caso concreto, ainda em fase de instrução na Secretaria de Direito Econômico. Caso COOPANEST-PB

3.1 O Caso Coopanest-PB

Trata-se de Processo Administrativo¹⁰ 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 à época vigente Lei 8.884/94. Referido processo origina de representação formulada pelo Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – CIEFAS.

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 anestesiologistas, não dispondo as filiadas do CIEFAS de

¹⁰ Processo nº 08012.007380/2002-56

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 congênere - COCAM/PB, sendo que, dos 180 médicos anestesiológicos 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.

A SDE 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 à época vigente 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 - Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos -CBHPM, 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.

Nesse caso observa-se dois pontos relevantes: primeiro se rechaça qualquer possibilidade de aplicação de uma eventual Teoria do Poder compensatório,

enquadrando a conduta da entidade como um ilícito antitruste; em segundo lugar há a vedação a utilização compulsória da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM¹¹, o que fragiliza a tentativa de construção de um poder de negociação por conta da classe médica.

3.2 Jurisprudência, CADE e perspectivas de avanço no setor

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.

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 unificação dos órgãos, com a vigência da Lei 12.529/11, possa mitigar essa questão.

Outro ponto importante é a evolução do entendimento do CADE, em relação ao poder compensatório e ao setor. 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

¹¹ A CBHPM tem o propósito de unificar a remuneração médica de forma indicativa, apresenta um novo conceito e uma nova metodologia no referencial médico. Essa nova filosofia proposta pelas entidades médicas nacionais altera também os princípios dos entendimentos e negociações. Por ser referencial, abre caminho para que isso ocorra em nível nacional. (fonte: Associação Médica Brasileira - www.amb.org.br)

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.

A temática está longe de contar com posicionamento definitivo. A própria Secretaria de Direito econômico, em parecer mais recente¹² (2011, p. 75), relativizou alguns de seus posicionamentos relativamente a adoção da CBHPM,

A desigualdade entre um prestador de serviço que negocia com uma operadora de plano de saúde, independente de seu porte, é translúcida. Observar o cenário estatístico ajuda a compreender tal realidade: atualmente, estima-se que o Brasil possua cerca de 160 mil médicos atuantes no setor de saúde suplementar. Aproximadamente, 1.044 são, por seu turno, as operadoras de planos de saúde, sendo que as quatro maiores empresas concentram 17,12% dos benefícios atendidos pela saúde suplementar no Brasil. Além disso, quando se calcula o índice de HHI para os municípios brasileiros isoladamente, observam-se índices de concentração ainda mais elevados: no período entre 2003 e 2006, cerca de 75% dos municípios apresentaram HHI superior a 1.800 pontos, no que tange ao número de beneficiários. Tal valor é tomado pelas autoridades de defesa da concorrência como condição necessária para presumir a existência de poder de mercado. [...] Reconhecendo, assim, a patente desigualdade nas relações travadas entre operadoras e médicos, é preciso que a sociedade e as estruturas públicas reflitam sobre a possibilidade de criação de instrumentos que equalizem o problema.

Reconhece assim a necessidade de se buscar uma solução para o conflito existente, chegando inclusive a Secretaria a firmar que caso não se atinja tal objetivo há um risco de criar-se uma grave crise na saúde suplementar tendo em vista que, com baixa remuneração e sem poder de negociação, os bons profissionais poderão migrar para o mercado privado, sem intermediação de operadoras.

Há de se destacar, ademais, que este problema não é exclusivo da autoridade antitruste brasileira, já tendo os Estados Unidos enfrentado questão bem próxima que gerou uma lista chamada *Resource-Based Relative Value Scale* - RBRVS, que busca padronizar o esquema de pagamento dos procedimentos médicos seguindo uma série de critérios.

¹² Processo n.º: 08012.004276/2004-71

A SDE reconhece a existência de proximidade entre a CBHPM e a RBRVS, no entanto, destaca que a diferença central reside no fato de que a primeira tem como objetivo coordenar a remuneração dos médicos em todo território nacional enquanto que a segunda, meramente indicativa, se destina precipuamente a modalidade do *Medicaid* – seguro de saúde administrado pelos Estados Unidos e monitorado pelo Governo Federal.

Percebe-se, assim, ao longo dos julgados e pareceres analisados, que embora a SDE e o próprio CADE/SBDC mantenha a resistência quanto a aplicação de um chamado poder compensatório, ou adoção de mecanismos como a CBHPM, verifica-se uma certa abertura e uma verdadeira preocupação com o mercado de saúde suplementar que precisa de um melhor tratamento regulatório pela autoridade brasileira.

Contudo, a nova estruturação do SBDC poderá contribuir para uma maior coesão e definição quanto ao entendimento da autoridade antitruste brasileira no tocante a negociação entre médicos, profissionais da saúde e operadoras dos planos, existindo, para tal, a necessidade de se observar os processos que venham a ser submetidos a partir dessa reformulação operada pela Lei 12.529/2011.

CONCLUSÃO

De acordo com concepção hegemônica da sociedade capitalista de produção ou tradição liberal, mercado é um conjunto de trocas de preferências e excedentes, podendo as relações desenvolvidas, nessa estrutura, sofrerem distorções, como fato normal, assim como consequências que podem gerar mal estar social e o benefício de poucos em detrimento de muitos. Contudo, tal realidade, vivenciada, de fato, demonstra a necessidade de uma intervenção mais efetiva do estado no domínio econômico, a fim de garantir o bom funcionamento dos mercados, com o fim de sustentabilidade e bem-estar social, em conformidade com os preceitos constitucionais.

As distorções existentes podem, contudo, serem entendidas como graves falhas de mercado, ocasionando, por exemplo, um excessivo poder de mercado de um agente, práticas de condutas lesivas e abusivas, como a formação de cartel, além de outras questões naturalmente existentes. Esta conjuntura pode originar uma desorganização e ineficiência econômica, ausência de bom funcionamento do mercado, assim como mal estar social.

Nessa perspectiva, o estado deve interferir na economia, mas não de maneira direta, pela exploração de atividade econômica por entes estatais. Sua posição deve ser a de gestor, de definidor das regras de atuação dos agentes, bem como de fiscalizador do cumprimento das mesmas. Assim, a referida atuação dá-se, 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 SBDC é, dessa forma, órgão essencial em sua forma de atuação, regulando o bom funcionamento dos mercados e, conseqüentemente intervindo no desenvolvimento da economia com a manutenção e efetivação da sustentabilidade. Durante este trabalho procurou-se demonstrar essa forma de atuação como condizente com a ordem econômica, conforme a Constituição de 1988.

Nessa direção, 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 a formação de cartel, decorrentes desse mercado, submetidos ao SBDC. Mostra-se, ainda 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, também a teoria do poder compensatório pode 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.

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.

A Lei nº: 12.529/2011 trouxe 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.

Por fim, destaca-se que 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

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.

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.

_____. 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.

_____. **Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L12529.htm>. Acesso em: 06 set. 2012.

_____. **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: 06 set. 2012.

_____. **Lei nº. 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: 06 set. 2012.

_____. **Lei nº. 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: 06 set. 2012.

_____. **Projeto de Lei nº. 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: 06 set. 2012.

_____. 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 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: 06 set. 2012.

_____. 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: 06 set. 2012.

_____. 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: 06 set. 2012.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE . **Processo Administrativo 08012.0073804/2002-56**, Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – CIEFAS, Representado: Cooperativa de Anestesiologistas da Paraíba – COOPANEST/PB,. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 06 set. 2012.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE . **Processo Administrativo 08012.004276/2004-71**, Relator Luis Elvino de Carvalho Mendonça, Representante: SDE- “ex officio”, Representado: Associação Médica Brasileira, Confederação Médica Brasileira, Conselho Federal de Medicina, Federação nacional dos Médicos. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 06 set. 2012.

CAMINHA, Unie. **Securitização**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALBRAITH, J.K. **American capitalism**: the concept of countervailing power. Boston: Houghton Mifflin, 1954.

GOLDBERG, Daniel Krepel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.

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

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.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e concorrência**: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002

UNITED STATES. Federal Trade Commission, Countervailing power. 2004. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/health_care/204694/chapter2.htm#3b3b>. Acesso em: 06 set. 2012.

_____. Public Law, September, 1890. Sherman Act. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2012.