



UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE:
DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

HUGO CANHETE LOPES

ANÁLISE DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE SAÚDE
SUPLEMENTAR

SANTOS/SP
2024

HUGO CANHETE LOPES

**ANÁLISE DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE SAÚDE
SUPLEMENTAR**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob orientação do(a) Prof. Dr. Luciano Pereira da Souza

SANTOS/SP

2024

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que citada a fonte.

206.335 Lopes, Hugo Canhete.
Análise da Defesa da Concorrência no Mercado de Saúde Suplementar
/ Hugo Canhete Lopes
n. de f. 146

Orientador: Prof. Dr. Luciano Pereira da Souza

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Santa Cecília,
Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde: Dimensões
Individuais e Coletivas, Santos, SP, 2024

1. Concentração 2. Saúde Suplementar . 3. Direitos do Consumidor
4. Trabalhadores da Saúde I. Souza, Luciano Pereira de (orient.)
III. Análise da Defesa da Concorrência no Mercado de Saúde Suplementar

Elaborada pelo SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas - Unisanta

HUGO CANHETE LOPES

**ANÁLISE DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE SAÚDE
SUPLEMENTAR**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília, como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas.

Aprovado(a)

Santos, ____ de _____ 202__.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. (orientador)

Universidade Santa Cecília

Prof. Dr.

Universidade Santa Cecília (avaliador interno)

Prof. Dr.

(Universidade - convidado)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, ao meu orientador, Professor Luciano Pereira de Souza, por todo o incentivo, conhecimento, trabalho, dedicação na condução da tese. Meu agradecimento e grande admiração.

À minha esposa Aline, por todo amor e fé que me sustentam nessa jornada.

Aos meus filhos Valentina, Victor Hugo e Catarina, pela paciência e compreensão em relação ao tempo que tive que dedicar aos estudos.

À minha mãe Maria Edna e ao meu pai Rafael, mais que pelo apoio no desenvolvimento das atividades do mestrado, por tudo o que me ensinaram, pela formação que me permite superar as dificuldades, pelo exemplo de vida e pelo amor que nos une.

Aos professores das disciplinas que cursei no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas. Fernando Reverendo Vidal Akaoui, Amélia Cohn, Marcelo Lamy, Marcos Montani Caseiro, Rosa Maria Ferreiro Pinto, Renata Salgado Leme, pelo apoio, pelo conhecimento trazido, pela formação que propiciaram.

Aos amigos que fiz ao longo das atividades desenvolvidas nas disciplinas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas. Obrigado pelo carinho, e pelo que aprendi nos seminários e atividades coletivas.

Às Secretárias Sandra Helena Aparecida de Araújo e Imaculada Conceição Scorza de Souza pela sua dedicação.

RESUMO

No presente estudo, o fenômeno da concentração no setor de Saúde Suplementar é analisado em relação às suas causas, consequências, e, em especial, em relação à atuação do CADE, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, em relação às fusões e aquisições no setor. Apesar do crescimento do setor, é possível observar, ao longo das últimas décadas, a diminuição do número e aumento do tamanho das maiores operadoras.

Parte deste crescimento se dá através da aquisição de carteiras de convênios menores, em um franco processo de consolidação. Estas aquisições atraem a apreciação do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), cuja atuação busca evitar condutas anticompetitivas como cartéis e dumping, evitar o abuso do poder de mercado.

Ao mesmo tempo, o setor de saúde suplementar está sujeito ao controle exercido pela ANS, que impõe às operadoras uma série de obrigações para com os beneficiários dos planos, como maior cobertura, maior rede, mais procedimentos. Com estas exigências progressivamente maiores, muitas operadoras pequenas não conseguem prosseguir no mercado, ao mesmo tempo que as grandes só conseguem se manter através da verticalização.

O estudo tem por objetivo descrever o que é o fenômeno da concentração, verificando se este fenômeno está ocorrendo no setor de saúde suplementar no Brasil, com suas possíveis consequências para o mercado, para os consumidores e para os trabalhadores deste setor.

Para esse mister, foi adotada como metodologia de abordagem o método dedutivo, que parte do geral e desce ao particular valendo-se de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras para prever a ocorrência de casos particulares, e como procedimento a análise de fontes bibliográficas diversas, entre estas doutrina especializada, artigos científicos, legislação internacional e nacional, relatórios das agências especializadas, e decisões do CADE.

Os resultados sugerem que as particularidades do mercado de Saúde Suplementar escapam das ferramentas de análise empregadas pelo CADE, e que a concentração tem potencial de permitir exercício abusivo do poder de mercado, prejudicar o direito de escolha dos consumidores, que passam a contar com menor gama de serviços disponíveis, e uniformizar também os salários, prejudicando o mercado de trabalho neste setor.

Palavras-chave: Concentração. Saúde Suplementar . Direitos do Consumidor. Trabalhadores da Saúde.

ABSTRACT

In the present study, the phenomenon of concentration in the Supplementary Health sector is analyzed in relation to its causes, consequences, and, in particular, in relation to the actions of CADE, the Administrative Council for the Defense of Competition, in relation to mergers and acquisitions in the sector. . Despite the growth of the sector, it is possible to observe, over the last few decades, a decrease in the number and an increase in the size of the largest operators.

Part of this growth occurs through the acquisition of smaller agreement portfolios, in a clear consolidation process. These acquisitions attract the appreciation of the Administrative Council for the Defense of Competition (CADE), whose actions seek to avoid anti-competitive conduct such as cartels and dumping, and to avoid the abuse of market power.

At the same time, the supplementary health sector is subject to control exercised by the ANS, which imposes on operators a series of obligations towards plan beneficiaries, such as greater coverage, larger network, more procedures. With these progressively greater demands, many small operators are unable to continue in the market, while large ones are only able to maintain themselves through vertical integration.

The study aims to describe what the phenomenon of concentration is, verifying whether this phenomenon is occurring in the supplementary health sector in Brazil, with its possible consequences for the market, consumers and workers in this sector. For this purpose, the deductive method was adopted as an approach methodology, which starts from the general and descends to the particular, using principles, laws or theories considered true to predict the occurrence of particular cases, and as a procedure the analysis of various bibliographic sources. , including specialized doctrine, scientific articles, international and national legislation, reports from specialized agencies.

The results suggest that the particularities of the Supplementary Health market escape the analysis tools used by CADE, and that the concentration has the potential to allow abusive exercise of market power, harming the right of choice of consumers, who now have a smaller range of available services, and also standardize salaries, harming the job market in this sector.

Keywords: Concentration. Supplementary Health. Consumer rights. Health Workers.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACC	-	Acordo em Controle de Concentração
ANS	-	Agência Nacional de Saúde Suplementar
BDI	-	<i>Bundesverband Deutscher Industrien</i>
BJA	-	<i>Bundeskartellamt</i>
CADE	-	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
DEE	-	Departamento de Estudos Econômicos
DoJ	-	<i>Department of Justice</i>
FTC	-	<i>Federal Trade Commission</i>
GWB	-	<i>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</i>
HHI	-	<i>Herfindahl-Hirschman Index</i>
IAPS	-	Instituto de Aposentadorias e Pensões
NIRA	-	<i>National Industrial Recovery Act</i>
OPS	-	Operadoras de Planos de Saúde
RICADE	-	Regimento Interno do CADE
SEAE	-	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SG	-	Superintendência Geral
SUS	-	Sistema Único da Saúde
TCC	-	Termo de Compromisso de Cessação
TCD	-	Termo de Compromisso de Desempenho
TISS	-	Troca de Informação de Saúde Suplementar
TJCE	-	Tribunal de Justiça da União Européia

Lista de Tabelas

TABELA I: Fundamentos das Decisões do CADE

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. DO DIREITO À SAÚDE	22
1.1 A Evolução Do Conceito De Saúde	22
1.2 O Direito A Saúde No Brasil	24
1.2.1 O Sistema Único De Saúde - SUS	24
1.2.2 O Sistema De Saúde Suplementar No Brasil	26
2. ECONOMIA E DEFESA DA CONCORRÊNCIA	37
2.1 Pensamento Econômico: Herbert Hovenkamp.....	37
2.2 Defesa Da Concorrência e Válvulas de Escape: Forgioni	41
2.3 Assimetria da Informação: Akerloff	45
2.4 A Paralisia Do Antitruste: Salomão Filho	49
2.4.1 A Decadência Do Direito Antitruste	49
2.4.2 Defesa Da Concorrência E Subdesenvolvimento	50
2.5 História Da Defesa Da Concorrência	54
2.5.1. Defesa Da Concorrência Nos E.U.A.: Primórdios	59
2.5.2 União Europeia: Caráter Instrumental	69
3. ANTITRUSTE EM SAÚDE SUPLEMENTAR.....	78
3.1 Atuação do CADE na Saúde Suplementar	78
3.2 Concentração e Direitos do Consumidor.....	80
3.3 Concentração e Mercado de Trabalho.....	86
4. DECISÕES DO CADE EM SAÚDE SUPLEMENTAR	90
4.1 Fundamentos das Decisões do CADE em Saúde Suplementar	104
TABELA I: FUNDAMENTOS DAS DECISÕES DO CADE	107
4.2 Economia Da Saúde Suplementar	113
CONCLUSÃO	122
ANEXO I - FUNDAMENTOS DOS DESPACHOS DECISÓRIOS NAS DECISÕES DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA DO CADE.....	126
REFERÊNCIAS.....	143

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou a saúde como um direito de todos os brasileiros, cabendo ao Estado cuidar da assistência pública, da edição de normas de proteção à saúde e da prestação de assistência médica e hospitalar mediante políticas sociais e econômicas. Esse sistema de saúde pode ser dividido em dois subsistemas: o público e o privado.¹

As ações do subsistema público são exercidas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), criado no Brasil das décadas de 1980 e 1990, em um cenário de viés ideológico neoliberal que propugnava a ampliação das relações comerciais na prestação de serviços, inclusive relativos à saúde, e uma redução no papel do Estado como provedor direto destes serviços.

O subsistema privado é dividido em dois subsetores, o subsetor saúde suplementar e o subsetor liberal clássico. O liberal clássico é o composto por serviços particulares autônomos, caracterizados por clientela própria, captada por processos informais, em que os profissionais da saúde estabelecem diretamente as condições de tratamento e de sua remuneração.

A saúde suplementar é oferecida pelos planos e seguros de saúde, com financiamento privado, mas com subsídios públicos, gestão privada regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), na qual se inserem os prestadores de assistência privados, credenciados por planos, seguros de saúde ou pelas cooperativas médicas, os serviços próprios oferecidos pelos planos e seguros de saúde, e os serviços conveniados ou contratados pelo subsistema público, que são contratados pelas empresas de planos e seguros de saúde que fazem parte de sua rede credenciada.

Nesse mesmo contexto, a função estatal de proteção do interesse público frente às estratégias econômicas dos agentes privados no Brasil, foi, em parte, foi transferida para agências regulatórias, com base na concepção de um Estado regulador, mas não necessariamente provedor de serviços.

Segundo Comparato(2011), o Direito Econômico é direito que instrumentaliza a política econômica, e cujo estudo exige superação da divisão clássica em ramos

¹ CF/88, Art. 196 e Art. 197.

do direito, e que surge como o conjunto das técnicas jurídicas, das quais lança mão o Estado contemporâneo, na realização de sua política econômica. O direito econômico visa atingir as estruturas do sistema econômico, buscando seu aperfeiçoamento ou sua transformação.

Uma das formas de participação do Estado no domínio econômico é o desempenho de atividade típica de agentes privados, competindo com eles em igualdade de condições, sem barreiras governamentais à entrada de novos competidores no específico setor da economia em que atua diretamente.

Também existe a atuação no domínio econômico por participação, quando o Estado desenvolve parcerias com o setor privado, detendo ações ou quotas de sociedades comerciais.

A atividade do Estado sobre o domínio econômico, com escopo de regular processo de produção, se dá através de atuação legislativa e de regulação, com imposição de regras de conduta a serem observadas pelos agentes econômicos.

É possível conceber as normas antitruste como um sistema com caráter instrumental, ou seja, como uma técnica da qual o Estado lança mão, para dar concreção a determinada política pública.

As agências reguladoras, como a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) são entes da administração indireta dotados de maior autonomia administrativa e constituídas por um quadro estável de burocratas especializados que supostamente, tenderiam a exercer a função regulatória com maior eficiência normativa e independência política, assumindo o formato de autarquias.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é uma autarquia sob o regime especial, criada pela Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000, vinculada ao Ministério da Saúde, com atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde².

Já o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), foi criado em momento anterior, pela Lei 4.137, de 10 de setembro 1962, transformado em autarquia pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, e atualmente se insere no Sistema

² Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000, Art. 1º

Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), estruturado pela Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011³

Entre as atribuições do CADE, está o controle de atos de concentração⁴, que consistem em operações nas quais dois ou mais agentes, independentes economicamente, realizam uma mudança duradoura na sua estrutura empresarial ou na sua forma de controle.⁵

O interesse do direito concorrencial nessas operações se justifica pelos potenciais alterações na organização dos mercados, que podem arrefecer a sua configuração concorrencial, com o CADE promovendo um controle preventivo, partindo do pressuposto de que estruturas desarrazoadamente concentradas podem ensejar comportamentos anticompetitivos.⁶

Dessa forma, as autoridades de defesa da concorrência, como o CADE, realizam um controle prévio dos atos de concentração, com a intenção de se evitar a formação de estruturas inadequadas de poder econômico.

Na definição legal adotada pela ordem jurídica brasileira, o artigo 90 da Lei 12.529/2011, que disciplina a atuação do Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico – CADE considera atos de concentração as fusões de duas ou mais empresas anteriormente independentes; as aquisições de controle ou de partes de uma ou mais empresas por outras; as incorporações de uma ou mais empresas por outras; ou, ainda, a celebração de contrato associativo, consórcio ou joint venture entre duas ou mais empresas.

Esta Lei exclui deste conceito de atos de concentração, para os efeitos legais, os consórcios ou associações destinadas às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

A composição do setor de saúde suplementar é acompanhada de forma contínua pelo CADE, que publicou três Cadernos nos quais sintetiza os movimentos e tendências do setor de saúde suplementar. Em 2015, foi publicado o Caderno “Mercado de Saúde Suplementar: Condutas”.

³ LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011, Art. 1º e Art. 4º

⁴ LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência- TÍTULO VII- DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES - CAPÍTULO I - DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:...

⁵ LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011, Art. 90.

⁶ SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor. Direito Econômico Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54

Em 2018, foi publicado o sexto Caderno, que abordou atos de concentração nos mercados da Cadeia produtiva da saúde suplementar. Na edição atual de 2022, o décimo quarto número dos “Cadernos do CADE” trata de atos de concentração nos mercados de assistência à saúde suplementar.

De acordo com esta publicação do CADE, na última década houve expressivo crescimento do contingente de beneficiários de planos de saúde, com o contingente de consumidores de planos médicos, com ou sem cobertura odontológica, apresentando um aumento de 3,5% nesse período.⁷

Com esse aumento, o mercado de saúde suplementar do Brasil passou de 45,54 milhões de beneficiários, em 2011, para 47,11 milhões, em 2020.

Mas não foi um crescimento uniforme. Depois de atingir um pico de mais de 50 milhões, em 2015, houve uma perda de cerca de 3,1 milhões de beneficiários os anos seguintes. Os planos odontológicos, que representam um volume menor de beneficiários, apresentaram um crescimento muito mais expressivo (72,3%), saltando de 15,11 milhões de beneficiários, em 2011, para 26,03 milhões, em 2020.

O crescimento dos mercados foi acompanhado por mudanças estruturais. A abertura do setor para o investimento estrangeiro, o aporte de fundos de investimento nacionais e a abertura do capital impulsionaram um forte movimento de fusões e aquisições nos três mercados, que não se restringiu à concentração entre empresas do mesmo segmento, mas incluiu um intenso processo de integração vertical envolvendo operadoras de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica.

Além disso, importantes grupos econômicos do setor de saúde suplementar atuam também em outros mercados relacionados como distribuição de medicamentos médico-hospitalares, distribuição de materiais de uso médico-hospitalar, entre outros.

Também foram observados atos de concentração mais recentes, nos quais importantes “players” do setor promoveram a aquisição de empresas que atuam em outros mercados verticalmente relacionados como radio fármacos, corretagem de seguros, desenvolvimento de softwares de gestão de saúde e outros serviços de tecnologia da informação (TI) direcionados à área da saúde.

⁷ Cadernos do Cade – Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-estudo-atualizado-sobre-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-assistencia-a-saude-suplementar>. Acesso em 03/08/2023.

As razões para a concentração, verticalização e ampliação de portfólio no segmento de saúde suplementar residem em falhas de mercado e aumento crescente dos custos do setor derivados de exigências regulatórias e da necessidade de incorporação de novas tecnologias de tratamento que acabam por aumentar as exigências do montante do capital a ser investido, bem como da necessidade de se gerar ganhos de escala, para diluir os custos operacionais.

Esse movimento de concentração dos mercados foi acompanhado “pari passu” pelo CADE, que, até 31 de dezembro de 2021, emitiu decisões sobre 285 atos de concentração, envolvendo empresas nos segmentos de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica, acompanhando assim o surgimento e a expansão de grandes grupos econômicos.

Em relação aos planos de saúde, estes são comercializados e operacionalizados por pessoas jurídicas, genericamente denominadas de operadoras de planos de saúde (OPS).

De acordo com a classificação empregada no volume de Cadernos do CADE “Mercado de Saúde Suplementar: Condutas – 2015”, nas páginas 12 a 14, essas entidades são divididas nas modalidades de administradora de benefícios, autogestão, cooperativa médica ou odontológica, filantropia, medicina ou odontologia de grupo e seguradora especializada em saúde.

De maneira bastante intuitiva, os números relativos a este mercado mostram nítida tendência a concentração do mesmo. Ao mesmo tempo em que cresce o número de beneficiários, o número de operadoras, ao contrário, diminui ano a ano.

As operadoras de planos médico-hospitalares apresentaram em 2020 uma redução de aproximadamente 47% da quantidade existente em 2010 – ao final de 2020 havia 711 operadoras com beneficiários registradas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

As operadoras de planos exclusivamente odontológicos caíram aproximadamente 44% entre os anos de 2010 e 2020, com 260 operadoras de planos de saúde - OPS com beneficiários registradas pela ANS no final desse período. Esses números são reflexos de fenômenos diversos, como a tendência à

concentração e à verticalização dos mercados da Cadeia produtiva da saúde suplementar.⁸

Além de acarretar riscos para a concorrência, que é valor e princípio a ser protegido, os atos de concentração podem trazer prejuízos para os consumidores e para os trabalhadores que atuam no setor que sofre concentração.⁹

A Lei 12.529/2011 visa a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

O direito a concorrência é difuso, tem por titular toda a coletividade, conforme as disposições do parágrafo único do artigo 1º da Lei 12.529 de 2011. Embora as disposições constitucionais e infraconstitucionais não disponham de forma expressa que essa tenha por finalidade a proteção dos direitos do consumidor e do trabalhador, estas finalidades se fazem presentes, ainda que de forma mediata, no capítulo da Constituição Federal que trata da ordem econômica.

Considerando a defesa da concorrência um dos princípios expressos do artigo 170 e incisos da Constituição Federal de 1988, ela integra, com a defesa do consumidor e o pleno emprego, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Como a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, a concretização dos princípios da ordem econômica deve se dar forma harmônica, e nesse sentido, as ações no âmbito da defesa da concorrência pautadas pelos princípios da promoção do pleno emprego e da defesa dos direitos do consumidor seriam mais aptas a alcançar essa finalidade última da ordem econômica¹⁰.

⁸ Cadernos do Cade - Mercado de Saúde Suplementar: Condutas – 2015. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/estudos-economicos/cadernos-do-cade>. Acesso em 05/08/2023.

⁹ OCKÉ-REIS C.O. A concentração dos planos de saúde. Revista Desafios. 2006. Ano 3 . Edição 23 - 6/6/2006. Disponível em https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=810:catid=28&Itemid=23. Acesso 20/04/2024.

¹⁰ CF/88 Art. 170 caput e incisos I a IX

Os dados divulgados por ambas as agências, ANS e CADE, sobre o número decrescente de operadoras, e número crescente de fusões e aquisições no setor de saúde suplementar, indicam uma tendência a concentração deste setor, concentração esta que pode acarretar riscos aos direitos dos consumidores que dependem destes serviços, e dos trabalhadores.

O fenômeno descrito, sugestivo de concentração deste mercado, se acentua progressivamente ao longo dos anos, a despeito de ser acompanhado de perto pelas duas agências, e pode fazer com que este setor se estruture de uma forma tendente a maximizar os interesses econômicos, em detrimento da finalidade para a qual o constituinte propôs a atuação de agentes privados, ou seja, a concretização do direito à saúde.

A escolha deste tema para a presente tese se justifica pelas dimensões econômicas e reflexos sociais do setor saúde suplementar, e pelas possíveis consequências deletérias da concentração para o mercado como um todo, para consumidor e para os trabalhadores do setor.

Para uma análise crítica da concentração no setor de saúde suplementar no Brasil, adotou-se como metodologia o procedimento de coleta de dados bibliográficos, inicialmente com obras de doutrina clássica sobre o tema da defesa da concorrência, contextualizando as concepções de diversas escolas com o momento histórico destas.

Inicialmente foram empregadas as ferramentas de busca de bases bibliográficas Google Acadêmico (www.scholar.google.com) e BVS (www.bvsalud.org), para artigos mais atuais, e Dedalus USP (www.dedalus.usp.br) para busca de livros físicos, de obras básicas sobre o tema.

Os termos inicialmente lançados foram: antitruste, saúde suplementar, direito concorrencial, direito à saúde. Como a doutrina pátria sobre concorrência e sobre planos de saúde faz referência a obras de língua inglesa, também foram promovidas buscas com os termos *hospital mergers*, *hospital consolidation*, *antitruste*, *cartels*.

O presente trabalho analisa a atuação de agência, da Administração Indireta, pautada pela estrita legalidade, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE - frente aos atos de concentração no setor de saúde suplementar, os conceitos adotados para estudo de saúde suplementar e defesa da concorrência foram extraídos de suas leis de regência, Lei 9.656/98, sobre planos de saúde, e Lei 12.529/2011, a lei do CADE.

Estes conceitos legais foram analisados junto a concepções doutrinárias sobre o tema, e contextualizados na ordem constitucional atual, dentro dos subsistemas da Ordem Econômica e dos Direitos Sociais.

Os procedimentos para análise dos atos de concentração adotados pelo CADE incorporam conceitos das doutrinas pioneiras sobre a defesa da concorrência, que surgiram em contextos históricos muito distantes da brasileira.

Por isso, o presente trabalho também buscou contextualizar o surgimento destas teorias pioneiras com o momento histórico e local de seu surgimento.

Também considerando a forte influência de doutrina estrangeira sobre a disciplina do antitruste, foram levantadas doutrinas brasileiras, incorporando as críticas tecidas e limitações apontadas pelos autores nacionais a esses modelos clássicos importados.

Os referenciais teóricos considerados para a presente análise foram as doutrinas clássicas de Herbert Hovenkamp, Paula Forgioni e Calixto Salomão Filho, com visões diversas sobre o fenômeno da concentração de forma geral.

Ainda que os referidos autores não tenham abordado em uma obra específica a concentração no setor de saúde suplementar, constituem importante referencial teórico para compreensão do fenômeno da concentração, e da atuação do CADE na defesa da concorrência.

Este referencial teórico foi analisado em cotejo com os procedimentos de análise dos atos de concentração adotados pelo CADE, descritos em seus manuais, como o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE.

A referida agência em sua publicação periódica Cadernos do CADE, em sua edição de 2022, em seu décimo quarto número, trata de atos de concentração nos mercados de assistência à saúde suplementar. Apresentando os casos levados à apreciação deste tribunal administrativo, e o resultado do julgamento.

À partir do número dos processos administrativos, foram levantados os textos das respectivas decisões em sua íntegra, permitindo análise do processo, dos procedimentos de análise, e dos fundamentos das decisões da agência, no julgamento de atos de concentração em saúde suplementar.

Das decisões sobre atos de concentração no setor de saúde suplementar indicadas no referido periódico, foram selecionados os julgados mais recentes, de forma a refletir o entendimento contemporâneo da agência acerca deste tema, e estes confrontados com os referenciais teóricos estudados.

1. DO DIREITO À SAÚDE

1.1 A Evolução Do Conceito De Saúde

O conceito de saúde reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural. Ou seja: saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas, filosóficas.

Já o desenvolvimento da mecânica influenciou as ideias de René Descartes, no século XVII. Ele postulava um dualismo mente-corpo, o corpo funcionando como uma máquina. Ao mesmo tempo, o desenvolvimento da anatomia, também consequência da modernidade, afastou a concepção humoral da doença, que passou a ser localizada nos órgãos. No famoso conceito de François Xavier Bichat (1771-1802), saúde seria o “silêncio dos órgãos”

no final do século XIX registrou-se aquilo que depois seria conhecido como a revolução pasteuriana. No laboratório de Louis Pasteur e em outros laboratórios, o microscópio, descoberto no século XVII, mas até então não muito valorizado, estava revelando a existência de microrganismos causadores de doença e possibilitando a introdução de soros e vacinas. Era uma revolução porque, pela primeira vez, fatores etiológicos até então desconhecidos estavam sendo identificados; doenças agora poderiam ser prevenidas e curadas.

A epidemiologia teve como base o estudo pioneiro da cólera em Londres, feito pelo médico inglês John Snow (1813-1858), e que se enquadrava num contexto de “contabilidade da doença”. Se a saúde do corpo individual podia ser expressa por números - os sinais vitais -, o mesmo deveria acontecer com a saúde do corpo social: ela teria seus indicadores, resultado desse olhar contábil sobre a população e expresso em uma ciência que então começava a emergir, a estatística.¹¹

Em um conceito mais contemporâneo, o artigo XXV, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, determina que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais

¹¹ SCLiar, MOACYR. História do Conceito de Saúde. Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007

indispensáveis. Esse conceito mostra o direito à saúde como indissociável do direito à vida, que por sua vez tem fundamento na igualdade entre as pessoas.¹²

Essas disposições do plano dos Direitos Humanos repercutem no ordenamento jurídico brasileiro. Os esforços do movimento da Reforma Sanitária culminaram na criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição Federal de 1988, cujo artigo 196 dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”.¹³

Das disposições cristalizadas na Constituição Federal de 1988, extrai-se que o direito à saúde não se restringe apenas ao atendimento hospitalar ou em unidades básicas, ele implica também na garantia ampla de qualidade de vida, em associação a outros direitos básicos, como educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança.

Corroborar este entendimento o processo de transição demográfica da população brasileira. A evolução das taxas de mortalidade, natalidade e fecundidade a partir de 1950 caracteriza o processo de transição demográfica no Brasil. De uma população predominante jovem em um passado nem tão distante, observa-se, na atualidade, um contingente, cada vez mais importante, de pessoas com 60 anos ou mais de idade.¹⁴

Nesse processo de transição, destacam-se a redução da mortalidade por doenças infecciosas e parasitárias e o aumento da importância de doenças crônico-degenerativas, muitas delas tendo como fatores de risco aqueles associados às condições de vida em grandes áreas urbanas, como sedentarismo e estresse. Maior acesso da população a redes gerais de água e esgotamento sanitário, maior acesso à atenção à saúde, campanhas de vacinação, entre outras ações da Saúde Pública, contribuíram decisivamente na redução dos níveis de mortalidade no país e, conseqüentemente, no aumento da esperança de vida da população brasileira.¹⁵

¹² DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS DO HOMEM: Artigo 25º , 1 e 2

¹³ CF/88 “ Art. 196.

¹⁴Wong LR, Carvalho JM. *Age-structural transition in Brazil: demographic bonuses and emerging challenges*. In: Pool I, Wong LLR, Vilquin E, editores. *Age-structural transitions: challenges for development*. Paris: Committee for International Cooperation in National Research in Demography; 2006.

¹⁵ Azambuja MIR, Achutti AC, Reis RA, Siva JO, Fisher PD, Rosa RS, et al. Saúde urbana, ambiente e desigualdades. *Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade*. 2011; 6(19):110-115.

Um dos motivos para a criação do SUS foi a atribuição de obrigações ao Estado referentes à saúde. Uma das ideias básicas do SUS é a da superação do conceito de serviços de saúde como mera assistência aos agravos de saúde sofridos, em uma ação curativa, para uma ação preventiva, promoção de saúde.¹⁶

1.2 O Direito A Saúde No Brasil

1.2.1 O Sistema Único De Saúde - SUS

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe uma mudança paradigmática no quadro institucional brasileiro, com a consolidação de um sistema de garantias de direitos individuais e sociais do cidadão.

Já em seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 traz o preceito da instituição de um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos os direitos à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça.¹⁷

O título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e as garantias fundamentais, traz no rol destes o direito à saúde, como direito do cidadão, tanto no Capítulo I, artigo 5º, dos direitos individuais e coletivos, quanto Capítulo II, Art. 6º, dos direitos sociais.¹⁸

Já em seu Título VIII, Capítulo II, da Ordem Social, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, trazendo a primeira experiência brasileira de uma política social de caráter universal.¹⁹

Já o artigo 197 da mesma Constituição Federal de 1988 considera de relevância pública as ações e serviços de saúde, prevendo sua execução de forma direta pelo Estado, ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

¹⁶ SCLiar, MOACYR. História do Conceito de Saúde. Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007 Available from: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>

¹⁷ CF/88 Preâmbulo:

¹⁸ CF/88 Art. 5º e Art. 6º

¹⁹ CF/88" Art. 196, 197 e 198 caput e incisos I ao III

Esse mesmo artigo 197 atribui ao Poder Público a regulamentação, fiscalização e controle da execução dos serviços de saúde prestados, independentemente da natureza jurídica do prestador.

Finalmente, o artigo 199 permite a prática de atividades de assistência à saúde de forma livre pela iniciativa privada, definindo a forma complementar segundo a qual as instituições privadas poderão participar do Sistema Único de Saúde.

Dessas disposições constitucionais é possível observar importantes características do Sistema Único de Saúde, da saúde suplementar e nas suas redes de serviços.

A rede de serviços de saúde do SUS, ou seja, da prestação direta dos serviços de saúde pelo Estado, resulta da incorporação das redes estaduais e municipais à rede do extinto Inamps, com uma distribuição geográfica de origem, definida pelo poder político de Estados e Municípios.

Ao facultar a execução dos serviços de saúde em unidades públicas ou privadas, a Constituição Federal de 1988 possibilitou a manutenção dos contratos e convênios com a rede privada do extinto Inamps, tal qual o período anterior à promulgação da Constituição, ou mesmo a sua ampliação.

O conceito de participação complementar do setor privado ao SUS surgiu como proposta de oferta de serviços de saúde, o que associado à ideia de liberdade de prestação de assistência à saúde pela iniciativa privada, estabelecendo, de forma direta, a interface entre a rede privada e o SUS.

Destas disposições constitucionais e legais se extrai a possibilidade da existência de hospitais e clínicas privadas que, a despeito de serem conveniados com o SUS, prestam serviços às operadoras de planos e seguros de saúde.

Da mesma forma, observa-se a existência de estabelecimentos públicos, especialmente hospitais de grande porte, que prestam serviços às operadoras de planos e seguros de saúde. Esses estabelecimentos, portanto, fazem parte tanto da rede SUS quanto da rede de serviços que constitui a saúde suplementar, sugerindo uma duplicidade de prestação de serviços de saúde.

1.2.2 O Sistema De Saúde Suplementar No Brasil

No Brasil, a prestação privada de serviços de saúde, desde a estruturação da saúde previdenciária, era majoritariamente prestada através do modelo de seguro social, organizado em torno dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), representantes de diversas categorias de trabalhadores urbanos, para a organização da oferta de saúde, em sua grande maioria, compravam a prestação de serviços de consultórios médicos ou de estabelecimentos hospitalares.

Paralelamente aos IAPs, surgiram, nos anos 1940, as caixas de assistência, que beneficiavam os empregados de algumas empresas por meio de empréstimos ou reembolso pela utilização de serviços de saúde.

Na década de 1950, com a instalação no país de empresas estatais e multinacionais, surgem os sistemas assistenciais próprios, isto é, que prestam assistência médica de forma direta a seus funcionários.

Os serviços médicos existente passaram a ser cadastrados, tanto pela Previdência Social, quanto por empregadores. Instalou-se, na categoria médica, uma divisão em duas correntes, uma que pretendia preservar a prática liberal da medicina, enquanto outra defendia a prática médica voltada para o mercado que se apresentava.²⁰

Originaram-se assim duas modalidades de empresas médicas: as cooperativas médicas, que prestavam atendimento nos consultórios dos próprios profissionais, e as medicinas de grupo, responsáveis pelos atendimentos hospitalares.

Desde a década de 1960, trabalhadores de estatais, bancários, algumas instituições do Governo Federal, entre outros, já possuíam planos de saúde.

Dessa forma, os diversos arranjos estabelecidos na relação público-privado, ao longo de décadas, conformaram o atual setor de saúde suplementar, em suas modalidades atuais, a Medicina de Grupo, os Seguros Saúde (Art. 1º, inciso I e § 1º da Lei n. 9.656/98), as Cooperativas de Trabalho Médico e as entidades de Autogestão.²¹

²⁰ PIETROBON, Louise, PRADO, Marta, CAETANO, João Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor. January 2008 Physis Revista de Saúde Coletiva 18(4) DOI:10.1590/S0103-73312008000400009 LicenseCC BY-NC 4.0

²¹ Lei 9.656/1998 " Art. 1º e incisos I ao III

O artigo 1º da Lei nº 9.656/98 conceitua operadoras de planos de saúde como instituições que operam, administram, comercializam ou disponibilizam planos de assistência dentro da Saúde Suplementar.

Conferindo maior densidade normativa para este dispositivo, a ANS editou a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 39/20001, modificada pela Resolução Normativa nº 315, de 28 de novembro de 2012, e ambas revogadas pela Resolução Normativa nº 531, de 2 de maio de 2022, definiu os segmentos que operam no mercado de saúde suplementar: administradoras, cooperativas médicas e odontológicas, autogestões, medicinas e odontologias de grupo, seguradoras e filantropias.²²

As administradoras de benefícios são empresas que propõem a contratação de plano privado coletivo na condição de estipulante, ou que prestam serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados coletivos de assistência à saúde, desenvolvendo atividades previstas em regulamentação específica, a RN nº 196, de 14 de julho de 2009, revogada pela RN nº 515 de 29 de abril de 2022, que atualmente disciplina as atividades desempenhadas por esta modalidade de operadora.

Entre as atividades desempenhadas por estas empresas, encontram-se a oferta de apoio à área de recursos humanos na gestão de benefícios do plano da operadora contratante, a execução de serviços administrativos, movimentação cadastral, conferência e cobrança de faturas, apoio técnico na discussão de aspectos operacionais (reajustes, aplicação de mecanismos de regulação e alteração de rede assistencial), oferta de planos, dentre outras. As administradoras não assumem os riscos da operação dos planos, não possuem rede própria, credenciada ou referenciada de serviços médico-hospitalares e odontológicos, conforme o disposto nos artigos 2º, 4º e 5º da RN nº 515 de 2022, que versa a respeito dessas entidades, no âmbito da ANS. A estas empresas é vedado impedir ou restringir a participação de consumidor em plano privado de assistência à saúde, mediante seleção de risco, ou impor barreiras assistenciais impedindo, acesso à cobertura de seu plano, nos termos do artigo 3º, 7º, 8º e 9º, da RN nº 515 de 2022.²³

²²Resolução Normativa ANS nº 531, de 2 de maio de 2022, Art. 6º e incisos I ao V

²³ RN ANS nº 515 de 2022, Art. 2º ao 9º

As cooperativas médicas e odontológicas são sociedades de pessoas, sem fins lucrativos, constituídas nos termos definidos pela Lei nº 5.764, de 16 de setembro de 1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das cooperativas. Essas cooperativas, na qualidade de operadoras de planos privados de assistência à saúde e odontológicos, são formadas por profissionais liberais de saúde, atuando, ao mesmo tempo, como cooperados e prestadores de serviço. Além disso, tais sociedades podem comercializar planos para pessoas físicas ou jurídicas, constituir uma rede de serviços própria ou contratar terceiros.²⁴

Como nas cooperativas os próprios prestadores gerenciam os serviços prestados, sem intermediários, estas a princípio não possuem a figura do sócio majoritário ou controlador, diferentemente das Medicinas de Grupo, de modo que os lucros de suas operações são divididos entre os cooperativados – médicos e outros profissionais da área de saúde), segundo suas contribuições ao esforço comum. Nesse sentido, os médicos cooperados são simultaneamente sócios e prestadores de serviços, recebendo pagamento tanto pela sua produção individual, como mediante rateio do lucro obtido pela cooperativa.²⁵

A Medicina e a Odontologia de Grupo são compostas por empresas que administram planos de saúde para empresas, famílias e indivíduos pelo sistema de pré-pagamento ou pós pagamento.

Pré-pagamento, em plano de saúde, é o pagamento antecipado de um valor preestabelecido a uma operadora de plano ou seguro de saúde, para que a operadora assuma o risco da cobertura de eventos de assistência médica e hospitalar que venham a ocorrer com o beneficiário.

Pós pagamento, também considerado como custo operacional, pressupõe o pagamento, por parte da empresa, a uma operadora de planos de saúde da totalidade gasta com a assistência médica e hospitalar prestada aos empregados da empresa contratante, acrescido de taxa para custear as despesas administrativas da operadora. O atendimento à saúde ou é efetuado por serviços dessas próprias entidades ou por contratado de uma rede credenciada.

²⁴ RN ANS nº 531 de 2 de maio de 2022, Art. 7º e Art. 8º

²⁵ Lei 5.764/71, da Política Nacional de Cooperativismo, Art. 3º e Art. 47

Entende-se por Medicina de Grupo as empresas ou entidades que operam Planos Privados de Assistência à Saúde, excetuando-se aquelas classificadas nas modalidades de seguradora especializada em saúde, nos termos da Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, de autogestão, conforme regulamentação específica, ou outra modalidade de cooperativa e autogestão.

A Odontologia de Grupo é composta por empresas ou entidades que operam exclusivamente Planos Odontológicos, excetuando-se aquelas classificadas na modalidade cooperativa odontológica.²⁶

A modalidade Autogestão é integrada por entidades sem fins lucrativos, destinadas a assegurar assistência à saúde a um grupo previamente delimitado, normalmente em razão do vínculo empregatício ou estatutário, com a possibilidade de inclusão de ex-empregados, inativos, pensionistas e grupos familiares definidos. É uma modalidade dominante em empresas estatais e órgãos da administração pública. Os custos são divididos entre a entidade patronal e os beneficiários, geralmente, de forma proporcional ao salário e descontada diretamente em folha de pagamento.

Segundo BAHIA(2001), as autogestões se inserem na categoria de entidades de caráter mutualista, ou seja, a gestão do risco é assumida pela empresa empregadora ou por entidade de trabalhadores ou profissionais, enquanto nas empresas do ramo securitário, há contratação de uma outra empresa para a gestão desse risco, como nos casos das Medicinas de Grupo, Cooperativas e Seguradoras.

BAHIA(2001) classifica as autogestões pelo critério da forma jurídico-institucional em duas categorias.

Na primeira categoria, a gestão da assistência por entidades paralelas ou a grupos de trabalhadores ou profissionais em caixas de assistência, entidades de previdência fechada, sindicatos e associações. Nesta categoria, a operadora possui estatuto próprio e sua gestão é feita por seus associados. A origem deste tipo de autogestão está diretamente relacionada com o início da previdência social no Brasil, através da criação de Caixas de Aposentadorias e Pensões, na década de 20, que posteriormente serviram de base para a instituição dos Institutos de Aposentadorias e Pensões.

²⁶ RN ANS nº 531 de 2 de maio de 2022: Arts. 9º e 10

Na segunda categoria, estão as da assistência por intermédio do departamento de recursos humanos das empresas, sem que a empresa se constitua numa entidade jurídica própria para ofertar os planos de assistência à saúde. Neste caso, qualquer desequilíbrio financeiro é de responsabilidade da empresa empregadora.²⁷

A Filantropia é operadora que se constitui como pessoa jurídica sem fins lucrativos, de utilidade pública e detentora de certificado de entidade beneficente de assistência social, emitida pelos órgãos competentes. As operadoras dessa modalidade se assemelham em parte com as medicinas de grupo, uma vez que ofertam planos na modalidade de pré-pagamento e pós pagamento a indivíduos, famílias e empresas e os serviços prestados por meio de rede própria ou credenciada.

Conforme disposições do artigo 11 da Resolução Normativa da ANS nº 531, de 2 de maio de 2022, classificam-se na modalidade de filantropia as entidades sem fins lucrativos que operam Planos Privados de Assistência à Saúde e tenham obtido o certificado de entidade beneficente de assistência social emitido pelo Ministério competente, dentro do prazo de validade, bem como da declaração de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça ou declaração de utilidade pública estadual ou municipal junto aos Órgãos dos Governos Estaduais e Municipais, na forma da regulamentação normativa específica vigente.²⁸

As Seguradoras são sociedades com fins lucrativos, que comercializam seguros de saúde e oferecem, obrigatoriamente, reembolso das despesas médico-hospitalares ou odontológicas, ou que comercializam ou operam seguro de que preveja a garantia de assistência à saúde.

²⁷“... Entre as 300 empresas e entidades com planos de autogestão que somam aproximadamente 8 milhões de beneficiários (25% do total) situam-se desde grandes indústrias de transformação, como a Volkswagen, até entidades sindicais, com um número relativamente pequeno de associados que representam categorias com alta capacidade de vocalização de demandas, como os auditores fiscais. Aproximadamente metade dos planos de autogestão é administrada por instituições sindicais ou por entidades jurídicas paralelas às empresas empregadoras, como as caixas de assistência, caixas de previdência e entidades fechadas de previdência, integradas por representantes dos trabalhadores e da parte patronal. As demais empresas com planos próprios os administram através de seus departamentos de benefícios/recursos humanos.” em BAHIA, Lígia. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 6, n. 2, p. 335, 2001.

²⁸ RN ANS nº 531 de 2 de maio de 2022, Art. 11

A Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, estabeleceu para as empresas que comercializavam seguro saúde as obrigações de constituir estatuto social próprio, vedando sua atuação em quaisquer outros ramos de atividades, a submissão às determinações e fiscalização da ANS e às normas sobre aplicação dos ativos garantidores, das provisões técnicas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN²⁹.

O regimento jurídico das seguradoras também inclui a Resolução Normativa da Diretoria Colegiada nº 65/2001, da ANS.

Este segmento se difere dos demais por utilizar o reembolso, forma típica de pagamento pela ocorrência de evento de risco coberto pelo prêmio pago, optando o segurado pela livre escolha dos serviços, para fazer jus à devolução dos valores despendidos nos termos contratados.

As seguradoras podem também remunerar diretamente profissionais e organizações médico-hospitalares credenciados, fazendo com que o segurado não pague diretamente prestadores em situações nas quais o risco envolvido exija o custo de quantias elevadas, produzindo, assim, a mesma lógica assistencial de acesso utilizada pelas demais modalidades de operadoras, excetuadas as administradoras de benefícios.

A despeito da diversidade das estruturas organizacionais das operadoras de saúde suplementar, é possível verificar, nas atividades por elas desempenhadas, algumas características em comum, como o mutualismo, no qual se busca a retenção do risco, a homogeneidade das coberturas, mecanismos de financiamento mais solidários para o pagamento dos prêmios e coberturas mais amplas. Nessas práticas, as diferentes operadoras buscam otimizar seus resultados econômicos com diferentes estratégias, como por exemplo, com maior utilização da lógica atuarial nas seguradoras.

Grandes operadoras, tanto seguradoras quanto empresas da medicina de grupo, buscam o aumento do número de pessoas cobertas para diluir as variações no risco de despesas assistenciais. Já as pequenas operadoras, que constituem grande parte das medicinas de grupo e Unimed's, em geral oferecem coberturas contratualmente bastante homogêneas, através de redes de serviços bastante

²⁹ Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, Arts. 1º e 2º

diferenciadas e localizadas, com coberturas restritas a um único município ou a um grupo de cidades vizinhas.

As diversas modalidades de operadoras oferecem a cobertura médica aos beneficiários basicamente na forma de planos. Em essência, há basicamente duas formas de se contratar planos de saúde, a primeira, dos contratos individuais/familiares e a segunda, dos contratos coletivos, que por sua vez podem ser subdivididos em contratos por adesão e contratos coletivos.

Planos individuais/familiares consistem em planos oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde para a livre adesão de pessoas físicas, com ou sem seu grupo familiar, em contratos onde estão estabelecidas as regras do plano, firmados diretamente pela pessoa física contratante e pela operadora. Nessa modalidade de plano, há regras mais protetivas do beneficiário que nos demais tipos de planos, como por exemplo a limitação de reajustes dos valores das parcelas mensais, a limitação das hipóteses de rescisão pela operadora, restrita às hipóteses de fraude ou de falta de pagamento pelo contratante, e ainda a necessidade de notificação prévia do contratante, antes desta rescisão.³⁰

Já no Contrato Coletivo Empresarial, o contratante é uma pessoa jurídica que oferece o plano como benefício aos seus empregados, ou é contratante empresário individual. Dessa forma, a cobertura oferecida neste contrato às vezes tem por pressupostos duas relações jurídicas, uma entre a empresa contratante e a operadora, e outra, uma relação empregatícia entre o beneficiário e a empresa contratante. Este contrato poderá prever a inclusão de dependentes legais de seus beneficiários, cuja entrada estará condicionada à participação dos beneficiários titulares no plano.

Com relação ao ingresso no Contrato Coletivo Empresarial, será isento de carência, na hipótese de o contrato coletivo possuir um número igual ou superior a 30 vidas, desde que o beneficiário ingresse em até 30 dias da celebração do contrato ou da sua vinculação à empresa contratante.

³⁰Lei 9.656/98: Art. 13 e incisos I ao III

Coletivo por Adesão, quando as pessoas jurídicas contratantes são entidades de caráter profissional, classista ou setorial, sendo possível contar com a participação de uma Administradora de Benefícios.

Neste caso, assim como nos contratos coletivos empresariais, os dependentes do beneficiário poderão ingressar, desde que o seu titular esteja vinculado ao plano. Quanto à entrada no plano, não haverá carência caso o ingresso do beneficiário ocorra dentro de 30 dias da celebração ou no mês de aniversário do contrato.³¹

Nos planos coletivos, as regras são menos protetivas dos contratantes em face das operadoras que nos contratos individuais, prestigiando a autonomia privada, pela presença de empresários nos dois polos da relação jurídica. Nestes Contratos Coletivos Empresariais, não há limite para o índice de reajustes dos valores das parcelas mensais.

As cláusulas de reajuste são de livre negociação entre a pessoa jurídica contratante e a operadora ou administradora de benefícios contratada. Nessa modalidade de plano, a operadora de saúde não tem contato com o beneficiário final, e sim com a pessoa jurídica contratante.

O pagamento pelos serviços prestados pela operadora e a exclusão ou suspensão de beneficiários junto ao plano são de responsabilidade da pessoa jurídica contratante, na forma dos artigos 8º, 19 e 20, respectivamente, RN ANS nº 557 de 14 de dezembro de 2022.³²

Por fim, os planos coletivos são organizados por sindicatos, associações de classe e pessoas jurídicas com relação empregatícia ou estatutária com seus membros.³³

Como contratos coletivos e empresariais coletivos são firmados entre pessoas jurídicas e as operadoras, e não entre beneficiários e operadoras, a própria existência desta espécie de contrato traz limitações ao emprego de ferramentas básicas de análise econômica baseadas em curvas de oferta e procura.

Como as ferramentas empregadas na análise promovida pelos órgãos de defesa da concorrência, principalmente pelo CADE, são baseadas nestes modelos

³¹ RN ANS nº 557 de 14 de dezembro de 2022, Art. 17. Caput, §1º e incisos I e II, §§ 2º e 3º

³² RN ANS nº 557 de 14 de dezembro de 2022 Arts.8º, 19 e 20

³³ RN ANS nº 557 de 14 de dezembro de 2022 Art. 15 e incisos.

(e.g. Índice Herfindahl-Hirschman (HHI))³⁴ , o alcance destas para verificar impacto dos atos de concentração é limitado.

Na verdade, a escolha da operadora da saúde é feita pela pessoa jurídica para a qual trabalham os beneficiários, sendo irrelevante a preferência deles pela rede de atendimento, que por sua vez, será contratada pela operadora, e não pela empresa contratante.

Desta forma, considerações sobre possível eficiência das operadoras concentradas, sobre o menor preço e melhores serviços que possivelmente poderiam ser ofertados por elas, se mostram inadequados para análise de concorrência, em um contexto no qual a maior parte dos planos de saúde ofertados é destes tipos coletivos, já que as decisões sobre a contratação destes planos não está nas mãos de quem poderia ver atrativos nestas eficiências.

A prestação de serviços de saúde por agentes privados no Brasil, com o atendimento particular restrito aos que pudessem pagar inicialmente, ampliou-se com a estruturação da saúde previdenciária com Institutos de Aposentadorias e Pensões, e passou a receber maior atenção estatal com a Constituição Federal de 1988, que em seu capítulo dedicado à Saúde prevê universalização e prestação por agentes públicos e privados.

Como a nova ordem constitucional atribuiu ao Estado a tarefa de promover a saúde, isso trouxe maior interesse estatal na prestação destes serviços, mas mantendo a rede privada de atendimento médico, ao invés de avocar a prestação destes serviços para prestação direta pelo Estado, em um contexto de desestatização.

Para que a atuação de agentes privados se desse de forma coerente com a disciplina constitucional do direito à saúde, era necessária intervenção do Estado na atuação dos agentes privados, e essa intervenção se deu na forma da regulação.

A regulação surge no contexto da privatização dos serviços estatais, da transição do Estado prestador, que oferecia diretamente os serviços públicos através de entes da Administração direta e indireta, para o Estado regulador, que normatiza

³⁴ “...Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) pode ser utilizado para o cálculo do grau de concentração dos mercados. O HHI é calculado com base no somatório do quadrado das participações de mercado de todas as empresas de um dado mercado. O HHI pode chegar até 10.000 pontos, valor no qual há um monopólio, ou seja, em que uma única empresa possua 100% do mercado” GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) , 27/07/2016. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-publica-novo-guia-de-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal> Acesso em 10/07/2023

e fiscaliza o serviço público oferecido por agentes privados, em um movimento que ocorreu de forma mais intensa no início dos anos 2000.

Uma diferença marcante do setor saúde suplementar, que à época passou a ser regulado pela recém-criada Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, é que este setor já contava com agentes privados prestando serviços de saúde, enquanto outros setores, como telecomunicações, eram serviços estatais que passaram a ser prestados por particulares.

Segundo Sundfeld e de Oliveira Nusdeo(2000), a regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos, como no controle de concentrações empresariais, repressão a infrações à ordem econômica, controle de preços e tarifas, admissão de novos agentes no mercado, como por motivações diversas das econômicas, como medidas ambientais e urbanísticas, além de medidas que visam proteger consumidores e ampliar o acesso, universalizar os serviços.³⁵

³⁵ Sundfeld, C. A., & de Oliveira Nusdeo, A. M. (2000). *Direito administrativo econômico*. Sociedade Brasileira de Direito Público: Malheiros Editores. pp16-39 “A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresarias, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado com seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns - enfim, as “atividades econômicas em sentido estrito”) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de “serviços públicos”, exploração de “bens públicos” e de “monopólios” estatais)... Mas há uma clara tendência nos últimos anos, entre os países que optaram por amplos processos de privatização de serviços básicos, de criar órgãos de regulação ou de conferir maior autonomia ou poderes aos já existentes no Brasil não foi diferente. Com o processo de privatização atingindo o setor de serviços estatais, vieram as agências reguladoras. No âmbito federal citem-se, para as telecomunicações, a ANATEL; para a energia elétrica, a ANEEL; e para o petróleo, a ANP... A venda das empresas estatais prestadoras de serviços trazia embutido o risco de o Estado perder totalmente o poder de influir na sua prestação e de controlar a correspondente estrutura empresarial. Tanto quanto o sistema financeiro, sistemas como o elétrico ou o de telecomunicações demandam autoridades fortes que os monitoramento todo o tempo. Afinal, são serviços fundamentais ao país, e seu colapso seria um desastre para a economia. Além disso, nesses campos se exerce um extraordinário poder econômico e o Estado não pode ficar indiferente à concentração empresarial excessiva ou fechar os olhos para as práticas anticoncorrenciais. Nos serviços estatais há ainda outra questão vital: a dos usuários e dos excluídos. É claro que o Banco Central deve preocupar-se com os interesses dos pequenos clientes do sistema financeiro, mas é intuitivo que nesse terreno o tema da defesa do consumidor não é tão agudo quanto nos transportes coletivos. Daí essa fundamental missão das agências que cuidam dos serviços com milhões de usuários: proteger os consumidores. Todavia, especialmente no Brasil, os “sem-serviço” ainda são o nó principal: há milhões de pessoas sem telefone, energia ou saneamento. Universalizar serviços básicos continua sendo um de nossos maiores desafios. Por isso, é preciso impor metas de expansão às prestadoras, no interesse dos excluídos, além de controlar a qualidade e as cobranças, no interesse do consumidor.”

A regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde são atribuição Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, criada através da Medida Provisória nº 2.012-2, de 30 de dezembro 1999, posteriormente convertida na Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Possui prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional.

A Lei nº 9.961/2000 atribui à ANS, ao longo dos 42 incisos do seu Art. 4º, uma ampla competência normativa para dentro de seu poder normativo regulamentar as condições de registro das operadoras de planos privados de saúde, o conteúdo básico dos contratos a serem firmados entre as operadoras e os beneficiários, as condições de reajustes dos preços dos contratos de planos de saúde, entre outras atribuições, dentro dos limites estabelecidos na referida lei.³⁶

A Lei nº 9.961/00 foi regulamentada pelo Decreto nº 3.327, de 05 de janeiro de 2000, e pela Resolução Regimental da ANS nº 01, de 17 de março de 2017, que aprovou o Regimento Interno da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. A referida agência reguladora tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

ANS tem sua organização, gestão, finalidade, desempenho das atividades, controle e regulamento estabelecidos no Decreto nº 3.327/2000, tendo por órgãos uma diretoria colegiada, de cinco membros, um presidente, a procuradoria, a corregedoria, a ouvidoria e a Câmara de Saúde Suplementar - CAMSS, de caráter consultivo e permanente, contando com amplo rol de representantes, incluído o Poder Executivo, entidades do setor de saúde, do mercado setorial e do Conselho Nacional de Saúde Suplementar - CONSU.

³⁶ Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 Art. 4º caput e incisos I, II, III e XVII

2. ECONOMIA E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

2.1 Pensamento Econômico: Herbert Hovenkamp

Herbert Hovenkamp destaca que os dois tipos de eficiência relevantes para a análise do antitruste são Eficiência produtiva e a Eficiência Alocativa. A eficiência produtiva é conceituada como uma proporção do valor entre as compras e vendas de uma empresa.

Assim, uma empresa que produz um produto avaliado em 100 dólares e requer insumos avaliados em 80 dólares é mais eficiente do que uma empresa que produz um produto avaliado em 100 dólares, mas requer insumos avaliados em 90 dólares.

As empresas alcançam níveis mais elevados de eficiência produtiva através da construção de plantas eficientes, desenvolvendo procedimentos de redução de custos, alocando os funcionários de forma mais eficaz e com uma série de outras práticas, algumas delas passíveis de questionamento no campo do antitruste.

Entre os atos que podem atrair a ação do antitruste se incluem as fusões, a integração vertical, os acordos exclusivos de negociação ou venda casada, e até mesmo certos acordos entre concorrentes.

Ao estudar a atitude das leis antitruste ao longo do último século na realidade dos Estados Unidos, verificou-se que a atuação do antitruste é geralmente afirmativa, mas passiva. A política antitruste geralmente permite atividades que aumentam a produtividade e eficiência de uma empresa, a menos que a atividade também aumente o poder de mercado dessa empresa.

Por outro lado, não se considera que uma empresa viola as leis antitruste simplesmente por serem ineficientes. Por exemplo, embora a integração vertical possa reduzir custos de uma empresa e permitir que ela produza e entregue um produto a um preço mais baixo, o fracasso dessa integração não seria considerado ilegal sob a lei antitruste. O próprio mercado acabaria por castigar as empresas ineficientes.

Já a Eficiência Alocativa é uma questão mais teórica e controversa que eficiência produtiva. A Eficiência Alocativa refere-se ao bem-estar da sociedade como um todo. Considerando uma certa quantidade de insumos ou recursos, de que forma o uso e a atribuição desses recursos permitirá uma melhor situação econômica globalmente para esta sociedade.

O conceito da eficiência alocativa não é autodefinido, e comporta diferentes definições trazidas por diversos economistas e filósofos, entre as quais uma das mais influentes foi dada por Vilfredo Pareto no início do século XX: uma determinada alocação de recursos é mais eficiente ("ótimo de Pareto") se nenhuma outra atribuição fizer pelo menos uma pessoa alcançar melhor sem colocar pelo menos uma pessoa também em situação pior.

Se alguém começa com uma economia imperfeita, uma mudança é "Pareto-superior" se fizer pelo menos uma pessoa melhor sem piorar a situação de ninguém. O conceito de superioridade de Pareto é tão rigoroso que seria satisfeito apenas pela mais trivial das mudanças sociais.

Uma mudança em uma política social só é Pareto-superior se ninguém opuser objeção. Todas as mudanças legais têm efeitos adversos em pelo menos uma pessoa. Por exemplo, a adoção de norma jurídica contra monopolização ou flexibilidade de preços não é Pareto-superior: piora a situação dos monopolistas e dos especuladores.

Pelo extremo rigor desta regra, os economistas antitruste às vezes adotam uma variação da eficiência de Pareto chamada eficiência de Pareto "potencial". Uma mudança é eficiente sob a medida de Pareto potencial se os beneficiados com a mudança ganharem o suficiente para compensar totalmente as perdas sofridas pelos prejudicados, isto é, se o valor total acrescentado sobre os ganhos excede o valor total aumentado de perdas.

Se aqueles que ficam em melhor situação com a adoção de uma regra contra o ganho de fixação de preços mais do que aqueles que ficam em pior situação perdem, então a regra é eficiente sob o Critério de Pareto Potencial, embora sua adoção produza alguns perdedores.

Nessa regra, é irrelevante se o ganho final traz algum benefício para os prejudicados. Por exemplo, é improvável que o preço potencial dos monopolistas que fixam preços seria compensados por quaisquer perdas eles possam sofrer com a adoção de uma regra que torna ilegal a fixação de preços.

A mesma lógica geralmente se aplica às ações que aumentam a eficiência produtiva de uma empresa sem aumentar o seu poder de mercado. A redução de custos de uma integração vertical, por exemplo, faz com que tanto os consumidores como as empresas verticalmente integradas alcancem melhor situação econômica, mas piora a situação dos concorrentes da empresa.

Nessa integração, empresa e seus clientes ganham mais do que as empresas concorrentes perdem. A eficiência do Pareto Potencial pode ser uma ferramenta útil para orientar a política antitruste, mas está sujeita a duas qualificações importantes.

Primeiro, como acontece com outras medidas econômicas de eficiência alocativa, a análise do Pareto Potencial é indiferente à distribuição dos recursos na sociedade. Dessa forma, poderia ser demonstrado que uma determinada prática fez monopolistas mais ricos exatamente pelo mesmo montante que tornou os consumidores mais pobres, sem afetar outras pessoas (no caso, os concorrentes) e a prática seria considerado "neutra" sob o Critério do Pareto potencial.

No entanto, a história do processo que levou à edição da Lei Sherman mostra uma grande preocupação com o fato de que os monopolistas transferem riqueza dos consumidores para si, mas nenhuma preocupação com qualquer conceito articulado de eficiência. Cumpre salientar que a Lei Sherman é de 1890, anterior, portanto, às teorias econômicas sobre eficiência e aos Postulados de Pareto.

Em segundo lugar, embora a mudança da ortodoxia da Eficiência de Pareto para o critério de eficiência do Pareto Potencial permite uma política antitruste baseada na eficiência teoricamente possível, essa mudança acarreta um custo enorme.

As consequências da mudança de eficiência de uma sociedade são de relativamente fácil aferição pelo critério tradicional de Pareto: se a mudança produz um perdedor identificável, é ineficiente.

O Critério de Pareto Potencial, no entanto, requer a identificação de todas as pessoas beneficiadas pela mudança, bem como a soma do valor de seus benefícios e, em seguida, identificação de todos os prejudicados e soma de suas respectivas perdas.

A identificação de todos os beneficiados e a apuração do montante dos seus ganhos relativos e perdas muitas vezes não é óbvia, nem fácil de calcular. Além disso, importante lembrar que a destruição do monopólio em um mercado pode

permitir poder de monopólio em outros mercados, e as perdas alocativas totais nesses outros mercados podem exceder os ganhos no mercado em questão.

A adoção deste critério pode ser útil na aferição do efeito líquido de uma prática, se ela produz um ganho social ou uma perda social. Isso pode nos ajudar a estimar o ganho ou perda, embora provavelmente não possamos quantificá-la com precisão.

Além disso, as ambiguidades no Critério de Pareto são fatores potencialmente incapacitantes apenas em casos relativamente próximos. Vários casos não são próximos, e é mais fácil prever que os ganhos sociais superam as perdas sociais, ou vice-versa.

Embora os economistas defendam frequentemente a superioridade do Pareto Potencial ou alguma variação desta como política orientadora para antitruste, dificilmente tal critério é empregado para fundamentar decisões judiciais.

O termo eficiência Potencial de Pareto é impositivo, trazendo consigo muitas implicações de regras técnicas econômicas e quantificação cuja aplicação é desconfortável para os operadores do direito.

Os analistas do Antitruste geralmente empregam outra terminologia, o princípio do “bem-estar do consumidor”. Muitas pessoas que provavelmente acreditam que maximizar a alocação eficiente deve ser o objetivo exclusivo de antitruste, afirmam que o objetivo do antitruste deveria ser maximizar o bem-estar dos consumidores.

Falado nesses termos, o objetivo parece muito atraente e certamente menos técnico do que Eficiência pelo Critério de Pareto Potencial. Embora a maximização do bem-estar do consumidor seja um termo atraente, seu conteúdo é ambíguo.

Dizer que o Antitruste deveria maximizar o bem-estar do consumidor é uma coisa; dizer qual política antitruste fará isso, é bem diferente. Na verdade, o princípio do bem-estar do consumidor é baseado na observação de que todo mundo é um consumidor.

Uma política antitruste de maximização o bem-estar das pequenas empresas teria que ser considerado como distributivo, porque forçaria transferência dos recursos de dois grupos de pessoas, o dos consumidores e o das grandes empresas, para outro grupo de pessoas, o das pequenas empresas, embora tal transferência possa não tornar a sociedade melhor como um todo. Como todos nós somos consumidores, no entanto, uma política antitruste de maximizar o bem-estar

do consumidor é realmente uma política de maximizar o bem-estar de todos, pelo menos na sua capacidade como consumidores.

Mas o princípio do bem-estar do consumidor nos leva de volta onde nós começamos. Todas as definições de eficiência alocativa pretendem descrever o que acontecerá ao tornar a sociedade melhor, economicamente falando.

Se "maximizar bem-estar do consumidor" é simplesmente sinônimo de "maximizar o bem-estar de todos", então ainda assim não orienta uma receita utilizável para política antitruste, mas apenas a afirmação de que a melhor política antitruste é aquela que faz bem a todos.

O princípio do bem-estar do consumidor adotado atualmente se aproxima cada vez mais do princípio de que as leis antitruste devem buscar uma alocação com eficiência ideal. De forma geral, a política antitruste sob o princípio do bem-estar do consumidor é a que leva ao maior rendimento e aos menores preços no mercado em questão.³⁷

2.2 Defesa Da Concorrência e Válvulas de Escape: Forgioni

Forgioni (2019) descreve o sistema brasileiro de defesa da concorrência à partir da disciplina constitucional e legal aplicada à prática dos agentes econômicos. Segundo a autora, respeitada a orientação constitucional, em especial a estabelecida nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988, a licitude ou ilicitude da prática dos agentes econômicos é estatuída pelo art. 36 caput, da Lei 12.529, de 2011, sendo consideradas ilegais as práticas que implicarem em (i) prejuízo à livre-concorrência ou à livre iniciativa; (ii) domínio de mercado relevante; (iii) aumento arbitrário de lucros; ou (iv) abuso de posição dominante.

Já o artigo 88 da mesma Lei 12.529, de 2011, exige que sejam apresentadas para autoridades apenas as concentrações que atinjam o gabarito ali previsto, entre essas concentrações, incluem-se negócios de "contratos associativos", "consórcios e joint-ventures, referidos no artigo 90. A exemplo do sistema europeu atual, os acordos que não implicarem concentração econômica, não necessitam de autorização prévia para sua eficácia.

³⁷ HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy: the law of competition and its practice. 2nd ed., West Group, 1999.pp 48-77

Dessa forma, os agentes econômicos contam com o dinamismo da dispensa de uma autorização prévia para os atos de concentração, mas com a insegurança da possibilidade de uma sanção *a posteriori* pelo CADE, caso parem dúvidas sobre a licitude da operação concluída, à luz das disposições do artigo 36 da Lei 12.529 de 2011. Para reduzir este risco, o Tribunal do CADE expede instruções às empresas sobre infrações à ordem econômica, sobre as balizas a serem observadas de forma a prevenir contestações, na forma do art.9º, inciso XIV, e permite aos agentes econômicos a formulação de consultas prévias na forma do artigo 9º, §4º, da Lei 12.529.

Forgioni(2019) considera que o sistema brasileiro sofre forte influência da Escola de Chicago, com o pressuposto de que a concorrência em si deve ser protegida, acima de tudo. Porém, no Brasil, o próprio legislador traz mitigações a esta regra geral.

Mais que isso, a lei 12.529 de 2011 é lei antitruste de caráter geral em matéria de concorrência, de tal forma que sua aplicação pode ser afastada em situações específicas, através da aplicação de critérios para solução de antinomias aparentes, aplicando legislação específica para o processo decisório aos atos de concentração em situações específicas, de forma a manter a harmonia entre disposições apenas aparentemente conflitantes.

Essa seria uma primeira “válvula de escape para permitir limitação às disposições antitruste. Embora a Constituição Federal prestigie a livre-concorrência de uma forma geral, a mesma Constituição também traz positivados fins maiores em seu artigo 170, para cuja concretização, é possível algum grau de sacrifício da concorrência, com leis específicas autorizadas de restrições concorrenciais em um fenômeno de isenção em bloco, ainda que não tragam de modo expresso esta mitigação da lei antitruste.

Estas limitações à concorrência decorrem da mera interpretação sistemática e harmônica do sistema jurídico. A cautela deve ser exercida no sentido de evitar interpretações extensivas de disposições que permitam limitar a concorrência, já que são atos que dispensam a aplicação de determinada lei, como as outras exceções a uma lei geral.

Uma segunda “válvula de escape” ao sistema antitruste disciplinado pela Lei 12.529 de 2011 seria o próprio conceito de “mercado relevante”. Mercado relevante

seria aquele em que se travam as relações de concorrência ou em que atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.

A determinação do “mercado relevante” é fundamental para a aplicação da legislação antitruste. Não existem definições legais específicas ou fórmulas matemáticas para determinação do mercado relevante, apenas métodos para obtenção do mesmo.

A partir do momento em que o texto normativo faz menção à restrição da concorrência” para caracterização do ilícito é necessária a determinação de qual é esta “concorrência” que está sendo abordada, de forma a verificar se a prática analisada tem por objeto ou por efeito restringir esta concorrência.

Portanto, como o próprio ordenamento jurídico é aberto em relação à caracterização do “mercado relevante”, sem regras rígidas para a determinação do mesmo, é possível a discussão caso a caso, e a possível desconsideração de prejuízos à competição pela autoridade antitruste, uma flexibilização desta disciplina, que a autora considera como uma segunda “válvula de escape” para o sistema antitruste brasileiro.

Forgioni (2019) destaca dois importantes aspectos do Sistema de Defesa da Concorrência. Primeiro, a defesa da concorrência, ou antitruste, não tem um objetivo formal, um escopo único a ser perseguido, já que desempenha funções distintas, em cada ordenamento jurídico, em cada sistema, em cada momento histórico. Segundo, o conteúdo do direito antitruste tem forte influência política, refletindo os pleitos de cada momento histórico.³⁸

Considerando o caráter teleológico do direito da concorrência, e as frequentes mudanças em relação às finalidades almejadas, em cada momento histórico, cabem as críticas tecidas por Kirkwood e Lande (2008) à adoção do paradigma utilitarista da Escola de Chicago, que se por um lado trazem fascínio e isenção, dada a objetividade pelo emprego de fórmulas matemáticas, por outro se mostra insuficiente, face a complexa realidade que se busca regular.³⁹

³⁸ Forgioni, Paula A. Os fundamentos do antitruste/ Paula A. Forgioni. – 12. Ed. Ver. Atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Pp. 194-221

³⁹ “...While it is possible that courts are using “consumer welfare” as Bork did, recent opinions provide little evidence of that. Instead, most judges seem to believe that the aim of antitrust is to prevent conduct that deprives consumers of the benefits of competition and transfers their wealth to firms with market power...”
KIRKWOOD John B., LANDE Robert H. The Chicago School's Foundation is Flawed: Antitrust Protects

Mesmo quando mitigada a aplicação de fórmulas em prol do ganho em eficiências, ou seja, nos processos em que o CADE observou que pela aplicação destas se tratava de ato de concentração, mas aprovou o ato, em nome do ganho em eficiência.

Esse tipo de decisão desconsidera os efeitos deletérios da concentração a longo prazo, e outros impactos desta na ordem econômica além do ganho de eficiência para as operadoras e para o consumidor.

São decisões que não levam em consideração os efeitos para o mercado de trabalho dos prestadores, dos médicos, enfermeiros, bioquímicos, e todos os que tem suas condições de trabalho afetadas de forma adversa por esta reestruturação.

Cabem críticas às decisões do CADE referentes à saúde suplementar, não só pelas limitações ao processo decisório da agência apontadas do ponto de vista acadêmico, mas também levando em consideração os motivos econômicos e políticos dessa deferência quanto aos atos de concentração.

Na análise histórica do sistema de defesa da concorrência dos Estados Unidos, houve uma mitigação da aplicação destas regras, e até um fomento à concentração, com fito no fortalecimento da indústria para recuperação da economia após a Grande Depressão, na Era Roosevelt.

O crescimento do setor de saúde suplementar no Brasil se inicia no contexto da desestatização, da transição de um Estado prestador para um Estado meramente regulador, que apenas fiscaliza os serviços públicos, que passam a ser prestados também por particulares.

Não só se permite que haja prestação por particulares no âmbito das operadoras de planos de saúde, mas o SUS também contrata serviços particulares, oferecidos por profissionais, laboratórios e hospitais, bem como serviços terceirizados por empresas médicas.

Além de permitir a prestação de serviços de saúde por particulares, o Estado permitiu ao capital estrangeiro o acesso ao mercado de saúde suplementar, pela Lei 13.097 de 2015.

A insuficiência da capacidade do Estado de oferecer a toda a população o atendimento em Saúde, que motivou o crescimento da Saúde Suplementar na

década de oitenta, se tornou mais sensível, mais evidente, com a situação recente de Pandemia de COVID 19, com o temor pela falta de leitos para pacientes graves, por exemplo.

Mas ainda que haja interesse no fomento da Saúde Suplementar, uma preocupação em manter a robustez econômica das operadoras em prol da eficiência, de uma melhor cobertura para fazer frente a um rol (não mais taxativo)⁴⁰ de procedimentos exigidos pela ANS, há balizas que não podem ser ultrapassadas para se atingir estas finalidades.⁴¹

2.3 Assimetria da Informação: Akerloff

O pensamento econômico moderno questiona a possibilidade de teorização desse comportamento econômico, reconhecendo que o conhecimento encontra-se disperso entre os indivíduos e que, portanto, em cada relação econômica, os diferentes indivíduos vêm com diferentes parcelas, frequentemente díspares, assimétricas, de informação, de modo que todo e qualquer modelo sobre o funcionamento do mercado que pretenda indicar resultados esperados ou a serem atingidos com base em ampla difusão de conhecimentos e informações esteja necessariamente fadado ao fracasso.

⁴⁰ A natureza do rol de procedimentos de cobertura obrigatória estabelecido pela ANS, é objeto de grande controvérsia. No REsp 1.053.810 – SP, em 15 de março de 2010, a 3ª Turma do STJ, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, considerou este rol exemplificativo. Já no REsp 1.733.013 – PR, em 20 de fevereiro de 2020, a 4ª Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, decidiu que o referido rol era exemplificativo. Como reação, a própria ANS, em 24 de fevereiro de 2021, editou a sua Resolução Normativa nº 465, que além de atualizar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, determinou que este rol passa a ser taxativo. Buscando superar os entendimentos do judiciário e da Administração, o legislador alterou a Lei nº 9.656 de 1998 pela Lei 14.454, de 21 de setembro de 2022, que Diante de certos critérios, afasta a taxatividade do rol de procedimentos. Pelo grande impacto deste tópico no equilíbrio atuarial das operadoras, ele ainda suscita discussões no âmbito do judiciário, quanto aos limites desta não-taxatividade.

⁴¹ “... Fica claro que não há como transferir para o SUS todo o universo de atendimento que hoje é realizado pelo setor privado, levando-se em consideração a importância da Saúde Suplementar na demanda da prestação dos serviços assistenciais no Brasil conta não somente o aumento da quantidade de consultas, mas, também, a manutenção da satisfação que o usuário da Saúde Suplementar possui hoje. Por fim, pode-se argumentar que a Saúde Suplementar representa importante pilar de sustentação do próprio sistema nacional de saúde, tornando-se, hoje, complementarmente indispensável para o Estado, que não teria, de outra forma, como suportar a incorporação dos gastos desse setor no orçamento da União...”

A importância da Saúde Suplementar na demanda da prestação dos serviços assistenciais no Brasil / The importance of Supplementary Health in the demand for assistance services supply in Brazil
Zirolto, Rodrigo Romera; Gimenes, Rafaela Okano; Castelo Júnior, Clóvis. Mundo saúde (1995) ; 37(2): 216-221, abr.- jun. 2013. Artigo em Português | MS | ID: mis-36792 Biblioteca responsável: BR599.1

Na maioria das economias, especialmente em economias em desenvolvimento, decorrem de dificuldades sociais de acesso à informação e de dificuldades impostas em função do diferente poder que têm no mercado os agentes econômicos.

No direito antitruste, essa convicção sobre a impossibilidade de teorizar e concentrar o conhecimento econômico desafia muitas das presunções neoclássicas usadas para a definição de mercado. No fundo a própria definição de mercado pressupõe o conhecimento e a concentração de informações sobre o funcionamento do mercado.

Além disso, existem distorções criadas pelas estruturas de informação concentrada. Quando os agentes adquirem capacidade de restringir as escolhas dos consumidores, esses agentes capturam informações. A estrutura de distribuição assimétrica que daí resulta garante enorme poder a seus detentores. Esse poder se manifesta de diversas formas e não apenas através da escassez, típica consequência da análise neoclássica tradicional.

Entre as limitações do direito antitruste atual, ressalta-se a economia da informação, cujo ponto de partida foi dado por Akerloff(1970)⁴²,que demonstrou através de modelos matemáticos a existência de assimetria intrínseca de informação na quase totalidade dos mercados, o que traria a necessidade de uma reformulação total das bases sobre as quais se sedimenta a aplicação do direito antitruste atual.

Segundo Akerloff (1970), a assimetria da informação e seus efeitos sobre determinado mercado poderiam ser demonstradas na dinâmica do mercado de carros usados. O potencial comprador de um carro usado parte de duas possibilidades: a de adquirir um bom carro, ou a de adquirir um carro ruim, que o referido autor em seu trabalho denominou “lemon”. Assim quanto maior a probabilidade de comprara um carro bom, menor a de comprar um carro ruim, e vice-versa.

Mas algum tempo após a aquisição do veículo, o comprador do carro pode ter uma boa ideia da qualidade desse carro, e uma nova perspectiva da probabilidade de que esse carro seja um limão, ou seja, um carro ruim.

⁴² AKERLOF GEORGE A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainly and the Market Mechanism. The Quarterly Journal of Economics, Volume 84, Issue 3 (Aug.,1970) pp. 488-500.

Esta nova estimativa é mais precisa do que a estimativa original. Desenvolveu-se uma assimetria na informação disponível: os vendedores têm agora mais conhecimento sobre a qualidade de um carro do que os compradores.

Mas tanto os carros bons quanto os ruins ainda devem ser vendidos ao mesmo preço, já que o comprador não dispõe de meios para distinguir entre um carro bom e um carro ruim.

É evidente que um carro usado não pode ter o mesmo valor de um carro novo, pois se tivesse mesmo valor, seria claramente vantajoso negociar um carro ruim pelo preço de um carro novo e comprar outro novo.

Dessa forma, quem adquiriu um bom carro usado fica fora do mercado, por saber que são menores as chances de obter outro bom carro usado, e por saber que não obterá em seu bom carro o preço de um novo.

A tendência geral seria que vendedores de bons carros usados não se sentiriam compelidos a vender estes bons carros, já que tanto os bons carros usados quanto os ruins tenderiam a alcançar os mesmos preços.

Os compradores acabam propondo um preço abaixo do que o carro efetivamente vale, pois não possuem todas as informações necessárias para aferir sua qualidade, enquanto os proprietários de bons carros resistem em vendê-los, pois só encontram ofertas abaixo do real valor do seu veículo.

Essa situação ilustra a assimetria de informação. Neste mercado de carros usados, só quem sabe se um carro usado é bom ou ruim são os vendedores, que conhecem melhor o carro pelo tempo que estão com este carro.

Na verdade, como demonstrado por Akerloff (1970), no caso da falta de informação, a escassez pode ser tão extrema a ponto de levar ao desaparecimento do mercado. Consequentemente é muito importante estudar as estruturas aptas a capturar e concentrar informações, pois apresentam peculiar risco para a escolha dos consumidores.

O problema da assimetria de informação surge quando ela é capaz de alterar as condições de funcionamento do mercado. Essas alterações surgem tipicamente quando a diferença de informação criada ou a possível diferença de informação criada leva um dos agentes a alterar seu comportamento no mercado. Hipótese muito comum é a da integração ou concentração vertical, que permite ou implica eliminação da concorrência intramarca.

Um fenômeno semelhante ao do exemplo clássico do mercado de carros usados pode ser observado no mercado de planos de saúde, onde ocorre a prefixação de preços. O consumidor não consegue estimar quanto vai precisar dispor de dinheiro para custear as despesas assistenciais com a sua saúde durante a vida de acordo com a sua idade. Mas as operadoras, através de cálculos atuariais com base na lei dos grandes números e de sua ampla base de informações, conseguem chegar a uma estimativa bastante razoável destes valores.

Se o consumidor dispusesse dessa informação, em vez de contribuir para uma poupança coletiva ou fundo mútuo constituído pela seguradora ou operadora do plano de saúde, ele optaria por fazer uma poupança individual para fazer frente a este gasto.

Justamente por desconhecer o quanto vai gastar com a sua saúde é que o consumidor contrata a operadora do plano de saúde, transferindo-lhe os seus riscos individuais, para que a operadora possa, utilizando a poupança coletiva em uma lógica de mutualismo, custear eventuais despesas deste consumidor com os agravos de saúde. Este é um exemplo de como a assimetria de informações molda e estimula o mercado de saúde suplementar com base no sistema de precificação pré-fixada.

Além disso, assimetria de informações implica que os vendedores de serviços desconhecem o verdadeiro e preciso risco de cada comprador. Há uma tendência do sistema de seguros de saúde excluir os indivíduos de maior risco, no fenômeno denominado seleção adversa.

O indivíduo que percebe ser portador de maior risco procura o seguro de saúde. Para este indivíduo de maior risco, a operadora cobra, então, um prêmio mais elevado, buscando equilibrar as contas.

Além disso, como a operadora cobra um preço único, ocorre uma transferência de renda entre consumidores de baixo e alto risco. O mercado funciona de maneira ineficiente, sendo incapaz de estabelecer preços e demais condições de oferta socialmente aceitáveis.

Dessa forma, há uma hipossuficiência de informações dos beneficiários dos planos de saúde em relação às operadoras, pois além de não conhecer os custos de

composição do produto que adquire, dependem de sua aquisição para a sua própria existência digna, pela inelasticidade de demanda dos planos de saúde.⁴³

Segundo D'Cruz, M.J.e Kini, R.B. (2007), o setor de saúde é único quando comparado a outros setores, considerando que os a prestação dos serviços de saúde sofre influência governamental, da gestão dos planos de saúde, dos prestadores e dos empregadores.

Os consumidores, enquanto destinatários finais destes serviços de saúde, exercem relativamente pouca influência na escolha deste serviço. Apesar da maior disponibilidade de informações trazida pela evolução da Internet, com potencial diminuição desta assimetria de informação, essa assimetria persiste e é um dos principais fatores que tornam a prestação de cuidados de saúde nos Estados Unidos (e talvez no mundo) ineficiente.⁴⁴

2.4 A Paralisia Do Antitruste: Salomão Filho

2.4.1 A Decadência Do Direito Antitruste

Salomão Filho descreve uma decadência do direito antitruste, que vem perdendo densidade teórica desde os anos 80, período em que a escola de pensamento neoclássico passou a dominar o quadro teórico e a aplicação prática do antitruste, primeiro nos EUA, e em seguida espalhando sua influência pelo mundo

Segundo o referido autor, esse fenômeno pode ser constatado pelo fato de que tanto doutrina, quanto jurisprudência atuais sobre o tema, limitam-se a

⁴³ LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de. Informação, assimetria de informações e regulação do mercado de saúde suplementar. 2005.pp.134-136

⁴⁴ D'Cruz, M.J., Kini, R.B. (2007). The Effect of Information Asymmetry on Consumer Driven Health Plans. In: Wang, W., Li, Y., Duan, Z., Yan, L., Li, H., Yang, X. (eds) Integration and Innovation Orient to E-Society Volume 1. IFIP — The International Federation for Information Processing, vol 251. Springer, Boston, MA. https://doi.org/10.1007/978-0-387-75466-6_40: 'The health care industry is unique when compared to other industries in that healthcare services are managed by government, health plans, providers, and employers. Consumers are the ultimate users of these healthcare services; however, consumers today have relatively little influence on their own health service choices. The industry is changing rapidly with new technologies, making access to health care information via the Internet and other sources easier in theory. The disconnect between what consumers can learn and how they can use what they learn, results in this inability for them to truly be the drivers in their own health care decisions. It is believed that existence of such asymmetry in the availability of information to the consumers and Other stakeholders, understood as Information Asymmetry, is one of the major factors that makes healthcare delivery in the United States (and perhaps the world) inefficient.'

polêmicas entre defensores de teorias neoclássicas ortodoxas e defensores das teorias ditas “pós-Chicago”, tentando descobrir se um ilícito deve ser justificado com base na eficiência da prática, ou se existe alguma estratégia por trás da conduta que leve à prática de *free riding* ⁴⁵e, portanto, da não melhoria da riqueza total.

Além das inconsistências teóricas, ligadas diretamente à doutrina e jurisprudência antitruste elaborada nos países desenvolvidos, Calixto Salomão Filho destaca que um dos principais problemas do direito concorrencial contemporâneo é a incorporação das doutrinas estrangeiras em outros países de realidade econômica bastante diversa.

No caso brasileiro, o passado colonial e toda sua evolução econômica posterior levaram a uma concentração econômica histórica e estrutural que não permitem a aplicação direta e acrítica de teorias como a de Chicago e suas adaptações posteriores, que foram desenvolvidas para realidades econômicas completamente diversas, nas quais a desconcentração econômica é muito mais intensa. ⁴⁶

2.4.2 Defesa Da Concorrência E Subdesenvolvimento

Em uma perspectiva jurídica neoestruturalista do direito antitruste, Calixto Salomão Filho traz como prioridade o desenvolvimento de teoria que ajude a explicar a gênese e efeito da concentração de poder econômico em economias subdesenvolvidas como a brasileira, buscando compreender como as estruturas de poder econômico existentes impedem o processo de desenvolvimento brasileiro.

O neoestruturalismo estuda o poder econômico pelas estruturas deste poder, considerando que estas estruturas foram se perpetuando à partir de um passado colonial, de tal forma que o poder econômico faz parte das sociedades com este passado colonial.

Dessa forma, o neoestruturalismo busca superar as limitações das teorias aplicadas ao antitruste, que em sua maioria pressupõem atuação racional dos agentes no mercado e tem por foco as relações entre o monopolista e consumidor.

⁴⁵ “*Free Riding*” consiste em concepção doutrinária utilizada para designar a atuação do indivíduo que obtém benefícios da coletividade, mas sem compartilhamento proporcional dos custos de prover tais benefícios.

⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. Revista do IBRAC, v. 16, n. 1, p. 305-323, 2009

Não desconsiderando a importância do monopolista, mas incorporando o estudo destas estruturas que persistem desde a época de colônia e que muitas vezes são mais importantes na gênese do abuso do poder econômico.⁴⁷

Esse estruturalismo tem duas importantes premissas. Primeira, que essas estruturas de subdesenvolvimento historicamente determinadas tornaram-se extremamente enraizadas e não mais podem ser alteradas por modificações no sistema produtivo como as tecnológicas ou de forma de produção, já que tais estruturas seriam imunes a estas mudanças.

A segunda é a de que as variáveis, influenciadas e que podem influenciar as estruturas, não são apenas as econômicas, mas sim, talvez principalmente, as jurídicas.

O neoestruturalismo proposto por Calixto Salomão Filho não se limita a identificar na dependência externa a base central do subdesenvolvimento, buscando também nas estruturas internas, criadas a partir da herança colonial, os problemas a serem solucionados.

Nos países que padecem de subdesenvolvimento, o poder econômico foi constitutivo das relações econômicas, ligadas à colonização européia. A condição de colônia, muito além da dependência externa, criou estruturas internas de poder no campo econômico que marcaram e marcam todo o processo de desenvolvimento, ou de subdesenvolvimento dessas sociedades.

Nos países desenvolvidos, após rompimento dos laços de dependência colonial, mantiveram-se as estruturas econômicas internas, que possibilitam ou não, nos momentos necessários, o rompimento de situações de dependência.

Já nos países subdesenvolvidos, os laços de dependência não são jamais contra-atacados, muito menos rompidos. Isso pode ser atribuído à estrutura interna de poder e distribuição de renda que se beneficia, ainda que indiretamente, desses laços.

Nos países subdesenvolvidos, a relação entre poder econômico e distribuição de renda refere-se basicamente ao valor do lucro extraordinário do monopolista, que é retirado da sociedade de consumo, via cobrança de preços monopolistas. Essa relação é mais extensa no mercado de produtos, afetando a própria organização industrial. Além do desequilíbrio nas relações entre consumidores e produtores, com

⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Uma perspectiva jurídica neo-estruturalista para a análise do poder econômico. Revista Direito e Práxis, v. 7, n. 4, p. 447-482, 2016.

as ineficiências alocativas e distributivas que dela decorrem levam a uma absoluta desproporção entre setores econômicos.

O setor dinâmico da economia acaba se concentrado nos produtos primários ou manufaturas de baixa tecnologia exportados, e nos bens de consumo duráveis a serem consumidos internamente pelos estratos de alta renda da população.

Esses dois setores, monopolizados ou oligopolizados, concentram inversões e ganhos de produtividade, drenando recursos do sistema econômico de forma indireta, ou ainda de forma direta por meio dos lucros monopolistas obtidos de seus fornecedores ou pela atração de investimentos que seriam de outro modo investidos em outros setores.

Os efeitos são também mais profundos. Além do mercado de consumo e dos setores econômicos periféricos, há também forte interferência no mercado de trabalho, já que a concentração de renda acaba por se tornar condição fundamental para o crescimento econômico.

Com uma economia baseada na fabricação de produtos primários e matérias primas com baixo grau tecnológico, seja para o mercado interno ou o externo, o ganho de produtividade nessas economias não pode ser obtido apenas a partir de melhorias tecnológicas.

Nessas economias, para que exista o ganho de produtividade, fundamental para o crescimento econômico, deve ele então basear-se em aumento de produtividade da força de trabalho, o que se faz através do rebaixamento dos salários reais ou então da redução efetiva da força de trabalho fonte primeira das chamadas economias de escala obtidas com a concentração econômica.

Esse movimento só se torna possível, no entanto, pelo alto grau de monopolização do sistema econômico, que torna os grandes conglomerados monopolistas também no mercado de trabalho. Como já mencionado, não só porque são poucas e pouco relevantes as empresas concorrentes em seu próprio setor, mas também porque nas economias subdesenvolvidas o padrão colonial – monopolista faz com que não haja grande concorrência entre setores econômicos.

São poucos e concentrados aqueles com verdadeiro dinamismo econômico, capazes de acumular capital e absorver mão-de-obra. Só assim é possível haver acumulação de capital e consequente investimento produtivo que leve ao crescimento. Esse padrão de crescimento requer, para sua própria existência, uma redistribuição de renda ao inverso, com empobrecimento relativo da classe

trabalhadora e do estrato social inferior, bem como o empobrecimento relativo dos setores econômico periféricos.

As estruturas econômicas, criadas pela colonização extrativa, são os principais fatores que levam a diferenças entre economias baseadas no monopólio extrativo e sociedades em que essas estruturas não prevaleceram. Dessa forma, a concentração de poder e renda faz também com que o padrão de crescimento econômico desse tipo de economia seja fortemente dependente de ganhos de produtividade baseados em redistribuição inversa de renda, da força de trabalho, tanto a empregada quanto a de reserva, para a os grandes conglomerados.

O processo de subdesenvolvimento é um processo estrutural nas colônias, decorrente dos monopólios privados e públicos que ali se instalaram, que acompanha, em sentido e direção inversos, o processo de desenvolvimento das nações do Norte, sendo estes processos concomitantes e interdependentes. Estes dois aparentes paradoxos da histórica econômica contemporânea são diretamente correlacionados.

O primeiro paradoxo consiste na reprodução da situação de subdesenvolvimento, com deterioração absoluta ou ao menos relativa dos principais indicadores sociais e de distribuição de renda, mesmo em países que experimentam taxas importantes de crescimento econômico.

Admitindo-se que a concentração de poder econômico gera distribuição inversa de renda no mercado de consumo, de trabalho e interindustrial nos países subdesenvolvidos, então é possível entender a razão do crescimento econômico com deterioração dos índices sociais.

Já que o crescimento se deve a uma distribuição de renda ao inverso, com ganhos de produtividade decorrentes de perda de salário real, o resultado final é a existência de economias constantemente subdesenvolvidas, nos quais a pobreza e desigualdade social se mantém e até se acentuam com o crescimento econômico.

O segundo aparente paradoxo está na convergência de preços relativos entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos identificadas por recentes trabalhos empíricos. Segundo esses estudos, é possível demonstrar uma correlação positiva entre convergência internacional nos preços de commodities e convergência de preços relativos de fatores de produção, em especial salário e preço da terra, o chamado *wage-rental ratio*.

Essa convergência é acompanhada, e aí estaria o aparente paradoxo, por um aumento das diferenças entre padrão de vida no mundo desenvolvido e subdesenvolvido. A aproximação dos preços das commodities acompanhada da aproximação dos *wage rental ratios* deveriam levar a aproximação, e não a maiores discrepâncias nos padrões de vida, mesmo em presença de tecnologias diversas. Ainda que existam outros fatores importantes a influenciar esses indicadores, seu sentido absolutamente discrepante só pode indicar que existe uma peculiar camada da população apropriando-se dos melhores *wage rental ratios*.⁴⁸

2.5 História Da Defesa Da Concorrência

Segundo Stigler(1985)⁴⁹, há grande consenso doutrinário de que a primeira lei de defesa da concorrência enquanto política afirmativa nos Estados Unidos foi a Lei Sherman (Sherman Act, de 1890), e que a motivação política para a edição da referida norma foi a insatisfação do setor agrícola, ainda muito importante na economia americana daquela época, representada pelos movimentos de produtores agrícolas Granjeiro (The Granger), de 1867 e seu contemporâneo Populista (The Populist).

Estes movimentos populares de produtores agrícolas reivindicavam melhora da situação econômica, já que seus integrantes sofriam com as consequências econômicas da deflação do final do Século XIX, e atribuíam seus problemas econômicos às mudanças empresariais da época, em especial à expansão da rede ferroviária e aos ajustes entre grandes empresas, aos trusts.

Stigler(1985) em sua análise histórica conclui que as reivindicações destes movimentos levaram à edição do Sherman Act, mas que as reivindicações destes grupos, e mesmo a atribuição de seus problemas econômicos aos trusts ou ao crescimento das empresas ferroviárias careciam de qualquer nexo causal com fundamento econômico.

⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. Revista do IBRAC, v. 16, n. 1, 2009 pp. 313-320.

⁴⁹ Stigler, George J. "The Origin of the Sherman Act." *The Journal of Legal Studies*, vol. 14, no. 1, 1985, pp. 1–12. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/724314>. Accessed 16 July 2024.

Isso porque em uma análise mais detida, a expansão ferroviária contribuiu para alinhar os preços dos produtos agrícolas dos manifestantes com os preços do mercado mundial, ajudando a manter estes preços, e não diminuí-los.

A concentração empresarial, os trusts, são criticados do ponto de vista econômico por permitirem às empresas envolvidas a prática de preços acima dos que estas empresas poderiam praticar em condições de livre mercado, mas o preço das mercadorias em geral, de bens de consumo, não era uma das críticas ou reivindicações destes grupos, que não consumiam grande variedade de bens de consumo, e que gastavam basicamente com aquisição de terras e insumos agrícolas.

Além disso, também não se pode acusar os monopolistas das empresas ferroviárias de se apropriar do lucro dos fazendeiros. Ao analisar o retorno sobre capital investido destas empresas, é possível verificar uma margem de lucro muito baixa, que se fosse reduzida ainda mais por medidas antitrust, poderia tornar inviável a expansão da rede ferroviária na época.

No Século XIX, a defesa da concorrência tinha por escopo preservar o sistema liberal, preservar livre-mercado e livre-concorrência, permitindo-se intervenção estatal para eliminar as distorções deste mercado. Essa atuação estatal não foi suficiente para debelar as chamadas crises do capitalismo.

A limitação inerente ao Estado fica mais evidente à partir da Crise de 1929, quando o Estado é chamado a exercer atuação mais ativa na economia, oferecendo crédito, incentivando produção agrícola e intervindo no setor bancário, entre outras intervenções.

Essa atuação estatal contava com apoio da teoria econômica, com as idéias capitaneadas por Lord Keynes, e pela doutrina da Igreja Católica, que defendia a promoção do bem-estar social pelo Estado, com fundamento na Encíclica Papal *Rerum Novarum*, do final do Século XIX.

O caráter instrumental das diversas legislações antitruste editadas globalmente resta mais evidente no contexto da regulação da concorrência na Comunidade Européia, no Tratado de Paris de 1951, que tinha por fim maior contribuir de harmonia com a economia geral dos Estados-membros e pelo estabelecimento de um mercado comum para expansão econômica, para o aumento do emprego e para melhoria de vida dos Estados-membros.

O artigo 5º do referido Tratado traz como uma das funções da Comunidade assegurar o estabelecimento, manutenção e respeito de condições normais de concorrência.

Além da heterogeneidade do conteúdo, já que o antitruste tem um caráter instrumental, e foi empregado para fins diversos em lugares e tempos diferentes, não se pode falar em uma evolução progressiva deste direito, já que em alguns momentos as construções teóricas predominantes buscaram, na verdade, limitar as ações do antitruste, ser mais tolerantes com os atos de concentração.

Um exemplo desta limitação do antitruste foi a Escola de Chicago, que teve como um dos seus principais expoentes o Professor Aaron Director, contratado pela Universidade de Chicago sob os auspícios de Friedrich Hayek, que lançara algumas das premissas ideológicas básicas da Escola Antitruste de Chicago em seu livro, *O Caminho para a Servidão* (F. A. HAYEK, *THE ROAD TO SERFDOM* (1944)).

Segundo Glick e Bush(2022)⁵⁰, Hayek postulava que qualquer interferência em uma economia de livre mercado (puramente *laissez-faire*) não permitiria que os preços pudessem transmitir as informações necessárias para o equilíbrio natural desta economia.

A visão de Hayek foi duramente criticada por carecer de justificativa teórica ou empírica para seus argumento, considerando que pouco tempo após a exposição das ideias de Hayek, microeconomistas demonstraram que se o equilíbrio for perturbado, as informações trazidas pelos preços não garantem um retorno deste mercado ao equilíbrio, ou seja, as economias de livre mercado (*laissez-faire*) não são de qualquer forma estáveis.

Dessa forma, o argumento a favor do livre mercado era pura conjectura, de cunho mais ideológico do que baseado em mérito científico, que os defensores da Escola de Chicago seguiram religiosamente. Sobre esta ideologia foram erigidos projetos como *the Free Market Study and the Antitrust Project*, com a participação de Edward Levi, John McGee, Ward Bowman, Robert Bork, Richard Posner e outros.

Os referidos autores afirmavam que não havia justificativa econômica para aplicação da legislação antitruste em muitas das situações em que esta legislação era evocada. Pode-se dizer que a força motriz por trás da política antitruste da

⁵⁰ GLICK, Mark; BUSH, Darren. The Chicago School, the Post-Chicago School, and the New Brandeisian School of Antitrust: Who is Right in Light of Modern Economics?. *Geo. Mason L. Rev.*, v. 30, p. 935, 2022.

Escola de Chicago foi a adoção do Padrão de Bem-Estar do Consumidor e a hostilidade aberta à aplicação ampla da legislação antitruste. Segundo estes autores, a legislação antitruste deveria ser aplicada apenas para os casos em que as fusões que resultavam em monopólio, ou em cartéis de fixação de preços.

Aaron Director e Edward Levi eram céticos sobre a capacidade de qualquer empresa exercer verdadeiro poder de monopólio. Robert Bork descreveu o objetivo do Padrão de Bem-Estar do Consumidor como “maximização da riqueza”, defendendo que a existência, escopo e natureza da Lei Sherman, bem como considerações sobre eficiência administrativa, indicando o modelo de excedente do consumidor de Marshall como base para o Padrão do Bem-Estar do Consumidor.

Segundo Robert Bork, a renda econômica acumulada para um fornecedor de insumos é o excedente do que um fornecedor de insumos recebe sobre o pagamento mínimo exigido para induzi-lo a fornecer esse insumo, e que existem vários tipos diferentes de excedentes, gerados tanto no mercado de produtos quanto no mercado de insumos.

Para ilustrar seu modelo, Bork empregou curvas de demanda em relação ao preço para um consumidor individual, nas quais o consumidor estaria disposto a pagar valores contidos em uma área do gráfico definida como preço competitivo uniforme. A proporção entre o valor atribuído pelo consumidor e o preço do produto é denominado excedente do consumidor, representado pela área entre a curva de demanda e o preço competitivo uniforme. Bork às vezes incluía o excedente do produtor, outras vezes não.

Contudo, Bork considerava que o excedente econômico só poderia ser aumentado por preços mais baixos ou por aumento da demanda, e que este excedente era o único objetivo do Padrão de Bem-Estar do Consumidor, e único critério para julgamento das estratégia corporativa sob as leis antitruste.

Tendo o Padrão de Bem-Estar do Consumidor como padrão normativo, a Escola de Chicago criou uma política econômica antitruste positiva, que considerava como único objetivo legítimo da aplicação antitruste o de impedir aumentos de preços resultantes do abuso de poder de mercado excessivo.

Alguns exemplos da aplicação do antitruste sob a ótica adotada pela Escola de Chicago:

(1) Colusões horizontais. A Escola de Chicago afirmou que colusões horizontais não exigiam aplicação significativa de recursos porque acreditava que os cartéis eram instáveis, com tendência à autodestruição pela forte tendência à infidelidade entre os envolvidos.

(2) Fusões. Na opinião da Escola de Chicago, as fusões, particularmente fusões que não são monopolistas, geralmente aumentam a eficiência ou contribuem para este aumento.

(3) Preço Predatório. A Escola de Chicago postulava que a estratégia do preço predatório seria uma estratégia de negócios irracional, porque o predador perde dinheiro durante a fase de predação, e se ele tentar recuperar as perdas em um momento posterior, pode atrair mais participantes para este mercado.

(4) Vendas casadas. Somente sob condições muito específicas é que uma venda casada (ou seja, o atrelamento da venda de um produto à aquisição de outro) levantava preocupações antitruste para a Escola de Chicago. A lógica é que as empresas aceitam o sobrepreço no pacote de bens vinculados e tem a opção de aumentar o preço do produto vinculado para obter lucro na venda deste. Consequentemente, a venda casada não é uma estratégia lucrativa, a menos que isso resulta em eficiência.

(5) Manutenção do preço de revenda. Manutenção do preço de revenda e restrições verticais não associadas ao preço, também produzem eficiência, porque são consideradas necessárias para garantir a prestação de serviços do revendedor na pré-venda.

(6) Integração Vertical. A integração vertical também não era considerada uma preocupação sob a ótica da Escola de Chicago. A preocupação suscitada por uma fusão vertical é a exclusão, ou a incapacidade de um concorrente obter acesso a fornecedores ou distribuidores. Segundo a Escola de Chicago, esse cenário não aconteceria. As concentrações verticais apenas realinham as partes comerciais e não causam exclusão. Além disso, a integração vertical normalmente envolve eficiências, como a eliminação do problema da dupla marginalização e a eliminação de custos de transação da contratação.

De uma maneira geral, o que os defensores da Escola de Chicago pregavam era a não aplicação do direito antitruste, trazendo argumentos que justificavam a concentração de mercado pelos benefícios econômicos trazidos, que potencialmente se reverteriam aos consumidores ou outras empresas, por aumentar a riqueza de

uma forma geral. Na verdade, sob a teoria da Escola de Chicago, pouca ou nenhuma aplicação antitruste era justificada.

A Escola de Chicago sustentou que as grandes empresas buscam eficiências, que beneficiam a economia como um todo, e a política antitruste que vigorou durante os oitenta anos anteriores a esta teoria foram prejudiciais e injustificados.

Sincretizando ciência da economia com atraentes prescrições políticas normativas, as ideias da Escola de Chicago rapidamente foram adotadas para aplicação da legislação antitruste. A Escola de Chicago teve forte influência na doutrina antitruste da Suprema Corte de sua época.

Prestigiando a proposição neoclássica da busca de eficiências nas operações econômicas, o caso da Suprema Corte que melhor ilustra a adoção dos argumentos da Escola de Chicago, foi o *GTE-Sylvania*, de 1977, no qual a Suprema Corte aplicou a Regra da Razão a restrições verticais que não envolvessem preços.

2.5.1. Defesa Da Concorrência Nos E.U.A.: Primórdios

Conforme as características próprias do direito concorrencial destacadas por Forgioni, o conteúdo do direito antitruste tem forte influência política, refletindo os pleitos de cada momento histórico, de tal forma que a análise histórica deste instituto se mostra fundamental.

A análise da evolução histórica da defesa da concorrência permite melhor compreensão dos paradigmas que permeiam esta disciplina, ao contextualizar as diferentes escolas que estudam o tema com os valores e objetivos da época em que formularam suas propostas.

A política de proteção à concorrência, também conhecida como antitruste, teve origem nos Estados Unidos no final do XIX, como uma reação ao surgimento dos *trusts*, termo empregado no sistema dos Estados Unidos da América para denotar grandes negócios.

Tecnicamente, um truste consiste em dispositivo jurídico utilizado para coordenar vários patrimônios por meio de uma estrutura de gestão unificada, na qual os empresários convergem seus interesses em uma única pessoa jurídica - o *trust*.

Os vários proprietários nomeiam um ou vários administradores, para atuar na participação dos proprietários coletivos, e os proprietários individuais retêm ações de dividendos no fundo. Um trust pode ser estabelecido dentro de uma única firma – uma forma conhecida como *trust* de votos – para unir a maioria acionistas, permitindo o controle das decisões da administração.

Alternativamente, um *trust* pode ser criado para coordenar várias empresas de de titulares distintos, operando como uma combinação ou cartel. Embora a tradição antimonopólio americana possa ser rastreada até a Era Fundadora, o movimento antitruste moderno surgiu durante o final do século XIX em resposta ao crescimento de empresas de grande porte.

Os avanços tecnológicos na produção industrial e agrícola, melhorias nas redes de transporte e comunicação e ciclos deflacionários (1873-78; 1883-86) minaram as empresas mais fracas e encorajaram consolidações corporativas que alcançaram maiores economias de escala e escopo.

A Segunda Revolução Industrial trouxe um ambiente econômico e político conturbado. Os americanos desfrutavam tinham muitos bens de consumo disponíveis, preços em queda, e observavam um aumento dos salários reais, mas persistia o temor de que a os monopólios pudessem afetar a participação política democrática e o empreendedorismo.

Predominava entre os economistas tradicionais da época a posição contrária a uma lei nacional antitruste, temendo que esta pudesse acarretar um prejuízo ao bom momento vivenciado pela economia. Mas havia também muitos que apoiavam iniciativas antitruste, pelo prestígio que a idéia de concorrência gozava entre a população em geral.

O movimento populista do final do século XIX – que é frequentemente identificado com o Grange, um movimento político agrário nos estados do oeste e centro-oeste – liderou a oposição aos privilégios ferroviários especificamente e ao capitalismo corporativo em geral.

O populismo se valeu de algumas tradições políticas americanas de longa data, contribuindo para uma agenda de reformas, regulando inicialmente as tarifas ferroviárias e, posteriormente, a legislação antitruste.

Essas tradições incluíam uma profunda hostilidade tanto à corrupção política quanto aos privilégios especiais concedidos pelo Estado, problemas que eles

pretendiam remediar promulgando reformas legais, e constituindo suas próprias cooperativas agrícolas para fazer frente aos monopólios.

O Partido Populista teve vida curta, mas as preferências políticas populistas continuaram sendo uma parte vital do sentimento antimonopólio nos Estados Unidos, mesmo quando ficou cada vez mais claro que as consolidações corporativas industriais não eram resultado de privilégios especiais concedidos pelo Estado.

No ano de 1882, o advogado da *Standard Oil Co.* de John Rockefeller, S. C. T. Dodd, criou um fundo buscando forte acordo entre refinadores de petróleo, permitindo que ditassem preço e oferta, ao mesmo tempo, evitassem impostos estaduais e regulamentações corporativas.

O emprego de *trusts* para consolidação industrial se multiplicou ao longo da década de 1880, e em resposta, vários estados, e o governo dos Estados Unidos, aprovaram leis antitruste, para regular a concorrência empresarial, com foco na coordenação entre empresas, e nas táticas de negócios usadas para monopolizar as indústrias.⁵¹

No final do século XIX, foi então desenvolvida a política de defesa da concorrência, com intuito de contrabalançar o poder econômico concentrado, pelo receio que trazia de que pudesse ser exercido para influenciar resultados, ou ainda para prejudicar, com táticas comerciais injustas, os empresários independentes.

Antes mesmo da edição destas leis, já havia, nos Estados Unidos, decisões das cortes buscando garantir um mercado competitivo, no âmbito da *common law*, estabelecendo proibições contra “restrições ao comércio”, bem como atos internos visando o controle destas condutas. No entanto, à medida em que as novas comunicações, e o avanço dos meios de transporte facilitaram o surgimento de negócios que atravessavam fronteiras estaduais, as leis estaduais de defesa da concorrência se mostraram cada vez mais insuficientes.

Ao mesmo tempo em que os Estados mantiveram seu poder regulatório sobre as corporações, em 1890 foi editado o “*Sherman Act*”, normativa que prometia

⁵¹ Antitrust Practice and Procedure in the Formative Era: The Constitutional and Conceptual Reach of State Antitrust Law, 1880-1918 Author(s): James May Source: University of Pennsylvania Law Review, Vol. 135, No. 3 (Mar., 1987), pp. 495-593 Published by: The University of Pennsylvania Law Review Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/3312077> Accessed: 15-08-2022

controlar os trustes por meio de processos federais. Desde então diversas críticas foram tecidas pelos observadores da época, que alegavam que o impacto do “*Sherman Act*” sobre comportamentos anticompetitivos era muito limitado, pleiteando por alterações nas leis antitruste.

A Seção nº 1 do “*Sherman Act*” proibia todo e qualquer contrato consensual que restringisse o comércio exterior ou interestadual, e proibia monopolização ou tentativas desta monopolização, por firmas individuais. Estabelecia sanções penais e multas para os infratores.

A iniciativa dos congressistas com o “*Sherman Act*” ensejou muitas discussões acadêmicas sobre o tema, entre as quais se destacam a de Robert H. Bork, escrita na década de 60.

Bork afirmava que o Congresso americano buscava, com o “*Sherman Act*”, proteger o bem estar dos consumidores, não os interesses dos pequenos competidores, já que objetivo da referida normativa era o de aumentar eficiência econômica.(BORK,1966)

Outros pensadores, como Robert Lande, criticavam a concepção de Bork e a intenção dos congressistas, defendendo que a real intenção destes era de evitar transferência de riqueza dos consumidores para os cartéis e *trusts*, e que, portanto, a proteção das pequenas empresas independentes era na verdade instrumental para alcançar um objetivo maior, uma justiça distributiva.

Havia sólidas evidências demonstrando que o Congresso americano se preocupava com a prevenção de danos aos competidores como forma de manter um mercado competitivo. O jurista Herbert Hovenkamp e outros concluíram que as preocupações econômicas, que levaram ao *Sherman Act*, tinham um foco na proteção do concorrente, além do foco na proteção do consumidor.

Em relação ao Judiciário, a Suprema Corte dos EUA baseou-se em precedentes mais antigos do século XIX para fazer cumprir a lei, limitando sua utilidade como um dispositivo de quebra de confiança e aplicando-a contra os sindicatos.

No caso E. C. Knight, de 1895, a Corte se recusou a aplicar a lei contra o “*sugar trust*”, uma holding que controlava mais de 90% da capacidade de refino, e não de fabricação de açúcar do país, que era uma questão legal para a lei das corporações estatais.

Dessa forma, E. C. Knight não violou o *Sherman Act* por sua “mera existência”; os promotores deveriam ter oferecido provas de que tivesse ocorrido uma verdadeira restrição ao comércio.

Da mesma forma, a referida Corte aplicou uma interpretação literal da lei aos acordos horizontais, ou seja, entre concorrentes do mesmo setor, derrubando qualquer contrato que fixasse preços.

Em 1897, a Corte considerou que um acordo por dezoito ferrovias para fixar tarifas para o transporte de mercadorias constituía uma restrição ilegal ao comércio. O Tribunal recusou-se a ouvir argumentos de que a fixação horizontal de preços poderia ser “razoável” se sua intenção fosse evitar guerras de preços ou “concorrência destrutiva”.

Na década de 1920, teve início a Grande Depressão, inviabilizando a aplicação do sistema antitruste. A maior parte dos estudiosos considera que prevaleceu até este período, a visão de Theodore Roosevelt de regular monopólios ou impor divisões de mercado de oligopólios, em detrimento da visão do presidente Wilson, de regulação da concorrência.

Durante a década de 1920, a adoção pela Suprema Corte da análise da regra da razão permitiu maior flexibilidade para que as associações empresariais gerenciarem mercados competitivos com o emprego de regras baseadas no próprio setor.

Por exemplo, no caso *Chicago Board of Trade v. United States (1918)*, o Departamento de Justiça postulava que a “regra de compra” da *Chicago Board of Trade*, que congelou o preço dos grãos no momento do fechamento da bolsa até o próximo dia de negociação, constituiu fixação de preços e, portanto, violação do *Sherman Act*. Nesse caso, foi adotada uma abordagem flexível, analisando a natureza e o alcance da regra em conjunto com seu efeito no mercado, e concluiu-se que, ao regular um mercado público para grãos, a regra promovia a competição e, portanto, era lícita.

Em *United States v. Colgate & Co. (1919)*, o Tribunal estreitou o escopo da regra. Em vez de aplicar uma proibição per se de gestão de preços através da Cadeia de distribuição, o Tribunal, através regra da razão, permitiu a uma empresa a liberdade de escolher as partes com quem quer negociar, e o direito de se recusar a negociar com varejistas e atacadistas que não cumpriram os preços que ela estabeleceu para seus produtos.

Em *United States v. United States Steel Corp. (1920)*, a Corte rejeitou o argumento do governo de que o mero tamanho da *U.S. Steel*, que controlava metade do mercado de aço e ferro, era suficiente para restringir indevidamente a concorrência. A lei poderia impor uma sanção somente se uma empresa se envolvesse em atos que manifestamente demonstrassem intenção ou efeito anticompetitivo.

Essas e outras decisões nesse sentido flexibilizador, em conjunto com as parcerias entre agências federais e associações comerciais, levou alguns estudiosos do direito a descrever a década de 1920 como o nadir da fiscalização antitruste. Alguns, em uma visão mais moderada experimentação liberal em relacionamentos entre empresas e governo, práticas de compartilhamento de informações entre empresas e litígios antitruste privados robustos.

O início e o aprofundamento da Grande Depressão em 1929 virou a opinião pública contra a livre atuação dos agentes econômicos, fomentando a busca por uma nova liderança política, para fazer face ao aumento do desemprego, ao encerramento generalizado de empresas e à contínua incerteza econômica. A vitória esmagadora de Franklin D. Roosevelt em 1932 consolidou o seu mandato para promulgar políticas que inflacionassem os preços, reduzissem o desemprego e restaurassem a confiança do mercado.

Embora a versão mais radical do capitalismo de mercado coordenado pela política do *New Deal* tenha tido vida curta, a autoridade reguladora reforçada e a capacidade do governo federal definiram uma era mais longa.

A primeira medida trazida pelas políticas do *New Deal* foi o abandono dos processos antitrust, privilegiando os esforços de inflação de preços liderados por cartéis através da Lei Nacional de Recuperação Industrial (*NIRA*) de 1933. A *NIRA* deu ao presidente Roosevelt poderes sem precedentes em tempos de paz, para reorganizar e regular um sistema empresarial que padecia de graves vícios, fomentando projetos de obras públicas financiados por tributos, emitindo normativa de defesa da concorrência que isentava as empresas da regulamentação antitruste, e protegendo direitos de negociação coletiva pelos sindicatos.

Ao final, a experiência do Primeiro *New Deal* trouxe controvérsias e crise constitucional, discutindo seu capitalismo de mercado coordenado, que resultou na afirmação do poder dos Estados, quer para estabelecer preços para bens e serviços

considerados necessários, quer para permitir que os conselhos administrativos fixassem esses preços.

Já a segunda fase da política do *New Deal*, buscou reverter as medidas adotadas anteriormente pela primeira fase, que tinham paralisado os processos antitruste em favor da governança administrativa da atividade econômica.⁵²

O primeiro grande caso que marcou um afastamento da aplicação mais permissiva da Regra da Razão das duas décadas anteriores foi Estados Unidos v. *Socony-Vacuum Oil Co.*, de 1940, no qual a Suprema Corte afirmou que “uma combinação formada para o propósito, e com o efeito de, aumentar, diminuir, fixar ou estabilizar o preço de uma mercadoria, no comércio interestadual ou estrangeiro, é ilegal por si só”, ou seja, não mais se admitia como defesa as finalidades de proteger contra a concorrência ruínosa ou oferecer estabilização de preços.

Nesse contexto, um novo movimento da ciência econômica, conhecido como Organização Industrial, trazia abordagem relativamente intervencionista à política antitruste, enfatizando o modo como os tribunais podem construir regras para proteger contra condutas anticompetitivas, bem como criando barreiras à entrada.

Esse movimento, liderado pelo professor de economia de Harvard, Edward S. Mason e por seu aluno de doutorado Joseph Bain, trouxe o quadro analítico Estrutura-Condução-Desempenho, que buscava demonstrar que as empresas dominantes manipulavam as barreiras de entrada de novos competidores, para proteger a sua posição de mercado atual, criando assim oligopólios e permitindo preços superiores aos de um mercado competitivo.

A constatação de que as restrições ao número de concorrentes poderiam aumentar os preços no consumidor encorajou o poder judiciário a implementar uma rigorosa análise de poder de mercado, ao avaliar potenciais fusões e aquisições. Com estas linhas gerais, esta abordagem ficou conhecida como a escola de Harvard.

Nesse período, a Suprema Corte inverteu o curso da sua interpretação anteriormente permissiva dos chamados contratos de justo comércio na década de 1930. Dentro deste contexto, em 1950 foi editado o *Cellar-Kefauver Act*, especificando em maior detalhe as ações que seriam consideradas anticompetitivas

⁵² LP Sawyer. US antitrust law and policy in historical perspective. Oxford Research Encyclopedia of American History, 2019•oxfordre.com

e estabelecendo controle mais direto sobre atos de concentração econômica horizontais, ou seja, envolvendo empresas atuantes no mesmo mercado.

No paradigma da Escola de Harvard, não se considerava necessário o requisito de prática colusiva direta para que se considerasse que a operação restringia o comércio, bastando para tanto o comportamento de uma firma líder de mercado visando manter ou ampliar sua posição.

Tal paradigma foi aplicado no caso *Alcoa*, de 1945, no qual considerou-se como condição suficiente para a sua condenação a elevada participação de mercado da empresa. Entendimento semelhante foi aplicado nos casos *Brown Shoe Co., Inc. v. United States* em 1962, *Philadelphia*, em 1963 e *Procter and Gamble* em 1967.

No final da década de 1960, a Suprema Corte continuou a abordar o poder de mercado das empresas com cautela, revertendo entendimento aplicado nas suas decisões mais permissivas da era anterior, do *New Deal*.

Entre elas, aquelas destinadas a proteger os concorrentes, permitindo a cooperação ou conluio, acordos sobre restrições de preços ou informações sobre preços. Dessa forma, a Suprema Corte Passou a prestigiar cada vez mais a concorrência de mercado, em vez de políticas regulamentares, como o melhor mecanismo para garantir mercados dinâmicos e resultados orientados para o consumidor.

A aprovação do *Hart-Scott-Rodino Act* em 1976 recrudescceu o controle das concentrações. O referido ato estabeleceu submissão pelas empresas dos atos de concentração ao sistema de notificação prévia das operações à autoridade antitruste. Instituiu-se o controle administrativo de atos de concentração, até então de caráter judicial, aproximando a sistemática aplicada ao sistema norte-americano do europeu e do de outros países que realizam este controle.

Na década de 1960, as críticas à política antitruste ativa começaram a aumentar. Postulava-se por uma intervenção governamental mínima nas atividades econômicas, adotada por estudiosos da Universidade de Chicago. Essa doutrina ficou conhecida como Escola de Chicago, e sustentava que os mercados eram mais robustos e autocorrigíveis do que o permitido pela política concorrencial vigente à época, e que as intervenções governamentais frequentemente exacerbavam as ineficiências do mercado em vez de os tornarem mais competitivos.

Em uma tentativa de afastar preferências políticas progressistas ou populistas da análise jurídica antitruste, as correntes de pensamento em direito econômico da escola de Chicago argumentavam que a maximização do bem-estar do consumidor deveria ser o único objetivo da lei antitruste.

Como resultado, muitas práticas comerciais, outrora consideradas anticompetitivas, passaram a ser consideradas regulares, dentro deste novo paradigma. A aplicação das leis antitruste foi sendo limitada, e o judiciário tornou-se menos intervencionista no policiamento das transações de mercado.

A política de concorrência americana contemporânea caracteriza-se pela tentativa de maximizar bem-estar do consumidor, ou seja, obter o maior número de “bons clientes”, de forma confiável, com o menor custo. As antigas preocupações com a proteção contra a influência política ou com a preservação de um alto patamar de concorrentes no mercado foi mitigada.

Em especial à partir da década de 1970, a expertise econômica incorporada às agências administrativas e aos escritórios de advocacia especializados, superou em grande parte o conteúdo político do antitruste dos Estados Unidos, que protegia os concorrentes por meio de políticas rigorosas de controle de fusões, por exemplo.

A Escola de Chicago defendia que a política de defesa da concorrência deveria proibir a fixação pura e simples de preços ou a divisão de mercados, permitindo que esses mercados funcionassem de forma independente.

A doutrina antitruste deste período foi marcada pela tolerância à concentração que resulta em estruturas mais concentradas, justificada pela eficiência econômica e pelo bem-estar do consumidor, conforme o conceito destes na teoria neoclássica.⁵³

Entre os estudiosos da política de concorrência da Escola de Chicago, podem ser citados Robert Bork, Richard Posner e Frank Easterbrook. Apoiaram o trabalho do economista Milton Friedman, que divulgou a crítica ao planejamento estatal e à regulação de preços que inspirou gerações de reformadores jurídicos e políticos.

Também da Escola de Chicado, George Stigler, em 1964, apresentou uma análise da concorrência mais específica, argumentando que, na ausência de conluio, a concorrência no mercado garantiu que nenhuma empresa seria capaz de exercer

⁵³ Budzinski, Oliver (2003) : Pluralism of competition policy paradigms and the call for regulatory diversity, Marburger Volkswirtschaftliche Beiträge, No. 2003,14, PhilippsUniversität Marburg, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, Marburg This Version is available at: <http://hdl.handle.net/10419/29863> acesso 22/09/2022.

o domínio do mercado por muito tempo, especialmente se tentasse aumentar os preços para um nível acima daquele permitido em situação de concorrência.

Foram revistas as posições em relação às restrições verticais ao comércio, enfatizando os efeitos pró-competitivos, tais como um melhor serviço ao cliente ou uma melhor qualidade da marca, de alguns acordos verticais. Esta análise económica baseou-se na teoria da empresa de Ronald Coase, que argumentava que as empresas eficientes contratavam certas atividades empresariais em vez de as gerirem internamente, se essas atividades pudessem ser conduzidas de forma mais eficiente por outras empresas que tivessem custos de transação comparativamente mais baixos.

Em suma, a Escola de Chicago prestigia a proposição neoclássica da busca de eficiências nas operações económicas. O caso da Suprema Corte que melhor ilustra a adoção dos argumentos da referida escola na fundamentação o *GTE-Sylvania*, de 1977, no qual a Suprema Corte aplicou a Regra da Razão a restrições verticais que não envolvessem preços.

Os *guidelines* do Departamento de Justiça (*DoJ*) na década de 1980 e 1990 deslocaram a atenção do sistema antitruste para a capacidade de determinar preços acima do nível competitivo, por um período de tempo significativo, em detrimento do peso da concentração em si mesma, com a concepção preponderante de que a participação de mercado e o grau de concentração nele existente constituem apenas o ponto de partida para a consideração de problemas concorrenciais.

As etapas posteriores são a análise dos efeitos concorrenciais da operação em , análise da facilidade de entrada no mercado, e verificação de possíveis eficiências, bem como considerações acerca de empresas em crise ou dificuldades (*Falling Firm Theory*).

Desde a década de 1990, a Suprema Corte tem reconhecido algumas limitações da Escola de Chicago, Esta, denominada “Pós-Chicago”, baseou-se no comportamentalismo, na teoria dos jogos e na modelização económica, para denotar imperfeições do mercado que os modelos anteriores ignoraram, instando a Suprema Corte a avaliar de modo mais detido a conduta dominante as fusões e aquisições de empresas.

A análise económica da teoria dos jogos também encorajou a Suprema Corte a ponderar os efeitos concorrenciais das decisões empresariais estratégicas,

tomadas por empresas dominantes, em vez de desconsiderar alegações de monopolização ou restrições verticais.⁵⁴

2.5.2 União Europeia: Caráter Instrumental

Nos países que integram a União Européia, a defesa da concorrência foi promovida por políticas que se iniciaram em momento posterior ao do caso americano, superando um paradigma estritamente voltado para a concorrência como um valor em si, e integrado com outras políticas, como as de desenvolvimento industrial e comercial, promoção de auxílio às pequenas e médias empresas, proteção ao meio-ambiente, e integração econômica.

O direito concorrencial europeu tem também como característica a convivência e harmonização entre dois níveis de jurisdição, o nacional dos países que a integram, e o supranacional, pertinente à União Européia. A teleologia destas normas, tanto as nacionais, quanto as supranacionais, agrega diversos objetivos, como por exemplo proteção do consumidor, a promoção do livre-mercado, controle de grandes empresas, a busca de competitividade internacional, e de forma acentuada, no âmbito supranacional, o objetivo de integração entre as nações européias.

No contexto europeu, a Alemanha foi pioneira na edição de normas visando defesa da concorrência. Desde o final do século XIX, multiplicavam-se na Alemanha os acordos entre empresas atuantes nos mesmos mercados, inclusive com apoio do governo, pois eram vistos como instrumentos para controlar ou contornar a instabilidade econômica decorrente do acirramento da concorrência e das guerras de preços.

O direito concorrencial alemão surge fortemente inspirado no princípio da liberdade econômica, constituindo a liberdade contratual um dos seus elementos

⁵⁴ MOTTA, Massimo. Competition policy: theory and practice. Cambridge university press, 2004. NBR 6023 disponível em [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=J3xZnDSIfC8C&oi=fnd&pg=PR7&dq=motta+m.\(2004\).+competition+policy+theory+and+practice.+cambridge+university+press&ots=rHeEIJRH0k&sig=rHYkmwDIzMxY9IUqNTKY2Nft4W8#v=onepage&q=motta%20m.%20\(2004\).%20competition%20policy%20theory%20and%20practice.%20cambridge%20university%20press&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=J3xZnDSIfC8C&oi=fnd&pg=PR7&dq=motta+m.(2004).+competition+policy+theory+and+practice.+cambridge+university+press&ots=rHeEIJRH0k&sig=rHYkmwDIzMxY9IUqNTKY2Nft4W8#v=onepage&q=motta%20m.%20(2004).%20competition%20policy%20theory%20and%20practice.%20cambridge%20university%20press&f=false). PP. 7 a 9. Acesso em 23/03/2022

centrais. Diante disso, a condenação de cartéis ocorria somente em situações extremadas, como quando existisse o risco de uma completa monopolização ou houvesse exploração abusiva dos consumidores.

Até à Primeira Guerra Mundial, prevalecia na Alemanha a percepção de que os mercados organizados, os cartéis e os acordos eram desenvolvimentos naturais e progressivos, afastando as economias e as sociedades do caos e da perturbação associados à concorrência e às guerras de preços. Na tradição intelectual alemã o Historicismo exercia forte influência sobre o pensamento de economistas, juristas e políticos, de tal forma que estes evitavam, na elaboração de políticas e de leis, balizar as condições dos negócios ou restringir a liberdade da actividade económica.

Essa postura permitiu a livre multiplicação e proliferação dos cartéis na Alemanha. No entanto, após a Primeira Guerra Mundial, acentuou-se nesse país a preocupação pública com os abusos dos cartéis. Essa tendência atingiu seu ápice no ano de 1923, durante o período negro da hiperinflação, quando acordos entre empresas foram utilizados por estas para transferir os custos da inflação para retalhistas e clientes. O governo de Weimar, pressionado pela opinião pública, emitiu, em Novembro de 1923, um regulamento contra os abusos do poder económico. O impacto desta regulamentação revelou-se limitado, com suas consequências se limitando a mera notificação sistemática de acordos de cartel às autoridades públicas.

Em 1933, esse primeiro regulamento antitruste foi substituído pela legislação nacional-socialista, que tornou os cartéis obrigatórios e deu liberdade ao Ministério dos Assuntos Económicos para os organizar e monitorizar tais atividades. No mesmo ano de 1933, o economista Walter Eucken e os juristas Franz Böhm e Hanns Grossmann-Doerth apresentaram, na Universidade de Freiburg, a tese de que a incapacidade do sistema jurídico e político alemão para impedir a criação e o uso indevido do poder económico privado contribuíram para a desintegração da República de Weimar.

A sua colaboração académica destes três autores deu origem à Escola de Freiburg ou Escola Ordoliberal. Em contraponto ao *Zeitgeist* (espírito da época) alemão, os membros da Escola Ordoliberal eram a favor da concorrência, tanto por motivos económicos como políticos. Acreditavam que a competição era uma condição necessária para a democracia política. A economia competitiva que

imaginavam, com uma infinidade de unidades produtivas, em clara inspiração neoclássica.

Ao mesmo tempo, os ordoliberais não acreditavam na competição como equilíbrio autossustentável. Afinal de contas, uma política de laissez-faire na Alemanha apenas provocou o conluio e a redução da concorrência. Os mercados e as condições competitivas tiveram de ser criados por autoridades políticas esclarecidas e protegidos por estruturas jurídicas. Os ordoliberais defendiam uma legislação que proibisse cartéis e acordos comerciais. Eles acreditavam que o poder de monopólio também deveria ser evitado, por exemplo, exigindo que as empresas alienassem certas operações, a despeito de tal situação ser bastante rara, em relação às questões associadas aos cartéis.⁵⁵

Depois da Segunda Guerra Mundial, a escola de Freiburg, que não contava com grande influência ou reconhecimento, teve suas idéias adotadas pelos programas do emergente projeto americano para a Alemanha. As autoridades de ocupação americanas na Alemanha foram, portanto, fundamentais para impulsionar a escola ordo-liberal para a vanguarda da cena política e económica.

Em Janeiro de 1948, os americanos nomearam Ludwig Erhard como presidente do recém-criado *Deutscher Wirtschaftsrat*, o Conselho Económico Alemão. Erhard esteve em contato com a Escola Ordoliberal durante vários anos, e muitos dos membros do seu próximo conselho consultivo estavam ligados a essa escola. Havia na época certo consenso de que os cartéis tinham desempenhado um papel importante na construção do poder nazista, convicção que levou as forças aliadas ocidentais a introduzir leis de descartelização em 1947.

Estas leis antitruste tiveram influência de uma longa tradição antitruste americana, em um paradigma de proibição, tanto dos cartéis, como dos acordos comerciais, sindicatos e trustes. No Tratado internacional que permitiu o progressivo regresso da Alemanha à soberania, o governo americano exigiu que as agências alemãs editassem sua própria lei de proteção à concorrência. Uma vez ratificado pelas autoridades alemãs e aliadas, esta lei, como acordado, substituiria a legislação de 1947.

⁵⁵ Sigrid Quack, Marie-Laure Salles-Djelic. *Adaptation, Recombination and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany And Europe*. Wolfgang Streeck; Kathleen Thelen. *Beyond Continuity*, Oxford University Press, pp.255 - 281, 2005, 9780199280469. hal-01892003

Em Março de 1949, o Alto Comissariado Aliado preparou uma diretiva pedindo às autoridades alemãs que se baseassem no capítulo 5 da Carta de Havana para a elaboração de uma legislação alemã anticartel. Esta Carta, elaborada no contexto das Conferências das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego em 1947, fez parte da tentativa americana de estabelecer um sistema comercial multilateral. Recomendou a liberalização do comércio mundial e instou os signatários a introduzirem legislação nacional anticartel, mas nada disse sobre a redução da concentração.

Ludwig Erhard usou esta diretiva para rejeitar o projeto de Josten e iniciar um novo processo de redação. Em 1952, estava pronta a versão desta legislação que previa a proibição de cartéis, com diversas exceções, e com disposições sobre fusões e acordos comerciais, e a criação de uma agência federal com poderes para proibir fusões que levassem ao domínio do mercado. Mas as tradicionais indústrias pesadas alemãs que dominavam a *Bundesverband Deutscher Industrien, BDI*, a Associação Federal das Indústrias Alemãs, opuseram-se veementemente a qualquer proibição de cartéis ou desconcentração mais rigorosa.

À medida que a sua capacidade de organização foi gradualmente restabelecida no início da década de 1950, as tradicionais indústrias pesadas alemãs exerceram um forte lobby, ameaçando reduzir as suas contribuições de campanha para as eleições de 1953 e lançando uma virulenta campanha mediática.

Em Outubro de 1953, após as eleições, foi feita uma nova tentativa de chegar a um acordo. Erhard criou uma comissão *ad hoc* que reuniu funcionários do Ministério dos Assuntos Económicos e alguns membros do *BDI*. Ao mesmo tempo, pressionou o *BDI*, ao implementar uma estratégia de Cavalo de Tróia, ganhando apoio dos grupos minoritários da comunidade empresarial, que se viam prejudicados pelas práticas dos cartéis. A *Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer, AsU*, Comunidade de Empresários, uma associação de pequenos empresários independentes, à qual depois se juntaram representantes das indústrias de bens de consumo no *BDI*, tornou-se o seu principal interlocutor institucional dentro da comunidade empresarial.

Estes grupos tornaram-se cada vez mais expressivos a partir de 1954, desafiando a posição dominante do *BDI* e do seu líder Fritz Berg. A comissão *ad hoc* finalmente concordou com uma revisão do projeto de lei em 1955. No ano de 1957, a *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*, Lei contra Restrições à

Concorrência, foi finalmente aprovada pelo Parlamento Alemão. Entretanto, algumas alterações de última hora foram feitas. O projecto de 1955, por exemplo, continha disposições sobre o controle de fusões que tinham recebido o acordo do Bundestag em primeira leitura, mas que foram alteradas no final do processo legislativo. O mesmo aconteceu com uma disposição que proibia oligopólios, cujo âmbito foi reduzido. Estas mudanças de última hora revelaram mais uma vez a força da oposição vinda de partes da indústria alemã, que foi representada principalmente, mas não apenas, pelo partido Conservador (a União Cristã Democrática ou CDU).

A visão dos políticos alemães na época era a de que a concentração era uma pré-condição necessária para a reconstrução alemã. A Lei Contra Restrições à Concorrência entrou em vigor em 1º de janeiro de 1958. A Seção 1 declarou nulos e sem efeito os acordos com efeitos restritivos da concorrência (§1). A Seção 2 estendeu a proibição a acordos verticais que tivessem um efeito negativo sobre a concorrência. Em seus princípios básicos, as disposições alemãs sobre cartéis e acordos tornaram-se assim congruentes com a tradição antitruste americana.

O princípio da proibição, no entanto, foi qualificado na legislação alemã por dois tipos de isenções. Primeiro, certos tipos de acordos foram totalmente excluídos da proibição geral. Entre eles estavam acordos de fixação de prazos, descontos e especialização que apenas precisavam ser comunicados à agência responsável. A tolerância contínua dos cartéis de especialização, em particular, permitiu que pequenas e médias empresas na Alemanha do pós-guerra estabelecessem redes colaborativas, que lhes permitiram competir com sucesso com grandes empresas.

Em segundo lugar, certos setores como a agricultura, os transportes marítimos e aéreos, as instituições bancárias e de crédito, os seguros ou os serviços públicos foram totalmente isentos. Levaria mais de 20 anos até que estas isenções sectoriais fossem alvo de ataques mais severos, por parte de agentes nacionais ou supranacionais da UE.

A Seção 3 tratou do poder de mercado e prescreveu o controle da sua exploração abusiva (§22). O recém-criado *Bundeskartellamt*, *BKA*, Serviço Federal de Cartéis, tinha o direito de impor sanções e multas contra empresas e grupos de empresas com vista a pôr termo a comportamentos abusivos. A partir de uma determinada dimensão, as fusões tinham de ser comunicadas ao BKA (§23). Se o *BKA* considerasse que o comportamento das empresas resultantes da fusão representava um abuso de posição dominante, poderia exigir a cessação desse

comportamento. O *BKA*, no entanto, não tinha autoridade para impedir a fusão em si.

A abordagem alemã do controle dos abusos, no que diz respeito à posição dominante no mercado, foi paralela à doutrina americana da Regra da Razão e, sem dúvida, foi mais longe na sua clemência em relação à concentração. O quadro de aplicação da lei alemã diferia em aspectos importantes do seu homólogo americano. Em primeiro lugar, as tradições legislativas nas quais ambas as leis estavam inseridas diferiam. A lei alemã foi redigida na tradição do *civil law*, e as suas disposições foram, portanto, mais detalhadas, específicas e abrangentes do que as das leis americanas. A lei alemã criou uma agência de controle de cartéis relativamente autónoma, encarregada de fazer cumprir a lei.

Este gabinete tornou-se o motor do sistema de direito da concorrência porque era praticamente o único interveniente que podia iniciar, investigar e decidir casos em que as empresas eram suspeitas de violar as disposições da Lei Contra Restrições à Concorrência. Em total contraste com a prática americana, a lei alemã não permitia ações antitrust privadas, exceto em condições muito específicas. Na prática, o procedimento foi desenvolvido de acordo com princípios judiciais sob a influência de Eberhardt Günther, que se tornou o primeiro presidente do BKA. As decisões foram sujeitas a revisão judicial pelos tribunais comuns, em primeira instância, e pelo Tribunal de Justiça Federal (Bundesgesetzhof, BGH), em segunda instância. Plantar as sementes a nível transnacional – a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.

Em Maio de 1950, a França propôs um plano para reunir as indústrias do carvão e do aço francesas e alemãs, com a possível participação de outros países europeus. A ideia era criar as condições para a paz entre um núcleo de países europeus, institucionalizando a dependência económica mútua. Jean Monnet e o Conselho Francês de Planeamento apoiaram a proposta e, no final de Junho, tinham começado negociações entre seis países – França, Alemanha Ocidental, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo.

Finalmente, em 1957, a Alemanha adotou uma legislação antitruste mais rigorosa. Mas esse paradigma de desconcentração foi posteriormente interrompido, já que Estados Unidos e a Grã-Bretanha passam a considerá-la como principal ameaça económica e geopolítica não a Alemanha, mas sim a União Soviética.

O direito antitruste vigente na Alemanha desde 1973 estabelece proibições ou eventuais modificações nas operações consideradas restritivas à concorrência, com ênfase na liberdade econômica como diretriz para a aplicação do direito concorrencial, de modo que os atos de concentração são analisados na medida em que possam levar à formação de agentes dominantes que poderiam representar limitação à liberdade econômica de seus concorrentes.

Na França, na década de 1960, chegou-se a fomentar as concentrações, baseadas na necessidade de fortalecer as firmas francesas frente à competição internacional, prestigiando instrumentos de política industrial em detrimento da regulação da concorrência.

A Grã-Bretanha adotou normativa concorrencial, o *Monopolies and Restrictive Practices Act*, em 1948, com a concepção de que a concorrência contribuiria para o pleno emprego. Sucederam-se diplomas com sistemas antitruste, que culminaram com a lei de 1998, com linhas muito próximas das empregadas no sistema antitruste norte-americano.

A origem da legislação antitruste supranacional, foi o Tratado de Paris de 1951, acordo firmado entre França, Alemanha, Itália e os países que integravam o Benelux. Neste acordo, os países signatários pactuaram a proibição de barreiras comerciais, assim como práticas discriminatórias ou restritivas, evitando assim distorções concorrenciais entre eles.

O Tratado de Roma de 1957 constituiu as bases da Comunidade Econômica Européia, e sua redação foi posteriormente modificada pelo Ato Único Europeu de 1986, depois pelo Tratado de Maastricht que estabeleceu a União Européia, em 1992, e também pelo Tratado de Amsterdã de 1997.⁵⁶

Alguns dos princípios centrais da atual legislação concorrencial européia já estavam presentes no Tratado de Paris. Os artigos 65 e 66 O artigo 65 contendo proibição de acordos e práticas concertadas entre firmas ou grupos de empresas que tendam direta ou indiretamente a restringir ou distorcer a concorrência no âmbito do mercado comum europeu; o segundo dispondo sobre o abuso de posição

⁵⁶ MOTTA, Massimo. Competition policy: theory and practice. Cambridge university press, 2004. NBR 6023 disponível em [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=J3xZnDSIfC8C&oi=fnd&pg=PR7&dq=motta+m.+\(2004\).+competition+policy+theory+and+practice.+cambridge+university+press&ots=rHeEIJRH0k&sig=rHYkmwDlzMxY9IUqNTKY2Nft4W8#v=onepage&q=motta%20m.%20\(2004\).%20competition%20policy%20theory%20and%20practice.%20cambridge%20university%20press&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=J3xZnDSIfC8C&oi=fnd&pg=PR7&dq=motta+m.+(2004).+competition+policy+theory+and+practice.+cambridge+university+press&ots=rHeEIJRH0k&sig=rHYkmwDlzMxY9IUqNTKY2Nft4W8#v=onepage&q=motta%20m.%20(2004).%20competition%20policy%20theory%20and%20practice.%20cambridge%20university%20press&f=false). Acesso em 23/03/2022 pp. 9-13.

dominante empreendido por empresas que utilizam seu poder para perseguir objetivos contrários àqueles do Tratado – encontram correspondência com os dispositivos dos artigos 81 e 82, respectivamente, do Tratado de Roma.

A partir da constituição da Comunidade Econômica Européia, em 1957, firma-se a noção hoje corrente de que a concorrência serve como instrumento à integração entre as nações européias, passando, então, a sua disciplina jurídica a moldar-se a esse objetivo central. Em âmbito supranacional, o direito da concorrência europeu assumiria duas principais funções: de um lado, estimular práticas competitivas e eficientes por parte das empresas, com vistas a alavancar o crescimento econômico europeu e promover a integração; por outro lado, desestimular as práticas protecionistas das economias nacionais, capazes de obstruir o fluxo de comércio.

Com o advento da União Européia, a ênfase na integração econômica ganhou proeminência. Todavia, é importante destacar que assim como no plano interno aos países, em sede supranacional o direito antitruste passou a ser utilizado com uma pluralidade de objetivos. Especialmente, aponta a doutrina, à medida que avança o processo de integração abre-se a possibilidade de que outras diretrizes de política.

O Memorando da Comissão sobre Concentrações de 1966 (Memorando de 1966) representou o primeiro marco na história da aplicação dos artigos 85 e 86 para controle das concentrações, relativamente às aquisições empresariais.

O referido Memorando de 1966 estabeleceu distinção entre uma concentração, termo que abrange fusões e aquisições, e o mero acordo entre empresas.

Embora o Memorando afirmasse que por vezes era difícil distinguir entre um acordo e uma concentração, declarava que as concentrações eram essencialmente de natureza proprietária, mas que poderiam resultar de uma propriedade inferior à propriedade plena de uma empresa. Neste contexto, não se aplica o artigo 85 às concentrações, e sim o artigo 86, que proibia o abuso de posição dominante.

Em 1972, a Comissão confirmou que o artigo 86 se estendia às concentrações no caso *Europemballage & Continental Can Company v. Comissão da CEE*. Nesse processo referente à *Continental Can*, o TJCE considerou que uma empresa adquirente abusa da sua posição dominante quando restringe a concorrência em tal proporção, que as únicas empresas a permanecer no mercado dependem da empresa dominante.

Contudo, em casos subsequentes enquadrados no artigo 86, casos estes que não envolveram fusões, o teste para verificar ocorrência de "abuso" tornou-se menos rigoroso. O "abuso" passou a ser definido como uma ação que dificulta a manutenção do grau de concorrência no mercado. O teste clássico para determinar se uma empresa adquirente goza de uma posição dominante *ab initio* foi enunciado pelo TJCE no caso *United Brands Company v. Comissão da CEE*.

No referido caso *United Brands*, o TJCE definiu dominância como uma posição de força econômica da qual uma empresa goza, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado relevante, conferindo a ela o poder de, numa medida apreciável, definir seu comportamento de forma independente dos seus concorrentes, clientes e, em última análise, dos seus consumidores.

O teste aplicado a este caso *United Brands* adota o conceito de mercado relevante, que consiste em dois componentes, o mercado do produto relevante, e o mercado geográfico relevante. Para ter um mercado único europeu, a Comissão acreditava que os Estados-Membros não deveriam ser capazes de bloquear individualmente fusões e aquisições significativas de empresas europeias.

Por conseguinte, uma das intenções do Regulamento adotado pela Comissão foi proporcionar um "balcão único", que exija apenas que a Comissão em Bruxelas esteja convencida, por razões de concorrência, de que uma proposta de fusão ou aquisição deve prosseguir. O Artigo 86, ao contrário da lei antitruste dos Estados Unidos, não impede os monopólios quando duas empresas não dominantes se combinam para formar uma empresa dominante.

O principal teste do Regulamento não só impede o aumento de uma posição dominante pré-existente, mas também impede a criação e o reforço de uma posição dominante. Por conseguinte, a aquisição de uma empresa dominante por uma empresa não dominante parece estar abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento.

3. ANTITRUSTE EM SAÚDE SUPLEMENTAR

3.1 Atuação do CADE na Saúde Suplementar

A postura dos órgãos de controle, no caso do fenômeno da concentração, o CADE, tem sido majoritariamente de deferência no caso dos atos de concentração envolvendo grandes operadoras da saúde suplementar com atuação em âmbito nacional.

Ao mesmo tempo, a maioria as decisões do CADE desfavoráveis aos atos de concentração foram as proferidas em face das pequenas operadoras com atuação local e regional, como as cooperativas estruturadas na forma das Unimed's, decisões estas que tiveram por fundamento a iniciativa de conter uma tendência monopolista local.

O rigor da referida agência no controle de atos de concentração locais e regionais acaba, em última análise, favorecendo a expansão das atividades das grandes operadoras em sua expansão para o interior, em detrimento das operadoras locais.

Essa prevalência de decisões desfavoráveis aos atos de concentração promovidos pelas Unimeds se deve ao caráter eminentemente local da apreciação da concorrência nos mercados de saúde, o que pode ser verificado pelas definições de mercado relevante amplamente utilizadas pela jurisprudência do CADE.

Em boa parte dos atos de concentração levados à apreciação do CADE, as operadoras apresentaram argumentos que pediam pela solução através da Regra da Razão, salientando os ganhos de economia de escala gerados pelo ato de concentração, com as consequentes eficiências de mercado geradas.

Esse possível ganho em economia de escala foi demonstrado em diversos estudos internacionais. A aplicação da Regra da Razão, prestigiando as eficiências de mercado geradas, se justifica pelas peculiaridades e pelo caráter dinâmico deste

setor, que não seriam considerados em uma análise mais restrita, mais rígida, no julgamento de atos de concentração pelos métodos clássicos.⁵⁷

O critério das eficiências econômicas geradas também poderia ser justificado, de certa forma, pelo risco de colapso das atividades desenvolvidas pelas operadoras de saúde suplementar, tendo em vista o frágil equilíbrio contábil do setor.

Por exemplo, os dados econômico-financeiros relativos ao 4º trimestre de 2022, no Painel Contábil da Saúde Suplementar, do portal da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), revelam que as operadoras de planos de saúde fecharam o ano de 2022 praticamente no “zero a zero”, registrando lucro líquido de R\$ 2,5 milhões.

Esse lucro, quando comparado com a receita efetiva de operações de saúde, principal atividade do setor, que foi de R\$ 237,6 bilhões representa apenas 0,001% (para cada R\$ 1.000,00 de receita, R\$ 0,01 de lucro).

Essa fragilidade se traduz no encerramento das atividades de várias operadoras, como tem ocorrido nas últimas décadas. Mesmo os segurados que possuem condições econômicas, que permitam continuar pagando por um plano de saúde, acabam sendo prejudicados pelo encerramento das atividades das operadoras.⁵⁸

Boa parte dos segurados tem dificuldades em encontrar uma nova prestadora de serviço que ofereça condições equivalentes de atendimento e de preço. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) tem determinando, por meio de atos normativos, que os clientes de uma operadora que encerra suas atividades podem ser transferidos para outra em melhor situação. Mas frequentemente as grandes

⁵⁷ “...Studies analysed in this review showed that economies of scale are present for merging hospitals. Results supported the current policy of expanding larger hospitals and restructuring/closing smaller hospitals. In terms of beds, studies reported consistent evidence of economies of scale for hospitals with 200-300 beds. Diseconomies of scale can be expected to occur below 200 beds and above 600 beds.” GIANCOTTI M, GUGLIELMO A, MAURO M. Efficiency and optimal size of hospitals: Results of a systematic search. PLoS One. 2017 Mar 29;12(3):e0174533. doi: 10.1371/journal.pone.0174533. PMID: 28355255; PMCID: PMC5371367.

⁵⁸ a- <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/sobre-ans/ans-divulga-dados-economico-financeiros-do-4o-tri-2022>. “As informações financeiras enviadas pelas operadoras de planos de saúde à ANS demonstram que o setor fechou 2022 praticamente no “zero a zero”, registrando lucro líquido de R\$ 2,5 milhões. Comparado com a receita efetiva de operações de saúde – principal negócio – de R\$ 237,6 bilhões, esse lucro representa apenas 0,001% (para cada R\$ 1.000,00 de receita, R\$ 0,01 de lucro).

operadoras do setor se recusam a fazer isso, alegando que as carteiras têm alto índice de inadimplência.

Dessa forma, é possível concluir que decisões do CADE favoráveis a atos de concentração seriam justificáveis pelos argumentos de potenciais eficiências econômicas trazidas por estes atos.

Mas, na realidade, as decisões do CADE favoráveis aos atos de concentração são em sua maioria fundamentadas em critérios matemáticos clássicos, de avaliação do risco de exercício de Poder de Mercado, decisões nas quais sequer fora necessário fundamentação baseada em ganhos de eficiência pelo ato de Concentração.

Entende-se que uma empresa tem poder de mercado quando consegue alterar de forma relevante as condições de mercado, como, por exemplo, incrementar preços ou deteriorar a qualidade de produtos ou serviços que comercializa sem que isso resulte em perda de parcela relevante de seus fornecedores ou seus clientes (outras empresas ou consumidores finais) a ponto de sacrificar sua lucratividade.

3.2 Concentração e Direitos do Consumidor.

Há indícios de que tanto a estrutura de concentração atual, como a tendência de aumento da concentração, podem afetar de maneira adversa os direitos dos consumidores. A violação de isonomia entre os consumidores pode ser constatada, por exemplo, pela falta de oferta dos planos individuais de saúde, por parte das maiores operadoras.

Quase todas as operadoras de saúde (OPS) optam por oferecer apenas planos empresariais, de forma a afastar uma disciplina mais rígida por parte da lei e da regulação, estabelecendo contratos com cláusulas mais paritárias, que desprezam a enorme assimetria econômica, estrutural, informacional entre as grandes operadoras e as pequenas empresas que assinam estes contratos de adesão.⁵⁹

⁵⁹ “O [Procon](#) de São Paulo tem recebido denúncias de que as operadoras de saúde estão forçando o consumidor a abrir microempresas apenas para contratar o plano empresarial, que não tem limite de reajuste na mensalidade, e começou uma investigação para apurar possíveis irregularidades nesse setor.” Notícia

Nos últimos cinco anos, de acordo com dados do site da ANS, o crescimento do volume de planos de saúde foi impulsionado por planos coletivos empresariais que cresceram 4,6% ao ano, em média e por adesão, que cresceram 3,7% ao ano, planos com fator moderador na forma de coparticipação, franquias ou ambos, com crescimento na ordem de 4,3%, planos que oferecem cobertura com abrangência municipal, crescendo 4,6% ao ano ou em um grupo de municípios, com 3,2% ao ano.

Já nos planos de contratação individual, o que houve foi uma queda significativa. O recuo foi de -18,7% em 2023 e de -5,5% ao ano, em média, nos últimos cinco anos. Apesar da entrada no mercado de operadoras que buscam, especificamente, o mercado individual, a ausência das seguradoras e de medicinas de grupo continua a impactar essa carteira.⁶⁰

Em estatísticas recentes divulgadas pela ANS, de um universo de 50.939.264, apenas 8.760.926, ou seja, aproximadamente 17,2% são planos individuais.

Existe uma oferta muito menor de planos individuais que de outras formas de planos, já que o arcabouço jurídico é mais protetivo das operadoras nos demais planos que nos individuais, possibilitando que as operadoras flexibilizem os termos dos contratos de forma a maximizar ganhos econômicos.

As operadoras de planos de saúde estão reduzindo a oferta de planos individuais e familiares e, paralelamente, ampliando a venda de planos coletivos, cujo reajuste é menos limitado pela Agência Nacional de Saúde – ANS.

Além desta normativa mais favorável às operadoras, ANTONIO(2018) atribui a diminuição de oferta de planos individuais a outros importantes fatores, como a própria estruturação, em sua gênese, da assistência suplementar à saúde no Brasil, fortemente atrelada ao vínculo trabalhista, a relação entre o crescimento do mercado de planos coletivos e o aumento do nível de emprego formal; o fomento da disponibilização de planos de saúde pelas empresas como uma política de pessoal;

divulgada em 31/07/2021 no site <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/proconsp-investiga-contratos-de-planos-de-saude-empresariais/>. Acesso em 10/08/2023.

⁶⁰ FRANÇA, Anna. Plano de saúde coletivo cresce e individual some – para advogados, isso é “bomba relógio” - Especialistas alertam para avanço dos planos “falsos coletivos” e questionam regulação por parte da ANS - publicado em Infomoney – minhas finanças em 28/02/2024. Disponível Em [https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/por-reajustes-operadoras-ampliam-planos-coletivos-advogados-falam-em-bomba-relogio/#:~:text=J%C3%A1%20nos%20planos%20de%20contrata%C3%A7%C3%A3o,m%C3%A9dia%2C%20nos%20%C3%BAltimos%20cinco%20anos](https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/por-reajustes-operadoras-ampliam-planos-coletivos-advogados-falam-em-bomba-relogio/#:~:text=J%C3%A1%20nos%20planos%20de%20contrata%C3%A7%C3%A3o,m%C3%A9dia%2C%20nos%20%C3%BAltimos%20cinco%20anos.). Acesso em 15/06/2024

as decisões e não decisões políticas que permitiram a consolidação de um discurso de responsabilização das empresas e até mesmo dos órgãos públicos, pelo patrocínio de planos de saúde para seus empregados ou servidores; o desenvolvimento de estratégias, pelas operadoras, de ampliação de seus mercados, como a angariação de clientes por administradoras e a celebração de contratos coletivos com pequenos grupos; a não-oferta de planos individuais com abrangência nacional pelas operadoras como forma de evitar a absorção de clientes idosos por portabilidade de carências; os incentivos tributários às empresas que ofertam plano coletivo aos seus funcionários; e, por fim, o menor custo dos planos coletivos, em razão da menor incidência de idosos e da possibilidade de ganhos em escala, pelas operadoras.

ANTÔNIO(2018) aponta como principais consequências desse fenômeno o prejuízo ao poder de escolha da população, a falta de mobilidade dos beneficiários entre as operadoras (dificuldade de exercer a portabilidade), e a inviabilidade de contratação desse tipo de produto em municípios onde não existe sua comercialização – fatos que afetam diretamente o direito à saúde.⁶¹

Ocorre uma seleção de riscos por parte das empresas de planos, que preferem propiciar cobertura para os bons riscos, e por parte de alguns possíveis clientes, que tendem a adquirir seguros ou planos em razão de já apresentarem alguma manifestação do problema e consumirem mais serviços, em uma seleção adversa. A correção desta e de outras falhas de mercado, como a da assimetria de

⁶¹ “...Todavia, não se pode ignorar a confluência de outros fatores, como: a gênese da assistência suplementar à saúde que, no Brasil, deu-se em torno do vínculo trabalhista; a relação entre o crescimento do mercado de planos coletivos e o aumento do nível de emprego formal; a disponibilização de planos de saúde pelas empresas como uma política de pessoal; as decisões e não decisões políticas que permitiram a consolidação de um discurso de responsabilização das empresas e até mesmo dos órgãos públicos, pelo patrocínio de planos de saúde para seus empregados ou servidores; o desenvolvimento de estratégias, pelas operadoras, de ampliação de seus mercados, como a angariação de clientes por administradoras e a celebração de contratos coletivos com pequenos grupos; a não-oferta de planos individuais com abrangência nacional pelas operadoras como forma de evitar a absorção de clientes idosos por portabilidade de carências; os incentivos tributários às empresas que ofertam plano coletivo aos seus funcionários; e, por fim, o menor custo dos planos coletivos, em razão da menor incidência de idosos e da possibilidade de ganhos em escala, pelas operadoras. As principais consequências desse fenômeno são o prejuízo ao poder de escolha da população, a falta de mobilidade dos beneficiários entre as operadoras (dificuldade de exercer a portabilidade), e a inviabilidade de contratação desse tipo de produto em municípios onde não existe sua comercialização – fatos que afetam diretamente o direito à saúde.” ANTONIO, Gilka Lopes Moreira. Planos privados individuais de saúde: o consumidor ainda tem poder de escolha?. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 7, n. 1, p. 163-182, 2018.

informações entre clientes, operadoras e provedores de serviços, estaria entre as tarefas que a sociedade espera da ANS, segundo BAHIA(2001).⁶²

Mas a partir do momento em que estas falhas de mercado são determinadas, ou acentuadas, pela estrutura do mercado em atos de concentração, é dos órgãos concorrenciais a competência para atuar na análise destes atos de concentração, instauração e instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica, a quem é atribuída esta função pela Lei 12.529 de 2011.

A aparente sobreposição de competências, conflitos de interesse e disputas de poder entre as agências reguladoras pode ser afastada pela atuação integrada das da agência reguladora com os órgãos de defesa da concorrência, visando à promoção desta nos mercados regulados.

A interação entre agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência é disciplinada pela Lei 13.848 de 25 de junho de 2019, a lei geral das agências reguladoras.

Segundo o artigo 26 da Lei 13.848 de 25 de junho de 2019, cabe às agências o monitoramento e o acompanhamento das práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, auxiliando os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

De acordo com estas disposições, independentemente do auxílio por parte das agências reguladoras, é dos órgãos concorrenciais a competência para atuar na análise de atos de concentração, instauração e instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

Às agências, a Lei 13.848 de 2019 somente autoriza, de forma subsidiária e após solicitação dos próprios órgãos concorrenciais, a emissão de parecer técnico quando relacionados a seus setores regulados e como forma de instruir a análise de atos de concentração e demais processos administrativos conduzidos pelo CADE e demais entidades competentes.⁶³

⁶² BAHIA, Lígia. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 6, n. 2, p. 337, 2001.

⁶³ Lei 13.848 de 25 de junho de 2019:Art. 26. No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da [Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011](#) (Lei de Defesa da Concorrência).

Portanto a ANS, ao identificar práticas não competitivas por parte de agentes regulados, ou que reflitam na concorrência do setor, a competência avaliativa e investigativa dos atos de concentração será dos órgãos concorrenciais, aqui incluído o Conselho de Defesa da Ordem Econômica – CADE, deverá comunicá-las imediatamente a estes órgãos.

Também dignos de nota os elevados valores cobrados de segurados idosos, que embora incorporem em determinada medida um necessário equilíbrio atuarial, podem traduzir um mero obstáculo para selecionar clientes, uma verdadeira seleção adversa, já que os pacientes de idade mais avançada, com maior taxa de sinistralidade, acabam por acarretar maiores custos para as operadoras, com menor margem de lucro.⁶⁴

Os efeitos da concentração, as repercussões da composição do mercado nos direitos do consumidor, são de difícil aferição, pela falta de um padrão, de um controle de como seria o mercado sem a concentração e sem o controle regulatório das agências. Admite-se possibilidade de prejuízo aos direitos do consumidor pelo exercício abusivo do poder de mercado pelas operadoras de planos de saúde, mas mesmo a análise do exercício deste poder de mercado traz importantes desafios.⁶⁵

§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

§ 2º Os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.

Art. 27. Quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

Art. 28. Sem prejuízo de suas competências legais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas a atos de concentração julgados por aquele órgão, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais.

⁶⁴ RESOLUÇÃO NORMATIVA ANS- RN N° 63 DE, 22 DE DEZEMBRO DE 2003 Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004..

⁶⁵ “...desenvolve-se um padrão de competição concentrado e diferenciado na experiência brasileira, cujo perfil oligopolista facilita o aparecimento de um processo sistemático de barganha, em direção ao aumento dos preços dos prêmios. Sem o confronto da ANS ou dos empregadores, as grandes operadoras passam a reivindicar reajustes sistemáticos de preços (upstream), e além do mais, sua condição oligopsônica permite-as ajustar o sinistro barateando o custo dos médicos e dos procedimentos hospitalares (downstream)...” em Ocké-Reis, Carlos Octávio Os desafios da ANS frente à concentração dos planos de saúde Ciência & Saúde Coletiva, vol. 12, núm. 4, julho-agosto, 2007, pp. 1041-1050 Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva Rio de Janeiro, Brasil

Segundo a teoria neoclássica, a principal forma de manifestação do poder econômico está na faculdade (poder) de aumentar os preços através da redução da oferta de bem ou produto, de tal forma que parte da doutrina traz como definição básica do poder de mercado o poder de aumentar os preços. Os defensores da referida teoria consideram a possibilidade de aumentar os preços, mais que uma manifestação, uma consequência necessária da existência de poder de mercado.⁶⁶

Neste contexto, aumentar os preços seria a atitude intuitiva, o comportamento racional dos agentes, os quais ostentam importância, detêm parcela tão significativa do mercado, que podem influenciar o preço simplesmente limitando a oferta do produto.

Em uma análise das teorias mais adotadas em direito concorrencial, Calixto Salomão Filho explica que a existência de poder de aumentar os preços não é critério absoluto para a definição da existência de poder no mercado.

Exemplifica que por vezes, a ausência do poder de aumentar os preços decorre exatamente do exercício de poder de mercado, como no caso de empresa monopolista que já esteja praticando preços de tal forma elevados e abusivos, que lhe seja impossível aumentar ainda mais seus preços, sob pena de ver seus consumidores migrarem maciçamente para algum substituto ou simplesmente deixarem de consumir aquele produto.

Na questão específica dos planos de saúde para idosos e pessoas físicas, o fato de consumidores não adquirirem o produto não seria uma consequência considerada deletéria para a atividade econômica da operadora de saúde, e sim uma consequência desejada por esta operadora, e que, de certa forma, acaba por violar o acesso do consumidor ao produto.

O Código de Defesa do Consumidor proíbe a prática da limitação quantitativa de produtos e serviços sem justa causa, considerada prática abusiva titulada em seu artigo 39, inciso I. Nesse caso específico, estaria configurada violação a esta norma consumerista, na medida em que planos só aceitam adesão de clientes que proporcionem determinada margem de lucro, dentro de sua análise atuarial.⁶⁷

⁶⁶ “...O aumento arbitrário dos lucros só se caracteriza em presença de poder de mercado pela simples razão de que a arbitrariedade só se configura quando o aumento dos lucros decorre do aproveitamento da posição dominante no mercado (seja ela monopsonista ou oligopsonista). O fato de a dominação dos mercados e o aumento arbitrário aparecerem na Lei em incisos separados (incisos II e III) do art. 36 não significa que possam ter configurações independentes...” em SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial – as estruturas. 3 ed., São. Paulo, Malheiros, 2007 pp.154-155.

⁶⁷ Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) :

Por outro lado, algumas empresas podem exercer poder de mercado não aumentando, mas diminuindo seus preços, como no caso de empresa que apresente eficiência muito maior que seus concorrentes, e diminui seus preços para excluir todos os seus concorrentes do mercado, e ainda assim manter certa margem de lucro.

A possibilidade de aumentar os preços não é, portanto, condição necessária para existência de poder de mercado. Também não é condição suficiente, na medida em que aumentos pretéritos de preço constituem apenas o dado comportamental, ao qual deve ser acrescentado o dado estrutural para que se verifique a verdadeira existência de poder de mercado.

Por exemplo, um agente muito eficiente pode praticar preços mais altos, por seu custo marginal inferior, sem ter poder de mercado. Por isso, o aumento de preços deve ser sempre acompanhado de uma análise da estrutura do mercado.

O conceito adotado para a terminologia poder de mercado deve, necessariamente, considerar a forma como o exercício deste afeta o poder de escolha dos agentes, ou seja, o poder de escolher entre grande participação no mercado e menor lucratividade, ou pequena participação e maior lucratividade.

Também é possível concluir que a mera existência de poder de mercado não acarreta *per se* prejuízo aos consumidores, e que o exercício abusivo de poder de mercado deve levar em conta não só o preço ao consumidor, mas também os efeitos deste exercício na capacidade de outros players participarem do mercado, e os efeitos em relação a outros agentes, como empregados, prestadores, fornecedores, *stakeholders* que integram o ramo estudado.

3.3 Concentração e Mercado de Trabalho

A concentração pode trazer consequências deletérias para o mercado de trabalho dos médicos e de outros profissionais da saúde, já que com a oferta de postos de trabalho se concentra em poucas operadoras, o que, além de uma diminuição salarial, de tabelamento dos valores oferecidos pelo serviço prestado,

“ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;...”

permitem às operadoras de planos de saúde e hospitais impor a estes profissionais o um ritmo de trabalho exaustivo, ditado pela eficiência econômica deste sistema.

Muitas vezes, a rotina ditada pelas operadoras está em descompasso com as necessidades paciente atendido, e com as condições laborais mínimas do profissional, com longas jornadas, grande número de pacientes por hora, fazendo com que o tempo do profissional de saúde com cada paciente seja mais restrito.

Esse grande volume de atendimentos, em curto espaço de tempo, torna o trabalho mais desgastante, compromete a relação médico-paciente, aumenta o risco de erros no atendimento.

O breve espaço de tempo nesta interação com o paciente traz a ele a sensação de um serviço prestado de forma inadequada, e muitas vezes é atribuída pelo consumidor ao profissional que está atendendo.

Mas na verdade, este profissional este sendo premido a atender uma demanda excessiva, já que tanto no caso de remuneração com um preço por serviço prestado, quanto na remuneração por hora disponível do profissional, não são respeitados limites mínimos de tempo, nem para o profissional, nem para o paciente.

Atualmente, não são apenas os valores irrisórios pagos por consulta que obrigam o médico a atender número elevado de consultas por hora para garantir uma remuneração razoável. Atualmente, quando remunerado por serviço prestado, o médico está inserido em uma estrutura na qual ele não tem o controle sobre sua agenda, que é determinada pela operadora de saúde, pelo hospital, ou, com a frequente terceirização, por alguma empresa que faz a intermediação entre estes agentes e o profissional.

Quando remunerado por hora trabalhada, o profissional não tem contabilizada a sua necessidade de intervalos e descanso. Em geral, essa prestação de serviço se dá sem um contrato de trabalho formal, sem as garantias da lei trabalhista, como décimo terceiro salário, férias, intervalos intrajornada, limites máximos de carga horária.

Contemporaneamente, não há reivindicações formais para mudança deste cenário. Os sindicatos e associações que trazem estas reivindicações padecem muitas vezes de heterogeneidade e de falta de representatividade junto aos profissionais da saúde.

Além disso, as reivindicações trazidas são em geral fundamentadas na lei trabalhista, cuja incidência os contratantes buscam elidir, já que os profissionais

médicos atuam à conta de pessoas jurídicas, e os tomadores de serviço buscam estabelecer meros contratos de prestação, sem vínculo trabalhista, dificultando assim a aplicação da lei trabalhista.

Também não há notícias de que entidades de classe dos médicos se organizando para reivindicar de forma mais específica uma atuação mais rigorosa dos órgãos de defesa da concorrência, que tenham considerado a concentração do setor de saúde como uma possível causa dessa deterioração.

No entanto, outras classes de trabalhadores, como os que atuam no ramo de produção de insumos hospitalares, já suscitaram a questão da deterioração do mercado de trabalho pela concentração, tanto no Brasil, quanto no exterior.

Nos Estados Unidos, empresas denunciadas por condutas abusivas relativas ao mercado de trabalho foram levadas a julgamento, e foi publicado o "Guia Antitruste para Profissionais de Recursos Humanos" (*"Antitrust Guidance for HR Professionals"*), pelos órgãos encarregados de controle de condutas que violam a concorrência, ou seja, o Departamento de Justiça (*Department of Justice - DoJ*), e a Comissão Federal de Comércio (*Federal Trade Commission - FTC*).

O controle dos efeitos da concentração sobre o mercado de trabalho tem sido uma tendência mundial, com crescente reconhecimento da necessidade de maior rigor na regulação deste fenômeno em diversos países, como Japão, Canadá, França, Espanha, Hong Kong e, mais recentemente, do Brasil.

No âmbito do Direito Internacional, a OCDE publicou o *"Competition Issues in Labour Markets"*, em 2019, que também trata das questões trabalhistas trazidas pela concentração do mercado.⁶⁸

Essas iniciativas foram motivadas pela constatação de há um fenômeno global de aumento da concentração dos empregadores, estreitando e uniformizando mercado de trabalho, e estagnando os salários de trabalhadores de diversos setores.

Os instrumentos de concentração aos quais são imputados a deterioração progressiva das condições de trabalho e estagnação salarial são os acordos anticompetitivos entre empregadores, que criam artificialmente o poder

⁶⁸ Maia, Mauricio Oscar Bandeira. Jardim, Isabel. Novos rumos para o mercado de trabalho e a concorrência no Brasil. Publicado em Consultor Jurídico > Novos rumos para o mercado de trabalho e a concorrência no Brasil em 21 de outubro de 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-25/defesa-concorrencia-novos-rumos-mercado-trabalho-concorrencia-brasil/> Acesso em 18/09/2022.

de monopólio, e as cláusulas de não concorrência, trazidas por este poder de monopólio, na contratação de mão-de-obra.

Como práticas abusivas, são apontados os acordos de não contratação de trabalhadores, ou acordos de não aliciamento de trabalhadores (*no-poach, non-soliciting, cold calling agreements*), os cartéis para fixação de salários e remuneração (*wage-fixing cartels*), bem como as trocas de informações sensíveis entre concorrentes, sobre termos e condições de trabalho.

Considerando os possíveis danos à concorrência causados por estas práticas, o CADE instaurou, no mês de março de 2022, sua primeira investigação sobre condutas anticompetitivas no mercado de trabalho, no caso, o Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61.

Esse processo abordava as práticas nos departamentos de recursos humanos de grandes empresas da indústria farmacêutica e fornecedores de serviços e equipamentos médico-hospitalares, e de funcionários, na suspeita de que estes estivessem compartilhando informações sensíveis relativas ao mercado de trabalho, aos reajustes salariais, aos benefícios oferecidos aos funcionários, e às condições de contratação.

Mais que eficiência econômica, a concorrência tem um valor intrínseco, que deve ser preservado, com a higidez da estrutura dos mercados. Os direitos e garantias trabalhistas também devem ser respeitados, em prestígio da Dignidade da Pessoa Humana e da relação trabalhista como modo de produção, ao lado da proteção ao trabalhador.

Dada a importância da proteção da relação de trabalho no setor de saúde, os limites impostos pelas garantias trabalhistas devem ser considerados na análise da concentração do mercado, sob pena de comprometer o próprio sistema de saúde suplementar, já que os serviços oferecidos pelas operadoras são, em última análise, prestado pelos profissionais de saúde, nesta relação de trabalho que a lei busca proteger.⁶⁹

⁶⁹ “...Os Prestadores De Serviços, inclusive os Médicos, por sua vez, atendidos nos seus interesses mais imediatos, notadamente pela progressiva escassez dos pacientes privados e pela crescente deterioração do relacionamento com a área pública (defasagem acentuada e crescente de preços, glosas, atrasos nos pagamentos, tetos físicos e financeiros incompatíveis com o volume dos serviços prestados, entre outros), não relutaram em compor uma associação forte e firme com as operadoras de planos de saúde. Já em 1995 os médicos registravam uma enorme dependência das Operadoras de Planos de Saúde. Foi o que revelou a pesquisa

4. DECISÕES DO CADE EM SAÚDE SUPLEMENTAR

O CADE adota a premissa de que todas as empresas procuram ter Poder de Mercado, pois isso implica a possibilidade de obter maiores lucros. Dessa forma, pode-se afirmar que o Poder de Mercado não é um problema por si só, não é sempre prejudicial, só sendo considerado algo deletério quando a obtenção deste Poder de Mercado decorre da adoção de estratégias que prejudiquem a concorrência, como por exemplo uma aquisição ou fusão com potencial anticompetitivo.

A obtenção de Poder de Mercado por aquisição ou fusão com potencial anticompetitivo, e o exercício abusivo dessa condição por uma empresa, pode ser nocivo à concorrência, aos fornecedores e clientes e tornar o mercado no qual a empresa está inserida menos propenso a gerar o “bem-estar do consumidor”.

A Lei do CADE, Lei nº 12.529/2011, traz em seu artigo 36, §2º, os critérios de presunção de posição dominante, com a presunção de posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

As ferramentas de análise clássica empregadas pelo CADE encontram-se descritas no Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE (“Guia H”)[23], segundo o qual operações que resultem em variações de HHI (*Herfindahl-Hirshmann Index*) inferiores a 100 (cem) pontos provavelmente não geram efeitos competitivos adversos, bem como operações que gerem concentrações acima de

desenvolvida pela Escola Nacional de Saúde Pública (Machado,1995) apontando que 75 % a 90 % dos médicos declararam depender diretamente dos convênios para manter suas atividades em consultório....” Em Silva, Alceu Alves da. A relação entre as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviços - um novo relacionamento estratégico. In. Brasil. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Documentos técnicos de apoio ao Fórum de Saúde Suplementar de 2003. Rio de Janeiro, MS, 2004. p.104-77, tab. (Regulação e Saúde, v. 3, tomo 2). Monografia em Português | Sec. Est. Saúde SP, SESSP-ACVSES | ID: biblio-1072363 Biblioteca responsável: BR91.2 Localização: BR91.2; WA525, M798do, v.3, tomo2, p. 5.

20% de market share, mas com variações de HHI inferiores a 200 (duzentos) pontos.

O HHI (*Herfindahl-Hirschman Index*) é um método bastante utilizado para medir tal concentração, calculado a partir da soma do *market share* de cada plano, considerando todos aqueles inseridos no mercado relevante.

Quando um mercado é dominado por apenas uma empresa (monopólio), o HHI assume o valor máximo arbitrário de 10.000, caracterizando uma atividade econômica altamente concentrada. Suponhamos, assim, que existam cinco planos de saúde com 35, 30, 20, 10 e 5% do mercado. Usando uma equação simplificada, temos que $HHI = 35^2 + 30^2 + 20^2 + 10^2 + 5^2$, onde o HHI seria 2.650. Imaginemos, agora, que os dois planos menores se juntem; o HHI ($35^2 + 30^2 + 20^2 + 15^2$) seria igual a 2.750, de tal modo que essa última configuração do mercado é levemente mais concentrada do que a anterior.

Para dar sentido econômico à análise da concentração, essa tipologia deve ser aplicada estritamente ao mercado relevante, isto é, no "espaço econômico definido em termos geográficos e de produto no qual algum poder de mercado tenha a possibilidade *a priori* de ser exercido".

Assim, quando o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) associa a concentração ao fato da empresa líder deter mais de 20% do mercado ou o grupo das quatro maiores superar 75% do *market share*, essa classificação somente é válida se delimitada ao setor oligopolista por definição o mercado relevante à análise de efeitos anticompetitivos potenciais.⁷⁰

O CADE entende que no caso dos planos de saúde, as operadoras que atuam na faixa concorrencial, a princípio, não apresentam condições econômicas para alterar o padrão de competição do mercado, de modo a pressionar preços, intensificar barreiras à entrada, exigir a ampliação de subsídios fiscais, ou ainda, capturar a agência reguladora.

A definição do mercado relevante, segundo Hovenkamp, é a de menor espaço econômico no qual o poder de mercado é passível de ser exercido por uma firma, atuando de forma isolada ou grupo de empresas agindo de forma coordenada, durante certo período de tempo

⁷⁰ BRASIL GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), 27/07/2016. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-publica-novo-guia-de-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal> Acesso em 10/07/2023. PP. 22-26

Essa definição leva em consideração a análise da substitutibilidade do produto, tanto do ponto de vista do consumidor (demanda) quanto das empresas (oferta), em face de um aumento de preço pré-estabelecido.

O CADE adota as definições de mercado relevante, na dimensão do produto, em atos de concentração envolvendo operadoras de planos de saúde e/ou empresas prestadores de serviços de cuidados com a saúde adotadas pelo CADE se consolidaram ao longo do tempo tendo como base um estudo de Santos (2008), publicado pela SEAE.

Quanto à dimensão geográfica de planos de saúde, o CADE já adotou entendimentos diversos. Entre os anos de 2007 e 2010, diversos casos foram analisados tendo como base uma metodologia da SEAE que identificou que, em média, um beneficiário estaria disposto a se deslocar de 30 a 40 minutos, ou 20 a 30 km, para ser atendido, de forma que essa área deveria ser considerada o mercado relevante.

A delimitação, porém, deveria considerar o município como a menor unidade de análise, pois esse é o menor nível de desagregação da área geográfica de cobertura permitida pela ANS para as operadoras.

Esse raio poderia ser ampliado, agrupando-se mais de um município em um mesmo mercado relevante, conforme se verificasse características como insuficiência da rede credenciada em certos municípios e a distância entre municípios.

Em alguns atos de concentração foi adotada a metodologia proposta pela ANS, com base no estudo da CEDEPLAR/UFMG, que agrupava à época, os municípios brasileiros em 89 mercados relevantes, com base no poder de influência, demanda de serviços e distância entre as cidades.

Em junho de 2020, a ANS divulgou a versão mais recente de seu Atlas Econômico-Financeiro da Saúde Suplementar. Dentre os atributos do Atlas está a oferta de uma visão concorrencial do setor de saúde suplementar no Brasil. A metodologia que orientou a produção do Atlas foi a proposta por Ferreira (2020).

Para chegar a resultados sobre mercados relevantes geográficos, o autor utilizou dados de deslocamento de beneficiários de planos de saúde no padrão Troca de Informação de Saúde Suplementar - TISS, que permitiram a comparação entre diferentes metodologias para delimitar o mercado relevante geográfico. A partir desses dados, o Atlas propõe uma divisão do território nacional em 148 mercados

relevantes geográficos a partir do agrupamento de 2.717 municípios que concentram mais de 92% dos beneficiários de planos de saúde do Brasil.⁷¹

A partir da análise do AC nº 08700.008540/2013-89, aprovado em janeiro de 2014, a Superintendência-Geral do CADE modificou novamente a metodologia utilizada, agrupando os municípios em um mesmo mercado relevante conforme o fluxo de pacientes entre esses municípios.

Dessa forma, definiu-se mercado relevante como municipal e, para os mercados em que a concentração fosse superior a 20%, o mercado relevante geográfico seria expandido para o grupo de municípios que representassem 75% dos atendimentos dos pacientes daquele município que inicialmente era objeto de análise.

Assim, se 75% dos pacientes são atendidos dentro do próprio município, este será definido como um mercado relevante. Caso esse percentual seja inferior, outros municípios próximos são agregados em clusters até se chegar ao percentual de 75%.

Essa tem sido a metodologia adotada desde então pela Superintendência-Geral e Tribunal do CADE.

Exemplos de casos recentes que tem adotado essa metodologia: AC nº 08700.000824/2020-56 (Requerentes: Hapvida Participações e Investimentos S/A e Medical Medicina Cooperativa Assistencial de Limeira), AC nº 08700.003059/2020-26 (Sul América Serviços de Saúde S/A, Paraná Clínicas – Planos de Saúde S/A e GNI22 SP Empreendimentos Imobiliários Ltda, AC nº 08700.003428/2020-81 (Hapvida Participações e Investimentos S/A, Clínica São José Saúde Ltda, Clínica São José Ltda e Pró-Infância SJC Hospital e Pronto Socorro Pediátrico Ltda.), 08700.004121/2020-05 (Notre Dame Intermédica Saúde S/A e Climepe Total Ltda.), 08700.002346/2019-85 (Athena Saúde Espírito Santo Holding S/A, Casa de Saúde São Bernardo S/A. e São Bernardo Apart Hospital S/A), entre outros.

O CADE considera que, embora seja possível para uma empresa contratar planos de saúde para seus empregados tanto de uma administradora de benefícios quanto diretamente de uma operadora de planos de saúde, há fatores que tornam os serviços das administradoras de benefícios imprescindíveis, sobretudo nos casos de

⁷¹ Atlas econômico financeiro da saúde suplementar [recurso eletrônico] : ano base 2018. – Vol. 1 (jun. 2006). – Rio de Janeiro : ANS, v. 13, 2018 11MB ; ePUB. Anual. Modo de acesso: World Wide Web:< http://biblioteca-ans/index.php?codigo_sophia=6972 >. Publicação renumerada a partir de 2015, com indicação de volume e fascículo. O exemplar de 2019 – ano base 2018 representa o volume 14 da coleção. ISSN online 2447-0791

planos coletivos por adesão, devido às eficiências e vantagens que proporcionam para a pessoa jurídica contratante e para os usuários finais.

Considera também fatores que determinam a segregação dessa atividade em mercado relevante específico a estrutura de precificação e preços

Admite-se que, de forma geral, preço de um plano de saúde coletivo é inferior ao preço de um plano individual, devido a possibilidade de se diluir riscos em uma carteira com um número de beneficiários maior e de perfil mais homogêneo, de tal forma que uma administradora consegue potencializar esse efeito, mediante a reunião de diversas pessoas jurídicas em um mesmo contrato de plano coletivo junto a determinada operadora, ampliando ainda mais a carteira de beneficiários de um mesmo plano.

Essa carteira ampliada aumenta a possibilidade de diluição dos riscos decorrentes de eventos mais onerosos para o plano, o que permite obter melhores condições de negociação com a operadora, a assunção do risco financeiro do contrato.

Atuando como estipulante de contrato de plano de saúde, uma administradora de benefícios contrata o plano junto à operadora de plano de saúde e o oferece a diversas pessoas jurídicas interessadas em propiciar esse benefício aos seus empregados, associados e terceiros.

A agência adota a premissa de que a condição de estipulante faz com que as administradoras gerem benefícios para as pessoas jurídicas contratantes, pois as afasta da responsabilidade direta pela inadimplência, para as operadoras de planos de saúde, que têm maior garantia do pagamento dos planos de saúde contratados; e para os usuários finais, que tem seu plano de saúde vinculado a uma instituição com maior capacidade operacional e financeira do que uma pessoa jurídica contratante individualmente teria para lidar com inadimplência, portanto com mais condições de garantir a manutenção do plano coletivo e de preservar os interesses dos beneficiários adimplentes.

Tais vantagens fazem com que cerca de 90% dos contratos das administradoras envolvam a sua atuação como estipulante. Já na assunção do custo operacional do contrato, as administradoras oferecem a estas toda a assistência durante a contratação, as renegociações e a execução do contrato, inclusive no que diz respeito ao recebimento de pagamentos e à cobrança de inadimplentes.

Considera-se que, caso não houvesse a interveniência das administradoras de benefícios, estas atividades recairiam sobre as pessoas jurídicas contratantes, as quais teriam que incorrer em custos significativos para sua execução, subsistindo o risco de que, em casos extremos, a incapacidade financeira ou operacional para arcar com essas obrigações pode fazer com que uma pessoa jurídica opte por simplesmente não contratar um plano de saúde.

Assim, o CADE admite que tais fatores demonstram não somente a distinção entre as atividades das administradoras de benefícios e as atividades das operadoras de planos de saúde, mas, também, a grande importância daquelas, ou mesmo a sua imprescindibilidade, para que uma parcela significativa de pessoas jurídicas possa contratar planos de saúde, o que justifica a segregação da atividade de administração de benefícios em mercado relevante distinto do de planos de saúde.

A dimensão geográfica do mercado de administração de benefícios é nacional, considerando que uma pessoa jurídica que deseja adquirir um plano de saúde coletivo para seus colaboradores/associados pode contratar uma administradora de benefícios em qualquer lugar do Brasil, cabendo a esta contratar uma operadora de plano de saúde que possua rede credenciada na região em que a empresa contratante e os beneficiários do plano se localizam, portanto a relação da administradora com seus clientes pode se dar em âmbito nacional.

A dimensão geográfica para hospitais gerais utilizada pelo CADE é o deslocamento de 10 quilômetros, ou 20 minutos de deslocamento de automóvel, a partir da unidade hospitalar que é objeto do ato de concentração, que seria a distância máxima que o consumidor estaria disposto a percorrer para buscar atendimento. Manifestações recentes da Secretaria Geral esclarecem que não se trata de raio de 10 km, mas um deslocamento de automóvel “efetivo” de 10 km, cujo tempo de deslocamento é medido em momentos diferentes do dia (por exemplo, 8 horas

Para os hospitais especializados, trabalha-se, em geral, com dois cenários de mercado relevante geográfico: o raio de 10 quilômetros ou 20 minutos de deslocamento e o município onde se localiza o hospital analisado.

Nos mercados de centros médicos e de clínicas atendimento ambulatorial, especialmente as clínicas de oncologia, mercado várias vezes analisado pelo CADE, não se pode afirmar que há uma jurisprudência consolidada, encontrando-se como

critério o raio de 10 quilômetros ou 20 minutos , à semelhança do mercado de hospitais, e decisões com critério do município como mercado relevante, ou mesmo os dois cenários para análise de um ato de concentração.

Já na análise do segmento de Home Care, o CADE deixou em aberto a definição de mercado relevante sob as dimensões produto e geográfica. Isso porque os ACs, objetos de análise, trataram de substituição de agente econômico, ou apresentaram baixas participações de mercado das requerentes, sendo aprovados sem restrições.

A dimensão geográfica para os serviços de apoio à medicina diagnóstica prestados diretamente aos pacientes é definida como municipal, tendo como critério básico a necessidade e possibilidade de deslocamento dos consumidores.⁷²

Por exemplo, na fusão Hapvida Intermédica, aprovada pelo CADE em 2021. A operação consistiu em uma combinação dos negócios da Hapvida e da Intermédica, mediante a incorporação das ações da Intermédica pela Hapvida. Como resultado dessa incorporação, a Hapvida passou a deter a totalidade das ações da Intermédica, que se tornou uma subsidiária integral da Hapvida.

De acordo com as operadoras, Hapvida e Intermédica, a operação teria como principal objetivo continuar com a ampliação da oferta de serviços no setor de planos de saúde e seria um veículo para potencializar a expansão de seu modelo de negócios para todo o território nacional.

As operadoras também argumentaram que teriam acumulado conhecimento e experiência sobre como garantir o melhor atendimento aos beneficiários a custos otimizados e de forma eficiente, e que tais atributos, somados ao ganho de escala proporcionado pela operação, potencializariam a capacidade da Companhia Combinada de oferecer um atendimento de qualidade a preços competitivos para um maior número de pessoas.

Ainda que a atuação das Requerentes e as sobreposições horizontais ocorram em milhares desses mercados relevantes considerados de forma mais restrita em âmbito geográfico, a quantidade de mercados que demandou uma

⁷² Os critérios adotados pelo CADE na definição de mercados relevantes para os vários seguimentos no mercado de saúde suplementar são delineados na Cadernos do Cade: Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica (Edição revista e atualizada) Janeiro de 2022. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-estudo-atualizado-sobre-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-assistencia-a-saude-suplementar>. Acesso em 15/03/2023.

análise mais detalhada na série geográfica foi comparativamente, reduzida. Isso porque, conforme argumentado pelas operadoras em seu Formulário de Notificação, a atuação das empresas é complementar em termos geográficos.

Na análise da dinâmica concorrencial do mercado relevante com centroide em Belo Horizonte/MG, foi verificado pela Agência que grande parte dos complexos formados pela fusão, ou clusters, possui quadro concorrencial similar: estabilidade de participações de mercado, liderança da Unimed com participação de mercado em torno de 60%, seguida das Requerentes que, somadas, alcançariam cerca de 25% de participação de mercado e da Bradesco Saúde, com cerca de 8%. O restante do mercado é dividido entre SulAmérica, Amil e, em alguns clusters, Fundação São Francisco Xavier.

No caso, a Hapvida possuía participação de 18,73% no referido mercado, enquanto a Intermédica possuía participação de 4,96%. Em virtude da reduzida participação da Intermédica, a variação do HHI (*Herfindahl-Hirschman Index*) ficou em cerca de 186 pontos, inferior ao patamar a partir do qual se presume possibilidade de exercício de posição dominante.

Diante deste resultado final do HHI (*Herfindahl-Hirschman Index*), somado às conclusões obtidas a partir das análises cluster a cluster, restaram afastadas as preocupações concorrenciais decorrentes de eventual tentativa de exercício de poder de mercado nos diversos clusters formados a partir dos municípios incluídos no mercado relevante geográfico de Belo Horizonte.

Também foram avaliados os impactos da fusão Hapvida – Intermédica em termos nacionais. Tal análise se justifica pelo porte, escala de atuação e capilaridade das envolvidas. Considerou-se, em relação à oferta, que há grandes grupos de serviços médico-hospitalares que podem oferecer serviços para as OPS. E em relação aos contratantes, há diversos contratantes de planos de saúde para seus funcionários que atuam de forma espalhada pelo território brasileiro. A referida fusão poderia em tese repercutir no poder de barganha, tanto em relação à contratação de serviços, como na quantidade de opções de planos de saúde disponíveis para contratação.

Além das sobreposições horizontais a operação Hapvida-Intermédica também resultou em integrações verticais entre as seguintes atividades de Planos de saúde médico-hospitalares e centros médicos; Planos de saúde médico-hospitalares e

hospitais-gerais; Planos de saúde médico-hospitalares e hospitais especializados; Planos de saúde médico-hospitalares e serviços de apoio à medicina diagnóstica.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante é o de que atos de concentração que na forma de integrações verticais podem tanto gerar incentivos para condutas anticompetitivas, entre elas o fechamento de mercado e o aumento de custos de rivais, bem como a imposição de barreiras à entrada, mas que também podem trazer significativas eficiências.

Em relação às eficiências, o Caderno do DEE que traz exemplos especificamente relacionados ao setor de saúde acerca de potenciais eficiências geradas por integrações verticais entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviço, por exemplo, hospitais e serviços de apoio à medicina diagnóstica.

É frequente que entre OPS (Operadoras de Planos de Saúde) e prestadores de serviço haja assimetria de informação, potencializada pelos opostos objetivos de maximização de lucro inerentes a cada uma das partes envolvidas.

A OPS maximiza seu lucro quando o seu cliente não utiliza os serviços disponíveis (consulta, exames, internação, etc.) e/ou quando ela paga o menor preço possível para o prestador de serviço, e este prestador de serviço, por sua vez, maximiza seu lucro com a maior utilização possível da sua estrutura produtiva (leitos, UTI, equipamentos, etc.) e/ou quando cobra o maior preço possível pelo uso dos seus serviços pelos consumidores (na maioria, beneficiários de planos de saúde).

A integração vertical possibilita o alinhamento de interesses e de estratégias de empresas que antes possuíam interesses divergentes, em um ambiente em que o principal não tinha como observar as ações do agente.

Tal alinhamento pode ocorrer com a minimização de conflitos negociais, eliminação da dupla margem, preferência de atendimentos, garantia de demanda, coordenação entre demanda e oferta quanto aos tipos de serviços oferecidos, localização, quantidade e qualidade, além da minimização de incertezas nos pagamentos.

Já na análise dos possíveis incentivos para a prática de condutas anticompetitivas, a Resolução nº 2 do CADE, em seu art. 8º, inciso IV, preconiza que integrações verticais em que nenhuma das Requerentes (ou seus grupos econômicos) detenha mais de 30% do *market share* de quaisquer dos mercados

relevantes verticalmente integrados, podem ser analisadas de forma sumária, sem maiores aprofundamentos quanto à probabilidade de exercício de poder de mercado, uma vez que não apresentam riscos significativos à concorrência.

Especificamente em relação a possíveis fechamentos de mercado, o principal potencial efeito negativo decorrente de uma integração vertical, o CADE avalia se a empresa fusionada possui a capacidade e o incentivo para adotar o eventual fechamento de mercado.

O CADE também verifica se há disponibilidade de alternativas aos concorrentes para atender a novas demandas, seja para o fornecimento do insumo à montante, para o escoamento da produção ou, ainda, para a prestação de serviço à jusante. Ausentes indícios de capacidade e incentivo, é provável que a operação seja benéfica ao mercado, proporcionando ganhos de eficiência ao eliminar, por exemplo, o problema da dupla marginalização, sem a contrapartida de efeitos indesejados aos consumidores.

O que se constatou foi que a participação de mercado da Hapvida em planos de saúde era baixa nos municípios em que a Intermédica possui centros médicos, e vice-versa. Nas quatro espécies de integração vertical analisadas, verificou-se participação inferior a 50%, e variação de HHI em decorrência da Operação supera os 200 (duzentos) pontos, concluindo-se que não haveria um incremento do risco de fechamento de mercado entre planos de saúde médico-hospitalares e centros médicos em decorrência da referida fusão.

Não obstante a aprovação do negócio envolvendo concentração horizontal e vertical Intermédica Hapvida pelo CADE, após a análise dos impactos acima expostos, em relação aos mercados relevantes, é preciso considerar que a composição atual do setor de saúde suplementar, e sua tendência a uma crescente concentração do mercado, de certa forma uniformiza os produtos oferecidos, impedindo aquisição de planos por clientes que ofereçam margem de lucro desvantajosa para as operadoras. Esse efeito global traz importante desafio para as agências de regulação.

Por exemplo, na descrição da atuação do CADE trazida pelo atual Caderno de 2022, que versa sobre atos de concentração, dos 285 atos de concentração relativos a planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica julgados no período de 2003 a 2020, somente três foram reprovados pelo CADE.

Em relação a estas reprovações, as duas primeiras têm características em comum: alta concentração no mercado de hospitais e de planos de saúde em mercados geográficos restritos a municípios de médio porte. Estas reprovações são as de Santa Maria/RS e Franca/SP.

O ato de concentração nº 08012.008853/2008-28 referia-se a uma operação entre Unimed Santa Maria, a maior operadora de planos de saúde daquele mercado, e o Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo, o maior hospital do município. Pela operação, a Unimed cederia, por contrato de locação, ao Hospital de Caridade, o Hospital Regional da Unimed; em contrapartida, o Hospital de Caridade repassaria à Unimed a carteira de beneficiários de seu próprio plano de saúde (Carimed).

As requerentes ficariam como participações superiores a 90% em seus respectivos mercados. Constatada a improbabilidade de entrada de novos concorrentes nos dois mercados, bem como a impossibilidade de rivalidade frente a líderes de mercado com mais de 90% de participação, as requerentes também não conseguiram comprovar a existência de eficiências decorrentes da operação. Um último argumento de *failing firm* relativo ao hospital cedido também foi rechaçado pelo Conselho, dado que as dificuldades econômico-financeiras da instituição não foram demonstradas. O Conselho decidiu, então pela reprovação do ato de concentração.

O segundo ato de concentração reprovado (08700.003978/2012-90) tratava da aquisição do controle do Hospital Regional de Franca pela Unimed Franca. Tanto no mercado de hospitais quanto nos de planos de saúde, a operação resultaria em elevação significativa das concentrações de mercado, com Índices Herfindahl-Hirschman superiores a 7.000 pontos e variações do índice superiores a 3.000 pontos. Tanto a probabilidade de entrada quanto a de rivalidade efetiva foram descartadas pelo Conselho.

Nessas condições, haveria uma real possibilidade de fechamento de mercados decorrente da integração vertical entre hospital e planos de saúde, o que foi reforçada pela existência de capacidade ociosa nos hospitais das requerentes (os maiores do município), enquanto o principal concorrente que utilizava toda a sua capacidade operacional. Também neste caso, o argumento da *failing firm* foi utilizado pelas requerentes, entretanto, após uma detalhada análise de demonstrações contábeis dos dois hospitais das requerentes, o Conselheiro-Relator

concluiu que não havia diferenças significativas entre as condições econômico-financeiras das duas instituições, rejeitando o argumento.

No período de 2006 a 2021, quarenta e oito atos de concentração foram aprovados com restrições. Desse total, 68,7%, determinavam unicamente a adequação de cláusulas de não concorrência aos padrões jurisprudenciais do Cade: abrangência restrita aos mercados relevantes (tanto sob a ótica do produto quanto na dimensão geográfica) e prazo de duração não superior a cinco anos. Os demais (31,3%) envolvem restrições estruturais e/ou comportamentais, impostas unilateralmente pelo Cade ou negociadas mediante Termos de Compromissos de Desempenho (TCD) ou Acordos em Controle de Concentrações (ACC).⁷³

Termos de Compromissos de Desempenho (TCD) é instrumento introduzido pela Lei 8.884/94, no art. 58, em dispositivos legais que permitem ao CADE autorizar atos que, em tese, poderiam prejudicar o direito da livre concorrência, como, por exemplo, a reunião de controle acionário de duas sociedades; desde que sejam atendidas algumas condições específicas que demonstrem que a conduta empresarial pode implicar um benefício maior para o sistema do que a sua simples proibição.

Trata-se de uma solução alternativa de conflitos concorrenciais, na medida em que não é imposta, mas, sim, negociada com a parte interessada; e de caráter preventivo, uma vez que se antecipa à efetiva ocorrência do ato de concentração, evitando a concretização de eventuais prejuízos.⁷⁴

O Acordo em Controle de Concentração (ACC) é um instrumento utilizado para sanar eventuais problemas identificados em atos de concentração submetidos ao Cade. O objetivo do ACC é remediar uma situação estrutural que poderia inviabilizar a aprovação da operação analisada.⁷⁵

Nos casos em comento, As eficiências apresentadas não foram consideradas exclusivas da operação, além disso, diante da alta concentração e inexistência de

⁷³ Cadernos do Cade: Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica (Edição revista e atualizada) Janeiro de 2022. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-estudo-atualizado-sobre-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-assistencia-a-saude-suplementar>. Acesso em 15/03/2023. Pp. 87 e 88.

⁷⁴ NASCIMENTO, Cyntia; KLAJMIC, Magali. Compromisso de Desempenho: uma abordagem introdutória. Revista do IBRAC, São Paulo, v.4, n.4, p. 21 a 41, 1997.

⁷⁵ Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/acordos/accs>, acesso em 01/08/2024.

rivalidade, não haveria incentivos para que as requerentes dividissem esses ganhos com os consumidores. Finalmente, duas propostas de TCD foram recusadas pelo Conselho e o ato de concentração reprovado. Em 2021, constatou-se o não cumprimento do ACC referente ao AC nº 08700.001846/2020-33 (Hapvida/Plamed), dessa forma essa foi a terceira operação reprovada pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.⁷⁶

Dessa forma, ao nosso ver as irregularidades apontadas pelo CADE nem sequer tangenciam os problemas globais de preços elevados excluindo consumidores, nem a estrutura a nível nacional, com a uniformização dos planos.

Uma parcela expressiva da população é excluída de forma obliqua pelas operadoras, o mercado se torna cada vez mais concentrado, apresentando integração vertical que de certa forma constitui barreira à entrada de novos players, e todo este cenário só permite desaprovação de três atos que, por seu caráter limitado, trazem pouca repercussão quanto ao preço global dos planos.

Conclui-se que o fenômeno da concentração está afetando os direitos dos consumidores, mas que as ferramentas das agências para aferir os efeitos deletérios desta concentração tem apresentado desempenho limitado na mitigação destes efeitos.

Nas últimas décadas, esses mercados experimentaram significativas mudanças estruturais com o surgimento de grandes grupos econômicos com atuação nacional que, embora, em sua maioria, não tenham participações de mercado extremamente elevadas no âmbito nacional, passaram a dominar certos mercados regionais, como, por exemplo, planos de saúde em algumas cidades de médio porte, como por exemplo Santa Maria/RS e Franca/SP), hospitais em Brasília e medicina diagnóstica, no Rio de Janeiro.

Os custos crescentes derivados de exigências regulatórias e da incorporação de novas tecnologias de tratamento demandam maior capacidade de investimento e a necessidade de obter ganhos de escala. Por outro lado, esses mercados passaram a ser destino de investimentos de fundos nacionais e estrangeiros, o que

⁷⁶ Cadernos do Cade: Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica (Edição revista e atualizada) Janeiro de 2022. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-estudo-atualizado-sobre-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-assistencia-a-saude-suplementar>. Acesso em 15/03/2023. Pp.76-94.

permitiu um intenso processo de fusões e aquisições de empresas dentro do próprio mercado e entre empresas de diferentes elos da cadeia produtiva.

Acrescente-se que, desde 2018, tem havido uma expansão por parte de importantes grupos da cadeia produtiva de saúde suplementar, seja para mercados complementares, ou seja, expansão horizontal em serviços nos quais a operadora não atuava anteriormente, como por exemplo, na área de diagnósticos, passando a oferecer ressonância magnética, além da tomografia, implicando, portanto, em expansão de portfólio; seja para outros mercados verticalmente relacionados, como os setores de rádio fármacos, corretagem de seguros e desenvolvimento de softwares na área de gestão de saúde.

Destaca-se, também, em termos de concentração horizontal, tivemos a operação aprovada no final de 2021, mencionada no início desta seção, na qual Hapvida adquiriu o controle da Notre Dame Intermédica, resultando na maior operadora de planos de saúde do país. Por conta desse movimento, o CADE analisou e julgou 285 atos de concentração até 31 de dezembro de 2021.

Alguns conceitos se consolidaram desde o princípio das análises, como as definições de mercado relevante na dimensão do produto, que têm como base um documento publicado pela SEAE, em 2008, cujas definições permanecem válidas com poucas adaptações ao longo do tempo. Participações societárias cruzadas podem afetar a disposição das empresas de competir efetivamente.

Ainda que minoritárias, tais participações podem prover ao investidor o acesso a informações estratégicas sensíveis de concorrentes, de forma que se produza um alinhamento da atuação das empresas dos dois grupos econômicos envolvidos.

O caso mais destacado se originou de participações societárias de controladores do grupo Amil e do grupo D'Or em uma mesma empresa. Esse elo societário fez com que o CADE entendesse que, do ponto de vista concorrencial, se formara um único grande grupo econômico, cuja dissolução foi condição imposta pelo Conselho para aprovação de atos de concentração no mercado de hospitais.

Como visto acima, a agência considera que integrações verticais podem gerar efeitos positivos, como redução de custos de transação e eliminação de assimetria de informação, porém, dependendo do poder de mercado das empresas envolvidas essa relação, pode resultar na possibilidade de fechamento dos mercados afetados para outros concorrentes.

Esse possível efeito negativo foi o motivo para uma das reprovações de atos de concentração nos mercados da Cadeia de saúde suplementar, em uma operação que envolvia a compra de um hospital pela cooperativa Unimed no município de Franca/SP.

Também foi efeito considerado na operação reprovada, envolvendo o plano de saúde Unimed e hospital em Santa Maria/RS, mas nesse caso a decisão se deu pela alta concentração gerada nos dois mercados, que mesmo sem integração vertical, causava prejuízo à concorrência.

Houve, ainda, um caso de não cumprimento de ACC, relativo a condições impostas para aprovação da aquisição da Plamed pela Hapvida, no segmento de planos de saúde, que resultou na reprovação da operação, em 2021.

4.1 Fundamentos das Decisões do CADE em Saúde Suplementar

Para compreender o processo decisório e os fundamentos empregados pelo CADE na análise dos atos de concentração em saúde suplementar, foram selecionados para análise mais detalhada os onze últimos casos sobre o tema elencados em Caderno de saúde do CADE de 2022.

Foram escolhidos apenas estes últimos por trazerem amostra representativa dos atos de concentração estudados, e por refletirem o posicionamento, a jurisprudência administrativa mais recente da referida agência.

Ao analisar esses onze últimos atos elencados no Caderno de saúde do CADE de 2022, foi possível verificar que, com a aplicação do procedimento proposto pelo Regulamento 02 de 2012 desta agência, a aprovação se deu de forma sumária em 10 destes atos, pela simples constatação de que não geravam concentração significativa, no mercado relevante considerado, pelo método HHI, como se extrai dos fundamentos das referidas decisões.

A aplicação do referido procedimento sumário do Regulamento 02 de 2012 do CADE promove mera avaliação pelo método HHI, que foi concebido inicialmente para aplicação no contexto da economia dos EUA, que não padece da mesma

concentração, da mesma estrutura de desigualdade de renda e de subdesenvolvimento da economia brasileira.

Desconsidera que, ainda que tal análise matemática não indique concentração excessiva, estes mercados já são extremamente concentrados previamente ao ato de concentração a ser apreciado.

Evidência desta concentração prévia reside na própria distribuição geográfica da atuação das grandes operadoras de saúde, com o número de beneficiários se concentrando na Região Sudeste e capitais.

O principal fundamento das mais recentes decisões do CADE, sobre a concentração na Saúde Suplementar foi de ausência de prejuízos ao ambiente concorrencial, de acordo com o procedimento sumário do art. 8º e incisos da Resolução do CADE nº2 de 2012, cujas disposições seguem:

“Art. 8º. São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações:

I - Joint-Ventures clássicas ou cooperativas: casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente à participação em um mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou verticalmente relacionados;

II - Consolidação de controle: as aquisições de participação notificadas nos termos do artigo 11 desta Resolução.

III - Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo;

IV - Baixa participação de mercado com sobreposição horizontal: as situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar

dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial;

V - Baixa participação de mercado com integração vertical: as situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não detinham, comprovadamente, participação superior a 20% nos mercados relevantes verticalmente integrados, antes da operação.

VI - Outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples o suficiente, a critério da Superintendência-Geral, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada.”

Mas esse procedimento sumário, aplicado a um mercado já concentrado, com tantas desigualdades regionais e concentração de renda como o Brasil, acaba por limitar a análise do fenômeno da concentração, permitindo não só a perpetuação de um mercado altamente concentrado, mas a acentuação deste quadro, com conseqüente abuso do poder de mercado por parte das empresas.

Em algumas decisões, foi mitigada a aplicação de fórmulas em prol do ganho em eficiências, ou seja, nos processos em que o CADE observou que pela aplicação das fórmulas clássicas, se tratava de ato de concentração, mas aprovou o ato, em nome do ganho em eficiência.

Esse tipo de decisão desconsidera os efeitos deletérios da concentração a longo prazo, e outros impactos desta na ordem econômica que potencialmente não seriam justificáveis pelo mero ganho de eficiência para as operadoras ou possível redução de custos para o consumidor.

Essas decisões podem ser alvo de críticas tanto pela ótica de Salomão Filho, pela excessiva ênfase no academicismo, nas preferências pela teoria que seria mais adequada ao caso, se neoclássica ortodoxa ou pós-Chicago, tentando descobrir se um ilícito deve ser justificado com base na eficiência da prática, ou seja, discussões centradas na subsunção da conduta às teorias sobre proteção da concorrência, mas sem preocupações com as conseqüências práticas.

Sob a ótica de Forgioni, estas decisões são também passíveis de críticas, na medida em que não concretizam outros fins maiores positivados na Constituição

Federal de 1988, em especial no artigo 170, como por exemplo, a função social da propriedade, a busca do pleno emprego, e a defesa do consumidor.

Portanto, mais do que passíveis de críticas do ponto de vista acadêmico, são decisões que podem acarretar efeitos deletérios para o mercado de trabalho e para os consumidores neste setor.

A síntese dos fundamentos aplicados a estas onze decisões são sintetizados na tabela abaixo:

TABELA I: FUNDAMENTOS DAS DECISÕES DO CADE

Nº do processo 08700.001846/2020-33
Data 24/11/2021
Resultado: Reprovação
Natureza da Operação: Concentração nos mercados tanto de planos de saúde individuais/familiares quanto de planos de saúde coletivos empresariais em diversas localidades do Estado de Sergipe.
Fundamento: Elevadas participações de mercado conjuntas e dos índices HHI dos mercados relevantes afetados (incluindo suas respectivas variações – i.e., delta HHI), a extensiva análise realizada pela SG, corroborada pelo DEE, evidenciou que as Requerentes são as concorrentes mais próximas entre si.

Nº do processo 08700.004980/2021-77
Data 01/12/2021
Resultado: Aprovação sem restrições
Natureza da Operação: Aquisição de controle. Sobreposição horizontal no mercado de serviços de apoio à medicina diagnóstica (SAD) em Salvador/BA. Rivalidade. Integrações verticais. Mercados de hospitais gerais, oncologia ambulatorial, SAD e distribuição de medicamentos e materiais de uso médico-hospitalar.
Fundamento: O acréscimo de participação de mercado propiciado pela aquisição do Grupo AMO pela Dasa é pouco relevante em termos de concentração horizontal, resultando em variação do Índice Herfindahl-Hirschman (“HHI”) no

mercado definido em termos de faturamento, e em relação ao número total de exames. **Artigo 8º, inciso V da Resolução CADE nº 2/2012**

Nº do processo 08700.006103/2021-31
Data 01/12/2021
Resultado: Aprovação sem restrições
Natureza da Operação: Consolidação de controle. Mercados afetados: oncologia ambulatorial e hospitalar.
Fundamento: Quanto à dimensão geográfica, tende-se à definição dos mercados de serviços hospitalares como a área coberta por um raio de 10 km ou 20 minutos de deslocamento contados a partir do estabelecimento Natureza da Operação da análise ...Todavia, o CADE já admitiu ser uma definição conservadora, que pode ser flexibilizada conforme o caso, em especial no caso de hospitais especializados. Art. 8º, inciso VI, Resolução CADE nº 02/12.

Nº do processo 08700.006186/2021-68
Data 03/12/2021
Resultado: Aprovação sem restrições
Natureza da Operação: Aquisição de controle. Mercados afetados: hospitais gerais
Fundamento: Hospital Santa Isabel é um hospital geral, e por conta das atividades da Rede D'Or na área de influência deste hospital, entende-se que a Operação resulta em sobreposição horizontal com relação às atividades no segmento de hospitais gerais e circunscrita ao raio de 10 km ou estão a 20 min de deslocamento em torno do Hospital Santa Isabel, no município de São Paulo/SP. Art. 8º, inciso III, Resolução CADE nº 02/12.

Nº do processo 08700.006300/2021-50
Data 03/12/2021
Resultado: Aprovação sem restrições
Natureza da Operação: Aquisição de controle. Mercados afetados: planos de saúde e atividades de atendimento hospitalar.

Fundamento: As estimativas de *market share* conjunto das Requerentes em todos os mercados verticalmente integrados situam-se abaixo de 30%, conclui-se que a Operação não acarreta prejuízos ao ambiente concorrencial. Procedimento sumário do **art. 8º, incisos IV da Resolução nº 2/12.**

Nº do processo 08700.006203/2021-67
Data 06/12/2021
Resultado: Aprovação sem restrições
Natureza da Operação: Aquisição de controle Mercado afetado: Atendimento hospitalar
Fundamento: Diante das definições de mercado adotadas por este Conselho, é possível concluir que a Operação em tela não enseja sobreposição horizontal ou integração vertical entre as atividades das Requerentes. Conforme apresentado pelas Partes, ainda que ambas prestem serviços médicos e hospitalares, as Partes operam em localidades distintas. Procedimento sumário do art. 8º, inciso II, da Resolução nº 2/12.

Nº do processo 08700.006164/2021-06
Data 07/12/2021
Resultado: Aprovação sem restrições
Natureza da Operação: : <i>Joint venture</i> . Mercados afetados: oncologia ambulatorial e hospitalar, serviços médico-hospitalares e planos de saúde.
Fundamento: Operação se trata de estabelecimento de empreendimento <i>greenfield</i> (ou seja, de um novo centro de tratamento de câncer), o qual aumentará a oferta de serviços oncológicos. Ou seja, apesar de a Operação ter como efeito o reforço das integrações verticais já verificadas entre as Requerentes, ela não possui o condão de gerar incremento de concentração de mercado dado o fato de que a parceria objeto deste ato de concentração se trata da criação de um novo estabelecimento o qual propiciará aumento de oferta. Hipótese de procedimento sumário do art. 8º, inciso IV, da Resolução nº 2/12.

Nº do processo 08700.003176/2021-71

Data 15/12/2021
Resultado: Aprovação sem restrições
Natureza da Operação: Sobreposições horizontais nos mercados de planos de saúde médico- hospitalares, considerando sua segmentação em planos individuais/familiares, coletivos empresariais e coletivos por adesão em alguns municípios.
Fundamento: Limitadas sobreposições horizontais no mercado de centros médicos em alguns municípios (Joinville-SC, Uberlândia-MG, Belo Horizonte-MG e Contagem-MG); e Potencial incremento nas integrações verticais entre, de um lado, as atividades de hospitais, centros médicos e SAD e, de outro lado, planos médicos, com limitados impactos concorrenciais, tendo em vista, principalmente, a alta verticalização das Requerentes e baixo incremento de participação de mercado em planos de saúde onde a contraparte possui alguma das três estruturas.

Nº do processo 08700.005210/2021-41
Data 15/12/2021
Resultado: Aprovação sem restrições
Natureza da Operação: Aquisição de participação societária. Setor econômico envolvido: atividades de atendimento hospitalar e em pronto socorro, planos de saúde e atividades auxiliares dos seguros e intermediação de planos de saúde.
Fundamento: as participações de mercado detidas pelas Requerentes nos mercados horizontal e verticalmente relacionados permanecem abaixo dos patamares que indicam preocupação concorrencial e que a operação não altera de forma significativa as condições de mercado ou de governança da Qualicorp, em relação ao analisado nos Atos de Concentração anteriores. Entretanto, permanece em aberto a possibilidade de aprofundamento das relações entre as Partes (inclusive de poder conglomerado) quando (e se) houver alteração no controle da Qualicorp ou, ainda, se a Rede D'Or se tornar controladora unitária da Qualicorp.

Nº do processo 08700.003594/2021-68

Data 20/12/2021
Resultado: Aprovação sem restrições
Natureza da Operação: Sobreposição horizontal no mercado de serviços de oncologia ambulatorial, segmento de quimioterapia. Integração vertical entre oncologia ambulatorial e SAD (serviços de apoio a medicina diagnóstica).
Fundamento: A presença de rivalidade no mercado, capaz de contestar uma eventual tentativa de exercício unilateral de poder de mercado das Requerentes; e a inexistência de barreiras expressivas à entrada, comprovadas por novas entradas de agentes nos mercados. Tanto para os exames de análises clínicas, quanto para os de anatomia patológica e citopatológica, em Salvador/BA, verifica-se que não há preocupações concorrenciais, já que a participação da empresa JPC do grupo CAM foi inferior a 30% nos dois mercados. nos termos da Resolução nº 2 do CADE, art. 8º, caracterizaria o mercado como de rito sumário.

Nº do processo 08700.006681/2021-77
Data 21/12/2021
Resultado: Aprovação sem restrições
Natureza da Operação: Aquisição de controle. Mercados afetados: serviços médico-hospitalares e serviços de medicina diagnóstica.
Fundamento: entende-se que a Operação configura uma mera substituição de agente econômico, não demandando, deste modo, uma análise mais aprofundada dos mercados envolvidos. O Mater Dei passará a atuar no município de Uberlândia/MG por meio da aquisição das Empresas-alvo. Art. 8º, inciso II, Resolução CADE nº 02/12.
Por todo o exposto, conclui-se que a Operação não tem o condão de acarretar prejuízos ao ambiente concorrencial, recaiando na hipótese de procedimento sumário do art. 8º, inciso II, da Resolução CADE nº 2/12.

4.2 Economia Da Saúde Suplementar

O mercado de planos de saúde, além de suas características particulares em inelasticidade da demanda, informação assimétrica e falhas de mercado, apresenta outras particularidades, menos abordadas pela literatura, relativas à tecnologia, à baixa mobilidade dos fatores de produção, aos juros e aos custos de transação, que convergem em outra característica deste mercado: os custos crescentes.

Pela oferta insuficiente de serviços públicos de saúde, e preocupadas com os custos associados ao risco de adoecer, as pessoas se veem compelidas a pagar uma contribuição prévia aos planos de saúde, cujos sistemas privados de financiamento da cobertura de riscos em saúde intermedeiam a relação entre consumidores e prestadores médico-hospitalares.

Dessa forma, os planos ostentam a natureza de seguros para cobertura do risco do evento doença, isto é dos custos decorrentes de uma necessidade de uso dos bens e serviços de saúde. Os gastos associados à atenção médica criam o risco financeiro contra o qual o plano é designado a proteger, e os segurados pagam antecipadamente, aos planos e seguros de saúde, com vistas a uma utilização potencial.

Entretanto, na maioria dos casos, não há uma escolha deliberada pelo consumo de serviços de saúde, e sim uma necessidade por atenção médica. Mesmo quando pode ser observada uma escolha por determinado serviço médico, ela está, em última instância, condicionada pela existência dessa necessidade, ou da sua percepção dessa necessidade.

Partindo desta constatação, não se pode negar que existam motivações extra-econômicas para explicar o consumo originado pela necessidade de cura: independentemente do preço e do risco percebido, o consumidor estaria disposto a pagar o que fosse preciso para resolver ou atenuar o seu problema de saúde.

Consequentemente, a demanda seria potencialmente inelástica em relação ao preço. Não é preciso formalizar um modelo de equilíbrio para postular que o princípio da demanda inelástica explica, teoricamente, a existência de “preços de monopólio” entre os bens e serviços na área da saúde.

Considerável parcela da renda familiar é empenhada no pagamento de planos de saúde, para cobertura dos custos associados ao risco de adoecer, quando não são obrigadas a fazer pesados esforços financeiros e patrimoniais.

Este cenário possibilita ao mercado a proposta de preços não competitivos, com ou sem a intermediação financeira dos planos. De um ponto de vista microeconômico, estaria assim configurada uma situação típica de concorrência imperfeita, onde os preços apareceriam como “preços de monopólio”, pois vendedores poderiam fixar maiores lucros. Em certa medida, essa característica da demanda permite que, em geral, a variação do nível de preços dos serviços médicos, hospitalares e de medicamentos seja maior do que a taxa média de inflação da economia. Apesar do padrão de competição do mercado e do papel regulador do Estado, três outros importantes fatores que afetam a demanda por serviços de saúde.

Primeiro, a restrição orçamentária das famílias constitui um limite à pressão dos preços de monopólio. Segundo, dada a presença de um conjunto de produtos no mercado, os quais apresentam distintas elasticidades da demanda em relação ao preço, o grau de inelasticidade deve ser apreciado individualmente. Finalmente, a percepção da necessidade de saúde, que afeta o nível da demanda, varia de acordo com a educação e o tipo de cultura.

Por exemplo, o fenômeno da medicalização da sociedade, agora sob o bastão da higiomania, ideologia do corpo perfeito, favoreceria a submissão de parcelas crescentes da população aos desígnios da medicina, na expectativa de atingir um melhor padrão de vida.

É plausível pensar que a presença dos planos de saúde na qualidade de terceiro-pagador torne o paciente menos sensível aos preços cobrados pelos provedores, consequentemente, tornando a demanda menos sensível ao preço.

Por este efeito, os planos acabam deslocando a curva de demanda para a direita, colocando uma pressão crescente sobre os preços dos serviços médicos, ao mesmo tempo em que elevam a quantidade de serviços demandada.

Além destas falhas de mercado, a concentração econômica produz outras falhas importantes nos serviços de saúde. Para compreensão do efeito dos atos de concentração nas falhas de mercado no setor de saúde, RICHMAN e SCHULMAN(2017) destacam o papel das seguradoras e operadoras de saúde nos Estados Unidos.

No exemplo dos Estados Unidos, as seguradoras e operadoras de saúde são parte integrante do sistema de financiamento dos serviços de saúde, desenvolvendo uma rede de prestadores com hospitais e médicos, que são contratados para prestar serviços clínicos a preços negociados.

Essas redes são uma forma de negociar os preços dos serviços, na ausência de um contrato, de um sistema baseado em coeficientes honorários. A segunda função das operadoras consiste em comercializar acesso a esta rede. As operadoras oferecem a rede de atendimento a empresas para que estas tenham o atendimento de seus funcionários, a associações para permitir atendimento de seus sócios e a particulares.

A principal característica deste mercado é a influência negocial dos maiores *players* no desenvolvimento destas redes. Esse mercado de provedores tem sofrido importantes modificações nas últimas duas décadas. Os hospitais sem fins lucrativos desenvolveram extensas redes de hospitais adquiridos e administrados, e agregaram pequenas clínicas, de forma a consolidar suas redes de atendimento.

Esta consolidação avançou rapidamente, com os economistas sugerindo que metade dos hospitais dos Estados Unidos podem ser classificados como integrantes de mercados altamente concentrados, um terço como integrantes de mercados moderadamente concentrado e os restantes, de mercados não concentrados.

Os mesmos estudos não consideraram nenhum destes mercados como altamente competitivo. Diante deste cenário de consolidação, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DoJ) recentemente bloqueou várias propostas de

fusão entre estes prestadores, mas pouco fez para corrigir a concentração significativa já existente.

Vistas desta perspectiva, as seguradoras e operadoras de saúde são intermediárias, negociando contratos de serviços com hospitais, sistemas de saúde e médicos, em nome dos pagadores finais. Grande parte do valor da rede de atendimento pode ser avaliada pelo tamanho desta rede, ou seja, pelos hospitais e médicos estão incluídos na rede, e pelos preços unitários alcançados em negociações contratuais.

Mesmo nos Estados Unidos, com sua longa tradição de defesa da concorrência, baixa inflação e com um mercado mais amplo, a consolidação dos prestadores tem acarretado impacto significativo nos custos dos serviços de saúde.

Em um estudo na Califórnia, verificou-se que pacientes atendidos por médicos em seus consultórios próprios custam ao plano de saúde três mil e sessenta e seis dólares, (US\$ 3066,) enquanto os pacientes que consultam médicos no âmbito de um sistema de atendimento de uma policlínica, em consultório pertencente a uma rede de prestadores, custam ao plano de saúde quatro mil, setecentos e setenta e seis dólares e quarenta cents,(US\$ 4776,4), ou seja, valor mais que cinquenta por cento mais elevado.⁷⁷

Em vários estudos, a consolidação hospitalar em mercados já concentrados resulta em aumentos de preços de pelo menos vinte por cento (20%). De uma forma geral, o custo total dos cuidados de saúde patrocinados pelos empregadores o seguro em 2016 era de US\$ 6.435 para um indivíduo, e de US\$ 18.142 para cobertura familiar. Esses custos representam um aumento de cinquenta e oito por cento (58%) em relação ao ano de 2006.⁷⁸

⁷⁷ RICHMAN Barak D. SCHULMAN Kevin A. A Novel Look at Antitrust Analysis in Health Insurance Markets. Competition Policy International, 2017 Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2017-51 7 Pages Posted: 25 Jul 2017 in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3005661 Acesso em 03/08/2023.

⁷⁸ RICHMAN Barak D. SCHULMAN Kevin A. A Novel Look at Antitrust Analysis in Health Insurance Markets. Competition Policy International, 2017 Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2017-51 7 Pages Posted: 25 Jul 2017 in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3005661 Acesso em 03/08/2023.

Portanto, os estudos sobre o mercado americano de saúde suplementar demonstram que um mercado em que os hospitais estão altamente concentrados acaba por sofrer um aumento significativo nos custos dos serviços de saúde.

Foi suscitada a questão de um possível benefício da concentração das seguradoras para que estas, ampliando seu poder de mercado através de consolidação, pudessem oferecer uma resistência ao aumento de preços promovido pelos prestadores, hospitais e médicos.

Mas o Tribunal Distrital americano competente para julgar o referido caso, o caso da *Anthem*, sobre a fusão da segunda e da terceira maiores seguradoras de saúde dos EUA, não acolheu os argumentos da *Anthem* de possíveis eficiências econômicas resultantes da fusão. A *Anthem* argumentou que poderia estender os descontos oferecidos a seus afiliados aos beneficiários dos planos da *Cigna*.⁷⁹

O Tribunal Distrital afastou esta tese de eficiência, considerando que esta oferta de desconto não era efeito específico da fusão pretendida, por considerar improvável que os prestadores aceitassem oferecer serviços por valores menores sem receber nada em troca, que as eficiências econômicas eram aspiracionais, na medida em que todas as estratégias propostas fracassavam diante dos negócios reais, ou eram alcançáveis sem a fusão.

Por outro lado, a *American Hospital Association* (“AHA”) and the *American Medical Association* (“AMA”) pediram às autoridades de defesa da concorrência, principalmente ao *Department of Justice* (DoJ), uma atuação mais enérgica no sentido de coibir esses atos de concentração.

As referidas associações alegam que a concentração, com fusões e aumento das seguradoras, permitiriam uma pressão para diminuir valor dos reembolsos aos prestadores ameaçando a qualidade e a disponibilidade dos cuidados.

As seguradoras alegam que os fornecedores dominantes justificam as seguradoras dominantes, na medida em que uma seguradora com poder de

⁷⁹ RICHMAN Barak D. SCHULMAN Kevin A. A Novel Look at Antitrust Analysis in Health Insurance Markets. Competition Policy International, 2017 Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2017-51 7 Pages Posted: 25 Jul 2017 in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3005661 Acesso em 03/08/2023.

negociação pode contrabalançar o poder de monopólio do fornecedor e garantir condições mais favoráveis.

Mas o acolhimento destes argumentos traz graves riscos. Em mercados onde existem simultaneamente seguradoras dominantes e fornecedores dominantes, os gigantes gêmeos usam sua alavancagem coletiva não para extrair concessões uns dos outros, mas sim para coordenar esforços para garantir a sua liderança coletiva, como ocorreu, por exemplo, nos mercados de Michigan e Boston.⁸⁰

Evidências recentes sugerem que os gigantes, ainda que em polos distintos, têm pelo menos a mesma probabilidade de conspirar silenciosamente e apoiar-se mutuamente, excluindo potenciais concorrentes.⁸¹

No Brasil, por seu turno, a despeito de ter sua dinâmica acompanhada por intensa atividade regulatória pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, apresenta algumas falhas, na medida em que o desempenho da atividade econômica pelas operadoras de planos de saúde - OPS se afasta dos princípios legais e constitucionais que regem o direito à saúde.

A análise dos atos de concentração relativos ao mercado de planos e seguros saúde, com definição de mercado relevante a partir da análise do comportamento da demanda diante de variações de preços como preconizado pela análise neoclássica, é de difícil implementação neste âmbito.

As ferramentas mais consagradas, como o Teste do Monopolista Hipotético e o Teste de Perda Crítica, pressupõem observação do comportamento dos consumidores diante de variações de preços para definir tanto o grau de substitutibilidade entre produtos, quanto o deslocamento que os consumidores estão dispostos a realizar para buscar produtos similares de outros ofertantes.

⁸⁰ RICHMAN Barak D. SCHULMAN Kevin A. A Novel Look at Antitrust Analysis in Health Insurance Markets. Competition Policy International, 2017 Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2017-51 7 Pages Posted: 25 Jul 2017 in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3005661 Acesso em 03/08/2023.

⁸¹ RICHMAN Barak D. SCHULMAN Kevin A. A Novel Look at Antitrust Analysis in Health Insurance Markets. Competition Policy International, 2017 Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2017-51 7 Pages Posted: 25 Jul 2017 in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3005661 Acesso em 03/08/2023.

Mas como o financiamento dos serviços e planos de saúde é realizado, em grande parte, por um terceiro pagador, que é segurador ou empregador, e não pelos consumidores diretos, as ferramentas neoclássicas não se mostram adequadas ao controle da concentração na saúde suplementar.

Isso porque estas ferramentas pressupõem uma escolha potencial, racional, realizada pelo consumidor em relação ao que é ofertado no mercado, mas a escolha do produto a ser contratado, e a maneira como será prestado o serviço não são decididos pelo consumidor. O mercado de saúde suplementar tem forte presença de intermediação financeira, como mecanismo de viabilização do consumo da maioria dos bens e serviços de saúde.

Quem determina de fato o que vai ser ofertado são as seguradoras, e quem contrata com estas são as empresas, que depois possibilitam a contratação de planos pelos consumidores, impossibilitando a construção direta desses testes.

A presença do terceiro pagador determina que as transações de preços sejam observadas em pequeno número, uma vez que são realizadas através de contratos bilaterais celebrados entre operadoras de planos de saúde e provedores de serviços.

Além disso, a aquisição de planos de saúde é realizada através de contratos, com os custos de transação que lhe são inerentes, dificultando a migração entre planos pelos consumidores, ainda que estes custos tenham sido mitigados por atividade regulatória da ANS(e.g. portabilidade, regulação de reajustes, etc.)

A definição de mercado relevante na dimensão produto requer a análise da substitutibilidade da demanda e da oferta. No caso do mercado de planos e seguros de saúde, principalmente após a introdução do *Managed Care*, existe uma diversidade grande de tipos de contratos possíveis e não existem evidências empíricas robustas sobre a substitutibilidade desses contratos/seguros.

No Brasil, em 2014, segundo os dados da ANS, cerca de 80% dos planos de saúde são caracterizados como de adesão coletiva. Como os contratos de adesão coletiva e adesão individual são adquiridos em ambientes distintos é razoável supor que não existe substitutibilidade entre os mesmos. No contrato coletivo, a demanda está condicionada a uma decisão da pessoa jurídica contratante.

Os contratos coletivos se dividem em coletivo empresarial ou coletivo por adesão. O coletivo empresarial se refere em geral ao plano ofertado através do empregador que pode ser com ou sem patrocinador, enquanto o coletivo por adesão se refere na maior parte das vezes a um vínculo associativo ou sindical. As duas modalidades de planos coletivos são muito similares do ponto de vista da regulamentação e na forma de contratação.

Um indivíduo que decide comprar um plano não tem como alternativa de escolha os mesmos contratos que são ofertados para empresas. O mercado relevante geográfico de planos e seguros de saúde tem uma dimensão local na medida em que se configura a partir da interação entre a oferta e demanda de serviços médicos.

Especificamente, os indivíduos têm preferências por demandar cuidados de saúde, principalmente os de atenção primária e média complexidade sem incorrer em elevados custos de acesso em termos de deslocamento e tempo os indivíduos utilizam os serviços básicos de saúde oferecidos pelos seus planos ou seguros, nas proximidades de seu local de trabalho e/ou de sua residência.

Em mercados onde a identidade do consumidor importa para a determinação dos custos, a ampliação da concorrência pode ter efeitos negativos.

Embora a livre alocação dos indivíduos entre diferentes planos incentive a provisão eficiente, na presença de seleção adversa as firmas têm interesse em concorrer pelos indivíduos de baixo risco. Desse modo, os resultados da concorrência podem ser sub-ótimos.

Ocorre seleção adversa no mercado de seguros quando a seguradora não pode ajustar o prêmio ao risco individual, seja por falta de informação, seja por algum impedimento regulatório. Em casos extremos, a seleção adversa pode resultar na exclusão de mercados para determinados tipos de risco.⁸²

Em contraposição a esta seleção adversa, a Agência Nacional de Saúde (ANS) editou, em 2015, a Súmula Normativa nº 27, que veda a seleção de riscos pelas operadoras de plano de saúde na contratação de qualquer modalidade de

⁸² ANDRADE Monica Viegas et. Al. Mercados e Concentração no Setor Suplementar de Planos e Seguros de Saúde no Brasil PESQUISA E PLANEJAMENTO ECONÔMICO - PPE - V. 42 n. 3 dez. 2012

plano privado de assistência à saúde. Portanto, não cabe à operadora selecionar a faixa etária ou condição de saúde para fins de prestação do serviço.

CONCLUSÃO

O fenômeno da concentração no setor de saúde suplementar consiste na integração horizontal e vertical das operações deste setor. Uma concentração horizontal ocorre em operações envolvendo agentes econômicos distintos que ofertam produtos ou serviços substitutos entre si, como por exemplo, quando uma rede de hospitais adquire outra rede de hospitais.

Já a concentração vertical consiste na operação envolvendo agentes econômicos distintos, que ofertam produtos ou serviços pertencentes a etapas diferentes da mesma Cadeia produtiva. No setor de saúde suplementar, a concentração, ou integração vertical se dá, por exemplo, quando uma operadora de saúde adquire uma rede de hospitais ou de laboratórios.⁸³

A concentração, tanto horizontal, quanto vertical, é uma tendência progressiva do setor de medicina suplementar. Segundo dados da ANS, as operadoras de planos médico-hospitalares apresentaram em 2020 uma redução de aproximadamente 47% da quantidade existente em 2010. Já as operadoras de planos exclusivamente odontológicos caíram aproximadamente 44% entre os anos de 2010 e 2020.

Além desta concentração progressiva, o mercado de saúde suplementar já apresenta estrutura bastante concentrada. Segundo o CADE, as onze maiores OPS somam 41,52% dos beneficiários de planos de saúde do país, ficando os restantes 58,48% distribuídos entre as demais 700 operadoras

⁸³ RICHMAN Barak D. SCHULMAN Kevin A. A Novel Look at Antitrust Analysis in Health Insurance Markets. Competition Policy International, 2017 Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2017-51 7 Pages Posted: 25 Jul 2017 in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3005661 Acesso em 03/08/2023.

registradas pela ANS. Entre as operadoras (OPS), existem quatro unidades do sistema Unimed entre as 11 maiores OPS do país.

Alega-se que a concentração no setor de saúde suplementar decorre de falhas de mercado e aumento crescente dos custos do setor, que por sua vez decorrem de exigências regulatórias, e da necessidade de incorporação de novas tecnologias de tratamento, com consequente aumento de custos e necessidade de se gerar ganhos de escala para diluir os custos operacionais.

E a um mercado concentrado, com tendência a uma maior integração vertical e horizontal, soma-se a estrutura de uma sociedade que padece de intensa desigualdade econômica, com riqueza concentrada na mão de poucos, e com grande população de baixa renda.

A inadequação da aplicação de modelos estrangeiros de controle de concentrações foi demonstrada por Calixto Salomão Filho, que correlaciona as dificuldades de implantação de um modelo brasileiro de defesa da concorrência, com as estruturas sociais, jurídicas e econômicas do subdesenvolvimento.

O mercado de saúde suplementar não é caracterizado pelo comércio de produtos de baixa tecnologia, mas compartilha com esta estrutura, típica das economias subdesenvolvidas, a sua característica refratariedade a ganhos de produtividade pela incorporação de novas tecnologias.

Do mesmo modo que incorporação de novas tecnologias no setor de produção de matérias-primas não reflete em ganhos de produtividade, também no setor saúde a incorporação de novas tecnologias não aumenta produtividade, podendo, ao revés, levar a aumento subsequente de custos, como, por exemplo, no aprimoramento de ferramentas diagnósticas, que aumenta os gastos com as patologias então detectadas.

Como é característico destas economias subdesenvolvidas, existe grande concentração de poder econômico com poucas pessoas, e como não é possível aumento de produtividade pelo desenvolvimento tecnológico, este aumento de produtividade se dá pela diminuição dos valores pagos aos trabalhadores, e consequente aumento das desigualdades sociais e piora das condições de trabalho.

É o que tem ocorrido no setor de saúde suplementar. Com a verticalização e capitalização, com a pressão cada vez maior de investidores para recuperar seus investimentos e obter ganhos, a relativa impossibilidade de obtenção de maior eficiência econômica no desenvolvimento de tecnologias e insumos para os tratamentos, que são em sua maioria importados, a pressão passa a ser suportada pelos trabalhadores da área da saúde.

A concentração do setor de saúde suplementar acarreta prejuízo aos trabalhadores e aos consumidores, com piora progressiva do atendimento oferecido, que se distancia das diretrizes preconizadas pela lei e pela Constituição, passando a obedecer aos interesses dos agentes financiadores da saúde suplementar, informados pelo princípio do lucro.

O prejuízo aos consumidores resta configurado pela ausência de oferta de planos para determinadas populações com alta sinistralidade, como idosos, e pela padronização dos planos oferecidos, com limitadas vantagens financeiras, diferenças de preço na escolha entre produtos de uma ou de outra operadora.

A exclusão de possíveis beneficiários pelo setor viola os princípios constitucionais da isonomia, a função social dos contratos e a proteção ao consumidor, direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Além de permitir exercício abusivo de poder de mercado, prejudicando os consumidores, que sofrem com essa seleção adversa, com negativas de cobertura, entre outros abusos, concentração no mercado de saúde suplementar prejudica os trabalhadores do setor, que sofrem aumento progressivo de pressão por produtividade e achatamento dos ganhos como forma de garantir o lucro dos empresários do setor.

Um controle mais adequado dos atos de concentração deveria levar em conta, mais que o impacto do ato de concentração sobre as empresas que integram o referido mercado, o seu impacto sobre os consumidores e sobre o mercado de trabalho do setor, a curto e médio prazo.

Mas a análise dos atos de concentração relativos ao setor de saúde suplementar, na sistemática atual empregada pelo CADE, com ferramentas

neoclássicas importadas de países que não padecem da mesma desigualdade social e estrutura concentrada do Brasil, sequer tangenciam estas questões, com consequente agravamento da concentração neste setor.

**ANEXO I - FUNDAMENTOS DOS DESPACHOS DECISÓRIOS NAS DECISÕES
DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA DO CADE**

AC 08700.001846/2020-33
Julgado em 24/11/2021
REPROVAÇÃO
“Como foi demonstrado nos autos, a operação ora sob exame gera sobreposição horizontal com elevada concentração nos mercados tanto de planos de saúde individuais/familiares quanto de planos de saúde coletivos empresariais em diversas localidades do Estado de Sergipe.
Além das elevadas participações de mercado conjuntas e dos índices HHI dos mercados relevantes afetados (incluindo suas respectivas variações – i.e., delta HHI), a extensiva análise realizada pela SG, corroborada pelo DEE, evidenciou que as Requerentes são as concorrentes mais próximas entre si, tendo em vista os preços praticados (em comparação às demais OPS de Sergipe) e a taxa de desvio/migração (churn) de beneficiários nos últimos anos.
Com efeito, torna-se forçoso concluir que, caso aprovado sem restrições, este Ato de Concentração aumentaria significativamente a possibilidade e probabilidade do exercício de poder de mercado por parte da empresa adquirente (Hapvida), em prejuízo ao bem-estar dos consumidores.
Nesse sentido, a aprovação somente seria possível caso fossem adotados remédios substanciais, que se mostrassem efetivos, viáveis e tempestivos para mitigar as preocupações concorrenciais decorrentes da operação, o que entendo estar previsto no ACC ora firmado entre as Requerentes e este Conselho.
Importantíssimo ressaltar, com enorme destaque, que o presente ACC utilizou o mesmo racional e coerência com o ACC anterior relativo ao mercado de plano de saúde - firmado no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.002346/2019-85, envolvendo o Grupo Athena e o Grupo São Bernardo Saúde -, ressaltando que os desinvestimentos a serem

realizados, como a modalidade próxima ao fix-it-first implementada neste caso, foram, em decorrência da maior concentração no mercado relevante em tela, ainda mais agressivos e substanciais, tanto quanto aos planos coletivos empresariais como aos planos individuais.

AC 08700.004980/2021-77
Julgado em 01/12/2021
Aprovação sem restrições
EMENTA: Ato de Concentração. Procedimento ordinário. Requerentes: Diagnósticos da América S.A., Paquetá Participações S.A. e AMO Participações S.A. Aquisição de controle. Sobreposição horizontal no mercado de serviços de apoio à medicina diagnóstica (SAD) em Salvador/BA. Rivalidade. Integrações verticais. Mercados de hospitais gerais, oncologia ambulatorial, SAD e distribuição de medicamentos e materiais de uso médico-hospitalar. Ausência de possibilidade de fechamento dos mercados verticalmente relacionados. Aprovação sem restrições.
Conclusão quanto aos mercados relevantes
Considerando o exposto acima, e para fins de análise da Operação, serão considerados os seguintes mercados relevantes neste parecer:
• mercado privado de SAD no município de Salvador, contemplando os seguintes exames: ○ análises clínicas; ○ anatomia patológica e citopatológica; ○ diagnósticos por imagem (densitometria óssea, endoscopia, mamografia, raio-x, ressonância magnética, tomografia, ultrassom convencional e doppler); e ○ diagnósticos por métodos gráficos (ecocardiograma, eletrocardiograma, função pulmonar, holter, MAPA e teste ergométrico);

mercado de serviços de apoio a outros laboratórios, analisado sob os cenários nacional e regional (região Nordeste);
mercado de hospitais gerais localizados no raio de 10 quilômetros ou 20 minutos de deslocamento efetivo a partir do Hospital da Bahia, em Salvador;
mercado de serviços de oncologia ambulatorial – quimioterapia no município de Salvador; e
mercado nacional de distribuição de medicamentos e produtos médico-hospitalares.
Com relação aos exames de análises clínicas, observa-se que, a despeito do fato de a Dasa controlar parcela relevante desse mercado – atingindo, em 2020, um <i>market share</i> de 20-30% [ACESSO RESTRITO AO CADE E À DASA] em termos de faturamento e 20-30% [ACESSO RESTRITO AO CADE E À DASA] em quantidade de exames –, as Empresas-Alvo detêm participação de mercado inferior a 0-10% [ACESSO RESTRITO AO CADE E ÀS REQUERENTES] no segmento. Percebe-se, nesse sentido, que o acréscimo de participação de mercado propiciado pela aquisição do Grupo AMO pela Dasa é pouco relevante em termos de concentração horizontal, resultando em variação do Índice Herfindahl-Hirschman (“HHI”)[41] de [ACESSO RESTRITO AO CADE], no mercado definido em termos de faturamento, e [ACESSO RESTRITO AO CADE] em relação ao número total de exames.
Conforme previsto no artigo 8º, inciso V da Resolução CADE nº 2/2012, as concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferior a 200 pontos e não gerem controle de parcela de mercado relevante superior a 50% podem ser aprovadas sob o rito sumário, pois entende-se que um pequeno incremento de <i>market share</i> não implica, por si só, maior probabilidade de exercício de poder de mercado por parte da empresa resultante da operação.
AC 08700.006103/2021-31

Julgado 01/12/2021
Aprovação sem restrições
Ementa: Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Procedimento sumário. Requerentes: Oncoclínicas do Brasil Serviços Médicos S.A. e Bioncologia de Minas S.A. Natureza da operação: consolidação de controle. Mercados afetados: oncologia ambulatorial e hospitalar. Art. 8º, inciso VI, Resolução CADE nº 02/12. Aprovação sem restrições.
Com relação à dimensão geográfica, o mercado de oncologia ambulatorial é usualmente definido como a área coberta por um raio de 10 km contados a partir dos estabelecimentos objetos da análise ou até mesmo a abrangência geográfica do município em que se encontra o referido estabelecimento, a depender do tamanho da cidade.
Já quanto aos serviços hospitalares, os precedentes do CADE os classificam da seguinte forma^[6], na dimensão produto: centro médico (segmentado entre ambulatório/emergência, exames de medicina laboratorial, diagnósticos por imagem, diagnósticos por método gráfico) e hospitais (categorizados em hospital geral, casos graves, especializado, ambulatório/emergência, exames de medicina laboratorial, diagnóstico por imagem, diagnósticos por método gráfico).
Quanto à dimensão geográfica, tende-se à definição dos mercados de serviços hospitalares como a área coberta por um raio de 10 km ou 20 minutos de deslocamento contados a partir do estabelecimento objeto da análise [em três horários específicos 8h, 12h e 16h]. Todavia, o CADE já admitiu ser uma definição conservadora, que pode ser flexibilizada conforme o caso, em especial no caso de hospitais especializados.
Nesse contexto, as Requerentes entendem que a Oncobio integra o mercado de oncologia ambulatorial e hospitalar, abarcando ao menos os municípios de Nova Lima e Belo Horizonte conjuntamente, sendo tal abrangência comprovada pelo fluxo de pacientes.

--

AC 08700.006186/2021-68
Julgado em 03/12/2021
Aprovação sem restrições
Ementa: Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Procedimento sumário. Requerentes: Hospitais Integrados da Gávea S.A. (Rede D'Or) e Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo. Natureza da operação: aquisição de controle. Mercados afetados: hospitais gerais. Art. 8º, inciso III, Resolução CADE nº 02/12. Aprovação sem restrições.
Em relação à dimensão geográfica, precedentes do CADE^[2] indicam que a prestação de serviços médico-hospitalares em hospitais-gerais abrange a área de um raio de 10 km ou 20 minutos de deslocamento, contados a partir dos ativos envolvidos (em três horários: 8h, 12h e 16h).
Tendo em vista que o Hospital Santa Isabel é um hospital geral, e por conta das atividades da Rede D'Or na área de influência deste hospital, entende-se que a Operação resulta em sobreposição horizontal com relação às atividades no segmento de hospitais gerais e circunscrita ao raio de 10 km ou estão a 20 min de deslocamento em torno do Hospital Santa Isabel, no município de São Paulo/SP.
A Rede D'Or possui oito estabelecimentos hospitalares com o mesmo perfil assistencial que se localizam em um raio de 10 km ou estão a 20 min de deslocamento do Hospital Santa Isabel. A tabela abaixo lista o Hospital Santa Isabel, os hospitais gerais da Rede D'Or e os demais hospitais gerais nesse raio, apresentando o número de leitos de cada estabelecimento.
AC 08700.006300/2021-50
Julgado em 03/12/2021
Aprovação sem restrições
Ementa: Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Procedimento Sumário. Requerentes: Ultra Som Serviços Médicos S.A., Rodrigo Teixeira de Aquino e Viventi Hospital Asa Sul Ltda. Natureza da operação: aquisição de controle. Mercados afetados: planos de saúde e atividades de atendimento hospitalar. Art. 8º, inciso IV, Resolução CADE nº 02/12. Aprovação sem restrições.

Considerando que a Operação envolve potencial integração vertical, não será necessário aprofundar a análise para estimar a participação nos diferentes cenários por horários (8, 12 ou 16 horas), que tem sido comum ser mensurada nos casos de sobreposição horizontal.
Por todo o exposto, considerando que as estimativas de <i>market share</i> conjunto das Requerentes em todos os mercados verticalmente integrados situam-se abaixo de 30%, conclui-se que a Operação não acarreta prejuízos ao ambiente concorrencial, enquadrando-se na hipótese de procedimento sumário do art. 8º, incisos IV da Resolução nº 2/12.

AC 08700.006203/2021-67
Julgado em 06/12/2021
Aprovação sem restrições
Ementa: Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Procedimento Sumário. Requerentes: Hospital Esperança S.A. e Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares de Maceió. Natureza da operação: aquisição de controle Mercado afetado: Atendimento hospitalar. Art. 8º, inciso II, Resolução CADE nº 02/12. Aprovação sem restrições.
Quanto à dimensão geográfica, o CADE^[3] tem entendido que o mercado de centros médicos possui abrangência municipal, enquanto que, na categoria hospital, o Conselho tem utilizado o raio de 10 km ou 20 minutos de deslocamento “efetivo” de automóvel em horário comercial a partir do hospital envolvido na operação^[4] (o horário comercial tem sido medido em três horários específicos 8h, 12h e 16h).
Diante das definições de mercado adotadas por este Conselho, é possível concluir que a Operação em tela não enseja sobreposição horizontal ou integração vertical entre as atividades das Requerentes. Conforme apresentado pelas Partes, ainda que ambas prestem serviços médicos e

hospitalares, as Partes operam em localidades distintas. Conforme mencionado acima, o Grupo Rede D'Or, atualmente, não detém quaisquer hospitais, clínicas ou outros estabelecimentos de cuidados à saúde no município de Maceió/AL, no qual a MEDCOOP desenvolve suas atividades (que são limitadas à operação do Hospital Memorial Arthur Ramos).^[5]
Sendo assim, entende-se que a Operação configura uma mera substituição de agente econômico, não demandando, deste modo, uma análise mais aprofundada dos mercados envolvidos.
Por todo o exposto, conclui-se que a Operação não acarreta prejuízos ao ambiente concorrencial, recai na hipótese de procedimento sumário do art. 8º, inciso II, da Resolução nº 2/12.
AC 08700.006164/2021-06
Julgado em 07/12/2021
Aprovação sem restrições
Ementa: Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Procedimento Sumário. Requerentes: Oncoclínicas do Brasil Serviços Médicos S.A., Unimed – Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda. e Unimed-Rio Empreendimentos Médicos Hospitalares Ltda. Natureza da operação: <i>joint venture</i>. Mercados afetados: oncologia ambulatorial e hospitalar, serviços médico-hospitalares e planos de saúde. Art. 8º, inciso IV, Resolução CADE nº 02/12. Aprovação sem restrições.
As Requerentes afirmam que não há que se falar em sobreposição horizontal no mercado de serviços médico-hospitalares oncológicos, nem em serviços ambulatoriais oncológicos, uma vez que a atuação da Unimed-Rio em ambos os mercados é (e continuará sendo, declaram) apenas por meio das parcerias com a Oncoclínicas (parcerias estas já analisadas e aprovadas anteriormente por este CADE, como visto acima). No mesmo sentido, apontam as Partes que as integrações verticais entre os mercados de planos de saúde e de serviços de oncologia ambulatorial e de planos de saúde e serviços hospitalares de oncologia são preexistentes, considerada a

parceria de longa data entre as Requerentes em ambos os mercados (desde 2013 e lembrando-se que a atuação da Unimed-Rio tanto no segmento de serviços de oncologia ambulatorial como de hospital especializado em oncologia se dá unicamente no âmbito da parceria com a Oncoclínicas). Assim, como ressaltado pelas Requerentes, todas as relações indicadas entre suas atividades já foram avaliadas pelo CADE em precedentes recentes, tendo a autoridade concluído pela ausência de preocupações concorrenciais (todos os casos foram aprovados em sede de rito sumário).
Ademais, reitera-se que a Operação se trata de estabelecimento de empreendimento <i>greenfield</i> (ou seja, de um novo centro de tratamento de câncer), o qual aumentará a oferta de serviços oncológicos. Ou seja, apesar de a Operação ter como efeito o reforço das integrações verticais já verificadas entre as Requerentes, ela não possui o condão de gerar incremento de concentração de mercado dado o fato de que a parceria objeto deste ato de concentração se trata da criação de um novo estabelecimento o qual propiciará aumento de oferta.
De toda forma, as Requerentes informaram que, mesmo no cenário municipal, as participações das Partes nos mercados de oncologia ambulatorial (Oncoclínicas), serviços médico-hospitalares oncológicos (Oncoclínicas/Unimed-Rio) e planos de saúde (Unimed-Rio) permanecem abaixo de 30%, como demonstrado pelas Requerentes nos autos.
Por todo o exposto, dada a natureza da Operação, a qual ampliará a oferta de serviços oncológicos ambulatoriais por meio de estabelecimento <i>greenfield</i>, bem como o fato de que as relações de integrações verticais entre Oncoclínicas e Unimed-Rio são preexistentes (não sendo originárias do caso em tela, portanto), conclui-se que a Operação não acarreta prejuízos ao ambiente concorrencial, enquadrando-se na hipótese de procedimento sumário do art. 8º, inciso IV, da Resolução nº 2/12.

AC 08700.003176/2021-71
Julgado em 15/12/2021
Aprovação sem restrições
Sobreposições horizontais nos mercados de planos de saúde médico-hospitalares, considerando sua segmentação em planos individuais/familiares, coletivos empresariais e coletivos por adesão em alguns municípios. As Requerentes destacam que os mercados em que a participação conjunta pós Operação (i) será superior a 20%, com uma variação de HHI superior a 200 pontos ou (ii) será superior a 50% com alguma sobreposição horizontal são muito pouco representativos em relação à dimensão total da Operação. Mais precisamente, tais localidades envolvem apenas 7,5% do número de beneficiários das partes. Somente uma parcela ínfima da Operação envolve localidades cuja concentração supera o limite que passa a demandar investigação mais aprofundada sobre as condições de concorrência;
Sobreposições horizontais nos mercados de planos odontológicos, considerando sua segmentação em planos individuais/familiares, coletivos empresariais e coletivos por adesão no Brasil; Uma única sobreposição horizontal no mercado de hospitais-gerais em Belo Horizonte-MG, sendo que a participação conjunta pós Operação será inferior a 20%;
Limitadas sobreposições horizontais no mercado de centros médicos em alguns municípios (Joinville-SC, Uberlândia-MG, Belo Horizonte-MG e Contagem-MG); Potencial incremento nas integrações verticais entre, de um lado, as atividades de hospitais, centros médicos e SAD e, de outro lado, planos médicos, com limitados impactos concorrenciais, tendo em vista, principalmente, a alta verticalização das Requerentes e baixo incremento de participação de mercado em planos de saúde onde a contraparte possui alguma das três estruturas.

AC 08700.005210/2021-41
Julgado em 15/12/2021
Aprovação sem restrições
EMENTA: Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Procedimento ordinário. Requerentes: Rede D'Or São Luiz S.A. e Qualicorp Consultoria e Corretora de Seguros S.A. Natureza da operação: aquisição de participação societária. Setor econômico envolvido: atividades de atendimento hospitalar e em pronto socorro, planos de saúde e atividades auxiliares dos seguros e intermediação de planos de saúde. Sobreposição horizontal no mercado de planos de saúde. Baixa participação de mercado. Reforço de integração vertical entre os mercados de planos de saúde e de serviços médico-hospitalares. Não se vislumbra possibilidade de fechamento de mercado. Reforço de integração vertical entre o mercado administração de benefícios e de planos de saúde. Não há probabilidade de fechamento de mercado. Aprovação sem restrições.
O porte das operadoras de plano de saúde, muitas com atuação abrangente em diversas localidades, reforça o argumento das Partes acerca do poder de barganha detido por essas empresas. Lembrando que, conforme já citado, a atuação da Rede D'Or no segmento de planos de saúde atualmente é pouco expressiva, além do que a participação de mercado no segmento de prestação de serviços médicos-hospitalares ficaria abaixo de 30% nas localidades em que a Rede D'Or oferta planos de saúde.
Assim, em face das características de atuação das operadoras de saúde, aliado ao número de beneficiários relacionados à Qualicorp no segmento de planos coletivos por adesão, bem como as participações da Rede D'Or nos demais segmentos de mercado, pode-se inferir que seria pouco provável um fechamento de mercado ou a imposição de restrições verticais envolvendo o segmento de administração de benefícios.
Tal percepção seria diferente se a operação gerasse sobreposição horizontal no mercado de administração de benefícios, que poderia gerar incremento relevante para a Qualicorp abusar de sua posição dominante.
No tocante aos possíveis efeitos de conglomerados, esta Superintendência

entende que a atual sistemática de atuação no ramo de planos de saúde tornam pouco provável o direcionamento das condições comerciais por administradoras de benefícios, mesmo que tenham relação com unidades prestadoras de serviços médicos, em linha com o arrazoadado pelas Partes.
Por fim, e de forma acessória, reitera-se o posicionamento da Rede D'Or de que não haveria alteração relevante na estrutura de governança da Qualicorp, após a Operação, quando a referida companhia permanecerá sem controlador definido. Segundo ela, [ACESSO RESTRITO À REDE D'OR]. Defendeu ainda que os referidos acionistas já possuem representantes no conselho de administração da Qualicorp, comprovando assim que a Rede D'Or não é capaz de, sozinha, determinar os rumos da administração da empresa.
Considerando todo o exposto, esta SG conclui que após a presente operação, as participações de mercado detidas pelas Requerentes nos mercados horizontal e verticalmente relacionados permanecem abaixo dos patamares que indicam preocupação concorrencial e que a operação não altera de forma significativa as condições de mercado ou de governança da Qualicorp, em relação ao analisado nos Atos de Concentração anteriores. Entretanto, permanece em aberto a possibilidade de aprofundamento das relações entre as Partes (inclusive de poder conglomerado) quando (e se) houver alteração no controle da Qualicorp ou, ainda, se a Rede D'Or se tornar controladora unitária da Qualicorp.

08700.003594/2021-68
20/12/2021
Aprovação sem restrições
EMENTA: Ato de Concentração. Lei 12.529/2011. Procedimento Ordinário.

Requentes: Núcleo de Oncologia da Bahia S.A., CAM Clínica de Assistência à Mulher Ltda., CLION – Clínica de Oncologia Ltda., GMN – Grupo de Medicina Nuclear Ltda., Osteo Centro de Diagnóstico da Osteoporose Ltda., JPC Patologia e Análises Clínicas Ltda. Sobreposição horizontal no mercado de serviços de oncologia ambulatorial, segmento de quimioterapia. Integração vertical entre oncologia ambulatorial e SAD. Rivalidade. Aprovação sem restrições.
Em casos anteriores, envolvendo especificamente o mercado de oncologia, há julgados que adotam o entendimento geral, definindo conservadoramente o mercado como sendo composto pelas áreas situadas no raio de 10 (dez) quilômetros (km) a partir da unidade adquirida. Tal entendimento foi adotado, por exemplo, na análise do Ato de Concentração 08700.000266/2016-42, no qual foi retomado o entendimento do Ato de Concentração nº 08012.009582/2011-23, <i>in verbis</i>:
Para o presente, envolvendo clínicas em Recife, Rio de Janeiro, Duque de Caxias e Niterói, resguardo o interesse concorrencial definindo-os conservadoramente, como as áreas situadas no raio de 10 Km em torno de cada estabelecimento.
No Ato de Concentração nº 08012.011421/2011-08, o então Conselheiro Alessandro Octaviani discorre sobre os motivos pelos quais o mercado deveria ser delimitado geograficamente em um raio de 10 km:
A razão de ser do serviço de oncologia ambulatorial é a preservação da qualidade de vida do paciente pela manutenção de sua rotina normal, como se pôde adiantar acima. Do ponto de vista da demanda (e ainda que se trate de um serviço médico especializado), os clientes (pacientes) não apresentam, via de regra, grande disposição psíquica ou física de deslocamento nos grandes centros urbanos, em linhas gerais. Além disso, um tratamento ambulatorial de câncer implica múltiplas sessões, com certo grau de regularidade, reforçando o desconforto com longos deslocamentos (...)
Todavia, durante a instrução do Ato de Concentração nº

08700.004151/2012-01, todas as manifestações de clínicas de oncologia publicamente disponíveis indicaram que a origem da maior parte de sua clientela é proveniente de todo o território do Distrito Federal[17]. Como resultado dessa instrução, o Tribunal do CADE definiu “<i>o mercado relevante geográfico para os serviços de assistência oncológica especializada e de serviços hospitalares para oncologia como o Distrito Federal</i>”[18].
Nessa mesma linha, na análise do Ato de Concentração nº 08700.003676/2015-64, o mercado foi considerado como sendo municipal, ao entender que seria razoável supor que um paciente, em tratamento de uma doença tão delicada, se deslocasse mais de 10 km para receber atendimentos.
Com base no cenário geográfico delimitado pelo raio de 10 Km ou 20 minutos de efetivo de deslocamento, a pedido da SG, as Requerentes informaram a lista de concorrentes considerando o deslocamento a partir da unidade adquirida em Salvador/BA (Clion Rio Vermelho). Esta SG confirmou, com uso do Google Maps, que todas as unidade indicadas no quadro abaixo estão localizadas a um raio de 10 km ou 20 minutos de deslocamento da unidade adquirida.
De fato, os dados fornecidos pelas Requerentes e pelas concorrentes, bem como as respostas qualitativas aos ofícios encaminhados, fornecem evidências de que o mercado de oncologia ambulatorial pode ser mais amplo que o raio de 10 km, frequentemente adotado pelo CADE, no presente caso. Há, portanto, indícios de que os pacientes oncológicos se deslocam entre os municípios da referida região metropolitana, principalmente em direção aos municípios maiores, devido não só a relações de confiança com os profissionais que prestam serviços especializados, como, no presente caso, à ausência desses serviços em outros municípios da Região Metropolitana de Salvador, uma vez que não há serviços de quimioterapia ambulatorial nos municípios de menor porte da região metropolitana. Tal fato reforça o fluxo de pacientes em direção a Salvador/BA e Lauro de Freitas/BA. Nesse sentido, a SG optou por considerar também esse cenário na análise do presente Ato de

Concentração.
Diante da jurisprudência do CADE e dos dados e respostas obtidas na instrução processual, define-se o mercado geográfico para serviço de oncologia ambulatorial no segmento de quimioterapia a partir do raio de 10 km de distância percorrida de carro a partir das unidades das Requerentes, conforme jurisprudência do CADE e, de forma complementar, analisar-se-á outro cenário considerando a região metropolitana de Salvador/BA.
Verifica-se que a soma da participação de mercado das Requerentes é de [30-40]%[ACESSO RESTRITO AO CADE] em 2020, para a <i>proxy</i> de faturamento, e [20-30]% [ACESSO RESTRITO AO CADE] no mesmo ano, para a <i>proxy</i> de número de atendimentos. Em ambos os critérios, as participações de mercado conjunta ultrapassam 20% em todos os anos analisados. Ademais, observa-se que a variação do HHI após a Operação supera 200 pontos. Dessa forma a análise desse mercado será aprofundada na seção de probabilidade de exercício de poder de mercado.
Com relação ao mercado abrangido pelo raio de 10 km a partir das unidades das Requerentes localizadas em Lauro de Freitas/BA, não foram identificados concorrentes na prestação de serviços de oncologia ambulatorial de quimioterapia no município. Dessa forma, as Requerentes, após a Operação, passarão a deter 100% do mercado de quimioterapia em Lauro de Freitas/BA. Ressalta-se aqui, mais uma vez, que o Instituto de Medicina e Saúde, único concorrente identificado pelas Requerentes, não se encontra mais em funcionamento^[33].
Tendo em vista a impossibilidade de elaboração de estrutura de oferta para o mercado de quimioterapia em Lauro de Freitas/BA e as evidências apresentadas na seção de definição de mercado relevante, de que o escopo geográfico desse mercado deveria ser ampliado para contemplar as peculiaridades de fluxo de pacientes na região, entende-se que a análise antitruste dos efeitos da operação na região metropolitana de Salvador/BA contemplará as questões concorrenciais relacionadas ao mercado em Lauro de Freitas/BA. Isso se justifica devido à forte relação desse mercado com os

mercados dos municípios que compõem a região metropolitana de Salvador/BA e devido ao grande fluxo de pacientes entre esses mercados, característica confirmada pelo teste de mercado realizado pela SG.. Ademais, Lauro de Freitas/BA e Salvador/BA concentram todos os prestadores privados de quimioterapia da região metropolitana, de maneira que seria mais apropriado considerar os pacientes que se deslocam e são atendidos nessas duas cidades para retratar de maneira mais fiel a dinâmica concorrencial da região.
Conforme se depreende das análises elaboradas por raio de 10 km a partir das unidades adquiridas em Salvador/BA para a região metropolitana de Salvador/BA, as Requerentes detêm mais de 20% de <i>market share</i>, com variação de HHI acima de 200 pontos, nos dois cenários avaliados.
A análise do município de Lauro de Freitas/BA (cenário coincidente com o raio de 10 Km) restou prejudicada pelo fato do único concorrente identificado pelas Requerentes não estar mais em atividade. De toda forma, devido às características da região e aos argumentos apresentados nas etapas anteriores deste Parecer, principalmente corroboradas no teste de mercado, a análise do cenário de mercado relevante envolvendo a região metropolitana de Salvador/Ba foi capaz de alcançar os aspectos concorrenciais do mercado de Lauro de Freitas/BA.
Diante o exposto, esta SG entende ser plausível assumir o mercado relevante geográfico delimitado pela região metropolitana de Salvador/BA, considerando a especialidade do serviço prestado e as informações relativas ao fluxo de pacientes de outros municípios para serem atendidos em Salvador/BA e Lauro de Freitas/BA obtidas no teste de mercado realizado por esta SG. Assim, considerando este cenário, afasta-se a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte das Requerentes no mercado de serviços de oncologia ambulatorial da região metropolitana de Salvador/BA[39]. A mesma conclusão se aplica ao cenário analisado para Salvador, com raio de 10 Km ou 20 minutos de deslocamento a partir da unidade adquirida (Clion Rio Vermelho). Como pontos mitigadores tem-se: a presença de rivalidade no mercado, capaz de contestar uma eventual

tentativa de exercício unilateral de poder de mercado das Requerentes; e a inexistência de barreiras expressivas à entrada, comprovadas por novas entradas de agentes nos mercados.
Tanto para os exames de análises clínicas, quanto para os de anatomia patológica e citopatológica, em Salvador/BA, verifica-se que não há preocupações concorrenciais, já que a participação da empresa JPC do grupo CAM foi inferior a 30% nos dois mercados, o que, nos termos da Resolução nº 2 do CADE, art. 8º, caracterizaria o mercado como de rito sumário.
Para o município de Lauro de Freitas/BA, apesar desta SG não ter realizado teste de mercado para definir a estrutura de mercado, investigou-se que há a presença de numerosos concorrentes para os exames de análises clínicas e anatomia citopatológica, a exemplo do Sabin, Labchecap e DNA. Nesse sentido, há outros <i>players</i> capazes de atender as solicitações de exames dos pacientes oncológicos residentes em Lauro de Freitas/BA. As Requerentes apresentaram a figura abaixo para ilustrar os players de SAD em Salvador e Lauro de Freitas/BA.

AC 08700.006681/2021-77
Julgado em 21/12/2021
Aprovação sem restrições
Ementa: Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Procedimento Sumário. Requerentes: Mater Dei S.A., Hospital Santa Genoveva Ltda. e Centro Tomografia Computadorizada Uberlândia Ltda. Natureza da operação: aquisição de controle. Mercados afetados: serviços médico-hospitalares e serviços de medicina diagnóstica. Art. 8º, inciso II, Resolução CADE nº 02/12. Aprovação sem restrições.
Quanto à dimensão geográfica, o CADE tem entendido que o mercado de

centros médicos e serviços de apoio à medicina diagnóstica possuem abrangência municipal ^[3] , enquanto que, na categoria hospital, o Conselho ^[4] tem utilizado o raio de 10 km ou 20 minutos de deslocamento “efetivo” de automóvel em horário comercial a partir do hospital envolvido na operação. Todavia, o CADE já admitiu ser uma definição conservadora, que pode ser flexibilizada conforme o caso, em especial no caso de hospitais especializados.
Diante das definições mercado adotadas por este Conselho, é possível concluir que a Operação em tela não enseja sobreposição horizontal ou integração vertical entre as atividades das Requerentes. Embora prestem serviços médico-hospitalares e de medicina diagnóstica, as Requerentes operam em municípios distintos do país. De acordo com as Requerentes, o Grupo Mater Dei não atua no mercado de serviços médico-hospitalares e medicina diagnóstica no município de Uberlândia/MG (onde atuam as Empresas-alvo), que fica a mais de 500 km de distância de Belo Horizonte, Contagem e Betim, no estado de Minas Gerais; a mais de 1600 km de distância de Salvador/BA; e a mais de 2300 km de distância de Belém/PA – municípios de atuação do Mater Dei.
Sendo assim, entende-se que a Operação configura uma mera substituição de agente econômico, não demandando, deste modo, uma análise mais aprofundada dos mercados envolvidos. O Mater Dei passará a atuar no município de Uberlândia/MG por meio da aquisição das Empresas-alvo.
Por todo o exposto, conclui-se que a Operação não tem o condão de acarretar prejuízos ao ambiente concorrencial, recai na hipótese de procedimento sumário do art. 8º, inciso II, da Resolução CADE nº 2/12.

REFERÊNCIAS

AKERLOF GEORGE A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainly and the Market Mechanism. The Quarterly Journal of Economics, Volume 84, Issue 3 (Aug.,1970) pp. 488-500.

ANDRADE Monica Viegas et. Al. Mercados e Concentração no Setor Suplementar de Planos e Seguros de Saúde no Brasil PESQUISA E PLANEJAMENTO ECONÔMICO - PPE - V. 42 n. 3 dez. 2012

ANS A265p. Agência Nacional de Saúde Suplementar (Brasil). Painel contábil da saúde suplementar [recurso eletrônico]. / Agência Nacional de Saúde Suplementar(Brasil). - Rio de Janeiro: ANS,2023.

ANS Atlas econômico financeiro da saúde suplementar [recurso eletrônico] : ano base 2018. – Vol. 1 (jun. 2006). – Rio de Janeiro : ANS, v. 13, 2018 11MB ; ePUB. Anual. Modo de acesso: World Wide Web:< http://biblioteca-ans/index.php?codigo_sophia=6972 >. Publicação renumerada a partir de 2015, com indicação de volume e fascículo. O exemplar de 2019 – ano base 2018 representa o volume 14 da coleção. ISSN online 2447-0791

ANTONIO, Gilka Lopes Moreira. Planos privados individuais de saúde: o consumidor ainda tem poder de escolha?. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, v. 7, n. 1, p. 163-182, 2018.

BAHIA, Lígia. Planos privados de saúde: luzes e sombras no debate setorial dos anos 90. Ciência & Saúde Coletiva, v. 6, n. 2, p. 329-339, 2001.

BRASIL Manual de tópicos da saúde suplementar para o programa parceiros da cidadania. / Agência Nacional de Saúde Suplementar (Brasil). -- Rio de Janeiro: ANS,2021. Disponível em https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/sobre-ans/ans-lanca-publicacao-sobre-regras-do-setor-de-planos-de-saude/copy5_of_ManualdeTpicosdaSadeSuplementar.pdf. Acesso em 13/06/2024.

CADE Cadernos do Cade – Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-estudo-atualizado-sobre-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-assistencia-a-saude-suplementar>. Acesso em 03/08/2023.

CADE Cadernos do Cade - Mercado de Saúde Suplementar: Condutas – 2015. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/estudos-economicos/cadernos-do-cade>. Acesso em 05/08/2023.

CADE Cadernos do Cade: Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica (Edição revista e atualizada) Janeiro de 2022. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-estudo-atualizado-sobre-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-assistencia-a-saude-suplementar>. Acesso em 15/03/2023.

CADE GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) , 27/07/2016. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-publica-novo-guia-de-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal> Acesso em 10/07/2023.

CADE Regimento Interno do CADE – RICADE -Aprovado pela Resolução nº 32, de 2 de fevereiro de 2021, publicada no Diário Oficial da União de 8 de fevereiro de 2021, Seção 1, p.87, e atualizado pela Emenda Regimental nº 02, que trata da inclusão da unidade Corregedoria na estrutura organizacional do Cade, como órgão seccional, e institui suas competências. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/regimento-interno>, acesso em 01/08/2024.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. Obrigações e contratos. Tradução . São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. v. 1. . . Acesso em: 14 jul. 2024.

D'CRUZ, M.J., KINI, R.B. (2007). The Effect of Information Asymmetry on Consumer Driven Health Plans. In: WANG, W., LI, Y., DUAN, Z., YAN, L., LI, H., YANG, X. (eds) Integration and Innovation Orient to E-Society Volume 1. IFIP — The International Federation for Information Processing, vol 251. Springer, Boston, MA. https://doi.org/10.1007/978-0-387-75466-6_40

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste/ Paula A. Forgioni. – 12. Ed. Ver. Atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FRANÇA, Anna. Plano de saúde coletivo cresce e individual some – para advogados, isso é “bomba relógio”- Especialistas alertam para avanço dos planos “falsos coletivos” e questionam regulação por parte da ANS - publicado em Infomoney – minhas finanças em 28/02/2024. Disponível Em <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/por-reajustes-operadoras-ampliam->

planos-coletivos-advogados-falam-em-bomba-

relogio/#:~:text=J%C3%A1%20nos%20planos%20de%20contrata%C3%A7%C3%A3o,m%C3%A9dia%2C%20nos%20%C3%BAltimos%20cinco%20anos.Acesso em 15/06/2024

GIANCOTTI M, GUGLIELMO A, MAURO M. Efficiency and optimal size of hospitals: Results of a systematic search. PLoS One. 2017 Mar 29;12(3):e0174533. doi: 10.1371/journal.pone.0174533. PMID: 28355255; PMCID: PMC5371367.

GLICK, Mark; BUSH, Darren. The Chicago School, the Post-Chicago School, and the New Brandeisian School of Antitrust: Who is Right in Light of Modern Economics?. Geo. Mason L. Rev., v. 30, p. 935, 2022.

HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy: the law of competition and its practice. 2nd ed., West Group, 1999.

KIRKWOOD John B., LANDE Robert H. The Chicago School's Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency, in How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust (Oxford University Press, Robert Pitfosky, Editor, 2008)

LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de. Informação, assimetria de informações e regulação do mercado de saúde suplementar. 2005.

MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. JARDIM,Isabel. Novos rumos para o mercado de trabalho e a concorrência no Brasil. Publicado em Consultor Jurídico > Novos rumos para o mercado de trabalho e a concorrência no Brasil em 21 de outubro de 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-25/defesa-concorrencia-novos-rumos-mercado-trabalho-concorrencia-brasil/> Acesso em 18/09/2022.

MOTTA, Massimo. Competition policy: theory and practice. Cambridge university press, 2004. NBR 6023 disponível em [https://books.google.com.br/books?hl=pt-](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=J3xZnDSIfC8C&oi=fnd&pg=PR7&dq=motta+m.+(2004).+competition+policy+theory+and+practice.+cambridge+university+press&ots=rHeEIJRH0k&sig=rHYkmwDIzMxY9IUqNTKY2Nft4W8#v=onepage&q=motta%20m.%20(2004).%20competition%20policy%20theory%20and%20practice.%20cambridge%20university%20press&f=false)

[BR&lr=&id=J3xZnDSIfC8C&oi=fnd&pg=PR7&dq=motta+m.+\(2004\).+competition+policy+theory+and+practice.+cambridge+university+press&ots=rHeEIJRH0k&sig=rHYkmwDIzMxY9IUqNTKY2Nft4W8#v=onepage&q=motta%20m.%20\(2004\).%20competition%20policy%20theory%20and%20practice.%20cambridge%20university%20press&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=J3xZnDSIfC8C&oi=fnd&pg=PR7&dq=motta+m.+(2004).+competition+policy+theory+and+practice.+cambridge+university+press&ots=rHeEIJRH0k&sig=rHYkmwDIzMxY9IUqNTKY2Nft4W8#v=onepage&q=motta%20m.%20(2004).%20competition%20policy%20theory%20and%20practice.%20cambridge%20university%20press&f=false). Acesso em 23/03/2022

NASCIMENTO, Cyntia; KLAJMIC, Magali. Compromisso de Desempenho: uma abordagem introdutória . Revista do IBRAC, São Paulo, v.4, n.4, p. 21 a 41, 1997.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky de; SILVEIRA, Fernando Gaiger. O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do Estado?. Revista de Economia Contemporânea, v. 10, p. 157-185, 2006.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio Os desafios da ANS frente à concentração dos planos de saúde Ciência & Saúde Coletiva, vol. 12, núm. 4, julho-agosto, 2007, pp. 1041-1050 Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva Rio de Janeiro, Brasil

PIETROBON, Louise, PRADO, Marta, CAETANO, João Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor. January 2008 Physis Revista de Saúde Coletiva 18(4) DOI:10.1590/S0103-73312008000400009 LicenseCC BY-NC 4.0

RICHMAN Barak D. SCHULMAN Kevin A. A Novel Look at Antitrust Analysis in Health Insurance Markets. Competition Policy International, 2017 Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2017-51 7 Pages Posted: 25 Jul 2017 in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3005661 Acesso em 03/08/2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial – as estruturas. 3 ed., São. Paulo, Malheiros, 2007

SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste. Revista do IBRAC, v. 16, n. 1, p. 305-323, 2009

SALOMÃO FILHO, Calixto. Uma perspectiva jurídica neo-estruturalista para a análise do poder econômico. Revista Direito e Práxis, v. 7, n. 4, p. 447-482, 2016.

SAWYER LP. US antitrust law and policy in historical perspective. Oxford Research Encyclopedia of American History, 2019•oxfordre.com

SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinícius Marques de. CORDOVIL, Leonor. Direito Econômico Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2013

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007 Available from: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>

SILVA, Alceu Alves da. A relação entre as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviços - um novo relacionamento estratégico. In. Brasil.

Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Documentos técnicos de apoio ao Fórum de Saúde Suplementar de 2003. Rio de Janeiro, MS, 2004. p.104-77, tab. (Regulação e Saúde, v. 3, tomo 2). Monografia em Português | Sec. Est. Saúde SP, SESSP-ACVSES | ID: biblio-1072363 Biblioteca responsável: BR91.2 Localização: BR91.2; WA525, M798do, v.3, tomo2

STIGLER, George J. "The Origin of the Sherman Act." *The Journal of Legal Studies*, vol. 14, no. 1, 1985, pp. 1–12. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/724314>. Accessed 16 July 2024.

SUNDFELD, C. A., & DE OLIVEIRA NUSDEO, A. M. (2000). Direito administrativo econômico. Sociedade Brasileira de Direito Público: Malheiros Editores.

ZIROLDO, Rodrigo Romera; GIMENES, Rafaela Okano; CASTELO JÚNIOR, Clóvis. A importância da Saúde Suplementar na demanda da prestação dos serviços assistenciais no Brasil / The importance of Supplementary Health in the demand for assistance services supply in Brazil *Mundo saúde* (1995) ; 37(2): 216-221, abr.- jun. 2013. Artigo em Português | MS | ID: mis-36792 Biblioteca responsável: BR599.1