



UNIALFA – CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

LUCIANA LEAL BORGES BEZERRA

**ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE: NA
PERSPECTIVA DO DIREITO ECONÔMICO E DO BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR**

GOIÂNIA, GO

2025

LUCIANA LEAL BORGES BEZERRA

**ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE: NA
PERSPECTIVA DO DIREITO ECONÔMICO E DO BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR**

Dissertação de Mestrado apresentado ao
Programa de Pós-Graduação stricto sensu
Mestrado em Direito Constitucional
Econômico/ UNIALFA – Centro
Universitário Alves Faria.

Linha de Pesquisa: Regulação econômica,
Direito Concorrencial e políticas de fomento
empresarial.

Orientador: Dr. André Pereira Reinert
Tokarski

GOIÂNIA, GO

2025

Catálogo na fonte: Biblioteca UNIALFA

B574a

Bezerra, Luciana Leal Borges.

Análise dos atos de concentração dos planos de saúde: na perspectiva do direito econômico e do bem-estar do consumidor. / Luciana Leal Borges Bezerra. – 2025.

115 f.: il. 30cm.

Orientador: Prof. Dr. André Pereira Reinert Tokarski.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico, Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) – Goiânia, 2025.

1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). 2. Planos de Saúde. 3. Regulação econômica. 4. Direito do Consumidor. I. Tokarski, André Pereira Reinert. II. UNIALFA. III. Título.

CDU: 366.542:368.942

LUCIANA LEAL BORGES BEZERRA

**ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE: NA
PERSPECTIVA DO DIREITO ECONÔMICO E DO BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR**

Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu
Mestrado em Direito Constitucional Econômico/ UNIALFA – Centro Universitário Alves
Faria.

Linha de Pesquisa: Regulação econômica. Direito Concorrencial e políticas de fomento
empresarial.

BANCA EXAMINADORA

Dr. André Pereira Reinert Tokarski

Dr^a. Ludimila Stival Cardoso

Dr. Marcio Ortiz Meinberg

GOIÂNIA, GO
AGOSTO, 2025

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força, saúde, sabedoria que me sustentaram em todos os momentos desta caminhada.

Aos meus pais, Solange e Jair, pelo amor incondicional, pelo exemplo de integridade e pelo apoio constante que me formaram como pessoa e como profissional.

Ao meu marido, Juliano, companheiro de todas as horas, pela paciência, incentivo e compreensão diante das minhas ausências e desafios durante este percurso.

Aos meus filhos gêmeos, Gabriel e Miguel, que são minha maior inspiração e razão para persistir, agradeço pelo carinho, pela compreensão mesmo sendo crianças de apenas 05 anos e pela alegria que renovaram minhas forças diariamente.

A minha sogra que não se mediu esforços em ficarem com meus filhos para que este trabalho fosse concluído.

Ao meu orientador, pela educação, confiança e valiosas contribuições, que enriqueceram este trabalho e ampliaram meu aprendizado.

Aos doutores componentes da banca que contribuíram com melhoria deste trabalho.

A todos os meus amigos, em especial, a Thâmara, que contribuíram para a realização desta etapa, meu sincero reconhecimento e gratidão.

RESUMO

A presente pesquisa é resultado do Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional Econômico, estando ligada à Linha de Pesquisa 'Regulação econômica, Direito Concorrencial e políticas de fomento empresarial. O objetivo da Ordem Econômica é garantir a todos uma vida com dignidade, valorizando a condição humana, de acordo com os princípios da justiça social. Dentro do cenário competitivo, o Estado começa a enfatizar seu papel como regulador, o que resulta em uma ampliação da importância do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). O estudo gira em torno de responder ao seguinte problema: Como o Cade procede na preservação da concorrência e eficiência do mercado em relação aos atos de concentração dos planos de saúde em relação ao bem-estar do consumidor? O estudo tem como objetivo geral analisar no Cade os atos de concentração de casos envolvendo os planos de saúde e sua relação com o bem-estar do consumidor. Neste estudo, a fim de alcançar tais objetivos explanados, foi realizada uma pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa e documental, a partir do método hipotético-dedutivo e dialético. Na realização do estudo inclui a análise de leis, normas e diversos textos de doutrinadores reconhecidos e análise da Constituição Federal de 1988 (CF/88) em relação a defesa da concorrência e o bem-estar do consumidor brasileiro. Entre 2006 e 2021, o Cade aprovou 38 operações de concentração com condições. A maioria delas (68,7%) tratou apenas da adequação de cláusulas de não concorrência, enquanto 31,3% envolveram restrições estruturais ou comportamentais mais incisivas, impostas pelo órgão ou por meio de termos de compromisso (TCD/ACC). Esse movimento indica avanço na análise econômica do mercado de saúde suplementar. No entanto, ainda é limitado, pois o bem-estar do paciente aparece de forma pouco relevante nas decisões, mostrando que a atuação da autoridade antitruste está distante do ideal.

Palavras-chave: Direito Constitucional Econômico. Regulação. CADE. Direito do Consumidor. Planos de Saúde.

ABSTRACT

This research is a result of the Master's Degree in Economic Constitutional Law, linked to the Research Line "Economic Regulation, Competition Law, and Business Development Policies." The objective of the Economic Order is to guarantee everyone a life of dignity, valuing the human condition, in accordance with the principles of social justice. Within the competitive landscape, the State begins to emphasize its role as regulator, resulting in an increased importance of the Administrative Council for Economic Defense (CADE). The study focused on answering the following question: How does CADE proceed in preserving competition and market efficiency in relation to health plan mergers that affect consumer welfare? The study's general objective was to analyze the mergers of health plan mergers within CADE and their relationship to consumer welfare. To achieve these objectives, this study conducted bibliographical research with a qualitative and documentary approach, using the hypothetical-deductive and dialectical methods. The study included an analysis of laws, regulations, and various texts by recognized scholars, as well as an analysis of the 1988 Federal Constitution (CF/88) regarding competition protection and the well-being of Brazilian consumers. CADE's actions can be divided into two areas: repressive, which combats anticompetitive practices stipulated in articles 20 and 21, and preventive, which refers to acts of concentration, as per article 54, paragraph 3. It is unacceptable for competition to occur in a way that harms job creation, the quality of products and services offered to consumers, among other aspects. The analysis of the economic properties of the supplementary healthcare market marks significant progress in CADE's stance regarding this sector. However, these changes still have limited impact and are far from ideal, since patient well-being is rarely addressed in the antitrust authority's deliberations.

Keywords: Economic Constitutional Law. Regulation. CADE. Consumer Law. Health plans

LISTA DE SIGLAS

ACC	Acordos de Controle de Concentrações
AC	Ação Civil
ACC	Ato de Concentração
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AHES	Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CF/88	Constituição Federal de 1988
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CID	Classificação Internacional de Doenças
CONASS	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
COPEL	Companhia Petroquímica do Sul
DJ	Diário da Justiça
DOU	Diário Oficial da União
EUA	Estados Unidos da América
EC	Emenda Constitucional
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDSS	Índice de Desempenho da Saúde Suplementar
MPDFT	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
PIB	Produto Interno Bruto
RiCade	Regimento Interno do Cade
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEJ	Secretaria de Economia e Justiça do Ministério da Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
UTI	Unidade de Terapia Intensiva
TI	tecnologia da informação
TCD	Termos de Compromisso de Desempenho
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
UNICAMP	Universidade Estadual de Campinas

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Composição do CADE.	75
Figura 2 - Interação entre agentes no mercado de saúde suplementar	83

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	20
CAPÍTULO 1 - ASPECTO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DA COMPETIÇÃO, DO DIREITO À SAÚDE E DA PROTEÇÃO LEGAL DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR	20
1.1 Das características fundamentais dos princípios	29
1.2 Fundamentos da concorrência justa e do combate ao uso indevido do poder econômico.....	33
1.3 Ineficácia da concorrência livre e controle sobre o abuso do poder econômico	38
1.4 Aspecto constitucional da proteção ao consumidor	44
CAPÍTULO 2 - CONCEITO DE CONSUMIDOR NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NA LEI N. 8.884/94 E OS INSTRUMENTOS DE ACESSO AO CADE	44
2.1 Definido o que vem a ser consumidor no CDC	48
2.2 Visão prevalente acerca da definição de consumidor em seu significado mais restrito	54
2.3 Definição de consumidor na Lei n. 8.884, de 1994	58
2.4 A Interseção entre as Medidas Judiciais do Consumidor e Instrumentos do CADE para proteção ao Consumidor.....	62
2.5 Aspectos gerais sobre os planos de saúde: uma avaliação comparativa da regulação de setores de mercado	65
CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DOS CASOS DO CADE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE	70
3.1 Diretrizes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.....	70
3.1.1 <i>A ordem econômica na constituição, a defesa da concorrência, a lei n. 12.529/11 e o papel sancionador do CADE</i>	77
3.2 Mercados de assistência à saúde suplementar	81
3.3 Atos de Concentração nos mercados de plano de saúde: análise dos julgados sob o viés da defesa do consumidor	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112

INTRODUÇÃO

A pesquisa teve como tema o estudo relacionado à “Análise dos atos de concentração dos planos de saúde: na perspectiva do direito econômico e do bem-estar do consumidor”. O setor de saúde está sempre em processo de mudanças, adaptando-se às transformações globais, tanto em termos de inovações tecnológicas quanto na abordagem de novas doenças e epidemias, e enfrenta desafios relacionados ao acesso. O Brasil se destaca como um dos principais mercados de saúde globalmente, com seu setor hospitalar classificado na oitava posição em termos mundiais. Além disso, o país figura como um dos líderes na importação e exportação de equipamentos médicos em todo o mundo, embora o cenário nesse setor seja bastante complexo (Gonçalves et al., 2020).

De acordo com a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), embora o Brasil tenha um sistema de saúde pública reconhecido internacionalmente, o Sistema Único de Saúde (SUS), com profissionais altamente capacitados e hospitais de excelência, também enfrenta desafios significativos e se depara com grandes obstáculos, como a carência de serviços de saúde adequados para as comunidades mais vulneráveis, um sistema de atenção primária deficiente, dificuldades na administração da saúde pública e uma rede privada pouco acessível (Gonçalves et al., 2020).

As novas tendências em tecnologia, inovação e serviços têm como objetivo enfrentar esses desafios, ao mesmo tempo em que oferecem soluções para aprimorar a eficiência e a abrangência de nossos hospitais, salas de cirurgia e laboratórios. Com mais de 51 milhões de cidadãos brasileiros atendidos por planos de saúde, segundo a ANS, o setor se estabelece como uma base essencial para a saúde da população. Anualmente, o setor movimenta mais de R\$ 250 bilhões, evidenciando sua importância, uma vez que satisfaz diversas demandas e faixas de preço por meio de mais de 400 provedores distribuídos em todo o território nacional (Gonçalves et al., 2020).

O conceito de plano de saúde é: oferecer serviços contínuos ou cobertura de despesas assistenciais a um custo definido anteriormente ou posteriormente, sem um prazo determinado, com a intenção de assegurar assistência à saúde sem restrições financeiras. Permite o acesso e atendimento de forma livre por profissionais ou

serviços de saúde, que podem ou não fazer parte de uma rede contratada ou credenciada, com foco em cuidados médicos, hospitalares e odontológicos. Os custos podem ser quitados total ou parcialmente pela operadora contratada, seja por meio de reembolso ou pagamento direto ao prestador, em nome e por conta do consumidor (Brasil, 1988).

A definição jurídica de plano de saúde diz respeito a um serviço que assegura a cobertura de despesas relacionadas à saúde para aqueles que se inscrevem nesses planos, mediante o pagamento mensal de uma taxa. É fundamental ressaltar que esses valores são previamente estabelecidos e permanecem fixos no contrato. O objetivo deste tipo de acordo é proporcionar assistência médica, com duração indefinida ou até que haja sua rescisão. O serviço de atendimento é prestado em clínicas particulares por especialistas da saúde, que podem ser selecionados pelo usuário do plano de saúde.

Segundo dados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) de 2017, as despesas com saúde atingiram 9,2% do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil, enquanto os investimentos privados na área, que englobam os mercados analisados, foram de 5,4%. Ademais, a área da saúde é responsável por 7,1% dos empregos e 9,6% da remuneração na economia nacional. Do ponto de vista social, a saúde suplementar torna-se cada vez mais relevante, uma vez que um número significativo de pessoas busca o setor privado para receber cuidados médicos, escapando das dificuldades do sistema público de saúde (Cade, 2022).

Em 2020, o número de pessoas que possuíam planos de saúde médico-hospitalares ultrapassou 47 milhões, enquanto aqueles que contavam apenas com planos odontológicos alcançaram 27 milhões. A expansão dos mercados foi acompanhada de transformações estruturais. A liberalização do setor para investimentos internacionais, a injeção de recursos de capital de investidores locais e a listagem de ações nas bolsas resultaram em um aumento significativo nos fusões e aquisições nos três segmentos. Esse movimento não se limitou apenas à concentração de empresas do mesmo ramo, mas também englobou um processo ativo de integração vertical, que uniu operadoras de planos de saúde, hospitais e serviços de diagnóstico médico (Cade, 2022).

É relevante mencionar que grandes conglomerados do segmento de saúde suplementar operam também em outros setores correlacionados, como a distribuição de fármacos para hospitais e o fornecimento de materiais médicos, entre outros. Nos

últimos tempos, notamos uma tendência de concentração no mercado, onde corporações de grande porte adquirem empresas que atuam em segmentos interligados, como o setor de radiofármacos, intermediação de apólices, desenvolvimento de estratégias para gestão da saúde e uma variedade de serviços de Tecnologia da Informação (TI) voltados para a área da saúde.

As razões para a concentração, verticalização e ampliação do portfólio na área de saúde suplementar resultam de falhas no mercado e do crescimento incessante dos gastos no setor, determinados por regulamentações e pela demanda por incorporar novas tecnologias de tratamento. Essas exigências levam a um crescimento da necessidade de investimento financeiro e à pressa em estabelecer economias de escala para diminuir os custos de operação. O processo de concentração dos mercados foi monitorado pelo Cade, que, até 31 de dezembro de 2021, tomou decisões a respeito de 285 atos de concentração que envolviam empresas nos três mercados analisados e observou o aparecimento e crescimento de grandes conglomerados econômicos (Cade, 2022).

Concentramos a delimitação do estudo na área do Direito Constitucional e Econômico, utilizando os dados do Cade como fonte de coleta de dados. Diante do contexto apresentado, a pesquisa busca responder: Como o Cade atua na preservação da concorrência e eficiência do mercado em relação aos atos de concentração dos planos de saúde, visando o bem-estar do consumidor?

Dados do Cade (2022) mostram que a pesquisa mais atual divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) revelou que, em 2017, o setor de saúde contribuiu com 9,2% do PIB do Brasil, representando um gasto final em bens e serviços de saúde no país de aproximadamente R\$ 605,7 bilhões, mantendo uma tendência de aumento que começou em 2011. Do total mencionado, R\$ 256,7 bilhões (3,9% do PIB) foram investidos pelo governo, enquanto R\$ 355,5 bilhões (5,4% do PIB) referem-se às despesas do setor privado, incluindo famílias e organizações sem fins lucrativos que atendem a essas famílias, o que denota a relevância da pesquisa.

Encontramos subsídios para a pesquisa, pois os dados do Cade revelam que, até dezembro de 2021, foram tomadas decisões em relação a 285 operações de concentração nos setores de planos de saúde, hospitais e serviços de diagnóstico médico. A aglutinação nesses setores começou a ser documentada em 2001 com a compra da carteira de clientes de seguro saúde do banco HSBC. A partir de 2007, notou-se um aumento considerável no número de casos protocolados. Entre 2008 e

2012, registraram-se os primeiros picos de relatórios sobre atos de concentração, com uma média superior a quinze casos nesse período. Nos últimos anos, houve um crescimento considerável no número de casos, com cerca de 31 atos de concentração registrados anualmente nos últimos quatro anos, atingindo o máximo de 48 notificações em 2020 (Cade, 2022). Pois, conforme a Constituição Federal do Brasil de 1988, o artigo 196 estabelece que “A saúde é direito de todos e dever do Estado” (Brasil, 1988), garantindo aos indivíduos o acesso amplo e equitativo aos serviços e ações voltados para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Dessa maneira, a assistência à saúde pode ser oferecida tanto pelo SUS quanto por um plano de saúde.

A Lei n. 9.656/98 determina que a operadora de planos de saúde é uma pessoa jurídica, e não uma pessoa física, organizada como sociedade empresária, cooperativa, empresa administradora ou entidade de autogestão, que ofereça produtos, serviços ou contratos relacionados a planos de saúde privados. Considerando que se trata contrato de consumo, observamos que a oferta de serviços de assistência à saúde é direcionada aos consumidores no mercado por meio de um contrato padrão de adesão (Brasil, 1998).

Este contrato possui um formato padrão, com todas as suas disposições definidas previamente pelo provedor do plano de saúde. Assim, os planos de saúde estão relacionados à saúde suplementar. Em relação a esse setor, é relevante ressaltarmos o seguinte: o setor de saúde suplementar diz respeito ao conjunto de condições e situações em que ocorrem as interações ligadas à negociação, fornecimento e quitação de serviços de saúde. Esse conceito é empregado em função das operações comerciais que englobam a compra e venda de insumos, fármacos, equipamentos, serviços e planos de saúde. Nesse contexto, os atores principais incluem os profissionais de saúde, os fornecedores de insumos médico-hospitalares, além dos medicamentos, as operadoras de planos de saúde e os beneficiários desses planos (Soares, 2010).

Assim, a ideia deste trabalho foi examinar os atos de concentração de casos envolvendo os planos de saúde, um assunto de grande importância tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico. Devido à intricada natureza e extensão do tema, o estudo foi fragmentado em uma coleção de textos interligados (Albuquerque Junior, 2010).

Portanto, o estudo é significativo para a academia e sociedade, pois o direito expandiu suas atribuições, abrangendo os campos econômico e social, e começou a exercer uma função significativa na regulação das instabilidades no mercado, procurando manter sua independência e coesão. Dessa forma, a legislação desempenha uma função crucial na estruturação dos mercados. Os mercados podem e frequentemente precisam ser estruturados por meio de regulamentos, uma vez que, em determinadas circunstâncias, a eficácia do sistema não se baseia apenas em uma forte pressão competitiva, que geralmente é o fator fundamental, mas também requer a presença de certas condições que dificilmente surgem naturalmente (Leandro, 2010).

A presente pesquisa tem origem na inquietação da pesquisadora, como usuária de plano de saúde que já passou por situações de falha na prestação de serviço do plano privado. Enquanto os planos de saúde possuem reajustes frequentemente superiores à inflação, o lucro líquido das operadoras médico-hospitalares foi de R\$ 10,2 bilhões, impulsionando o setor como um todo para R\$ 11,1 bilhões, o que representa cerca de 3,16% da receita total de R\$ 350 bilhões. Essas evidências ilustram a relevância social, regulatória e jurídica do tema, especialmente no que se refere ao papel do Cade na proteção do consumidor em um mercado cada vez mais concentrado e lucrativo.

A abordagem mencionada é justificada pelo fato de que, embora baseadas em avaliações técnicas, as ações do Cade nas questões concorrenciais são inadequadas para garantir uma proteção efetiva ao consumidor, que continua vulnerável nas relações em que está envolvido, pois se limitam a simples estimativas de mercado. A razão para essa abordagem se deve ao fato de que, apesar de estarem fundamentadas em análises técnicas, as ações, no contexto de questões relacionadas à concorrência se revelam inadequadas para garantir a proteção do consumidor, que continua sendo um agente vulnerável nas interações das quais faz parte, uma vez que se limitam a simples previsões de mercados.

A pesquisa teve como objetivo geral analisar, no Cade, os atos de concentração de casos que envolvem os planos de saúde e sua relação com o bem-estar do consumidor. Os objetivos específicos foram: compreender os aspectos constitucionais da defesa da concorrência e da proteção legal dos direitos do consumidor; caracterizar o consumidor por meio da investigação do conceito estabelecido pelo Código de

Proteção e Defesa do Consumidor (CDC); e, por fim, realizar a explanação dos atos de concentração nos mercados de planos de saúde realizados pelo Cade.

Há inúmeras discussões acerca da qualidade da prestação de serviços de saúde no Brasil, sobretudo no setor de saúde suplementar. A crescente judicialização, bem como a edição de novas regras pela ANS quanto a prazo, tempo e qualidade de atendimento em consultas e procedimentos cobertos por operadoras de planos de saúde, ou ainda a suspensão da oferta de planos de saúde, evidenciam a má qualidade na prestação de serviços privados de saúde.

Neste estudo, realizamos uma pesquisa bibliográfica que incluiu a análise de leis, normas e diversos textos de doutrinadores reconhecidos, cujas obras foram publicadas após a Constituição Federal de 1988 (CF/88), em relação à defesa da concorrência e o bem-estar do consumidor brasileiro no setor de saúde suplementar. A partir da exploração do Direito Constitucional e dos princípios do CDC, este estudo buscou analisar o referido instituto sob a perspectiva do direito econômico, com base nos dados do Cade.

A partir dessa concepção, surgiu a pesquisa em questão, ressaltando a necessidade de examinar minuciosamente os pontos mais significativos do referido objeto. Nesta pesquisa, listamos vários aspectos que auxiliaram o leitor a entender a relevância do assunto proposto nos dias de hoje. Abordou-se, de forma sucinta, a sua origem histórica e explicaram-se os conceitos e definições apresentados por renomados estudiosos do direito constitucional e econômico, bem como expusemos os detalhes importantes estabelecidos pela legislação da livre concorrência e os direitos resguardados ao consumidor, trazendo uma discussão sobre o setor de saúde suplementar.

Decisões recentes da autoridade antitruste brasileira reconhecem a existência da redução no grau de concorrência nos mercados relacionados à prestação de serviços privados de saúde e os potenciais efeitos nocivos ao consumidor decorrentes das práticas abusivas objeto de condenação e de alguns atos de concentração econômica. Além disso, é importante ressaltar que a pesquisa adotou uma abordagem teórica qualitativa que leva em conta a interação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, resultando em análises e interpretações originais e, por fim, em uma reflexão crítica sobre o tema. Também foram exploradas as importantes discussões doutrinárias, as quais auxiliaram o leitor a compreender melhor os pontos relevantes abordados na literatura atual.

Dessa maneira, a abordagem metodológica utilizada para essa reflexão baseou-se no método hipotético-dedutivo, a partir de uma análise de fontes bibliográficas e documentais embasadas em estudos especializados, abordando os fundamentos constitucionais em contraste com o direito econômico e do consumidor, bem como os princípios que regem a livre concorrência. Diante disso, analisamos o posicionamento do Cade em suas decisões sobre o setor de saúde suplementar à luz da Teoria Econômica e da Teoria Dialética, com o objetivo de verificar se os pressupostos teóricos são considerados em suas decisões.

Este estudo foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo teve o objetivo principal de mostrar que existe base legal na Constituição para que as leis do Brasil incluam de forma clara o bem-estar do consumidor como uma meta a ser alcançada na implementação da política de defesa da concorrência. O primeiro capítulo apresentou uma análise sobre os impactos da valorização da competição como um princípio constitucional (art. 170, IV). Juntamente com o princípio de combate ao uso indevido do poder econômico (art. 173, § 4º), também está prevista a garantia da defesa do consumidor como um direito essencial (art. 5º, XXXII) e princípio fundamental da organização econômica (art. 170, V). Existem duas maneiras principais de colocar esses princípios em prática. Primeiramente, é necessário elaborar leis que as concretizem. Em seguida, elas funcionam como referência interpretativa para analisar as normas da legislação econômica.

No segundo capítulo, discutimos a caracterização do consumidor, por meio da investigação do conceito estabelecido pelo CDC, assunto que foi alvo de extenso debate na doutrina e na jurisprudência. A análise revelou que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm se posicionado, em sua maioria a favor da teoria finalista, que argumenta que o consumidor é aquele que adquire bens ou serviços como destinatário final, sem utilizá-los para fins econômicos. Na segunda seção do capítulo, analisamos a definição de consumidor presente na Lei nº 8.884/94, ressaltando a falta de clareza na legislação, o que gera diversas interpretações no campo jurisprudencial. Em seguida, descrevemos as características do mercado de planos de saúde.

No terceiro capítulo, apresentamos dados do Cade acerca das Diretrizes, contrapondo informações dos mercados de assistência à saúde suplementar e, por fim, apresentamos os dados acerca dos Atos de Concentração nos mercados de planos de saúde. Assim, realizamos uma introdução sobre os atos de concentração, situando sua relevância no contexto da saúde suplementar. Discutimos questões

referentes ao monitoramento prévio dessas ações, a legislação atual que as regula, e apresentaremos uma visão geral sobre o mercado em análise. Isso abrange as participações societárias interligadas e a integração vertical nos diferentes setores da cadeia de saúde suplementar.

Na sequência, analisamos os aspectos mais específicos, como a conceituação de mercado relevante e as quotas de mercado das empresas participantes. De acordo com o Cade (2022), o setor da saúde suplementar desempenha um papel crucial na sociedade, não apenas por sua significância econômica, evidenciada pela contribuição ao Produto Interno Bruto (PIB) e pela criação de empregos e renda, mas também por sua importância social, já que aproximadamente 25% da população utiliza serviços de saúde privados. Os setores de planos de saúde, serviços hospitalares e diagnósticos médicos são partes essenciais da cadeia produtiva da saúde suplementar, que impulsionam a atividade do segmento. Nas últimas décadas, esses setores passaram por transformações estruturais relevantes, com o aparecimento de grandes conglomerados que atuam em âmbito nacional. Embora a maioria deles não detenha uma fatia de mercado particularmente alta em nível nacional, conseguiu se tornar líder em determinados segmentos regionais. Exemplos disso incluem planos de saúde em cidades de médio porte, como Santa Maria (RS) e Franca (SP), além de hospitais em Brasília (DF) e serviços de medicina diagnóstica no Rio de Janeiro.

Proporcionamos uma compreensão mais detalhada dos desafios e das consequências legais resultantes das operações de concentração no segmento de saúde suplementar.

CAPÍTULO 1 - ASPECTO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DA COMPETIÇÃO, DO DIREITO À SAÚDE E DA PROTEÇÃO LEGAL DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

O primeiro capítulo tem como objetivo apresentar os fundamentos constitucionais que embasam a defesa da concorrência, a tutela do direito à saúde e a proteção do consumidor, como elementos estruturantes da ordem econômica e social brasileira. A CF/88 representou um marco histórico ao estabelecer a livre concorrência (art. 170, IV) como princípio da ordem econômica e ao consagrar a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) como direito fundamental e princípio orientador da atividade econômica. De igual modo, elevou a saúde ao patamar de direito social fundamental (art. 6º), com caráter universal, integral e igualitário (art. 196), a ser garantida tanto pelo Estado quanto, subsidiariamente, pela iniciativa privada.

Nesse sentido, este capítulo tem a função de explicitar como a ordem constitucional brasileira conciliou, de maneira inovadora, valores de natureza econômica, como a livre iniciativa e a competitividade, com valores de natureza social, como a dignidade da pessoa humana e a justiça social. Ao mesmo tempo, em que assegura a liberdade de empreender, a Constituição impõe limites para evitar abusos do poder econômico (art. 173, § 4º), prevenindo práticas monopolísticas que prejudicam a concorrência e o bem-estar da coletividade.

A análise volta-se também à compreensão do papel hermenêutico dos princípios constitucionais que atuam como vetores interpretativos das normas infraconstitucionais e como instrumentos de equilíbrio entre liberdade econômica e função social. Nessa perspectiva, o capítulo dialoga com a doutrina contemporânea que identifica na Constituição Econômica não somente regras para disciplinar o mercado, mas também princípios de justiça material que visam corrigir desigualdades estruturais.

Portanto, o capítulo inicial fornece o alicerce teórico e jurídico para os debates posteriores, demonstrando que a defesa da concorrência, a proteção do consumidor e o direito à saúde não podem ser analisados isoladamente, mas como elementos interdependentes que estruturam a ordem constitucional e legitimam a atuação regulatória do Estado.

1.1 Das características fundamentais dos princípios

Os princípios servem como bases para as normas, apresentando um alto nível de abstração. Exercem uma função essencial ao garantir a consistência de um sistema específico, moldando as regras que o compõem e atuando como referência interpretativa para sua análise. As regras fundamentam-se nos princípios, dando-lhes uma forma concreta, e, portanto, precisam ser interpretadas de acordo com esses mesmos princípios (Tavares, 2012).

Sob a perspectiva da hermenêutica, os princípios exercem um papel construtivo, uma vez que conferem legitimidade às normas que possibilitam sua aplicação, além de direcionar a implementação de políticas públicas. Além disso, têm uma função desfavorável, que consiste em anular as normas que se opõem a elas. As características dos princípios desempenham um papel crucial na compreensão das particularidades que eles conferem à antinomia jurídica, que se refere à necessidade de eliminar normas que se opõem dentro de um sistema legal.

No contexto dos princípios, ocorre o que a doutrina geralmente se refere à antinomia jurídica imprópria, na qual o embate (entre princípios) não requer a exclusão de uma das normas do ordenamento. Assim, entre os princípios, não há um que se sobreponha ao outro, mas sim a necessidade de que sejam harmonizados. Entretanto, é importante ressaltar a teoria que afirma que a distinção fundamental entre princípios e regras está em sua estrutura e na maneira como são aplicadas, contrapunha-se à ideia de que o aspecto mais relevante dessa diferenciação seja a abstração-concretude. Dessa maneira, as normas seriam implementadas de forma imediata, através do processo de subsunção (Coelho, 2016).

Os princípios podem ser entendidos como 'diretrizes de aprimoramento' que exigem que uma ação seja executada, na medida do viável tanto do ponto de vista prático quanto legal. Para isso, é fundamental comparar um princípio com os outros. Uma das características mais importantes de um princípio é a necessidade de ponderá-lo em relação aos outros princípios que estão no mesmo nível hierárquico dentro do sistema jurídico.

Conforme Tavares (2012) de fato, a integração entre os princípios é fundamental na elaboração constitucional da estrutura econômica. Isso se deve ao fato de que a iniciativa privada é estabelecida na Constituição Federal como um dos pilares da ordem econômica (art. 170, *caput*). Assim como ocorre com todos os

princípios constitucionais, este não possui um valor absoluto, sendo necessário considerar os outros fundamentos e princípios estabelecidos no artigo 170, bem como as disposições nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal. Dessa maneira, a liberdade de empreender, embora não seja um princípio absoluto, também não deve ser limitada além das fronteiras estabelecidas pela Constituição¹.

A natureza interconectada dos princípios, por sua vez, impacta a concepção de Constituição Econômica. A Constituição Federal estabeleceu a ordem econômica como um conjunto articulado. Dessa forma, as disposições pertinentes a esse assunto devem ser compreendidas de maneira integrada, respeitando os fundamentos e princípios que sustentam esse sistema. Assim, os conceitos e bases apresentados na parte inicial do artigo 170 devem guiar a compreensão dos outros dispositivos que compõem a ordem econômica (Coelho, 2016).

Ao abordar o assunto, Teixeira (2016) explicou que, além disso, a implementação efetiva dos princípios de concorrência justa, combate ao abuso do poder econômico e proteção dos consumidores exige a formulação de políticas públicas. A implementação de políticas públicas de maneira integrada se alinha de forma completa à Constituição Federal, tornando legítima a incorporação da defesa do consumidor como um dos objetivos principais da política de concorrência.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a prever o direito à saúde como direito fundamental. O direito à saúde é previsto na Constituição Federal no artigo 6º como direito social e como garantia nas relações de trabalho (artigo 7º).

A prestação de serviços de saúde pode ser feita pelo Estado, por meio do SUS, nos termos dos artigos 197 e 198 da Constituição Federal, ou por meio da iniciativa privada (artigo 199). Entretanto, não obstante não haja exclusividade na prestação de serviços à saúde, a formação de políticas de saúde e a prestação dos serviços estão sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle estatais (artigo 198). Isso porque, a Constituição Federal confere hierarquia superior ao direito à saúde, prevendo que, mesmo que os serviços de saúde sejam prestados por particulares, devem atender ao interesse público.

Em síntese, para os objetivos deste estudo, é fundamental destacar, primeiramente, a natureza essencial dos princípios, os quais conferem um caráter

¹ O entendimento do Supremo Tribunal Federal estabelece que não é permitido ao Estado obstruir a atividade econômica para forçar o contribuinte a saldar suas obrigações tributárias, conforme indicado nas Súmulas 70, 323 e 547.

sistemático ao ordenamento jurídico e exigem, também, a implementação de políticas públicas. Em segundo plano, é fundamental enfatizar o papel interpretativo dos princípios, destacando duas características: a eficácia positiva, que atribui legitimidade às normas que efetivam sua aplicação, e a eficácia negativa, pela qual as normas que entram em conflito com os princípios são consideradas inválidas. Em terceiro lugar, saliento que a análise dos princípios ocorre por meio da ponderação: dessa forma, um princípio não invalida o outro, necessitando de uma harmonização entre eles.

A conciliação entre os princípios é fundamental dentro da estrutura da ordem econômica constitucional, sendo frequentemente aplicada na integração da liberdade de empreender com outras disposições constitucionais. A iniciativa privada está prevista na Constituição Federal como um dos pilares da economia (art. 170, caput), sendo também um princípio essencial da República (art. 1º, I). Assim como os demais princípios constitucionais, não possui um valor absoluto, devendo ser harmonizada com os outros fundamentos e princípios estabelecidos no art. 170 (Coelho, 2016).

Nesse cenário, os tribunais têm reconhecido como legítimas as limitações à liberdade econômica que são implementadas para a realização de outros princípios previstos na Constituição, sendo frequente que essa harmonização aconteça com os princípios da concorrência leal, combate ao abuso do poder econômico e proteção ao consumidor². Em contrapartida, restrições à liberdade de iniciativa que não tenham respaldo em outras disposições constitucionais são consideradas nulas³.

De modo geral, podemos afirmar que as leis de defesa da concorrência têm como premissa a constatação de que agentes econômicos com poder de mercado são capazes de prejudicar o bem-estar dos consumidores de diversas formas, inclusive aumentando preços, reduzindo incentivos à inovação e à manutenção da qualidade de produtos e serviços, dentre outros fatores (Whish; Bailey, 2012). Dessa forma, a finalidade do Direito Antitruste não é somente proteger a eficiência alocativa de recursos, mas também se preocupar com a maximização da riqueza do consumidor, proteção dos agentes econômicos de menor porte da ação de grandes

² Por exemplo: STF- ADI 319 - Tribunal Pleno - Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30.4.93, p. 7563 e STF – ADI nº 1094 – Plenário – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU de 20.04.2001, p. 104 – RTJ v. 177-01, p. 86.

³ O entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal é de que não é permitido ao Estado obstruir a realização de atividades econômicas visando forçar o contribuinte a saldar suas obrigações fiscais, conforme se observa nas Súmulas 70, 323 e 547.

players, garantir a entrada nos mercados, combater o abuso de poder econômico etc (Hovenkamp, 1985).

Em outras palavras, podemos afirmar que, atualmente, a finalidade primordial da legislação de defesa da concorrência é buscar o bem-estar do consumidor, que pode ser alcançado por meio da defesa dos interesses dos consumidores, redistribuição de riquezas decorrente da dispersão de poder econômico, sendo possível também considerar outros fatores, como nível de emprego e inflação (Whish; Bailey, 2012). No que diz respeito ao assunto, é importante ressaltar a lição apresentada por Fábio Konder Comparato (1991, p. 19):

A supressão da liberdade empresarial, porém, não se confunde, de modo algum, com as restrições de natureza pública ao exercício dessa liberdade, as quais visem a realização dos valores ou finalidades superiores, igualmente expressos como mandamentos constitucionais. A Constituição, com efeito, declara que a ordem econômica deva assentar-se, conjuntamente, na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano. E assinala que o objetivo global e último dessa ordenação consiste em “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, caput). É em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os demais princípios expressos no art. 170, a par da livre concorrência, a saber, especificamente, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

É habitual que os atores econômicos questionem a legitimidade de legislações que restrinjam a liberdade de empreender na implementação dos fundamentos da economia. A jurisprudência considera essas restrições legítimas, desde que sejam razoáveis e baseadas em princípios adequados, permitindo, assim, uma avaliação equilibrada, conforme será mostrado ao longo deste capítulo. A combinação dos princípios da competição justa e da defesa dos direitos dos consumidores é o que legitima a inclusão da proteção dos interesses dos consumidores como um dos objetivos da política de defesa da concorrência.

A necessidade de análise de poder de mercado é pressuposto na legislação antitruste brasileira para justificar a imposição de penalidades em casos de abuso ou a intervenção em situações em que esse abuso em prejuízo do consumidor se torna provável. Começo, portanto, a examinar a essência desses princípios e de que maneira a sua interpretação tem sido aplicada.

Ao analisar a relação entre Estado, mercado e sociedade, percebe-se que o desenvolvimento sustentável e equilibrado de uma economia não depende apenas da existência de regras que assegurem a liberdade de iniciativa, mas também da efetiva

garantia de um ambiente concorrencial saudável. Nesse sentido, após a apresentação dos elementos introdutórios, é oportuno avançar para a discussão sobre os fundamentos da concorrência justa e do combate ao uso indevido do poder econômico.

O próximo tópico reveste-se de especial relevância porque coloca em evidência um dos maiores desafios do direito econômico: conciliar o dinamismo próprio das relações de mercado com a necessidade de preservar a igualdade de condições entre os agentes que nele atuam. A concorrência justa é, portanto, não apenas um princípio jurídico, mas também um requisito para que a livre iniciativa se desenvolva de forma ética, equilibrada e socialmente responsável. Além disso, o enfrentamento ao uso indevido do poder econômico torna-se indispensável para conter práticas que geram desequilíbrios estruturais, como a formação de monopólios, cartéis, dumping ou outras condutas abusivas que fragilizam a competitividade e prejudicam consumidores e pequenos empreendedores. A análise desse tema permite compreender como o ordenamento jurídico brasileiro busca harmonizar a promoção da eficiência econômica com a defesa do interesse público, estabelecendo instrumentos normativos e institucionais de controle.

Portanto, a partir deste ponto, o foco desloca-se para o exame das bases teóricas, normativas e práticas que sustentam a concorrência leal, bem como das estratégias voltadas ao combate de condutas que distorcem ou comprometem a ordem econômica.

1.2 Fundamentos da concorrência justa e do combate ao uso indevido do poder econômico

A CF/88, dando continuidade à prática estabelecida pela Constituição de 1946, estipula em seu artigo 173, parágrafo 4º, que “[...] a legislação atuará contra o abuso do poder econômico que tenha como objetivo a monopolização dos mercados, a supressão da concorrência e o aumento injustificado dos lucros”. Além disso, a Constituição vigente introduziu uma novidade ao elevar a livre concorrência à condição de princípio constitucional (art. 170, IV)⁴.

⁴ Em relação à inovação que traz a inclusão do princípio da livre concorrência, em conjunto com a vigilância contra o abuso do poder econômico, esse aspecto é uma previsão que remonta à Constituição de 1946 (Fonseca, 2000, p. 79-80).

É importante, a princípio, abordar o que representam os dois princípios. A Constituição não definiu o conceito de concorrência livre, atribuindo essa responsabilidade ao legislador e ao responsável pela interpretação. O sentido da concorrência e suas metas são moldados historicamente, levando em consideração as diretrizes e as políticas públicas implementadas para a sua realização. Assim, esses princípios não devem ser analisados de forma isolada, mas sim em conjunto com outros fundamentos e princípios que estruturam a ordem econômica prevista na constituição (Teixeira, 2016).

De maneira distinta, as metas da política de concorrência (e, por extensão, seu sentido) podem mudar conforme o ambiente em que são implementadas. Dessa forma, a Constituição não definiu claramente o que se entende por livre concorrência e quais são suas metas. Entretanto, a Constituição estabelece uma estrutura que menciona a repressão ao uso excessivo do poder econômico, além de incluir outros princípios e fundamentos, como a liberdade de iniciativa e a proteção ao consumidor, que devem ser integrados à ideia de concorrência justa. Assim, essa estrutura impõe restrições que não podem ser excedidas pelo legislador e que devem ser obrigatoriamente consideradas pelo intérprete e pelos responsáveis pela implementação de políticas públicas voltadas à proteção da concorrência (Teixeira, 2016).

Transcendido o modelo francês de interpretação, que atribuía ao intérprete, principalmente aos juízes, a função de simplesmente enunciar o que estava presente no texto legal, a interpretação assume um papel importante tanto nos contextos doutrinário quanto jurisprudencial, como será demonstrado adiante. A ideia de norma jurídica está intimamente relacionada à interpretação, o que significa que a (re)análise de uma categoria jurídica leva, de maneira essencial, à (re)análise da outra. As irmãs siamesas representam que, na ausência de uma interpretação, as normas jurídicas se tornam sem sentido, e sem elas, o intérprete perde sua relevância social. Em uma introdução, é essencial diferenciar interpretação de hermenêutica. Embora esses termos estejam relacionados no âmbito do Direito, eles não são sinônimos e possuem significados distintos: uma analisa métodos, enquanto a outra entende a aplicação prática do método (Bizinato, 2018).

Desde o princípio, podemos afirmar que a competição tutelada pela Constituição não se configura como uma concorrência perfeita. Isso significa que nenhum dos participantes do mercado possui controle suficiente para influenciar o

preço, competindo em total igualdade pela preferência do consumidor, que é determinada apenas pelos custos marginais. Esse modelo é, portanto, caracterizado por Hovenkamp (2005). Na prática, as situações de concorrência perfeita no mercado são raras, uma vez que a concentração de poder econômico prevalece como uma norma, em vez de ser uma exceção.

É comum que existam variações no tamanho das empresas, o que as leva a operar de maneiras distintas, especialmente em mercados onde predominam oligopólios, ou seja, com a presença de poucos concorrentes. Assim, a proteção da concorrência não é um objetivo isolado. Assim, não faz sentido buscar um mercado fragmentado quando existem arranjos mais eficazes que promovem tanto o bem-estar do consumidor quanto o crescimento econômico, sem impor restrições excessivas e desproporcionais à competição.

Assim, é importante não misturar a proteção da concorrência com a ideia de uma concorrência ideal. O mais adequado é associar a livre concorrência à autonomia das empresas para competir no mercado, sem favorecimentos impróprios do Estado ou ações ilegais de seus concorrentes. Dentro desse contexto, é relevante reproduzir a definição de livre concorrência apresentada por Ana Maria Nusdeo (2002, p. 28) “liberdade de atuar nos mercados buscando a conquista de clientela, com a expectativa de sua aplicação levar os preços de bens e serviços, fixados pelo jogo dos agentes em disputa pela clientela, a níveis razoavelmente baixos, chegando, no caso extremo de concorrência perfeita, a se igualarem ao custo marginal do produto”.

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a livre-iniciativa (art. 1º, IV, da Constituição Federal), pelo qual deve-se garantir aos indivíduos ao acesso às atividades e o seu exercício. Tal princípio tem uma função social, ele não é absoluto e deve se compatibilizar com outros princípios constitucionais, sobretudo os princípios da função social da propriedade e da livre concorrência. Assim, o princípio da livre-iniciativa não representa uma liberdade econômica absoluta; o Estado pode limitar a liberdade empresarial, respeitando os princípios da legalidade, igualdade e proporcionalidade, ponderando os valores da livre-iniciativa e da livre concorrência. A livre concorrência não é uma consequência natural da livre iniciativa, cabendo ao Estado intervir para assegurar a existência da livre concorrência e, conseqüentemente, assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. O princípio da livre concorrência é, pois, um instrumento para se atingir a tão almejada justiça social, dando à livre-iniciativa os contornos decorrentes da função social da propriedade. Sendo um instrumento, a livre concorrência também não é um valor absoluto, podendo ceder espaço a valores de maior importância (Tomazette, 2017, p. 789).

O objetivo é prevenir a existência de vantagens governamentais inapropriadas ou comportamentos abusivos por parte das empresas, que alterem as condições

naturais do mercado e obstruir a livre concorrência, a concorrência. Dessa forma, procuramos assegurar que os agentes econômicos conquistem suas fatias de mercado por meio de suas próprias qualidades, ou seja, em função de sua eficácia nos negócios, e não por meio de comportamentos ilegais. Assim, buscamos assegurar que as empresas tenham condições reais de competir, resultando, ao final, em vantagens para os consumidores e para a economia em geral.

Dessa forma, as empresas contam com proteção em duas camadas. Inicialmente, é essencial haver proteção contra distorções promovidas pelo próprio governo, sendo considerados inconstitucionais os benefícios estatais concedidos a uma empresa em desfavor de suas concorrentes. A única situação que permite essa exceção é quando há uma autorização clara na Constituição, como o tratamento preferencial destinado às pequenas empresas (artigos 170, IX e 179 da Constituição Federal) conforme Brasil, 1988.

Assim, as empresas contam com proteção em dois níveis. Inicialmente, é essencial haver proteção contra distorções promovidas pelo próprio governo, pois a concessão de privilégios a uma empresa em prejuízo das demais concorrentes configura-se como inconstitucional. A única situação em que há uma exceção é quando existe uma autorização explícita na Constituição, como o tratamento preferencial destinado às micro e pequenas empresas (art. 170, IX e art. 179 da CF/88). Em segundo plano, é necessário assegurar que as empresas estejam resguardadas de ações ilegais realizadas por seus concorrentes, que possam dificultar sua capacidade de competir de maneira justa no mercado. Assim, é responsabilidade do Estado criar políticas públicas apropriadas para coibir essas ações (Tomazette, 2017).

Outro aspecto de grande relevância é que a livre concorrência precisa estar alinhada com outras diretrizes constitucionais, não devendo, portanto, ser vista como um princípio absoluto. A implementação da política de defesa da concorrência precisa ocorrer de maneira alinhada com a dignidade humana, que é um dos objetivos da ordem econômica (art. 170, caput, da CF) e um dos pilares da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF). Essa observação reforça a urgência de equilibrar a promoção da concorrência com a salvaguarda dos direitos do consumidor, ponto que será enfatizado ao longo deste estudo (Coelho, 2016).

A limitação do abuso de poder econômico é um mecanismo crucial para a realização da liberdade de concorrência, pois exige a criação de uma legislação que

defenda os indivíduos que possam sofrer danos devido a esse tipo de abuso. Contudo, embora seja viável associar esse princípio à livre concorrência, é importante ressaltar que estes não se sobrepõem. O combate ao uso indevido do poder econômico vai além da defesa da concorrência, pois abrange também várias outras situações, como a salvaguarda dos consumidores contra esses abusos e a capacidade de o Estado atuar na economia. Além disso, é fundamental destacar que a Constituição Federal não proíbe o poder econômico em sua essência, mas sim o seu uso indevido, o qual ocorrerá sempre que houver pretensões de monopolização do mercado, eliminação da competição ou aumento injustificado dos lucros (Tomazette, 2017).

Dessa forma, o poder financeiro adquirido pela eficácia do agente econômico não deve ser sujeito a penalizações, cabendo ao Estado apenas reprimir a utilização inadequada desse poder. Na verdade, o legislador brasileiro esclareceu que não é considerado abuso de dominância de mercado “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores” (art. 20, § 1º da Lei nº 8.884, de 1994).

Em relação à hegemonia nos mercados, é importante mencionar a perspectiva de Calixto Salomão Filho, que argumenta que o conceito está vinculado a qualquer restrição, qualquer restrição à competição, seja ela real ou potencial. Assim, o nível da restrição é irrelevante, nem é necessário estabelecer, de forma econômica ou matemática, o significado da expressão, pois, segundo sua perspectiva, o mercado estará sob controle sempre que houver a possibilidade de prejudicar a concorrência (diminuir ou acabar com ela). Em seguida, examinarei os aspectos benéficos e prejudiciais da função hermenêutica dos dois princípios. Serão destacadas as deliberações dos Tribunais Superiores, com ênfase no Supremo Tribunal Federal, o que contribui para esclarecer como o Poder Judiciário interpreta os princípios discutidos e suas implicações.

Embora a concorrência justa se apresente como pilar fundamental da ordem econômica, não se pode ignorar que, em determinadas circunstâncias, a simples existência de um mercado livre não é suficiente para garantir equilíbrio, justiça e eficiência. A experiência histórica e a prática cotidiana demonstram que a chamada “livre concorrência” pode revelar-se ineficaz quando submetida a estruturas concentradas ou dominadas por agentes que detêm posição privilegiada no mercado.

Essa realidade impõe a necessidade de refletir criticamente sobre os limites do modelo liberal clássico, no qual se pressupunha que a autorregulação do mercado seria capaz de assegurar, por si só, resultados socialmente desejáveis. Na prática, observa-se que, quando não há mecanismos de regulação e de fiscalização, abre-se espaço para abusos de poder econômico, seja por meio de condutas monopolistas, oligopolistas ou práticas predatórias que restringem a competitividade e afetam diretamente o consumidor e a coletividade.

Nesse contexto, torna-se indispensável analisar a ineficácia da concorrência livre e o controle sobre o abuso do poder econômico, entendendo como o ordenamento jurídico brasileiro estabelece instrumentos de contenção e prevenção a tais práticas. Trata-se de um campo de debate em que se evidencia a função regulatória do Estado e a necessidade de equilibrar a liberdade de iniciativa com a defesa da ordem econômica e social.

Assim, este próximo item visa discutir os fatores que explicam a limitação da concorrência como mecanismo único de equilíbrio do mercado e destacar as formas de intervenção legítima voltadas a coibir práticas abusivas e garantir que a atividade econômica se realize em conformidade com os valores constitucionais de justiça, solidariedade e desenvolvimento.

1.3 Ineficácia da concorrência livre e controle sobre o abuso do poder econômico

A existência da livre concorrência e a luta contra o abuso do poder econômico, ambas com respaldo constitucional, afeta a análise de legislações que possam impor restrições a esses princípios. Portanto, ao examinar essas normas, o analista deve avaliar se a limitação à concorrência é irrazoável ou se está sustentada por algum outro princípio da Constituição (Coelho, 2016).

Nesse cenário, uma norma não se torna automaticamente inconstitucional somente por impor algum tipo de limitação à concorrência. Entretanto, para ter validade, deve estar sustentada por outra norma da Constituição e, nesse caso, cabe ao intérprete fazer uma análise comparativa entre os dois valores protegidos pela Constituição e avaliar se a restrição à concorrência é considerada justa. Se considerar essa limitação aceitável, a dedução será a favor da constitucionalidade; caso contrário, o intérprete chegará à conclusão de que a norma é inconstitucional

(Tomazette, 2017). Assim, somente limitações justas à concorrência, fundamentadas em outros princípios constitucionais, podem ser reconhecidas como legítimas. A mesma lógica aplica-se à defesa do consumidor e à liberdade de empreender.

O Supremo Tribunal Federal (STF) aplicou frequentemente o art. 170, IV como referência interpretativa na análise de normas, destacando as decisões que levaram à criação da Súmula 646 do STF, cuja redação é a seguinte: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”. Salientamos, a este respeito, o resumo de uma das decisões que fundamentou a criação da mencionada Súmula:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 1º DA LEI Nº 6.545/91, DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA À INSTALAÇÃO DE DROGARIAS. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A limitação geográfica à instalação de drogarias cerceia o exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada (CF/88, artigo 170, inciso IV e § único c/c o artigo 173, § 4º).

2. O desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada à medida que impede ou dificulta a expansão das pequenas iniciativas econômicas.

Inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 6.545/91, do Município de Campinas, declarada pelo Plenário desta Corte. Recurso extraordinário conhecido, porém não provido.

Apesar de que a maior parte das decisões que motivaram a criação da Súmula 646 abordasse apenas a concorrência livre e a liberdade de iniciativa, existiu um acórdão que também citou a proteção do consumidor como um dos princípios desrespeitados por essas legislações municipais. Destaco também que o Governador do Estado de São Paulo apresentou uma ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei Estadual que estabelecia uma distância mínima de duzentos metros para a criação de novas farmácias em municípios com mais de trinta mil habitantes (Coelho, 2016). Em consonância com sua jurisprudência, o STF decidiu favoravelmente à ação, considerando a norma em questão inconstitucional por ferir o princípio da livre concorrência. O tribunal concluiu que não existia outro princípio que sustentasse a legitimidade da norma, além de identificar um defeito formal na legislação⁵.

⁵ ADI n. 3.257-6-SP – Pleno - Rel. Min. Gilmar Mendes - DJU de 22/08/2003, p. 20. Transcrevo a ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Governador do Estado de São Paulo. 3. Lei Estadual nº 10.307, de 06 de maio de 1999. Fixação de distância mínima para a instalação de novas farmácias e drogarias. 4. Inconstitucionalidade formal. Norma de interesse local editada pelo Estado-membro. 5. Inconstitucionalidade material. Descumprimento do princípio constitucional da livre concorrência. Precedentes. 6. Ação direta procedente”.

É importante destacar que o Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade de legislações que estabelecem uma distância mínima entre negócios, quando isso é determinado por motivos de segurança, especialmente em situações que envolvem a produção ou venda de produtos potencialmente perigosos. Nesse contexto, o STF tem refletido sobre a justificativa de limitar a competição visando à proteção da população. Além disso, existem outros casos na jurisprudência do STF em que as afirmações de infringimento ao princípio da livre concorrência não foram suficientes para que o Tribunal considerasse as leis como inconstitucionais. Enfatizo a decisão sobre as normas locais que determinavam os horários de operação das farmácias, instituindo turnos de funcionamento contínuo em um sistema de alternância (Coelho, 2016).

Assim, ao estabelecer a obrigatoriedade de seguir o regime de plantões, as normas municipais impediram que as farmácias operassem fora dos horários determinados, exceto, naturalmente, nos dias em que estavam escaladas para o plantão. O Supremo Tribunal Federal (STF) considerou essas leis legítimas, baseando-se principalmente no artigo 30 da Constituição Federal, que estabelece que é de responsabilidade dos municípios legislar sobre questões locais. Utilizou também o argumento de que a salvaguarda dos pequenos negócios frente a influência exercida por grandes corporações seria um princípio resguardado pela Constituição Federal. (Tomazette, 2017).

O tribunal argumentou que o cumprimento do horário determinado asseguraria que pequenos empresários pudessem ter lucros com seus atendimentos, uma vez que a presença de concorrentes funcionando nesse mesmo período poderia resultar em perdas devido ao incremento da oferta. Cito, a respeito, um trecho da seguinte sinopse:

1. Os Municípios têm autonomia para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas, pois a Constituição Federal lhes confere competência para legislar sobre assuntos de interesse local.
2. Afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência e ao direito do consumidor. Inexistência. Ao Governo Municipal, nos limites da sua competência legislativa e administrativa, cumpre não apenas garantir a oferta da mercadoria ao consumidor, mas, indiretamente, disciplinar a atividade comercial, e, evitando a dominação do mercado por oligopólio, possibilitar ao pequeno comerciante retorno para as despesas decorrentes do plantão obrigatório.
3. Farmácias e drogarias não escaladas para o cumprimento de plantão comercial. Direito de funcionamento fora dos horários normais. Inexistência em face da lei municipal que disciplina a matéria. Recurso extraordinário

conhecido e provido (RE 174645 – Rel. Min. Maurício Corrêa - Segunda Turma - DJ 27-02-1998, p. 18, ement. 19, p. 539).

Essa escolha se afasta de outras decisões do STF que unem os princípios da competição justa, combate ao abuso do poder econômico e proteção do consumidor na análise de regras legais. Nessa situação, o STF decidiu que o interesse do pequeno farmacêutico deveria ter prioridade em relação a práticas que, embora mais eficientes, ofereciam ao consumidor uma gama maior de opções. Dessa forma, as leis que restringiam o horário de funcionamento das farmácias foram consideradas válidas (Coelho, 2016). Devido a repetidos decisões do STF sobre o mesmo assunto, a questão foi formalizada na Súmula 645, que apresenta o seguinte conteúdo: “É competente o Município para fixar horário de funcionamento de estabelecimento comercial”.

Dentro do contexto dos Tribunais de Justiça, destaco o caso da análise da legitimidade da Lei Complementar do Distrito Federal nº 294, datada de 27 de junho de 2000, que, em seu artigo 2º, parágrafo 3º, determina a vedação de “edificação de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados, hipermercados e similares, bem como de teatros, cinemas, shopping centers, escolas e hospitais públicos”.

O Cade examinou um procedimento administrativo em que se deparou com a presença da legislação. Apesar de o objetivo do processo não ser a avaliação da legitimidade da legislação (o que não é competência do órgão administrativo mencionado), decidiram enviar um ofício ao Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal, a fim de que ele estivesse ciente da natureza anticoncorrencial da lei em questão e adotasse as medidas adequadas. Movido pelos pontos levantados pelo CADE, o Procurador-Geral entrou com uma ação direta de inconstitucionalidade, buscando a declaração de nulidade da norma mencionada (ou seja, o art. 2º, § 3º da Lei Complementar do Distrito Federal nº 294, de 2000).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) rejeitou a ação apresentada, afirmando a legitimidade da legislação. O Desembargador Relator emitiu um parecer no qual declarava a inconstitucionalidade da legislação do Distrito Federal, argumentando que está infringia o princípio da livre concorrência, conforme estabelecido no artigo 158, inciso IV da Lei Orgânica do Distrito Federal, que reproduz a orientação presente no inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal (Coelho, 2016).

Em sua declaração, destacou que, durante o processo legislativo que antecedeu a aprovação da norma, tornamos evidente que o objetivo da cláusula não era assegurar a proteção dos consumidores contudo, o objetivo é impedir a entrada de novos concorrentes no ramo de revenda de combustíveis, particularmente redes de supermercados e hipermercados. Dessa maneira, quanto a esses espaços, não se podia abordar o tema da segurança pública, já que, além de não haver referência a esse elemento nas razões da legislação, não existiam evidências (nem mesmo indícios) de que a instalação de postos de combustíveis em supermercados ou hipermercados fosse uma ameaça à segurança pública⁶.

O Relator inicial, entretanto, foi derrotado, e o voto da maioria da Corte Especial prevaleceu, reconhecendo a constitucionalidade da norma. Apreendemos que a norma tinha como objetivo garantir a segurança pública, legitimando, portanto, uma restrição à liberdade de iniciativa. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) apresentou o Recurso Extraordinário nº 597165 em resposta àquela decisão. Este recurso ainda aguarda julgamento e inclui um parecer assinado pela Procuradoria-Geral da República, que argumenta a respeito da inconstitucionalidade da lei em questão.

Em sentido similar, a Lei Complementar nº 220, de 04 de setembro de 2020, determinou sobre a localização de postos revendedores de combustíveis determinando sua instalação com distância mínima de cem metros de locais que concentrem grande público, em perímetro urbano; distância mínima de cem metros de subestações de energia elétrica, instalações militares, depósitos de explosivos e munições, hospitais, escolas, creches e asilos, medidos da divisa do terreno do posto até a divisa do terreno do estabelecimento impediendo, somente quando contíguos e localizados no mesmo lado da via de tráfego, distância mínima de cem metros de túneis, pontes e viadutos.

Na ADI referente a Lei Complementar acima referida, foi pontuado que a legislação impugnada não violou ao princípio da livre iniciativa, uma vez que, tal princípio, assim como os demais, não é absoluto, nem consiste em garantia de exercício irrestrito e ilimitado de uma atividade econômica pelo particular, sobretudo quando representar potencial risco para a população, para o consumidor e ao meio ambiente.

⁶ TJDF – Conselho Especial - ADI 2004 00 2 007874-3- Rel. Des. Haydevalda Sampaio - DJU: 03/10/2008, p.80.

Foi destacado que as restrições elencadas na legislação estavam em plena consonância com as regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC) Lei n. 8.078/90, que garantem o direito à segurança contra os riscos provocados por práticas de fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos (artigo 6º, inciso I). É importante destacar que o assunto é tão controverso que o TJDF, ao avaliar um recurso em mandado de segurança, declarou a inconstitucionalidade da norma e anulou a decisão que havia negado o alvará de construção para um posto de combustíveis requisitado por uma rede de hipermercados no Distrito Federal. Foi apresentado um recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça em relação a essa decisão, mas o tribunal optou por não o conhecer, o que resultou na manutenção da decisão do TJDF. Embora não seja possível afirmar que existe uma tendência estabelecida na jurisprudência quanto à abrangência da eficácia negativa dos princípios de livre concorrência e combate ao abuso do poder econômico, é factível obter algumas conclusões a partir dos casos examinados (Coelho, 2016).

Primeiramente, esses princípios são cruciais na análise da legitimidade de normas que limitam a concorrência, quando não encontram respaldo em outros dispositivos da Constituição Federal. Existem decisões anteriores que combinam os princípios da liberdade concorrencial e da punição ao abuso do poder econômico (incluindo a proteção ao consumidor) para considerar essas leis como inconstitucionais. Em segundo lugar, eles não são considerados de maneira absoluta; realizamos uma análise cuidadosa para verificar se a limitação imposta aos princípios encontra respaldo em outras disposições constitucionais.

Assim, existem casos anteriores que reconheceram a legitimidade de legislações que, embora limitassem a competição contavam com respaldo, na visão dos magistrados em outras disposições constitucionais.

Na sequência, é necessário destacar o aspecto constitucional da proteção ao consumidor, uma vez que a CF/88, em seu artigo 5º, inciso XXXII, e no artigo 170, inciso V, consagra a defesa do consumidor como princípio fundamental da ordem econômica e como direito fundamental da cidadania. Esse reconhecimento eleva a tutela do consumidor a um patamar de garantia constitucional, assegurando que a sua proteção não se restrinja a normas infraconstitucionais, mas se constitua como diretriz obrigatória para o legislador, para o Poder Executivo e para o Judiciário. Assim, a análise desse ponto revela como a Constituição estrutura o equilíbrio nas relações de

consumo, reforçando a dignidade da pessoa humana e a justiça social como fundamentos da ordem econômica brasileira.

1.4 Aspecto constitucional da proteção ao consumidor

A Constituição Federal de 1988 trouxe inovações ao incluir diretrizes dedicadas à salvaguarda dos direitos dos consumidores. A proteção dos consumidores é considerada um direito essencial (art. 5º, XXXII) e um princípio que orienta a estrutura econômica (art. 170, V), sendo a sua regulamentação por meio de legislação comum uma exigência da Constituição (art. 48 do ADCT), de acordo com Coelho (2016).

O reconhecimento explícito da base constitucional da proteção ao consumidor é extremamente relevante, uma vez que essa condição confere legitimidade a diversas normas que visam salvaguardar o consumidor, estabelecendo limites proporcionais à liberdade de iniciativa, com destaque especial para o CDC (Lei nº 8.078, de 1990). Essa legislação considera a fragilidade do consumidor, resultante do desequilíbrio nas relações de consumo, e estabelece várias regras compensatórias para garantir um tratamento desigual entre partes que são essencialmente diferentes.

Assim, os direitos fundamentais expandiram significativamente seu alcance, pois, em seus primórdios, estavam restritos às liberdades civis, que se caracterizavam, principalmente, como restrições ao poder estatal. Com o tempo, os direitos fundamentais passaram a incluir também os direitos sociais, econômicos e os de natureza difusa. Os direitos fundamentais apresentam tanto uma perspectiva formal quanto uma substância material. Sua importância formal se origina do fato de a Constituição lhes atribuir esse reconhecimento específico (Tomazette, 2017).

A incorporação da defesa dos direitos do consumidor como princípio constitucional é uma marca das Constituições adotadas no final do século XX. Um exemplo disso é a Constituição da Espanha de 1978, que menciona em seu artigo 51 que: "os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários, protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos". Por sua vez, por força da Revisão Constitucional de 1989, foi estatuído no art. 102 da Constituição de Portugal que a proteção dos consumidores é um dos objetivos da política comercial (Coelho, 2016).

A sua dimensão material surge da sua profunda conexão com a dignidade da humanidade. Não é necessário detalhar essa distinção, pois a importância formal e substancial da proteção aos consumidores se apresenta evidentemente como um direito fundamental, explicitamente indicado no artigo 5º, inciso XXXII, da CF/88, que dispõe que o Estado garantirá, de acordo com a legislação, a proteção dos direitos do consumidor. Este princípio está claramente alinhado com os direitos fundamentais de terceira geração, que estão associados aos direitos de solidariedade e exigem não somente a não intervenção do Estado, mas também um dever de ação (Ramos, 2017).

Nesse contexto, a principal tarefa a ser realizada consiste em elaborar regras que assegurem a proteção dos direitos dos consumidores. Dessa forma, a disposição contida no artigo 5º, inciso XXXII da CF/88, está em consonância com a regra proposta no artigo 48 do ADCT, que estabeleceu a criação do CDC. Entretanto, a responsabilidade de criar leis que protejam os consumidores não se limita à promulgação do CDC, embora este seja o principal símbolo da proteção legal ao consumidor (Coelho, 2016).

De fato, a constante transformação das atividades econômicas, que levanta situações inesperadas para o legislador no momento da criação do Código de Defesa do Consumidor, exige a atualização contínua de regulamentos que visem à proteção dos consumidores. Dentro desse cenário, a consideração da proteção do excedente do consumidor foi adicionada à legislação de defesa da concorrência como um parâmetro para avaliar atos de concentração (Tomazette, 2017; Fonseca, 2017).

A observância do estipulado no artigo 5º, inciso XXXII, da CF/88 também requer que o Estado promova políticas públicas voltadas à proteção do consumidor, resultando na criação da Política Nacional das Relações de Consumo, cuja meta é atender às demandas dos consumidores considerando por sua dignidade, bem-estar e segurança, a salvaguarda de seus interesses financeiros, a elevação de sua qualidade de vida, além da clareza e equilíbrio nas relações de consumo (art. 4º do CDC), de acordo com Martins (2017).

Nesta esteira, à luz do que prelecionou Coelho (2016, p. 24), incorporar a salvaguarda dos interesses financeiros dos consumidores como um dos propósitos da política de defesa da concorrência é alinhado com a Constituição. Outra consequência relevante resultante da elevação da proteção ao consumidor a um direito fundamental é que essa proteção se configura como uma cláusula pétrea, ou seja, não pode ser eliminada por meio de Emenda Constitucional (EC), conforme o disposto no art. 60, §

4º da CF/88. Por fim, existe uma situação que, embora tenha sido recentemente percebida, gera controvérsias em sua aceitação: a efetividade “externa”, “horizontal” ou “entre indivíduos” dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, em sua forma inicial (primeira geração dos direitos fundamentais), tinham como foco principal o Estado, que deveria, acima de tudo, evitar ações que fossem contrárias às liberdades estabelecidas. Portanto, de maneira geral, o Estado não pode restringir a liberdade individual, podendo somente fazê-lo nas situações previstas pela Constituição e respeitando o devido processo legal.

Em um momento seguinte, os direitos fundamentais evoluíram para um entendimento mais social e abrangente, exigindo do Estado a implementação de medidas concretas para sua plena realização e a adoção de políticas públicas para sua concretização. Recentemente, também foi elaborada a teoria sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas interações entre indivíduos, conhecida na literatura alemã como *Drittwirkung*. O assunto gera bastante controvérsia e enfrenta oposições, pois, como mencionado anteriormente, o Estado é o principal destinatário dos direitos fundamentais. Entretanto, a sua aplicação no setor privado tem sido gradualmente aceita, pois seria impensável que indivíduos pudessem agir à margem das normas constitucionais.

Diante dessas reflexões, torna-se imprescindível avançar para o Capítulo 2, no qual será examinado o conceito de consumidor tanto sob a ótica do CDC quanto da Lei n. 8.884/94, que instituiu a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Nesse contexto, a análise buscará não apenas delimitar quem é reconhecido como consumidor nas diferentes normativas, mas também evidenciar os instrumentos jurídicos e institucionais de acesso ao Cade, órgão central na prevenção e repressão de práticas anticompetitivas. Essa abordagem permitirá compreender de que forma a proteção ao consumidor e a defesa da concorrência se articulam no ordenamento jurídico brasileiro, reforçando a lógica de equilíbrio entre mercado, cidadania e justiça social.

CAPÍTULO 2 - CONCEITO DE CONSUMIDOR NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NA LEI N. 8.884/94 E OS INSTRUMENTOS DE ACESSO AO CADE

O objetivo deste capítulo é examinar a definição de consumidor estabelecida pela legislação brasileira, relacionando o consumidor com as premissas contidas no Cade para subsidiar a discussão do capítulo 3, apresentando se o órgão está levando em conta ou não o CDC em seus julgamentos, buscando identificar quem é a parte protegida pelas normas de proteção ao consumidor e à competição.

O Brasil nunca teve um histórico significativo em relação à proteção dos direitos do consumidor, e, além disso, a legislação sobre o assunto na época era bastante limitada. No entanto, o legislador, comprometido em garantir uma ampla gama de direitos aos cidadãos, estabeleceu uma norma de eficácia limitada que prevê a elaboração futura de leis voltadas para a proteção do consumidor. A estratégia utilizada foi a mesma aplicada a outros órgãos que surgiram na legislação brasileira a partir da CF/88.

A opção adotada pelo legislador constituinte pareceu justificada, considerando que a estipulação na constituição gerava uma sensação de segurança e satisfação social. Contudo, essa proteção ainda necessitava de uma intervenção concreta do legislador, a ser executada num prazo de cento e vinte dias. Um período mais prolongado de debate teria sido benéfico, permitindo o amadurecimento das propostas que fundamentariam a futura legislação sobre consumo, considerando a falta de experiência do país nessa área. De fato, o CDC foi instituído pouco menos de dois anos após a promulgação da nova Constituição, representando um intervalo bastante curto para uma legislação tão abrangente e pioneira. Era a criação de uma nova e autônoma área do Direito. Uma consequência inerente a essa rápida gênese foi a urgência de desenvolver os conceitos fundamentais do novo regulamento, tanto na teoria quanto, na prática, judicial. Um segmento particular dessa discussão abordava a ideia do consumidor.

Neste capítulo, ainda examinamos criticamente a amplitude do conceito de consumidor adotado pelo CDC, especialmente diante das divergências entre as teorias finalista e maximalista, que ora restringem, ora ampliam a abrangência da proteção. Além disso, destaca-se a importância da equiparação de consumidores em

determinadas situações, em no próprio Código, como forma de ampliar a tutela jurídica frente às assimetrias de poder econômico.

A análise segue com a Lei nº 8.884/1994, que modernizou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e instituiu o Cade como uma autarquia independente, atribuindo-lhe poderes preventivos e repressivos no combate às práticas anticoncorrenciais. Essa legislação já incorporava expressamente a proteção ao consumidor como um dos objetivos centrais da política concorrencial, demonstrando que a defesa da concorrência não pode ser dissociada da promoção do bem-estar do consumidor.

Assim, este capítulo não apenas examina os conceitos jurídicos, mas também evidencia a relação entre o direito do consumidor e o direito da concorrência, preparando o terreno para a análise dos julgados do Cade no setor de saúde suplementar, que será discutida no capítulo seguinte. A delimitação conceitual do consumidor revela-se, portanto, essencial para avaliar se, na prática, a política antitruste brasileira tem sido capaz de garantir que o beneficiário final de suas ações seja, de fato, o consumidor.

Superada a apresentação inicial, o próximo passo é compreender como o CDC define a figura do consumidor, ponto essencial para a delimitação do alcance das normas protetivas. O artigo 2º do CDC estabelece parâmetros objetivos e subjetivos para identificar quem pode ser considerado consumidor, revelando a intenção do legislador de assegurar uma proteção ampla diante da vulnerabilidade que caracteriza essa parte nas relações de consumo. A análise desse conceito é indispensável, pois dele decorrem os direitos tutelados e a efetividade das garantias previstas na legislação, permitindo visualizar a amplitude da proteção jurídica destinada ao cidadão na qualidade de destinatário final de produtos e serviços.

2.1 Definido o que vem a ser consumidor no CDC

Atendendo à determinação constitucional, o CDC - Lei n. 8.078/1990 foi sancionado em 11 de setembro de 1990, após a elaboração de um anteprojeto por renomados juristas brasileiros. A nova legislação passou a ter validade 180 dias após sua divulgação. Segundo Rizzatto Nunes, o CDC pode ser considerado uma legislação defasada na tutela dos direitos do consumidor, pois, durante quase todo o século XX, utilizou-se o Código Civil de 1916, que começou a valer em 1917, baseado

na tradição do direito civil europeu do século anterior (Nunes, 2013, p. 347). Conforme mencionado anteriormente, a necessidade de proteger o consumidor surge da intervenção estatal, que visa restringir e normatizar a exploração econômica realizada por fornecedores de produtos e serviços, e se origina de uma demanda da própria sociedade.

Em suas diretrizes iniciais, o CDC define o termo consumidor da seguinte maneira: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou um serviço como destinatário final”. Apesar da aparente transparência da norma, a definição de consumidor não se manteve imutável nos últimos vinte anos, passando por mudanças significativas influenciadas pela interpretação dos tribunais (Pereira, 2011, p. 224).

A definição do termo consumidor foi, sem dúvida, uma das questões que gerou mais discussões e controvérsias durante os primeiros 15 anos da implementação do CDC. De fato, a definição de consumidor é um tema amplamente discutido globalmente, e não existe uma única interpretação. Isso resulta em diversas definições de consumidor nas legislações de diferentes países. A controvérsia conceitual manifesta-se em vários pontos, conforme destacado por Herman Benjamin (1988) em um texto publicado antes da promulgação do CDC:

Embora o vocábulo consumidor não esteja assentado como um conceito claro, já se podem identificar algumas áreas de disputa conceitual: a) quanto à natureza do sujeito protegido: pessoa natural ou jurídica; b) quanto à necessidade de vínculo contratual: só quando há contrato ou também nos casos de relações jurídicas extracontratuais; c) quanto à finalidade da aquisição do bem ou produto: para uso privado, pessoal, familiar, não profissional e comercial; d) quanto à qualidade do objeto da relação de consumo: apenas bens ou também serviços; e) quanto ao tipo de bens: só bens móveis ou também imóveis; f) quanto ao tipo de serviço: só serviços privados ou também serviços públicos (Benjamin, 1988, p. 71).

O artigo 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor apresenta a seguinte definição: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Essa disposição estabelece o conceito de consumidor de maneira específica. Existem três diretrizes do CDC que abordam a classificação dos consumidores equiparados, que se dividem nas seguintes categorias: a coletividade (art. 2º, parágrafo único); a pessoa afetada por um acidente de consumo (bystander – art. 17 do CDC); e o consumidor em potencial (art. 29).

O conceito central é o de consumidor em sua definição mais restrita, para o qual ressaltou três condições principais: a) ser uma pessoa física ou uma entidade jurídica; b) comprar ou fazer uso de um produto, ou serviço; c) ser o usuário final desse produto ou serviço. Referente ao primeiro critério, o consumidor pode ser uma entidade tanto individual quanto corporativa, diferentemente do que se observa em legislações de muitos outros países, que frequentemente restringem a definição de consumidor somente a pessoas físicas (Bourgognie, 1992).

No que diz respeito ao segundo critério, o consumidor, em sua definição mais restrita é aquele que, de fato, cria a relação de consumo, ou seja, que realmente utiliza um produto ou serviço. Entretanto, essa exigência não é absoluta, uma vez que existe a possibilidade de ampliação da aplicação do CDC a consumidores considerados por equiparação. Contudo, o terceiro critério foi o que gerou mais discussões na doutrina e na jurisprudência. Na verdade, a expressão "destinatário final" não esclarece se o uso do produto ou serviço deve ser exclusivamente para consumo pessoal ou se pode ser realizado no âmbito de uma atividade comercial.

A trajetória normativa da regulação econômica no Brasil, teve seu começo na Constituição Federal de 1934, que se dedicou a assegurar a liberdade econômica. Na Constituição subsequente de 1937, os legisladores também começaram a considerar a proteção das liberdades individuais como um elemento essencial para a prosperidade do país, marcando o início da intervenção do Estado na economia.

É possível afirmar que é um direito que surge da evolução da sociedade, que começa a ter acesso a produtos de consumo e se depara com um aumento na informação, na qualidade e com preços elevados, sem ter a capacidade de combater essas práticas ou de criar condições equitativas para reparar possíveis danos de maneira justa. O Código introduziu no sistema jurídico brasileiro as práticas mais avançadas em defesa do consumidor, baseando-se em modelos de legislações de nações como Argentina, Paraguai, Uruguai e em iniciativas de diversos países europeus.

De acordo com Maria Cecilia Andrade Santos (2002), a política de concorrência não é um conceito fixo. O seu significado tem se transformado ao longo do tempo e varia conforme os valores que precisam de ser defendidos num contexto histórico, social e econômico específico. Assim, os objetivos da 'política de concorrência' e suas normas legais estão em constante mudança. Outro ponto crucial na trajetória das normas de concorrência é o Decreto Lei (DL) nº 869/38, que, de acordo com diversos

especialistas, pode ser visto como a pioneira Lei de Defesa da Concorrência no Brasil, com ênfase na proteção da economia popular.

Em 1994, foi promulgada a Lei nº 8.884/94, que representa um importante ponto de inflexão na atualização das normas jurídicas relacionadas ao direito da concorrência. O Cade passou a ser uma autarquia federal, conquistando, dessa forma, maior autonomia e ampliando suas competências. De acordo com essa legislação, o Cade recebia apoio da Secretaria de Direito Econômico, um setor do Ministério da Justiça responsável por investigar infrações econômicas que seriam avaliadas.

Cabia a ele também examinar os atos de concentração e recomendar ao Cade sua aprovação ou rejeição. O mencionado documento regulatório já incluía disposições que levavam em conta o consumidor ao avaliar as relações empresariais relevantes para a economia do país. Um caso disso é o artigo 1º, que já colocava a proteção dos consumidores como uma diretriz fundamental na implementação da legislação.

De acordo com o Cade (2024), com a promulgação desta legislação, foi estabelecido o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que tem como responsabilidades a prevenção e a repressão de infrações à ordem econômica. Sua atuação é guiada pelos princípios constitucionais que garantem a liberdade de iniciativa, a concorrência saudável, a função social da propriedade, a proteção dos consumidores e a contenção do abuso do poder econômico.

A partir da Lei nº 12.529/2011, a proteção da concorrência deve englobar uma perspectiva abrangente que, ao analisar as questões que afetam a ordem econômica do país, considere a intersecção entre a defesa dos direitos do consumidor e a defesa da concorrência, o crescimento econômico e a criação de empregos e renda, assim como o desenvolvimento do país e a justiça social. Diante disso, o SBDC, encarregado de executar a política pública de proteção à concorrência no Brasil, gera impactos tanto imediatos quanto futuros para o cenário econômico e para a sociedade em geral, incluindo: (i) diminuição das pressões para elevações de preços devido ao uso de poder de mercado; (ii) possibilitação a aplicação de recursos em pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias; (iii) estímulo o crescimento da produtividade; e (iv) estabelecimento um ambiente mais propício e com menos incertezas para investimentos.

O Cade, como um componente do SBDC, tem como objetivo garantir um clima de competição saudável no Brasil. Para isso, o Cade tem se empenhado em ações preventivas (analisando estruturas de mercado que possam ameaçar a livre concorrência), repressivas (investigando e julgando comportamentos que infrinjam as normas econômicas) e educativas (promovendo a cultura de concorrência no país) na aplicação da política de defesa da concorrência. Portanto, os fundamentos constitucionais da competição justa e da proteção ao consumidor são evidenciados no Artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, devendo este estatuto ser orientado por tais princípios. A análise deste artigo será realizada de forma mais detalhada posteriormente. O fundamento constitucional diretamente relacionado ao Direito da Concorrência é o princípio da livre concorrência, conforme estabelecido no inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal.

A livre concorrência representa a liberdade no mercado e garante aos participantes econômicos a autonomia para operar sem restrições na produção e distribuição de bens, o que, sem dúvida, beneficia os consumidores nas interações de compra. O conceito de livre concorrência fundamenta as ferramentas jurídicas destinadas a coibir o abuso de poder econômico, além de oferecer respaldo legal para a adoção de políticas que regulem as dinâmicas de mercado. Isso garante que nenhum produtor ou fornecedor consiga manipular preços e produção ou criar obstáculos à entrada de novos fornecedores e consumidores a qualquer momento.

O Cade deve resguardar e cuidar das duas vertentes, pois o artigo 170 da Constituição Federal, que expõe os fundamentos da ordem econômica, inclui, em seu inciso V o princípio da proteção ao consumidor. A proteção ao consumidor, enquanto princípio da economia, representa também a afirmação de um direito fundamental garantido pelo Estado, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. A inclusão desse princípio entre os que regulam a economia implica a exigência de que a produção e a oferta de bens e serviços atendam às necessidades e interesses dos consumidores.

Assim, a regulamentação da economia, especialmente no que diz respeito à concorrência, deve ser compreendida como ferramenta voltada para a proteção do consumidor. A proteção aos consumidores é uma diretriz constitucional que precisa ser respeitada em sua totalidade. É fundamental ressaltar que o Cade tem procurado agir de maneira colaborativa, reconhecendo e utilizando a conexão entre as várias

ações do SBDC e sua interação com os programas de diferentes entidades governamentais impactados pela política de defesa da concorrência.

A proteção da concorrência, responsabilidade do Estado, sem desconsiderar a atuação do setor privado, deve ser compreendida dentro do contexto mais amplo da Ordem Econômica prevista pela Constituição. A concorrência livre, desse modo, é um dos seus fundamentos, e, portanto, coexistir de maneira equilibrada com os outros (art. 170 e incisos).

Portanto, não é aceitável promover a competição em detrimento da soberania do país, dos direitos dos consumidores, da proteção ambiental, da diminuição das desigualdades regionais e sociais, da busca pela plena ocupação e do apoio especial a pequenas empresas nacionais. É necessário promover a consonância entre os princípios constitucionais que regem a ordem econômica, a fim de atingir seu objetivo, que é assegurar uma vida digna em conformidade com os preceitos da justiça social.

Os fundamentos da concorrência livre e da proteção ao consumidor estão profundamente interconectados. Assim, cabe ao Cade prevenir e punir ações abusivas que podem prejudicar a concorrência, a legislação impacta indiretamente os consumidores, que se beneficiarão quando optarem por um produto final de sua escolha a um preço justo. É essencial notar a interdependência entre os princípios da concorrência livre e da proteção do consumidor, os quais o Cade precisa levar em conta na regulamentação governamental da atividade econômica, uma vez que a produção de bens e serviços não tem finalidade sem a presença de consumidores.

No que diz respeito especificamente ao Direito Antitruste, a finalidade de buscar o bem-estar do consumidor e proteger o mercado de práticas abusivas permite que o Direito interfira na economia em prol do equilíbrio competitivo. Por outro lado, a economia permite a interpretação jurídica das condutas tuteladas pelo Direito Antitruste. O trecho abaixo de uma decisão do CADE, envolvendo o mercado de saúde suplementar traduz essa relação:

O Direito da Concorrência, além de buscar uma harmonia na concorrência, visa estimular a competição que de fato exista. Há um viés social no controle das práticas abusivas. Busca-se a tutela do consumidor e dos outros concorrentes, o que é regulado é a concorrência, e não o mercado. A possibilidade de escolha por parte do consumidor ou mesmo do agente econômico é dotado de um valor social que deve ser protegido pelo direito. Desse modo, o direito é tomado de um papel garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas.

Assim, a teoria dos sistemas permite a aplicação prática do Direito Antitruste

no mercado da saúde suplementar, isso porque é possível traçar uma conexão entre o Direito, Economia e o sistema sanitário.

Após a definição legal do consumidor prevista no artigo 2º do CDC, é necessário avançar para a análise da visão prevalente acerca de seu significado em sentido mais restrito, a qual busca delimitar de forma mais precisa quem efetivamente pode ser considerado consumidor para fins de tutela jurídica. Essa perspectiva parte do entendimento de que a proteção não pode ser ilimitada, devendo recair prioritariamente sobre o destinatário final que adquire bens ou serviços para uso próprio, sem finalidade de integração ao processo produtivo ou de revenda. A adoção dessa interpretação mais restritiva procura assegurar coerência ao sistema protetivo, evitando a banalização do conceito e garantindo que a tutela se concentre na parte efetivamente vulnerável da relação de consumo.

2.2 Visão prevalente acerca da definição de consumidor em seu significado mais restrito

De forma resumida, podemos elaborar o seguinte diagrama para esclarecer a compreensão predominante acerca da definição de consumidor presente no CDC:

a) A relação de consumo está presente sempre que a compra de um produto ou serviço for realizada para atender a uma necessidade pessoal ou familiar do comprador. Dessa forma, estabelecemos uma relação de consumo quando essas compras não são realizadas dentro de uma atividade comercial conduzida pelo comprador. Nessa situação, o consumidor será o verdadeiro beneficiário econômico e prático do produto ou serviço.

b) Por outro lado, não será caracterizada uma relação de consumo nas situações em que o comprador não seja o destinatário final real, como ocorre, por exemplo, nas compras destinadas à revenda ou a processos de transformação. Da mesma forma, não se configurará a relação de consumo quando a aquisição de um serviço ou produto ocorrer no contexto de uma atividade comercial ou, em outras expressões, a utilização do produto ou serviço é fundamental para a realização de atividades comerciais. Isso acontece, por exemplo, quando uma empresa toma um empréstimo para expandir suas operações ou compra bens e serviços necessários para seu funcionamento (como, por exemplo, suprimentos de escritório, computadores e sistemas de climatização).

b1) Contudo, mesmo que a compra do produto ou serviço aconteça no âmbito da atividade empresarial, o CDC pode ser aplicado de maneira excepcional se houver, de fato, uma situação de vulnerabilidade (seja técnica, econômica ou jurídica) e se a aquisição não tiver como objetivo a revenda ou transformação. Neste contexto, a menção à vulnerabilidade possibilita a incidência do Código sobre o consumidor equiparado (art. 4º, I, em combinação com os artigos 29, 17 e o parágrafo único do 2º do CDC).

Neste item, são examinadas as situações de consumidor equiparado previstas em três artigos do CDC - o parágrafo único do artigo 2º, o artigo 17 e o artigo 29. O parágrafo único do artigo 2º do CDC estabelece que “considera-se consumidor um grupo de indivíduos, mesmo que não seja possível sua identificação, que tenha participado das relações de consumo”. Referenciamos à ideia ampla e compartilhada sobre o consumidor. Dessa forma, a proteção não abrange somente o consumidor que comprou o produto ou serviço, mas também considera o consumidor em sua forma coletiva ou difusa, beneficiando, inclusive, aqueles que são consumidores em potencial. Essa visão está ligada à ideia de consumidor. Dessa forma, o grupo de consumidores é composto por indivíduos que, de fato ou em potencial, compram ou utilizam um produto ou serviço na qualidade de usuários finais econômicos do item (Lopes, 1992).

A ideia ampla e coletiva fortalece o entendimento presente no artigo 81 do CDC, que afirma que “a proteção dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas pode ser feita em tribunal, tanto de forma individual quanto coletiva”. Isso é evidente na corrente de decisões judiciais que reconhece que as entidades autorizadas pelo artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor têm a possibilidade de ingressar com ações coletivas quando o direito protegido pertence aos consumidores.

A proteção do consumidor por meio das leis de defesa da concorrência é orientada pela preocupação com o bem coletivo, uma vez que as decisões tomadas pelos órgãos responsáveis afetam o conjunto de consumidores, e não são tratadas de forma isolada em disputas entre partes individuais. Se a proteção coletiva prevista no CDC considera o conceito de consumidor conforme estabelecido no caput do artigo 2º, acredito que essa mesma abordagem deve ser aplicada na legislação que regula a concorrência (Marques, 2002).

Uma outra possibilidade de ampliação do conceito de consumidor está prevista no artigo 17 do CDC que considera como consumidores todas as pessoas que sofrem

danos em decorrência de acidentes de consumo, para efeitos da aplicação das normas de responsabilidade civil (Marques, 2002). Essa norma possibilita a aplicação do CDC a quem, apesar de não ter estado envolvido na relação de consumo, foi afetado por um evento relacionado ao consumo. Em uma situação de acidente aéreo, os indivíduos que podem ser considerados consumidores, de maneira restrita, são os passageiros, que fazem uso do serviço de transporte aéreo contratado (Lopes, 1992).

Entretanto, o CDC possibilita, por meio da disposição do artigo 17, a ampliação da sua aplicação a todas as pessoas que tenham enfrentado prejuízos resultantes de um acidente aéreo. Desse modo, por meio de tal norma estendemos a aplicação do CDC aos proprietários de veículos ou imóveis que foram atingidos em decorrência da queda de um avião. Além disso, as normas do Código de Defesa do Consumidor se estendem a todos os parentes das possíveis vítimas do acidente de avião (Marques, 2002). Essa norma tem sido adotada pela jurisprudência, a ponto de o Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁷, em um relevante caso, ter ampliado a proteção do CDC a todas as pessoas, sejam elas consumidoras estritas ou não, que sofreram prejuízos devido a uma explosão em uma loja de fogos de artifício.

O artigo 29 do CDC é a norma principal para garantir a equiparação do empresário em situação de vulnerabilidade. O artigo determina que: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

A norma garante, primeiramente, a salvaguarda do consumidor em potencial. Isso se refere àqueles que, embora ainda não tenham formalizado uma relação de consumo, podem eventualmente fazê-lo e, por isso, estão susceptíveis a se tornarem vítimas de práticas inadequadas, publicidade falseada ou outras formas de exploração por parte dos fornecedores. Essa equiparação é fundamental para possibilitar a prevenção de danos aos direitos dos consumidores, sobretudo no que se refere à ação administrativa contra práticas abusivas ou à iniciativa de processos (ou criação de termos de ajuste de conduta) para interromper tais práticas (Marques, 2002).

Tratamos de uma equivalência que fortalece a chance de proteção coletiva e antecipada. A segunda abordagem oferecida pelo artigo 29 do CDC envolve a

⁷ Ao longo dos últimos anos, o STJ se deparou diversas vezes com casos em que se questionava a presença ou ausência de uma relação de consumo. A partir da análise contínua desses casos, estabeleceu-se uma série de precedentes que refletem a atuação do tribunal nos anos recentes, além de retratar as mudanças das normas ocorrida no Brasil nesse mesmo intervalo de tempo.

ampliação da aplicação a empreendedores que provem estar em situação de vulnerabilidade em situações específicas, enfrentando práticas abusivas por parte dos fornecedores. Essa norma é empregada como base para a teoria finalista ampliada (Marques, 2002).

Em relação aos instrumentos à favor do consumidor, os objetivos já elencados, podem ser resumidos na busca pela defesa dos interesses dos consumidores de forma substancial (ou seja, considerando a vulnerabilidade), transparência nas relações de consumo e busca pela harmonia na relação entre consumidores e fornecedores. Como instrumentos que garantem a efetivação desses objetivos, o CDC traz os seguintes, de acordo com Política Nacional de Relações de Consumo (PNRC):

- Garantia de Assistência Jurídica integral e gratuita aos consumidores que precisarem: essa assistência será prestada pelas Defensorias Públicas.
- Previsão das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, que atuam na defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.
- Previsão de Delegacias especializadas para receber queixa de irregularidades envolvendo relações de consumo.
- Juizados Especiais e varas especializadas em demandas de consumo
- Estímulo à criação e desenvolvimento de Associações Cíveis criadas com finalidade de defender os interesses dos consumidores (Brasil, 1990).

A inserção do direito do consumidor na Constituição, como parte dos direitos e garantias fundamentais, juntamente com a criação do CDC, trouxe uma mudança significativa na abordagem privatista que predominava até aquele momento no cenário jurídico brasileiro. O CC de 1916 não oferecia proteção aos consumidores nas transações comerciais, uma vez que o contrato era considerado um compromisso inabalável, tratando as partes como se estivessem em total igualdade. Assim, se o consumidor enfrentasse algum dano ou prejuízo, a responsabilidade de comprovar essa situação recaía sobre ele, o que tornava quase inviável a defesa dos seus direitos.

O reconhecimento da disparidade material entre as partes envolvidas, ao considerar a fragilidade do consumidor, transforma as dinâmicas de consumo, promovendo um maior equilíbrio em relação à predominância econômica, técnica e legal dos fabricantes e fornecedores de serviços.

A proteção dos direitos do consumidor, tanto através da Constituição quanto por meio de legislação específica, constituiu uma importante vitória para a sociedade brasileira. A importância de analisar o contexto histórico em que uma lei surge reside na evidência do papel ativo da sociedade na conquista dos seus direitos. A atuação e a busca por direitos precisam ser contínuas e a sua efetivação deve estar vinculada ao fortalecimento da democracia e ao próprio Estado de Direito. Quando a democracia enfrenta crises ou está sob risco, e ocorrem rupturas nas instituições, os direitos dos cidadãos sofrem retrocessos, pois não existem direitos fundamentais sem a envolvimento da população e sem um sistema democrático.

Na sequência, cumpre examinar a definição de consumidor trazida pela Lei n. 8.884, de 1994, diploma que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e regulamentou a atuação do CADE. Diferentemente do Código de Defesa do Consumidor, que se volta primordialmente para a tutela do adquirente ou usuário final de produtos e serviços, a Lei n. 8.884/94 adotou um conceito de consumidor mais vinculado à ótica concorrencial, abrangendo também aqueles que, de forma direta ou indireta, são destinatários finais ou potenciais dos produtos e serviços no mercado relevante. Essa concepção buscou reforçar a proteção contra práticas anticoncorrenciais que afetam não apenas os consumidores individuais, mas também o equilíbrio competitivo como um todo.

2.3 Definição de consumidor na Lei n. 8.884, de 1994

A Lei nº 8.884, de 1994, faz referência à palavra consumidor em seu artigo 1º, caput (que incorpora a proteção do consumidor como um dos princípios constitucionais que orienta a aplicação da legislação de defesa da concorrência); também no artigo 24, III (que considera a inclusão no Cadastro Nacional de Defesa dos Consumidores como uma das penalidades para infrações a ordem econômica); e, por fim, no artigo 27, VI (que determina que a violação dos direitos dos consumidores é uma circunstância que intensifica a penalização por infrações à ordem econômica) e no artigo 54, parágrafo 1º, alínea II e parágrafo 2º (normas que abordam a proteção dos direitos dos consumidores na avaliação de atos de concentração).

O artigo 29 da Lei nº 8.884, de 1994, faz referência explícita ao CDC, identificando os responsáveis pela iniciativa de ações coletivas visando à reparação de danos ou à interrupção de práticas que violem direitos. Além disso, o artigo 83 da

mesma legislação estabelece que as normas do CDC devem ser aplicadas de forma subsidiária aos procedimentos administrativos e judiciais ali mencionados (Filomeno, 1995). Entretanto, a Lei nº 8.884, de 1994, não fornece uma definição para o termo "consumidor" em suas disposições.

Na verdade, existe uma discussão no campo do direito comparado, visto que muitas das legislações de defesa da concorrência que mencionam os interesses dos consumidores não oferecem uma definição clara, levantando questionamentos sobre a utilização da mesma definição encontrada nas leis de proteção aos consumidores. Um exemplo é Itália, onde o conceito de consumidor não está presente na legislação que aborda a proteção da competição. Nos Estados Unidos, o conceito de consumidor para os propósitos da política de proteção à concorrência também não é claramente delineado. Não há uma definição presente nas legislações que regulam a proteção da concorrência ou nas regras administrativas que estabelecem as diretrizes para a avaliação de atos de concentração (Marques, 2002).

Kirkwood e Lande (2008), por sua vez, argumentam que o conceito pode ser interpretado de maneira mais abrangente, incluindo os compradores intermediários, devido à falta de uma definição clara nas regulamentações de defesa da concorrência dos Estados Unidos. Compreendemos também que implementar a diferenciação acarretaria uma complexidade excessiva na avaliação antitruste, já que exigiria o exame de cada situação específica para determinar se os interesses dos consumidores finais foram atendidos.

No Brasil, devido à falta de uma definição clara na legislação de defesa da concorrência, a jurisprudência do Cade não apresenta um entendimento uniforme sobre o que é consumidor. De fato, na maioria das decisões, não se observa uma preocupação significativa em discutir a definição de consumidor, embora existam algumas exceções a essa regra. Um exemplo em que essa análise foi feita, impactando inclusive a conclusão final do Conselho, é o caso relacionado à operação entre as empresas OPP Petroquímica S/A, Poliolefinas S/A e Polisul Petroquímica S/A. Essas companhias firmaram um acordo com a fornecedora de matéria-prima, a Companhia Petroquímica do Sul (COPESUL), para permitir a ampliação da produção de eteno e propeno, essenciais para a fabricação de produtos de segunda geração⁸.

⁸ AC nº 54/99. Requerentes: OPP Petroquímica S/A, Poliolefinas S/A e Polisul Petroquímica S/A. Relator: Conselheiro Antônio Fonseca. Conselheira designada para lavrar o acórdão: Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000160671535.pdf.

Neste contexto, vários especialistas argumentam que a legislação de proteção à concorrência, ao usar o termo consumidor, não se limita apenas aos clientes finais, incluindo todos os que comprem produtos ou serviços, o que abrange igualmente os intermediários comerciais ou industriais. O foco do debate foi sobre as potenciais limitações que poderiam surgir no fornecimento das matérias-primas essenciais para a fabricação de produtos derivados de eteno e propeno (conhecidos como a segunda geração do polo petroquímico) destinados a empresas que não participam do ato de concentração.

Com a aprovação da operação por votação majoritária, o Cade estabeleceu que, ao longo do desenvolvimento do projeto de ampliação do polo petroquímico, deveria ocorrer a disponibilização pública da matéria-prima resultante do desgargalamento. Além disso, essa oferta deveria ser feita sempre que fossem identificados excedentes nas quantidades contratadas em relação ao consumo de cada unidade. Além disso, foram estabelecidas várias responsabilidades para as organizações, que deverão ser reguladas por meio da assinatura de um Acordo de Compromisso de Desempenho⁹.

Entretanto, embora houvesse uma preocupação em relação aos membros da segunda geração que não pertenciam ao grupo que controlava o polo petroquímico, eles não foram considerados como consumidores. O assunto gerou discussões entre o Conselheiro Relator inicial, que os classificou como consumidores, e a Conselheira encarregada de elaborar o acórdão. O voto desta Conselheira orientou a deliberação do Cade, que rejeitou claramente a ideia de que os membros da segunda geração poderiam ser vistos como consumidores. Isso se deve ao fato de que eles obtinham os gases gerados pela primeira geração para utilizar como insumo em suas operações comerciais, convertendo a matéria-prima em outros produtos.

Neste contexto, prevaleceu a perspectiva de que a categorização de consumidor, para a aplicação das normas antitruste, corresponde à aceitação da teoria finalista. Dessa forma, o Plenário do Cade concluiu que, o ente protegido pelo artigo 54, § 1º, II, da Lei nº 8.884, de 1994, é o consumidor real e econômico do produto ou serviço. Para ilustrar, transcrevo a seguir um fragmento do parecer:

Acesso em: nov. 2024

⁹ O teor do Compromisso de Desempenho encontra-se disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000160671974.pdf. Acesso em: nov. 2024.

Discordo respeitosamente da extensão proposta pelo Relator do conceito de consumidor às empresas de 2ª geração integrantes do pólo. No meu entender, o inciso III do parágrafo 1º do art. 54 da Lei não permite referência às empresas integradas do pólo como consumidores, nem a identificação do interesse dessas empresas com o interesse dos consumidores. O inciso revela a preocupação do legislador com o problema mais geral que relaciona eficiência e bem-estar. Nesse sentido, proteger e estimular a concorrência significa não apenas promover a eficiência, mas assegurar que esta não se traduza exclusivamente em maiores lucros, mas também em mais e melhores produtos de menor custo e que em última instância beneficiam os consumidores finais¹⁰.

Outro caso em que a ideia de consumidor teve uma influência importante na decisão final do Cade foi a punição aplicada à Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe (AHES) e seus associados definiam uma lista de tarifas para a prestação de seus serviços. Os réus alegaram que a tabela em questão foi criada em um entendimento com uma organização que representa planos de saúde operando em autogestão (CIEFAS) e que tinha a natureza de uma convenção coletiva de consumo, como mencionado no artigo 107 do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme mencionado na seção 1.4 do Capítulo 1, o Cade não se manifestou sobre a possível conformidade da convenção coletiva estipulada no artigo 107 do CDC com as disposições constitucionais e legais que visam à proteção da concorrência. Compreendeu que a investigação era redundante ao constatar que o contrato estabelecido não tinha a característica de uma convenção coletiva de consumo. Isso se deve ao fato de que as operadoras de planos de saúde associadas ao CIEFAS não podiam ser classificadas como consumidoras, uma vez que não eram as receptoras finais dos serviços oferecidos pelos hospitais.

Na verdade, elas funcionavam como um elo entre os hospitais e os pacientes, que eram os reais beneficiários dos serviços de saúde oferecidos. Entretanto, existiram situações em que o Cade não aplicou a mesma severidade metodológica ao definir o conceito de consumidor. Em uma decisão relacionada à fusão entre as duas principais companhias que atuavam na plataforma de Short Messages Services (SMS), em português 'Serviços de Mensagens Curtas no Brasil', a opinião predominante reconheceu as empresas de telefonia que utilizavam os serviços de SMS como as consumidoras.

É evidente que, mesmo conforme a teoria maximalista, essas empresas não podem ser vistas como consumidoras, pois não são as verdadeiras receptoras do

¹⁰ Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000160721099.pdf. Acesso em: abr. 2025

serviço, que, na realidade é aproveitado pelos usuários finais dessas operadoras de telefonia. Nesse contexto, elas atuam apenas como intermediárias, repassando o serviço adquirido para os clientes finais. De fato, em outra parte do mesmo parecer, é mencionado que os clientes das operadoras de telefonia são os consumidores, sendo estes os verdadeiros usuários finais do SMS. Por outro lado, observamos que na maioria das decisões do CADE que se referem aos consumidores não há uma preocupação em definir claramente esse conceito, apesar de o benefício protegido ter sido realmente o do consumidor final.

Definidos os contornos do conceito de consumidor no CDC e na Lei n. 8.884/94, impõe-se analisar a interseção entre as medidas judiciais disponíveis ao consumidor e os instrumentos de tutela conferidos ao Cade. Essa convergência revela como a proteção do consumidor e a defesa da concorrência, embora com fundamentos e enfoques distintos, dialogam para assegurar a justiça nas relações de consumo. De um lado, estão as ações judiciais individuais e coletivas previstas no ordenamento consumerista, que buscam reparar danos e prevenir práticas abusivas; de outro, situam-se os mecanismos administrativos de repressão a condutas anticoncorrenciais, conduzidos pelo Cade, cuja finalidade é garantir o equilíbrio e a livre concorrência no mercado. A abordagem conjunta dessas ferramentas permitirá compreender de que forma se complementam e ampliam a efetividade dos direitos fundamentais do consumidor.

2.4 A Interseção entre as Medidas Judiciais do Consumidor e Instrumentos do CADE para proteção ao Consumidor

A Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), estabelece que atos de concentração econômica (fusões, aquisições e incorporações) devem ser submetidos ao análise do Cade. No entanto, o consumidor não possui legitimidade para impugnar diretamente essas decisões na esfera administrativa, uma vez que o processo é restrito aos agentes econômicos envolvidos.

Todavia, o consumidor pode adotar medidas judiciais quando comprovar ter sofrido dano decorrente desses atos, por meio de ações indenizatórias individuais ou coletivas (art. 81 do CDC), em razão de práticas que resultem em aumento de preços, restrição de oferta ou cláusulas abusivas. As chamadas follow-on actions, ajuizadas

com base em decisões do Cade que reconheçam práticas anticoncorrenciais, têm respaldo na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O conceito de *private enforcement* refere-se à aplicação das normas de direito da concorrência por meio de ações movidas por particulares perante o Poder Judiciário, visando principalmente, à reparação dos danos sofridos em decorrência de práticas anticompetitivas. Esta via de tutela é vista, na maioria das jurisdições com um sistema antitruste desenvolvido, como um pilar complementar e essencial ao *public enforcement*, exercido pelas agências governamentais. No Brasil, o consumidor, como destinatário final dos produtos e serviços e, conseqüentemente, vítima primária de condutas como cartéis de preços, assume a figura de um "fiscal privado" da concorrência (*private attorney general*). Ao buscar a reparação de seu prejuízo individual ou coletivo, o consumidor não somente recompõe seu próprio patrimônio, mas também contribui para o sistema geral de dissuasão de ilícitos, aumentando o custo esperado da infração para os agentes econômicos. A legislação brasileira de defesa da concorrência abraçou explicitamente essa ideia, como se observa no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, que assegura aos prejudicados o direito de ingressar em juízo para obter tanto a cessação das práticas ilícitas quanto o ressarcimento pelos danos, independentemente da existência ou do resultado do processo administrativo no CADE.

A efetivação do *private enforcement* no Brasil, no entanto, enfrenta barreiras estruturais significativas. Entre elas, destacamos a assimetria de informação entre os consumidores e as empresas infratoras, a complexidade inerente à comprovação da conduta anticompetitiva e, sobretudo, a dificuldade na quantificação do dano econômico sofrido.

Calcular o sobrepreço pago em decorrência de um cartel, por exemplo, exige a construção de um cenário contrafactual, o preço que vigoraria em um mercado competitivo, o que demanda perícias econômicas sofisticadas e onerosas. As recentes alterações promovidas pela Lei nº 14.470/2022 buscaram mitigar alguns desses obstáculos, ao introduzir a possibilidade de condenação em dobro dos danos (aumentando o incentivo para litigar), suspender a prescrição durante a investigação do Cade (dando mais tempo para as vítimas se organizarem) e inverter o ônus da prova na chamada "defesa do repasse" (*pass-on defense*). Tais medidas representam um avanço legislativo importante, mas sua eficácia dependerá da interpretação e da

aplicação pelos tribunais, bem como da superação de outros desafios, como o acesso às provas produzidas na esfera administrativa.

Uma das questões mais centrais e debatidas na interseção entre a atuação do CADE e as ações judiciais de reparação de danos é o peso que uma decisão administrativa final, condenatória ou absolutória, deve ter no processo judicial. Dada a independência das instâncias, a decisão do Cade não vincula formalmente o juiz. Contudo, ignorar por completo a análise técnica e aprofundada realizada por uma agência especializada seria ineficiente e contrário à racionalidade do sistema. A legislação, por meio do novo artigo 47, §4º, da Lei da Concorrência, estabeleceu que a decisão do Tribunal do Cade que julgar pela existência de infração à ordem econômica poderá constituir título hábil a fundamentar a concessão da tutela da evidência, prevista no Código de Processo Civil. Isso significa que, uma vez comprovada a conduta ilícita pelo Cade, o juiz pode antecipar os efeitos da tutela em favor do consumidor, facilitando o andamento do processo reparatório. Essa disposição legal confere um forte valor persuasivo à decisão, tratando-a como um indício robusto da ilicitude, o que tende a simplificar a instrução probatória na esfera judicial, especialmente em ações subsequentes à decisão administrativa (*follow-on actions*).

Apesar dos avanços trazidos pela Lei nº 14.470/2022, o ordenamento jurídico brasileiro ainda poderia se beneficiar de reformas legislativas para aprimorar a interação entre as esferas judicial e administrativa. Uma proposta a ser considerada seria a introdução de um mecanismo processual de suspensão da ação judicial (*stay of proceedings*), a critério do juiz, quando houver um processo administrativo em curso no Cade sobre os mesmos fatos. Tal medida, a ser requerida por qualquer das partes ou determinada de ofício, poderia promover a economia processual e evitar decisões conflitantes, permitindo que o juízo cível aguardasse a análise técnica e especializada antes de prosseguir com a instrução. A suspensão não seria obrigatória, preservando a autonomia do Judiciário, mas funcionaria como uma ferramenta de gestão processual para casos de alta complexidade, em que a decisão da autoridade antitruste fosse particularmente relevante.

Outra frente de aprimoramento legislativo seria a criação de regras mais claras e detalhadas sobre o acesso e a utilização, em processos judiciais, das provas produzidas no âmbito do Cade, especialmente aquelas oriundas de acordos de leniência e TCCs. Seria possível, por exemplo, detalhar em lei quais tipos de

documentos devem ser mantidos sob estrita confidencialidade (como as declarações corporativas apresentadas para fins de leniência) e quais poderiam ser disponibilizados aos demandantes após a decisão final do Cade, estabelecendo um procedimento específico para tal. O objetivo seria encontrar um ponto de equilíbrio ainda mais preciso entre o fomento ao *private enforcement* e a proteção da eficácia dos programas. A clareza legislativa nesse ponto reduziria a litigiosidade sobre questões procedimentais e conferiria maior previsibilidade tanto para as empresas que consideram colaborar com a autoridade quanto para as vítimas que planejam buscar a reparação de seus danos.

Encerrando este capítulo, faz-se necessário abordar os aspectos gerais sobre os planos de saúde, situando-os dentro do sistema de proteção ao consumidor e relacionando-os às regras de defesa da concorrência. A análise desse setor mostra-se relevante porque os serviços de saúde suplementar envolvem interesses de alta sensibilidade social, em que a vulnerabilidade do consumidor é ainda mais acentuada diante da essencialidade do bem jurídico tutelado: a saúde. Ao comparar a regulação específica dos planos de saúde com a disciplina aplicada a outros setores do mercado, torna-se possível avaliar tanto os pontos de convergência, como a preocupação com a qualidade, a informação adequada e a prevenção de práticas abusivas, quanto as peculiaridades decorrentes da natureza *sui generis* desses serviços, que exigem maior intervenção estatal para assegurar o equilíbrio contratual e a efetividade dos direitos fundamentais do consumidor.

2.5 Aspectos gerais sobre os planos de saúde: uma avaliação comparativa da regulação de setores de mercado

Historicamente, o direito esteve sempre envolvido nas atividades econômicas. Durante a Idade Média, as feiras eram regidas por regras, muitas das quais eram baseadas em costumes, que definiam como as negociações deveriam ocorrer e quais seriam os resultados esperados da convivência entre os comerciantes. Com o surgimento e a consolidação dos Estados modernos entre os séculos XVII e XIX, Max Weber ressaltou que a união de todas as outras entidades que exercem uma 'criação do direito' em uma única instituição estatal coercitiva, que se autoproclama como a origem de todo direito 'legítimo', expressamos de maneira típica na forma como a

legislação atende aos interesses dos envolvidos, em especial aos interesses financeiros (Arida, 2005).

A partir desse momento, aquela pessoa que realmente detém a capacidade de dispor sobre um bem ou um indivíduo assegura, por meio de uma proteção legal, a certeza de que essa autoridade se manterá ao longo do tempo, enquanto quem recebeu uma promessa pode confiar que ela será realizada. Essas representam, na verdade, as interações mais fundamentais entre o direito e a economia.

Naquele período a economia predominava sobre o direito, que não tinha como objetivo provocar efeitos redistributivos. Entretanto, Weber destaca que o sistema jurídico pode operar de uma maneira que, sob a perspectiva sociológica, a atuação do mecanismo coercitivo, em decorrência de normas em vigor na prática, pode se manifestar de modo a permitir a formação de certas relações econômicas apenas por meio de ações coercitivas: diretrizes referentes à capacidade de controle econômico ou às previsões financeiras fundamentadas em contratos, na medida em que estabelecem, de forma deliberada, um direito concreto para esse propósito (Arida, 2005).

Em outras palavras, o direito não se limita a ser um reflexo das interações socioeconômicas, mas também tem a capacidade de influenciar a economia e alterar as dinâmicas de propriedade. A emergência de uma capacidade transformadora do direito pode ser percebida no final do século XIX, nos Estados Unidos, com o surgimento de organizações e legislações que visavam influenciar a atividade econômica (Arida, 2005).

No ano de 1887, foi estabelecida a *Interstate Commerce Commission*, reconhecida como a primeira entidade reguladora. Em 1890, foi promulgado o *Sherman Act*, com o objetivo de combater ações comerciais que pudessem ser vistas como limitadoras do comércio nos Estados Unidos. Dessa forma, esses são os primeiros instantes da narrativa sobre a interferência do Estado na economia e na liberdade dos empreendedores, que se consolidará como norma no decorrer do século XX, tornando-se uma realidade inescapável (Arida, 2005).

A trajetória da economia dos Estados Unidos, ligada aos setores de infraestrutura, é, entretanto, bastante diferente da visão europeia. Nos Estados Unidos, a ênfase sempre foi na titulação privada dos bens de infraestrutura, enquanto na Europa, os principais investimentos nesse setor foram feitos pelo governo ao longo do século XX, com a gestão dos serviços, na maior parte, sob a supervisão do Estado.

Ademais, a diferença de dimensão entre a economia dos Estados Unidos e a Europa, que é composta por diversos países e apresenta uma unificação tardia, com fronteiras estabelecidas apenas na segunda metade do século XIX, como no caso da Alemanha e da Itália, ajuda a explicar por que a promoção da concorrência se torna uma necessidade urgente na sociedade americana já no final do século XIX, enquanto na Europa esse assunto só ganhará importância a partir da segunda metade do século XX (Arida, 2005).

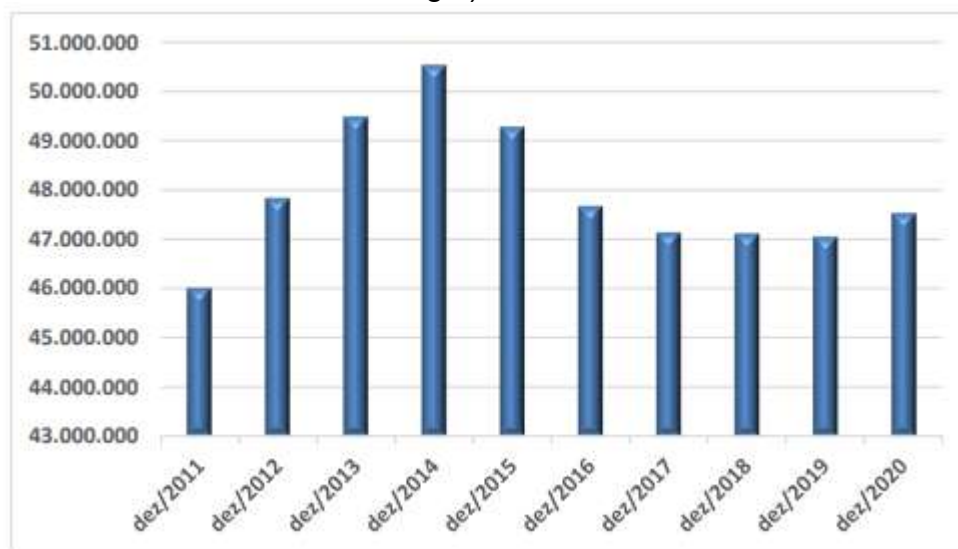
Na verdade, é após a conclusão da Segunda Guerra Mundial e a assinatura do Tratado de Roma, em 1957, que a competição se tornará a base do mercado comum europeu, e a garantia de direitos sociais exigirá uma postura mais ativa por parte do Estado. Nesse período, acontece a superação da ideia liberal de que as ações individuais e egoístas dos participantes do mercado poderiam proporcionar uma alocação ideal dos recursos sociais limitados (o conceito da “mão invisível” do mercado). Assim que as leis começam a demandar do governo a oferta de serviços públicos, amplia-se a lista de responsabilidades da burocracia governamental, que deixou de ser apenas um ente punitivo das ações pessoais indesejadas (assegurando a liberdade individual e a propriedade privada) para assumir a função de oferecer uma variedade de bens e serviços à sociedade.

Neste instante, o Estado-Administração se expande, constituído pela estrutura criada para atender a esse vasto conjunto de demandas sociais. Simultaneamente, as funções do direito se expandem, assumindo o papel de incentivador de comportamentos sociais direcionados a questões redistributivas estabelecidas nas Constituições protetoras. Essa realidade esclarece o motivo pelo qual, na Europa uma boa parte dos serviços de infraestrutura foi, ao longo da história, gerida e oferecida pelo Estado, na modalidade de serviços públicos. No entanto, a partir dos anos 90, começou a se notar um movimento de liberalização, privatização e a implementação de mecanismos de concorrência em diversos setores. Ao abordar a conexão entre direito e economia sob a ótica do direito comparado, é fundamental levar em conta as distinções entre a origem da regulação nos Estados Unidos, que adota um sistema jurídico de *common law*, e a tradição do Brasil e da Europa continental, marcada pelo *civil law*, especialmente no que se refere à regulamentação de atividades econômicas que, apesar de seu potencial para gerar lucro, são vistas como de interesse coletivo.

Ao longo da última década, a quantidade de pessoas que utilizam planos de saúde (incluindo ou não atendimento odontológico) no Brasil mostrou um aumento

contínuo até 2014, seguido por uma queda até 2019, com uma leve reversão em 2020. Em dezembro de 2020, o Brasil contava com 47,54 milhões de pessoas atendidas por planos de saúde (Cade, 2021), o que corresponde a uma taxa de cobertura de 22,42% da população (Gráfico 1).

Gráfico 1 - Número de beneficiários de planos de saúde de assistência médica (com ou sem odontologia) – Brasil – 2011 a 2020



Fonte: Cade (2021).

Entretanto, essa abrangência não ocorre de maneira uniforme em todo o território nacional. Existem discrepâncias notáveis nas taxas de cobertura de planos de saúde entre os diferentes estados do Brasil. Enquanto Rio de Janeiro, Espírito Santo, Distrito Federal e São Paulo possuem índices acima de 28%, estados como Roraima, Acre, Maranhão, Amazonas e Tocantins têm menos de 8% da população com acesso a planos de saúde privados. Além disso, é notável que, num mesmo estado, existam variações consideráveis entre as cidades do interior, as áreas metropolitanas e a capital. Os grandes centros urbanos frequentemente exibem níveis de cobertura muito mais altos quando comparados a cidades menores (Bispo, 2013).

Outra particularidade da procura por planos de saúde no Brasil é a predominância dos planos coletivos oferecidos por empresas em relação aos planos coletivos por adesão e aos planos individuais. Em dezembro de 2020, 67,6% das pessoas com planos de saúde privados faziam parte dessa categoria, indicando que a maioria dos beneficiários estava vinculada a planos oferecidos por seus empregadores. Isso destaca a relevância das empresas como solicitantes destes

serviços. A regulação de mercados constitui uma das maneiras pelas quais o Estado intervém para corrigir ou atenuar impactos adversos, ou não desejados, que surgem devido a imperfeições no mercado, do ponto de vista das políticas públicas. No final dos anos 1990, o setor de saúde suplementar no Brasil começou a ser regulado pelo governo (Bispo, 2013).

As normas que governam o mercado de saúde suplementar podem ser categorizadas em várias áreas principais: i) expansão das coberturas de atendimento e defesa dos direitos dos consumidores; ii) interações entre os setores público e privado em relação aos planos de saúde; iii) funcionamento das operadoras de planos de saúde e supervisão do governo (Cade, 2021). O assunto será melhor detalhado no item 3.2.1.

Superadas as noções conceituais acerca do consumidor e dos instrumentos de proteção previstos tanto no CDC quanto na Lei n. 8.884/94, o Capítulo 3 volta-se à análise dos casos concretos de atos de concentração no setor de planos de saúde submetidos ao crivo do Cade. A investigação desses precedentes é fundamental para compreender de que forma a autoridade antitruste tem interpretado e aplicado os princípios da defesa da concorrência em um segmento sensível e estratégico, no qual as operações de fusões e aquisições podem repercutir diretamente na qualidade dos serviços prestados, na liberdade de escolha do consumidor e na própria sustentabilidade do sistema de saúde suplementar.

CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DOS CASOS DO CADE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO DOS PLANOS DE SAÚDE

A fim de compreender os casos do Cade em relação aos planos de saúde que ampararam o bem-estar do consumidor, o presente capítulo apresenta as diretrizes, a lógica dos mercados de assistência à saúde suplementar e os atos de concentração nos mercados de plano de saúde, tendo como premissa a lógica da ordem econômica e a defesa do consumidor perante a concorrência.

A relevância dessa análise decorre do impacto econômico e social desse segmento, que responde por aproximadamente 25% da cobertura de saúde no Brasil e movimentam bilhões de reais anualmente. As operações de fusões, aquisições e integrações verticais observadas nas últimas décadas transformaram profundamente a estrutura do mercado de saúde suplementar, resultando na formação de conglomerados que concentram grande poder econômico e estratégico (Brasil, 2021).

Neste capítulo, busca-se investigar de que forma o Cade tem tratado essas operações sob a ótica da concorrência e do bem-estar do consumidor. A análise não se limita à verificação formal do cumprimento da legislação antitruste, mas examina se o órgão é capaz de identificar e coibir práticas que restrinjam a competição, elevar preços, reduzir a qualidade dos serviços ou limitar o acesso da população a cuidados médicos. Ao estudar decisões proferidas entre 2006 e 2021, o capítulo revela tendências de atuação da autoridade antitruste, distinguindo entre casos nos quais a preocupação com a eficiência econômica prevaleceu e situações em que o bem-estar do paciente foi efetivamente considerado (Brasil, 2021).

Além disso, este capítulo avalia a adequação das medidas estruturais e comportamentais impostas pelo Cade, tais quanto ajustes contratuais, desinvestimentos e compromissos de desempenho, como instrumentos de proteção ao mercado e aos consumidores. A reflexão crítica proposta busca identificar se a política concorrencial tem conseguido cumprir sua função social e constitucional, indo além da lógica de preservação da eficiência alocativa de recursos e incorporando a perspectiva da justiça social e da dignidade humana.

Dessa maneira, oferecemos não apenas uma análise técnica, mas também uma reflexão normativa e axiológica sobre a atuação do Cade no setor de saúde

suplementar, apontando os avanços, as limitações e os desafios para assegurar que a regulação concorrencial esteja voltada ao bem-estar do consumidor.

Para compreender adequadamente os julgamentos realizados pelo Cade no âmbito dos planos de saúde, é indispensável analisar, em primeiro lugar, as diretrizes que orientam a atuação do Cade. Como órgão responsável por zelar pela livre concorrência e reprimir o abuso do poder econômico, e estabelece parâmetros técnicos e jurídicos que servem de guia para a apreciação dos atos de concentração econômica. Essas diretrizes não apenas definem os critérios para identificar práticas potencialmente lesivas ao mercado e ao consumidor, mas também indicam os instrumentos de controle e de intervenção que podem ser aplicados em cada caso concreto. Assim, o exame de tais orientações é fundamental para compreender os fundamentos que embasam as decisões da autarquia e a forma como ela busca compatibilizar a eficiência econômica com a proteção dos direitos dos consumidores no setor de saúde suplementar.

3.1 Diretrizes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

É uma entidade federal ligada ao Ministério da Justiça, localizada no Distrito Federal, que desempenha, em todo o território brasileiro, as funções estabelecidas pela Lei nº 12.529/2011. O Cade tem como objetivo proteger a concorrência justa no mercado, atuando como a instituição encarregada, dentro do Poder Executivo, de investigar e tomar decisões finais relacionadas a questões de competição, além de promover e espalhar a importância da livre concorrência. As responsabilidades do estão estabelecidas pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e são ampliadas pelo Regimento Interno do Cade (RiCade), que foi aprovado pela Resolução nº 1, de 29 de maio de 2012 com suas modificações subsequentes (Brasil, 2021).

A autarquia desempenha três papéis: Preventiva: analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência. O objetivo é impedir a formação de estruturas que possam, no futuro, abusar de seu poder de mercado em detrimento da concorrência e do consumidor.

Nesse sentido, o art. 88, parágrafos 5 e 6 da Lei n. 12.529/11 dispõem que serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição

dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços”, a menos que resultem em aumento de produtividade e competitividade, maior qualidade de produtos ou serviços, eficiências e desenvolvimento econômico e/ou tecnológico. Esses benefícios, para justificar a aprovação de um ato de concentração, devem ser específicos da operação; ou seja, não poderiam ser obtidos de outra forma senão pela operação.

Para exercer a função preventiva, o Cade prevê que atos de concentração econômica devem ser submetidos à aprovação prévia da autoridade caso os grupos econômicos envolvidos na operação atinjam os seguintes critérios de faturamento: (i) R\$ 750 milhões por um grupo econômico envolvido na operação registrado no Brasil no ano anterior à sua realização; e (ii) R\$ 75 milhões por outro grupo econômico envolvido na operação registrado no Brasil no ano anterior à realização. Atendidos os critérios de faturamento, outros critérios podem ser aplicados, como se verifica no caso de participações acionárias sem aquisição de controle, aquisição de participações acionárias adicionais por cotistas e contratos associativos, por exemplo. Além disso, há regras específicas para operações envolvendo ofertas públicas de ações.

A análise do Cade pode durar de 30 dias (em operações mais simples, analisadas sob rito sumário) a 240 dias (nesta hipótese, prorrogáveis por até 90 dias). Durante esse período, as partes devem se abster de praticar atos que impliquem influência de uma sobre o processo decisório da outra ou unificação de atividades, sob pena de imposição de multa que varia de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões.

Repressiva: investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência. O art. 36 da Lei n. 12.529/11 menciona que são consideradas infrações à ordem econômica quaisquer condutas que tenham por objeto ou como efeito (real ou potencial) (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Ademais, o dispositivo contém uma lista exemplificativa de algumas condutas usualmente adotadas com o objetivo de ter um fim anticoncorrencial e, conseqüentemente, que possam apresentar um dos efeitos acima. Dentre essas práticas, encontramos os carteis, alguns tipos de acordos com concorrentes, as vendas casadas, as recusas injustificadas de contratar etc.

Educativa: instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas (Brasil, 2021).

O Cade foi estabelecido em 1962, por meio da Lei nº 4.137/62, como uma entidade do Ministério da Justiça, com a finalidade de controlar os abusos do Poder Econômico durante a administração de João Goulart. Naquele período, a responsabilidade consistia em investigar e coibir os abusos do poder econômico, incluindo a proteção da concorrência livre. Esse objetivo fundamental se manteve ao longo do tempo, embora as atribuições do órgão tenham se adaptado às mudanças na legislação pertinente. No ano de 1994, foi instituída a Lei nº 8.884/94, que substituiu a legislação anterior e reformulou o mecanismo de combate ao abuso econômico. Essa lei concedeu maior independência, que passou a ser uma autarquia federal, e estabeleceu o SBDC. Esse sistema é composto pelo Cade, que lidera sua organização, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), um órgão integrado ao Ministério da Justiça, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), uma entidade vinculada ao Ministério da Fazenda.

As duas entidades mencionadas tinham a função de emitir pareceres técnicos e orientar os processos administrativos (inclusive na apresentação de evidências e argumentos jurídicos), enquanto a decisão final sobre esses casos cabia ao CADE.

Em 2012, entrou em vigor a Lei nº 12.529/2011, conhecida como a Lei de Defesa da Concorrência, que reformulou a estrutura do sistema de proteção à concorrência. A SDE foi dissolvida, e a SEAE, que foi extinta em 2015, deixou de ter a responsabilidade de instruir os processos, mas passou a se dedicar à realização de estudos e à formulação de pareceres para a Administração Pública sobre iniciativas relacionadas à defesa da concorrência livre.

O Cade continuou atuando como a autoridade responsável por decisões judiciais e integrou as funções de outras entidades, incluindo aquelas relacionadas à instrução de processos. Ele é composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, que se encarrega de julgar, e pela Superintendência-Geral, que é responsável por iniciar e instruir processos relativos a práticas anticompetitivas. O CADE, atuando como uma entidade autárquica que preserva a concorrência justa, é

encarregado de reprimir ações que prejudicam a competitividade no mercado nacional.

De acordo com as responsabilidades estabelecidas pela Lei de Defesa da Concorrência, a entidade desempenha três papéis: a prevenção, a repressão e a educação. O seu papel de prevenção é realizado para impedir ações que vão contra a concorrência. Para alcançar esse objetivo, a instituição tem a função de aprovar fusões, aquisições de controle, incorporações e diversas outras operações de concentração econômica.

Em resumo, quando o Cade identifica fusões ou aquisições de empresas que possam gerar monopólios ou afetar a competição, um procedimento administrativo é iniciado, interrompendo as negociações até que a conformidade legal seja verificada. Em 2017, o conselho impediu a união entre a Estácio e a Kroton Educacional, considerando que, em conjunto, elas teriam uma participação de 48% no setor de educação a distância no Brasil.

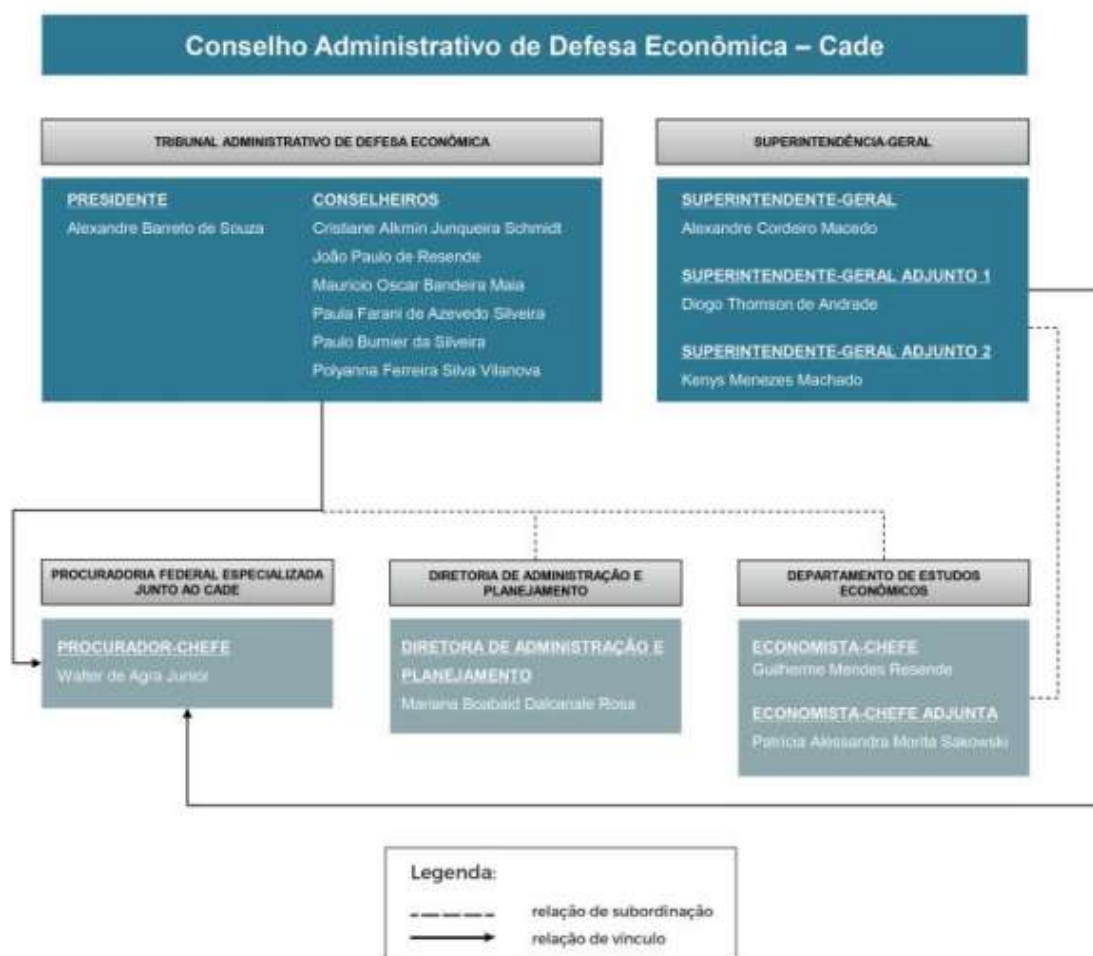
A escolha antecipada em relação a operações de concentração econômica foi uma novidade trazida pela Lei de Defesa da Concorrência. Anteriormente, a entidade tinha a possibilidade de agir apenas após a realização de fusões, incorporações e afins. A função de repressão envolve a análise e o julgamento de outras práticas anticompetitivas, além dos cartéis e trustes já citados, incluindo aquelas classificadas como infrações à ordem econômica conforme o artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência.

As sanções para essas transgressões estão estabelecidas no artigo 37 e nos artigos subsequentes. Em termos gerais, a penalização consiste em multas calculadas com base no lucro obtido pelo infrator em decorrência da infração. No entanto, a lei também estabelece punições como a impossibilidade de firmar contratos e operar no mercado por um período específico, a divisão da empresa (transferindo partes da sociedade para outra) e a divulgação da sentença em um periódico.

Finalmente, a entidade desempenha um papel de educação, que visa esclarecer o público acerca das maneiras de violação da ordem econômica. Esse papel é executado especialmente por meio de conferências, treinamentos, simpósios, artigos e colaborações com instituições de ensino superior, onde o Cade oferece apoio para investigações acadêmicas relacionadas ao tema. A cada seis meses, a entidade publica a Revista de Defesa da Concorrência, que traz artigos e pesquisas recentes sobre a liberdade de concorrência.

O Cade é composto por três órgãos: o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos. Ademais, a autarquia possui setores que proporcionam assistência e suporte para a concretização de sua missão institucional, entre os quais se destacam a Procuradoria Federal Especializada vinculada ao Cade e a Diretoria de Administração e Planejamento. Os órgãos singulares se articulam segundo a estrutura na Figura 1.

Figura 1 - Composição do CADE.



Fonte: Brasil (2022).

Para a realização da análise dos atos de concentração, a primeira etapa é o ingresso dos procedimentos no CADE, através de protocolo, que devem ser registrados e autuados na Unidade de Protocolo do CADE. Em um segundo momento, a Superintendência Geral da CADE realiza uma análise preliminar, posteriormente temos a publicação do edital de concentração econômica no Diário Oficial da União (DOU), o que gera a publicidade do procedimento e permite a manifestação de interessados à

operação. Mediante a publicação do edital, a Superintendência Geral do CADE emite parecer sobre a operação, segundo o qual poderá (CADE, 2020):

I - conhecer diretamente do pedido, proferindo decisão terminativa, quando o processo dispensar novas diligências, ou nos casos de menor potencial ofensivo à concorrência, assim definido sem Resolução do CADE;

II - não conhecer do pedido, proferindo decisão terminativa, quando se constatar que se trata de pedido acerca de operação que não se caracteriza em ato de concentração de notificação obrigatória, nos termos da legislação e regulamentação deste Conselho; ou

III - determinar a realização de instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas.

Parágrafo único. Concluída a instrução complementar determinada na forma do inciso III, a Superintendência-Geral deverá manifestar-se sobre seu satisfatório cumprimento, recebendo-a como adequada ao exame de mérito, ou determinando que seja refeita, por estar incompleta (Cade, 2020).

Após o parecer da Superintendência Geral do Cade, podemos decidir por finalizar o ato de concentração (Decisão Terminativa), nos casos mencionados acima, ou decidir que a operação é complexa e resultar na impugnação ao tribunal que posteriormente emitirá a sua decisão quanto à operação (Cade, 2020). Poderão ser autorizados os atos de concentração que cumulada ou alternativamente aumentarem a produtividade ou a competitividade, melhorarem a qualidade de bens ou serviços, ou propiciarem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e sejam repassados aos consumidores parte considerável dos benefícios decorrentes (Cade, 2016a).

Os atos de concentração não poderão ser autorizados quando resultarem em eliminação da concorrência em parte significativa de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante, ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços (Cade, 2020). As solicitações de análise de atos de concentração econômica devem ser encaminhadas ao CADE com as informações e documentos que são indispensáveis à instauração do processo administrativo, conforme definido na Resolução n. 2 de 2012 (Cade, 2012). O controle dos atos de concentração deverá ser realizado em, no máximo, 240 dias, a contar do protocolo de petição ou de sua demanda (Brasil, 2011).

Dentro das diretrizes que orientam a atuação do Cade, destaca-se a necessidade de situá-las no contexto mais amplo da ordem econômica constitucional, estruturada pela CF/88, especialmente em seus artigos 170 e 173, que consagram a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico como princípios essenciais da atividade econômica. A partir dessa base, a Lei n. 12.529/2011 surge

como marco regulatório do SBDC, disciplinando os atos de concentração, a prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico. Nesse cenário, o papel sancionador do Cade assume relevo: além de atuar na análise de fusões e aquisições que possam comprometer a concorrência, a autarquia exerce função repressiva frente a condutas anticompetitivas, aplicando sanções administrativas que buscam restaurar a livre iniciativa e proteger os interesses difusos da coletividade, em consonância com os valores constitucionais de justiça social e bem-estar.

3.1.1 A ordem econômica na constituição, a defesa da concorrência, a lei n. 12.529/11 e o papel sancionador do CADE

O artigo 170 da CF/88 estabelece a concorrência livre como um dos princípios da estrutura econômica, a qual se baseia na liberdade de iniciativa e na valorização do trabalho, tendo como objetivo garantir a todos uma vida digna de acordo com os preceitos da justiça social. No artigo 173, §4º, a CF/88 determina que “[...] a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. No caput do artigo 173, é reconhecida a intervenção estatal na esfera econômica como uma medida excepcional (Brasil, 1988).

Conforme estabelece o texto da CF/88, a livre concorrência é um dos princípios fundamentais da economia, representando uma norma significativa para que os objetivos da atividade econômica, realizada com base na livre iniciativa, sejam alcançados. Dessa forma, para assegurar essa expectativa regulatória e apenas para esse fim, será permitida uma intervenção estatal excepcional, que ocorrerá conforme a legislação, ou seja, por meio do direito, que definirá regras e métodos para combater violação à concorrência.

Este é o fundamento constitucional que sustenta a criação da legislação voltada à proteção da concorrência, a qual, após a promulgação da CF/88, foi inicialmente definida na Lei n. 8.884/94 (Brasil, 1994) e hoje é regulamentada pela Lei n. 12.529/11 (Brasil, 2011). As duas legislações foram influenciadas por práticas e normativas de defesa da concorrência já consolidadas globalmente, estabelecendo um conjunto de entidades responsáveis por cumprir a função constitucional, total ou parcialmente. Dessa maneira, conforme o modelo instituído pela Lei nº 8.884/94 (Brasil, 1994), o SBDC era organizado em três partes, contando com três entidades distintas: a

Secretaria de Monitoramento Econômico do Ministério da Fazenda (SME), a Secretaria de Economia e Justiça do Ministério da Justiça (SEJ) e o CDC. Esse último, apesar de já existir desde os anos 60, começou a exercer de forma efetiva tanto o poder de polícia quanto o poder sancionador somente após a promulgação da mencionada lei (Andrade; Oliveira, 2024).

Com a adoção da Lei nº 12.529/11, o sistema passou a ser centralizado, com ênfase no Cade, enquanto a SEAE assumiu a responsabilidade de fomentar a concorrência, especialmente no que diz respeito a políticas públicas e regulamentação. De maneira abrangente e dentro dos parâmetros relevantes para este estudo, é importante ressaltar que cabe ao Cade a responsabilidade de cumprir o papel constitucional mencionado anteriormente (“combater o uso indevido do poder econômico que tem como objetivo a monopolização dos mercados, a extinção da concorrência e o aumento injustificado dos lucros”), atuando como a principal autoridade administrativa na implementação da Lei nº 12.529/11 (Brasil, 2011).

As determinações do Cade podem ser objeto de revisão judicial, porém, a Lei de Defesa da Concorrência estabelece diferentes tipos de procedimentos administrativos que garantem um alto nível de contraditório e a participação das partes envolvidas. Na sua atuação, é correto afirmar que o Cade se estrutura em duas principais áreas, cada uma com processos próprios. Esses incluem: (i) um aspecto definido como preventivo, no qual se exerce o poder de fiscalização e avalia as operações de concentração econômica que correspondem aos critérios mínimos estabelecidos pela legislação para a notificação obrigatória. Essa atividade é vista como preventiva, pois, ao realizar essa avaliação, tem a capacidade de estabelecer limitações ou até mesmo recusar os atos de concentração econômica antes que se concretizem, caso identifique que eles podem gerar impactos prejudiciais à concorrência ou a possibilidade de abuso de poder no mercado. E (ii) um segundo aspecto da atuação punitiva, pelo qual identifica, avalia e impõe sanções a transgressões da ordem econômica, isto é, ações realizadas por agentes econômicos durante o exercício de suas atividades (Andrade; Oliveira, 2024).

Nesse contexto, representa a manifestação do direito administrativo punitivo em sua natureza, realizada através de um processo adequado e com a observância do princípio do contraditório. Nas duas atividades, o Cade utiliza frequentemente saberes da economia, além de conceitos e particularidades específicos de cada setor econômico em avaliação, para desempenhar sua função (Andrade; Oliveira, 2024).

Apesar dessa conexão com saberes relativos à economia e à estruturação de setores, é fundamental não perder de vista e isso é especialmente pertinente ao tema em questão que se trata, essencialmente, de uma atividade jurídica, que implica, de acordo com a legislação e a constituição, o exercício de poder de polícia e de poder sancionador, como já mencionado anteriormente (Andrade; Oliveira, 2024). Constatamos de maneira clara o encerramento operacional do sistema jurídico, assim como sua receptividade a outros sistemas, conforme já foi indicado anteriormente.

Para cumprir o mandato constitucional que lhe foi atribuído, o Cade deve interpretar sua própria legislação de maneira abrangente e não se restringir apenas à aplicação direta das normas, uma vez que muitos dos conceitos utilizados na Lei são de natureza não jurídica. É um exemplo clássico que requer uma análise da situação interpretativa, a fim de que se possa compreender o significado da norma legal e utilizá-la de maneira puramente jurídica. Um exemplo claro dessa interação sistêmica entre economia, política e direito pode ser encontrado na função repressiva desempenhada. O tipo infracional, mencionado no artigo 36 da Lei nº 12.529/11, é uma categoria ampla, que pode ser resumida na expressão “qualquer ação que vise comprometer a concorrência ou que possa gerar efeitos prejudiciais à competição” (Brasil, 2011).

Dessa forma, no contexto das normas que regem as infrações à ordem econômica, abrangemos tanto ações que são ilegais desde sua origem, caracterizadas por um objeto ilícito (como acontece com os cartéis, que representam um pacto proibido entre concorrentes), quanto ações que, de início, são consideradas legais, mas que, ao serem realizadas de forma abusiva por quem ocupa uma posição de destaque no mercado (detentor de poder econômico), tornam-se ilegais (Andrade; Oliveira, 2024).

Certamente, dentro desse extenso campo de infrações, há comportamentos que ocorrem com maior regularidade, e a legislação os ilustra. Em outras palavras, o que classifica algo como legal ou ilegal no contexto da defesa da concorrência é, na verdade, uma análise jurídica de situações econômicas. Assim, é fundamental que os sistemas de compreensão e a terminologia da economia se alinhem à lógica e à interpretação do Direito (Andrade; Oliveira, 2024).

A fundamentação para essa análise reside, claramente, no texto da legislação; no entanto, sem a complementação dos termos legais por meio de conceitos da teoria econômica, tais disposições ficariam desprovidas de significado e, conseqüentemente

de eficácia. Para ilustrar, embora na economia o conluio entre os concorrentes seja evidentemente negativo para a competição, na prática econômica, onde a concorrência ideal não se manifesta, pode ocorrer e até se tornar comum a formação desse tipo de conluio. A ilegalidade dessa colusão se deve ao fato de ser considerada ilícita, ou seja, trata-se de um entendimento de que pactos entre empresas concorrentes que envolvem aspectos competitivos constituem acordos cujo conteúdo é vetado pela legislação (Andrade; Oliveira, 2024).

De maneira resumida, a colusão é um fenômeno na economia que a teoria econômica classifica como uma forma de competição imperfeita, geralmente nociva ou raramente capaz de promover bem-estar econômico. Por essa razão, o sistema legal, ao interpretar essa nocividade e reconhecer que é necessário sancionar essa prática para proteger a concorrência, considera a colusão como um evento de relevância jurídica, caracterizando-se como um ato ilícito e, assim, sujeito a punições.

A conexão entre os sistemas se refere ao processo de decisão legal em relação a um evento econômico, o que fundamenta a estipulação, tanto da legislação concorrencial brasileira desde 1994 quanto da vigente atualmente, de que o Tribunal Administrativo do Cade deve ser formado por sete conselheiros de renome e com destacado conhecimento nas áreas jurídica ou econômica. No entanto, é exatamente por causa dessa interconexão que, quando a compreensão da integração entre o direito e a economia no contexto da defesa da concorrência falha, resultando na incorporação inadequada de aspectos econômicos no sistema jurídico por parte dos magistrados, ocorrem entraves e desajustes na atuação do Cade.

Essa diferença entre vários sistemas de interpretação e linguagem, assim como os desafios de ajustar a função decisória na interação entre diferentes modelos analíticos, ontologias e heurísticas, se manifestam não apenas nas referidas esferas durante o processo de decisão, mas também ao longo do tempo. É possível perceber isso através de análises que variam em função das alterações na formação do tribunal e das visões em uso, particularmente no que diz respeito ao aspecto crucial que envolve essa interação entre magistrados que conferem diferentes níveis de importância a esses aspectos cognitivos conhecimentos jurídicos e econômicos e suas diversas implicações políticas. Dessa forma, a alteração na importância atribuída a esses saberes impacta diretamente os resultados das deliberações, dependendo da formação e da perspectiva de cada juiz, bem como da soma dessas distorções na formação do todo.

Por último, é importante destacar uma particularidade da atuação punitiva do Cade, que não deve ser ignorada ao examinarmos o direito administrativo sancionador no contexto da proteção à concorrência. O mesmo organismo encarregado de penalizar as infrações também é responsável por promover a defesa da concorrência e por executar as diretrizes relacionadas a essa proteção. Proteger a competição significa, em última análise, estimular mercados que sejam mais competitivos. Nesse contexto, a natureza das sanções¹¹ não se limita a ser apenas punitiva devido a uma infração, mas é igualmente essencial para reafirmar e promover a própria livre concorrência. Uma das metas principais da atuação punitiva do Cade é, acima de tudo, a habilidade do órgão em desencorajar a ocorrência de novos comportamentos prejudiciais à concorrência.

Após compreender as diretrizes do Cade e o papel da Constituição e da Lei n. 12.529/11 na repressão ao abuso do poder econômico, é fundamental voltar a atenção para os mercados de assistência à saúde suplementar. Esse setor possui características muito específicas: lida com um bem essencial, a saúde, que não pode ser tratado apenas sob a lógica da livre concorrência, pois envolve diretamente a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida. Ao mesmo tempo, a saúde suplementar constitui um mercado altamente concentrado, no qual grandes operadoras disputam espaço e muitas vezes recorrem a estratégias de fusão e aquisição que despertam a atuação regulatória. Analisar a estrutura e o funcionamento desse mercado, bem como suas semelhanças e diferenças em relação a outros segmentos da economia, permite compreender os desafios enfrentados pelo Cade e pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) na construção de um ambiente competitivo que seja compatível com a proteção do consumidor e com a garantia do acesso universal à saúde.

3.2 Mercados de assistência à saúde suplementar

O cuidado à saúde suplementar, em sua abrangência, refere-se ao conjunto de serviços de saúde oferecidos por entidades privadas, fora do SUS, por meio de

¹¹ “Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência” (Brasil, 2011).

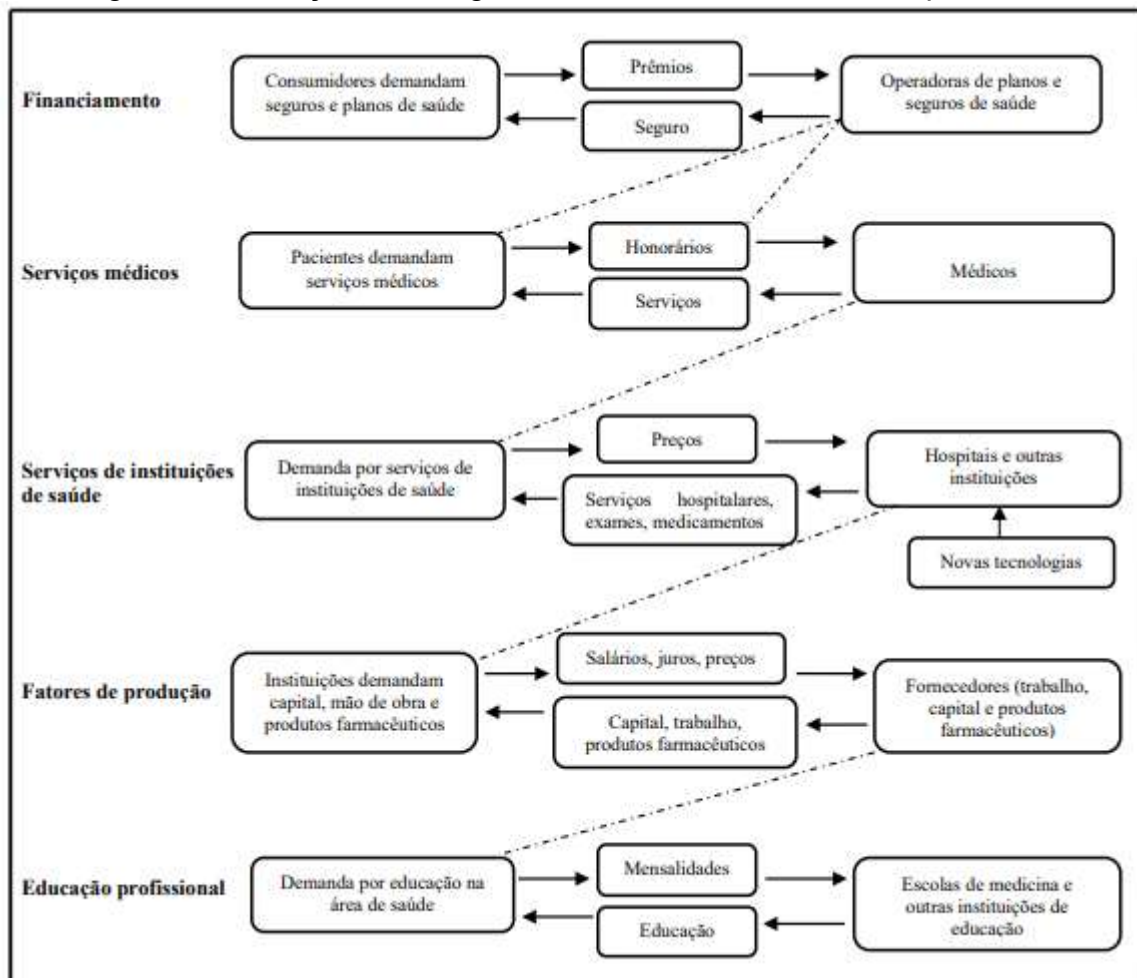
operadoras de planos de saúde ou diretamente por profissionais e instituições do setor.

A Figura 2 ilustra um diagrama simplificado que mostra as interações entre diversos agentes e submercados no setor de saúde suplementar: os consumidores buscam operadoras de planos de saúde para garantir o financiamento de futuras demandas de atendimento (mercado de financiamento); quando essas demandas se tornam reais, os usuários dos planos de saúde recorrem aos serviços oferecidos pelos médicos (mercado de serviços médicos). Entretanto, a interação entre médicos e pacientes é afetada pela conexão entre os médicos e as operadoras de planos de saúde, tanto pelo pagamento que as operadoras fazem aos profissionais de saúde quanto pela compreensão que os médicos possuem a respeito das demandas de atendimento dos pacientes (Cade, 2021).

De acordo com a recomendação terapêutica fornecida pelo profissional de saúde, pode ser necessário buscar a assistência de instituições de saúde. Essas entidades, que têm sua demanda significativamente afetada pelos médicos, realizam negociações de preços com operadoras ou consumidores diretos, e lidam com o aumento de custos devido a inovações tecnológicas e à escassez de profissionais qualificados disponíveis no mercado. Esses, por sua vez, estão condicionados à disponibilidade de educação superior e técnica no setor de saúde, oferecida por instituições de ensino públicas ou privadas, configurando o mercado de formação profissional (Cade, 2021).

Nesta pesquisa é adotado a definição da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS, 2017), que considera a saúde suplementar (ou assistência saúde adicional) como a atividade que trata da gestão de planos privados de saúde, estando sob a supervisão do Estado.

Figura 2 - Interação entre agentes no mercado de saúde suplementar



Fonte: CADE (2021, p. 10).

O setor de cuidados com a saúde, nesse sentido mais específico, abrange a relação entre pacientes, fornecedores de serviços (como médicos e organizações de saúde), empresas de planos de saúde, órgãos governamentais e outros agentes, cujas funções serão exploradas com mais profundidade a seguir.

De acordo com Moraes (2002), as Agências Reguladoras têm suas raízes na Inglaterra, onde, em 1834, o Parlamento estabeleceu várias entidades independentes para garantir a implementação das leis. Posteriormente, os Estados Unidos adotaram um sistema de gestão governamental fundamentado no modelo de agências reguladoras.

Conforme pesquisa realizada por Ventura (2004), a estrutura jurídico-administrativa dos Estados Unidos foi criada desde sua formação pela intervenção indireta do governo, que se manifesta através das agências reguladoras, atuando como um poder normativo, mediador e fiscalizador. Essa abordagem visa equilibrar

os interesses do setor, estabelecer diretrizes públicas e assegurar a proteção dos grupos menos favorecidos. O sistema regulatório institucional do Brasil recebeu uma significativa influência do modelo dos Estados Unidos, tendo ainda como referência a experiência do Reino Unido após a privatização (Mashaw, 1997). Esse modelo foi estruturado e implementado de maneira a possibilitar procedimentos que assegurem sua transparência e a ampla oportunidade de manifestação e defesa por parte dos envolvidos. A regulação envolve a adesão a normas, alinhando-se ao conceito de estabelecer diretrizes (Ventura, 2004).

Conforme mencionado por Salomão Filho (2001), o conceito de regulação diz respeito à ação do Estado sobre a economia, seja através da concessão de serviços públicos ou da utilização de seu poder de polícia. Assim, a regulação está associada à concepção de intervenção do Estado e, no Brasil, esse modelo se fundamentou em uma época em que o Estado poderia ter sua capacidade de influenciar a oferta de certos serviços comprometida. Dessa forma, as Agências Regulatórias emergiram em um cenário de privatização e de uma proposta de reestruturação do Estado durante os dois períodos de governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002).

A intensificação da privatização pode acarretar danos ao governo, a menos que haja uma supervisão e um gerenciamento eficaz das principais atividades econômicas que foram privatizadas. Em 1995, o Plano Diretor para a Reforma do Aparelho do Estado identificou uma crise fiscal originada pela diminuição da credibilidade do Estado, pelo esgotamento da abordagem estatizante de intervenção estatal e pela estrutura político-burocrática da gestão pública. Esses três fatores foram destacados como os principais desafios enfrentados pelo Estado Brasileiro (Nunes; Ribeiro; Peixoto, 2007). Os autores também mencionam que a reforma proposta pelo governo se baseava em quatro áreas: fiscal, previdenciária, administrativa e patrimonial.

A formação de uma entidade autônoma, em vez de um setor subordinado à administração direta, foi proposta como uma inovação institucional. Essa iniciativa está especialmente relacionada a reformas nas áreas administrativa e patrimonial, visando a regulação de serviços públicos de energia e telecomunicações que foram liberalizados ou privatizados, longe das interferências político-partidárias dos governos (Machado et al., 2017).

Em 1996, foi instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica, conhecida como ANEEL. No ano seguinte, 1997, surgiram a Agência Nacional de Telecomunicações, ou ANATEL, e a Agência Nacional do Petróleo, chamada ANP. Já em 2000, foi criada

a Agência Nacional. Neste cenário, notamos que a sugestão de estabelecer um órgão dotado de autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, sem subordinação hierárquica, seguindo o formato de uma agência reguladora, visava essencialmente eliminar a influência política sobre as decisões técnicas desse órgão. Isso seria alcançado através de determinações feitas por um grupo de cinco diretores, que teriam mandatos fixos e não coincidentes (Machado et al., 2017).

Conforme Ventura (2004), garantir-se-ia a consistência dos líderes, a liberdade na administração do órgão regulador, fontes de recursos independentes e a desvinculação hierárquica da agência em relação a qualquer nível do governo. É importante destacar que a seleção dos integrantes da Diretoria Colegiada segue critérios vinculados a partidos políticos, o que pode impactar de maneira significativa o processo de regulação, criando oportunidades frequentes para que o órgão regulador seja influenciado por agentes econômicos que buscam distorcer os princípios do mercado em benefício de interesses individuais.

A iniciativa de reforma das regulamentações visava gerar eficiência macroeconômica ao promover e regular a concorrência em setores dominados por monopólios, além de estabelecer instrumentos, conforme menciona Costa (2008), para executar políticas no cenário da reestruturação do Estado, com a intenção de incentivar a competição e reduzir a regulação formal e a burocracia. Esse tipo de entidade pública detinha a capacidade de exercer vastas atribuições normativas, de fiscalização e de mediação, desempenhando um papel fundamental na supervisão dos monopólios, na promoção da concorrência e na regulação social (Ventura, 2004).

As Agências Reguladoras, incluindo a ANS, foram criadas para enfrentar as imperfeições do mercado, como a seleção adversa, o risco moral, a desigualdade na informação entre os agentes econômicos e as externalidades negativas geradas nas interações econômicas. O objetivo é garantir a competitividade em determinados setores, ampliar o acesso a serviços e defender os interesses dos consumidores. (Machado et al., 2017).

É importante destacar que, ao exercer suas atribuições, as Agências Reguladoras desempenham papéis característicos dos três poderes. Exercem funções de poder executivo ao supervisionar ações e garantir direitos econômicos; de poder legislativo ao estabelecer normas e procedimentos com validade legal para o setor regulado; e de poder judiciário ao avaliar e aplicar penalidades aos regulados.

Os especialistas em direito criticam o papel das Agências, que funcionam como se fossem entidades legislativas e judiciárias, argumentando que elas carecem de um arcabouço regulatório que estabeleça de maneira clara as suas funções. Essa falta de definição é vista como uma clara violação das áreas exclusivas de competência de outras instituições (Wald; Moraes, 1999). No entanto, a autoridade normativa de uma agência reguladora surge de sua função de regulação, já que, para atender à legislação que a obriga a estabelecer diretrizes para o setor supervisionado, ela utiliza normativos específicos (como resoluções e instruções normativas).

No que diz respeito a essa situação particular, Ventura (2004) e Nunes, Ribeiro e Peixoto (2007) afirmam que a autoridade reguladora resulta da transferência de atribuições do Poder Legislativo e do Executivo para as agências reguladoras, permitindo que estas desempenhem efetivamente sua função de reguladoras, em conformidade com as exigências do setor específico, conforme os princípios legais existentes. Ao formular e implementar políticas públicas em suas áreas de atuação, as agências reguladoras vão além do papel de meras reguladoras. A legitimidade de sua autoridade normativa é frequentemente contestada, principalmente devido ao fato de que as regulamentações emitidas pelas Agências são redigidas por indivíduos que não são escolhidos democraticamente pela população, o que resulta na falta da representatividade essencial para garantir sua validade.

Contudo, Oliveira (2002) acredita que essa transferência de autoridade é imprescindível, devido à restrição do entendimento dos legisladores e à essencial generalização das normas. O mesmo escritor argumenta a favor da delegação, afirmando que os gastos relacionados ao processo decisório são reduzidos nas agências. Isso possibilita uma maior flexibilidade na atuação do governo diante das mudanças constantes, além de facilitar a elaboração de políticas e diretrizes para os setores regulados, que são elaboradas por especialistas da área.

Ventura (2004, p. 144) argumenta que “[...] a autoridade legislativa das Agências representa um avanço na função normativa do Estado, uma vez que apenas legislações gerais não são adequadas para proteger e regulamentar o interesse da sociedade”. Nesse contexto, e por essas razões, a dinâmica constante do ambiente e a ineficácia das legislações gerais em assegurar os interesses públicos no mercado supervisionado pelas agências reguladoras tornam apropriada a implementação de uma regulamentação delegada pelo legislador, que estabelece e define os parâmetros de atuação dessas agências.

Portanto, podemos afirmar que a agência reguladora atua como um extensionista do poder legislativo, operando dentro dos parâmetros estabelecidos pela legislação que a instituiu. Sua principal meta é desenvolver políticas e normas que atendam ao setor sob sua jurisdição, sempre guiada pelos princípios de eficiência, agilidade e solidez técnica em suas deliberações. Com uma equipe técnica e especializada focada em áreas específicas, é viável formular diretrizes que sejam mais apropriadas para o setor regulado (Machado et al., 2017).

É importante destacar que, uma vez que a estrutura das agências reguladoras não resulta de um processo democrático de escolha de seus membros, qualquer ato normativo gerado por uma dessas agências precisa ser submetido a um procedimento de consulta pública para que tenha validade. Conforme Ventura (2004), o processo de consulta pública representa a forma de democracia participativa dentro da Administração Pública, complementando a democracia representativa clássica. Isso se concretiza pela participação ativa de todos os envolvidos no debate, onde eles podem expressar suas opiniões, críticas e sugestões relacionadas aos atos normativos que estão prestes a serem publicados pela agência. Contudo, é importante destacar que a eficácia da consulta pública depende da existência de uma sociedade robusta e bem informada acerca de seus direitos. Quando uma sociedade é vulnerável e não está adequadamente preparada para se envolver nesse processo, isso resultará em um debate desproporcional, onde os participantes em que os participantes do mercado terão à sua disposição todos os fundamentos que apoiam a posição que almejam alcançar.

É fundamental a elaboração de políticas e diretrizes para os setores sob regulação. Atualmente, na área da saúde suplementar, é inaceitável que pessoas com doenças sem cura sejam excluídas de planos de saúde ou que condições como câncer ou depressão fiquem sem cobertura contratual. Essa situação era algo facilmente previsível em contratos anteriores à legislação estabelecida pela Lei nº 9.656, de 1998, que rege os planos de saúde (Costa, 2008).

As agências reguladoras atuam, igualmente, como ambientes de resolução de disputas entre os diferentes participantes do mercado regulado, visando encontrar soluções para casos onde existem interesses conflitantes. Dessa forma, ao atuarem de maneira proativa na resolução desses conflitos, através de seus mecanismos regulatórios que possibilitam uma intervenção lícita e clara ao longo de todo o

procedimento, surgiu a concepção de que essa ação se apresentaria como uma prática quase jurídica.

Por meio de sua função de mediação, as agências reguladoras procuram solucionar conflitos por meio de um acordo entre os envolvidos, acompanhando o desenvolvimento das negociações, de modo que nenhuma das partes (o administrado) seja obrigada a seguir uma decisão específica. No entanto, quando essa mediação não é bem-sucedida em situações que envolvem a violação de um direito ou de uma norma específica, a agência reguladora é compelida a tomar uma posição e impor a penalidade adequada, conforme as regulamentações setoriais em vigor (Machado et al., 2017). Assim, percebemos que, além de desempenhar um papel significativo na resolução de disputas entre os participantes do setor regulado, a agência reguladora também é responsável por monitorar e sancionar os administrados que violam as normas estabelecidas.

Na década de 80, o setor de saúde suplementar encontrava-se no auge de sua expansão, como uma resposta à queda na qualidade dos serviços públicos de saúde, bem como o aumento do trabalho informal e a crise financeira do Estado. Diante desse cenário, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 que elegeu o direito à saúde à categoria de direito fundamental, a ausência de regulamentação do setor deu ensejo à adoção de condutas abusivas por parte das operadoras de planos de saúde. Esses abusos, por sua vez, deram ensejo a reclamações e à judicialização contra operadoras de planos de saúde. Diversas queixas eram apontadas: aumento de mensalidades, carência e cobertura do plano, negativas para a realização de procedimentos cobertos.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar foi estabelecida como uma entidade reguladora com o objetivo de supervisionar o setor de planos de saúde. No entanto, sua criação ocorreu apenas em 2000, o que significa que o setor ficou por quase 60 anos sem qualquer tipo de regulamentação governamental, tema que será abordado na seção seguinte. A regulação da saúde suplementar exercida por agentes privados foi uma forma importante de mitigar os efeitos da assimetria de informação e conferir mais bem-estar aos pacientes que usufruem dos seguros-saúde. No Brasil, antes¹²

¹² Em relação aos direitos do consumidor, foi necessário que a semente fosse semeada anteriormente ao CDC em 1990. Muito antes de a Lei de Defesa do Consumidor ser estabelecida, a sociedade já procurava maneiras de resolver questões relacionadas ao consumo. Frequentemente, os tribunais utilizam o Código Civil, que passou a vigorar em 1916, como base principal para dirimir disputas comerciais e solucionar seus desentendimentos. Se o CDC pode ser visto como uma legislação que,

da CF/88, o sistema de saúde era marcado pela atuação conjunta de instituições públicas e privadas na prestação, financiamento e administração dos serviços de saúde. A criação de um polo industrial, especialmente na área automotiva, no Brasil, durante a década de 1940, revolucionou a estruturação do setor privado. Visando a reabilitação da força de trabalho que estava doente, as montadoras internacionais buscavam serviços de profissionais de saúde para cuidar de seus funcionários (Bahia et al., 2005).

Esse cenário de intensificação da industrialização estimulou a formação de empresas privadas que atuavam como intermediárias no acesso aos serviços de saúde. Essas organizações eram contratadas por fábricas e outras companhias para prestar atendimento aos seus trabalhadores. Dessa forma, surgiram, em meio ao aumento da industrialização e à demanda por preservar e restabelecer a saúde dos trabalhadores, iniciativas de planos de saúde privados que viabilizassem o crescimento do sistema capitalista (Machado et al., 2017).

Percebemos que, até a década de 80, os serviços de saúde privados eram, em sua maioria, utilizados por indivíduos com emprego formal, por meio de planos coletivos. Com o tempo, ocorreu uma expansão que permitiu a adesão de clientes que não tinham ligação com empresas, através de contratos individuais (Bahia, 1999). Com o crescimento contínuo do setor privado no financiamento e na prestação de serviços de saúde, através de empresas que atuavam como intermediárias nos pagamentos dos serviços oferecidos aos contratantes, o Estado, que se distanciou parcialmente da assistência direta à saúde, começa a assumir uma nova função: a regulação desse tipo de atendimento realizado por empresas privadas.

Para estabelecer normas para as interações nesse segmento econômico, Bahia (2001) menciona que o Decreto Lei nº 73/66 foi o primeiro a tratar da venda de planos e seguros de saúde. No entanto, esse decreto não incluía as entidades de medicina de grupo 'sem fins lucrativos' (assim como as cooperativas médicas), que funcionaram até 1998 sem qualquer tipo de regulação governamental.

Sato (2007) aponta que o crescimento do setor de saúde suplementar, que envolve a administração de planos de saúde, foi acompanhado por um aumento nos conflitos entre os usuários e as operadoras desses planos. Essas questões estão, em

em certos pontos, já apresenta defasagem neste momento, É possível conceber a magnitude do desafio de solucionar um litígio relacionado ao Direito do Consumidor nas últimas décadas do século passado.

grande parte, ligadas a recusas de cobertura assistencial (como materiais, medicamentos, restrições na quantidade de procedimentos, limitações na duração de internações, inclusive em Unidades de Terapia Intensiva [UTI]), ao aumento das mensalidades dos planos e à suspensão de atendimentos. Durante esse intervalo, o sistema judiciário, fundamentado no Código de Defesa do Consumidor, trabalhou para oferecer liminares que beneficiassem o atendimento aos consumidores.

Dessa maneira, instituições médicas, organizações de proteção ao consumidor e ONGs representativas de usuários e consumidores uniram forças e, em conjunto com o Conselho Nacional de Saúde, o Ministério Público e as empresas de planos de saúde começaram a intensificar a demanda por uma regulação para a área (Carvalho; Cecílio, 2007).

Sato (2007) menciona que, em 1993, iniciaram-se no Senado Federal discussões sobre a regulamentação do setor de saúde suplementar, com duas metas principais: garantir o ressarcimento ao SUS e expandir a cobertura dos serviços de saúde. Em 1997, uma comissão foi constituída para abordar a questão da regulamentação e, no ano seguinte, em 1998, foi aprovada a Lei nº 9.656, em resposta às demandas de certos grupos sociais pela organização de um setor que estava se expandindo de maneira acelerada e desorganizada. A regulamentação, de forma imediata, resultou em diversos avanços relevantes, que se transformaram em responsabilidades para as empresas que funcionavam como operadoras de planos de saúde (Brasil, 1998). Entre os mais destacados, podemos mencionar:

- necessidade de atendimento para todas as patologias listadas na Classificação Internacional de Doenças (CID);
- assegurando a cobertura total de medicamentos e insumos durante a hospitalização.
- vedação da restrição numérica para a execução de procedimentos;
- vedação da recusa de cobertura para tratamentos associados a condições ou lesões já existentes;
- restrições para os aumentos nas tarifas dos planos de saúde;
- restrição dos períodos máximos de espera;
- vedação à rescisão unilateral de contratos de serviços de saúde;
- restrição à escolha de risco;
- assegurado o atendimento em internação por tempo indeterminado;

- compensação das operadoras pelos serviços fornecidos a seus usuários no SUS.

Ademais, é fundamental enfatizar que as alterações trazidas pela Lei nº 9.656, de 1998, abrangem aspectos que vão além dos pontos já citados. É possível ressaltar outros avanços, como a maior ênfase nas ações voltadas para a promoção da saúde e na prevenção de doenças, a importância de utilizar sistemas de informação para uma supervisão mais eficiente do setor regulado e a exigência de contratos com definição mais clara. No mesmo ano da aprovação da Lei nº 9.656, foi criado o Departamento de Saúde Suplementar (DESS) no âmbito do Ministério da Saúde, dando início à estruturação de um organismo voltado para regulamentar esse setor da saúde (Albuquerque et al., 2008).

Certamente, a normativa criada por essa legislação provocou mudanças nas relações entre os diversos participantes do setor regulado, quais sejam, operadoras, fornecedores de serviços e usuários de planos de saúde, já que a dinâmica entre essas partes começou a ser orientada por regras que restringem a atuação das operadoras. Isso gerou uma competição entre essas companhias, fundamentalmente centrada nos preços e nas normas que orientam o acesso dos usuários aos serviços de saúde, uma vez que a cobertura mínima exigida começou a ser estabelecida por leis (Machado et al., 2017).

Portanto, a procura por planos de saúde adicionais surge da intenção das pessoas de assegurar seu bem-estar e o de seus familiares, além de reduzir os riscos e incertezas associados às despesas com cuidados de saúde. Contudo, a procura por planos de saúde não se limita apenas a indivíduos, já que as empresas representam uma parte significativa dessa demanda. Isso acontece porque esses serviços frequentemente fazem parte de um conjunto de benefícios fornecidos pelos empregadores, principalmente em grandes corporações.

Em 2001, como parte de um projeto de reforma do Estado, foi promulgada a Lei federal nº 9.961, que estabeleceu a ANS como uma autarquia em regime especial vinculada ao Ministério da Saúde. A ANS opera em todo o Brasil, desempenhando funções de regulação, normatização, controle e supervisão das atividades relacionadas à assistência à saúde suplementar. A referida legislação atribuiu à ANS a responsabilidade de proteger o interesse coletivo na assistência à saúde suplementar, regulamentando as operadoras do setor e suas interações com

prestadores de serviços e usuários, além de apoiar o avanço das iniciativas de saúde em todo o país (Machado et al., 2017).

A ANS foi criada com o objetivo de regulamentar o setor de planos de saúde privados, que, até então (praticamente 60 anos após a fundação das primeiras operadoras), funcionava sem a supervisão do governo, utilizando métodos bastante instáveis, especialmente no que diz respeito à transparência das informações oferecidas aos consumidores (Costa, 2008). Ademais, o usuário do plano de saúde, ou seja, aquele que firmava um contrato ou aderiu a um plano, se via totalmente sujeito a cláusulas contratuais prejudiciais. Isso ocorria porque, ao assinar o contrato, concordava implicitamente com termos que desconsideravam doenças e lesões já existentes, condições irreversíveis e procedimentos complexos, além de restringir o número de dias de internação hospitalar (Machado et al., 2017).

A regulamentação estabelecida pela Lei nº 9.656, de 1998, que aborda os planos e seguros de saúde privado com a Lei nº 9.961, de 2000, que institui a ANS, alterou significativamente o panorama de desregulação. Isso ocorreu por meio da criação de um conjunto abrangente de normas que abordavam tanto as diretrizes para a entrada e saída de operadoras no mercado de planos de saúde quanto a salvaguarda dos direitos dos beneficiários.

A intervenção da ANS foi direcionada a diversas práticas inadequadas, com o objetivo de assegurar, por meio de um conjunto de normas, a elaboração de contratos que proporcionassem um mínimo de assistência, sem restrições no número de consultas médicas e internações, além de reajustes financeiros regulados e baseados em critérios estabelecidos. Também buscou garantir acesso igualitário para aqueles com doenças preexistentes e assegurar um padrão mínimo de qualidade nos serviços de saúde oferecidos, entre outras melhorias. (Machado et al., 2017).

Dessa forma, nos contratos recentes, as operadoras de saúde devem oferecer cobertura para doenças como câncer, AIDS e distúrbios mentais, e não podem recusar atendimento a membros que já entram no plano portando uma condição preexistente.

As Leis nº 9.656, de 1998, e nº 9.961, de 2000, evidenciam que a atuação da ANS na regulação do setor de saúde suplementar possui objetivos principais: assegurar aos beneficiários de planos de saúde privados um atendimento completo, conforme o tipo de plano escolhido; estabelecer normas para a entrada, permanência e saída das operadoras de planos de saúde; proporcionar transparência e garantir a

articulação do setor de saúde suplementar com o SUS, além do reembolso das despesas geradas por usuários de planos de saúde privados no sistema público; e elaborar um sistema de regulamentação, normatização e supervisão do setor de saúde suplementar (Brasil, 2000).

Estrutura administrativa e processos gerenciais da ANS. A ANS é composta por cinco diretorias que, de maneira resumida, desempenham as seguintes funções, conforme a Resolução Normativa nº 197 de 2009, além de estudos de Pietrobon, Prada e Caetano (2008):

- Departamento de Regulamentação e Registro das Operadoras - encarregado da elaboração de normas, registro e supervisão das operadoras.
- Departamento de Regulamentação e Certificação de Produtos - encarregado de estabelecer normas, registrar e monitorar o funcionamento dos produtos (planos de saúde);
- Coordenação de Supervisão - encarregada das funções de supervisão da ANS e da interação com entidades de proteção ao consumidor;
- Gerência de Desenvolvimento Setorial - encarregada de estabelecer conexões com o SUS e de administrar as informações.

A Diretoria de Administração é encarregada de administrar os recursos auxiliares (financeiros, humanos, patrimoniais e administrativos) que possibilitam a realização das atividades principais da ANS. Todas essas diretorias são formadas por gerências, de maneira que a responsabilidade de cada diretoria é obtida através do trabalho e da colaboração das gerências que fazem parte delas (Machado et al., 2017).

No organograma central da ANS, estão contempladas diversas outras estruturas, incluindo a procuradoria federal vinculada à ANS, a ouvidoria, a corregedoria, a auditoria interna, a câmara de saúde suplementar e os Núcleos de Atendimento. Esses núcleos são unidades descentralizadas localizadas em Salvador, Belém, Recife, Ceará, Distrito Federal, São Paulo, Ribeirão Preto, Cuiabá, Curitiba, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Porto Alegre. Sua função é realizar uma fiscalização tanto proativa quanto reativa nos setores de planos de saúde dentro de suas respectivas regiões de atuação (Machado et al., 2017).

O cumprimento das obrigações legais da ANS fundamenta-se em regulamentos estabelecidos por essa agência reguladora, que visam criar diretrizes para o setor. Entre essas diretrizes, destacamos: resoluções do Conselho Nacional

de Saúde Suplementar (que normatizava as regras do setor antes da criação da ANS), portarias da Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde (relativas também ao período anterior à ANS), Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC), Resoluções Normativas (RN), súmulas normativas (que refletem o entendimento da Diretoria Colegiada da ANS sobre pontos ambíguos da legislação), resoluções operacionais (RO), Instruções Normativas (IN) e Resoluções de Diretoria (RE) das diversas diretorias que integram o organograma da instituição (Machado et al., 2017).

Os regulamentos emitidos pela Agência têm como objetivo estabelecer normas para os dispositivos das Leis nº 9.656, de 1998, e nº 9.961, de 2000, que, devido à sua natureza genérica e vaga, necessitam de uma regulamentação mais detalhada. Dessa forma, a ANS publica RNs e INs (normas principais que têm impacto sobre a regulação), definindo diretrizes que devem ser seguidas pelos envolvidos no setor de saúde suplementar. Todas as Normas Regulamentares são apresentadas à diretoria da ANS, que toma a decisão sobre a validação dessas diretrizes. Após a aprovação, a norma se torna válida e começa a gerar seus efeitos. Com isso, as empresas operadoras devem cumprir e se adaptar a essas orientações; caso contrário, podem enfrentar as punições estipuladas na legislação do setor (Machado et al., 2017).

Em relação às diretrizes emitidas pela ANS, é importante ressaltar que elas nem sempre representam um benefício, pois podem surgir de uma sociedade vulnerável, onde há uma necessidade de mais regulamentos para controlar as atividades econômicas e os conflitos presentes nesse campo. Uma outra problemática é que um número excessivo de normas pode dificultar a compreensão delas por parte do agente regulado. Entretanto, a flexibilidade técnica nos documentos regulatórios da ANS precisa estar em conformidade com os parâmetros estabelecidos pela legislação que a instituiu. Antes da divulgação dos regulamentos, é fundamental que a Agência conduza consultas públicas.

A consulta pública é um processo que possibilita a participação da população na criação dos atos normativos da Agência. Esse procedimento é obrigatório, uma vez que os normativos só terão validade e efetividade se houver a consulta à sociedade civil. Isso ocorre porque os líderes da Agência não são escolhidos por voto popular, mas sim designados por representantes que foram eleitos democraticamente. Todas as ações institucionais da ANS se concretizam através de processos administrativos (Machado et al., 2017).

A Lei Federal nº 9.784, de 1999, assim como certas resoluções da ANS, regulamentam o processo legal apropriado. A função conciliatória da ANS se manifesta como uma mediação dinâmica entre os interesses das operadoras de planos de saúde, seus beneficiários, prestadores de serviços e o Estado, visando, na maioria das vezes, permitir o acesso dos beneficiários ao atendimento adequado em saúde. A maneira mais simples de entender como a ANS atua na mediação de conflitos é através do processo de Notificação de Investigação Preliminar (NIP). Quando um beneficiário faz uma reclamação oficial à Agência sobre a recusa de cobertura, a operadora dispõe de um prazo de cinco dias para responder à ANS sobre a acusação (Machado et al., 2017).

Caso o procedimento seja de cobertura obrigatória e a operadora o inclua, a solicitação é encerrada, fundamentada no atendimento às condições do princípio da reparação voluntária e eficaz. Se a operadora não oferecer cobertura para o procedimento, a solicitação passa a ser tratada como um processo administrativo de fiscalização. A capacidade de supervisão da ANS tem como meta assegurar que as leis do setor sejam seguidas, o que, em última análise, segundo Ventura (2004), está intimamente ligado aos interesses da comunidade.

Quando uma solicitação de fiscalização se converte em um procedimento administrativo de fiscalização, a Agência deve seguir os procedimentos legais estabelecidos para o devido processo administrativo, investigando a denúncia, verificando a ocorrência da infração e registrando a operadora, utilizando a classificação da conduta que foi violada. A ANS está apta a impor penalidades (como advertências ou multas) aos gestores que infringirem as normas estabelecidas. Nessa situação, instaurar-se-á um processo administrativo sancionador que, para ser válido, precisa observar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Embora muitos desafios ainda persistam no contexto dos planos de saúde, a promulgação da Lei nº 9.656, em 1998, com a instituição da ANS, trouxe significativas mudanças benéficas a esse segmento.

A ANS tem se empenhado em monitorar ativamente as ações das operadoras, podendo, se necessário, recorrer a instrumentos legais como termos de ajuste de conduta e regimes especiais de direção, com o objetivo de assegurar o interesse público na assistência à saúde suplementar. Porém, é fundamental ponderar sobre o tempo que a Agência tem atuado, suas atividades ao longo desse período e os resultados obtidos (Machado et al., 2017).

A ANS foi criada em um cenário de mudança na administração pública, com o intuito de se constituir como uma entidade cujas decisões técnicas não fossem influenciadas por questões políticas ou partidárias. Para alcançar esse objetivo, foi concedida autonomia e estabilidade aos diretores. Em adição a ser uma entidade do Poder Executivo, ela desempenha funções características dos poderes Legislativo e Judiciário. A legislação que a instituiu especifica de forma clara as suas atribuições. Possui uma equipe técnica especializada, composta em sua maioria por funcionários públicos efetivos.

Certamente, diversas transformações benéficas aconteceram para aprimorar a harmonia no mercado de planos de saúde. As empresas passaram a seguir determinadas diretrizes para atuar como operadoras, como a formação de reservas financeiras e o registro de seus produtos junto à ANS. A cobertura de todas as enfermidades da CID-10 tornou-se um requisito obrigatório, assim como todos os procedimentos listados em um rol elaborado pela ANS. Também foi implementado um controle sobre os reajustes dos planos de saúde, tanto para os individuais quanto para os coletivos. A exclusão de doenças preexistentes foi vetada e houve a introdução da portabilidade de carências, entre outras ações que favoreceram os beneficiários (consumidores de planos de saúde).

Essas ações possibilitaram que um número maior de indivíduos tivesse acesso aos planos de saúde, além de aumentar a confiança na qualidade do serviço que foi adquirido. Nesse cenário, a supervisão da qualidade no atendimento, uma função essencial delegada à ANS, tem sido perseguida pela entidade, porém, poucos progressos concretos foram realmente alcançados nesse aspecto.

O Programa de Qualificação das Operadoras é uma iniciativa desenvolvida pela ANS para avaliação anual do desempenho das operadoras de planos de saúde. O art. 2º e 3º, da Resolução Normativa nº 386 estabelece a definição e objetivos do Programa de Qualificação das Operadoras:

Art. 2º A política de qualificação das operadoras visa construir um mercado de saúde suplementar cujo principal interesse seja a produção da saúde, com a realização de ações de promoção à saúde e prevenção de doenças, embasada na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e nos seguintes princípios:

- I – Qualidade;
- II – Integralidade; e
- III - Resolutividade.

Art. 3º A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, na implementação da política de qualificação das operadoras propõe-se a:

- I – Incentivar as operadoras a atuarem como gestoras de saúde;

- II – Incentivar os prestadores a atuarem como produtores do cuidado de saúde;
- III – incentivar os beneficiários a serem usuários de serviços de saúde com consciência sanitária; e
- IV - Aprimorar sua capacidade regulatória

Os principais objetivos são o estímulo da qualidade setorial e a redução da assimetria de informação, promovendo maior poder de escolha para o beneficiário e oferecendo subsídios para a melhoria da gestão das operadoras e das ações regulatórias da ANS, fazendo com que os convênios busquem a melhoria contínua, a fim de manter o desempenho satisfatório.

O programa também estimula as operadoras a apliquem anualmente uma Pesquisa de Satisfação, com os beneficiários do convênio, conforme os fundamentos técnicos que possibilitem pontuar no Índice de Desempenho da Saúde Suplementar (IDSS) e comparar as instituições que comercializam os planos. Os resultados da avaliação dos planos de saúde passam pelo processamento do IDSS.

O Programa de Acreditação de Operadoras é uma certificação de boas práticas para gestão organizacional e gestão em saúde, cujo objetivo é a qualificação dos serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde, propiciando uma melhor experiência para o beneficiário. A adesão ao Programa é voluntária e a certificação é conferida por Entidades Acreditadoras, reconhecidas pelo Inmetro, às operadoras que cumprirem os critérios estabelecidos na Resolução Normativa nº 452, de 09 de março de 2020, que revogou a RN nº 277/2011.

As agências de defesa da concorrência do Brasil frequentemente são convocadas a avaliar ações que possam ser consideradas prejudiciais à competição, as quais podem afetar de maneira adversa a venda de produtos e serviços vinculados à saúde. De modo geral, as práticas analisadas pelo Conselho dizem respeito a vários setores, incluindo a oferta de serviços de saúde e hospitalares, fabricação e distribuição de remédios, venda de planos de saúde, entre outros

A exigência do fornecimento de informações periódicas pelo setor regulado à ANS permitiu que começasse a produção de dados e publicações, sistematizando as informações que até então eram veiculadas pelo próprio setor regulado ou firmas de consultoria. Além disso, com a concretização da Agência, foi organizado um novo padrão de intervenção do Estado no setor privado, permitindo um melhor entendimento de sua atuação (Nitão, 2004).

Podemos concluir que ocorreram avanços expressivos com a regulamentação, referentes à abertura e ao funcionamento das empresas, como o disposto sobre

registro, normas de operação e fiscalização; exigências de reservas técnicas; e aumento da cobertura, como a definição do plano referência, proibição da seleção por faixas etárias e dos limites de internação. Um dos fatos de inegável importância foram a maior divulgação e maior acesso aos dados do setor (Carvalho; Cecílio, 2007). No próximo item será trazido os atos de concentração nos mercados de plano de saúde.

Consideradas as especificidades do mercado de saúde suplementar, impõe-se examinar de que maneira os atos de concentração econômica analisados pelo CADE têm repercutido na tutela do consumidor. Esse olhar sob o viés da defesa do consumidor é essencial, pois permite verificar se, ao avaliar fusões, aquisições e outras formas de concentração entre operadoras de planos de saúde, a autoridade antitruste tem efetivamente incorporado as preocupações constitucionais e legais com a proteção da parte mais vulnerável da relação de consumo. A análise dos julgados revela como o CADE busca equilibrar, de um lado, os ganhos de eficiência e a potencial ampliação da oferta de serviços, e, de outro, a prevenção de práticas abusivas, como aumento arbitrário de preços, restrição de acesso a tratamentos ou redução da qualidade assistencial. Esse exame possibilita compreender até que ponto a repressão ao abuso de poder econômico tem se mostrado capaz de concretizar a promessa constitucional de garantir a livre concorrência em harmonia com a defesa dos consumidores.

3.3 Atos de Concentração nos mercados de plano de saúde: análise dos julgados sob o viés da defesa do consumidor

Uma operação de concentração de empresas é geralmente definida como um ato ou cujas partes envolvidas deixam de ser centros decisórios autônomos, passando a atuar no mercado como um único agente em suas atividades econômicas de forma permanente. Na realização de um ato de concentração, primeiramente, existem dois agentes que possuem autonomia para tomada de decisões. Posteriormente, tais centros de decisão se unem em um novo ente, quando pode ocorrer alteração na estrutura proprietária ou de gestão de um dos participantes (Nusdeo, 2002).

Na Lei n. 8.884/94, o dispositivo central para a identificação de uma concentração econômica é o art. 54º, inciso III:

Art. 54 Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE¹.

III - Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) (Brasil, 1994).

Como é possível perceber, o inciso III traz uma espécie de enumeração das situações que devem ser consideradas concentração econômica, referindo-se à (i) fusão; (ii) incorporação de empresas; (iii) constituição de sociedade para exercer o controle de empresas; (iv) qualquer forma de agrupamento societário. Outrossim, na Lei n. 12.529 de novembro de 2011 traz a seguinte definição de ato de concentração:

Art. 90. Para os efeitos do art.88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
 II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;
 III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
 IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes (Brasil, 2011).

Os atos de concentração podem ser classificados em fusão, aquisição, incorporação, associação, joint venture e cisão. Duas ou mais empresas se fundem, quando independentes entre si, resolvem unirem para formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em direitos e obrigações (Brasil, 1976).

Na fusão ocorre a união de duas ou mais empresas, as quais se extinguem para formar uma nova empresa (Glaser, 2010, p. 20). As aquisições se configuram como operações em que uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, através de contratos ou qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas (Forgioni, 2013). A oferta pública para aquisição de controle de companhia aberta somente poderá ser feita com a participação de instituição financeira que garanta o cumprimento das obrigações assumidas pelo ofertante (Brasil, 1976).

A incorporação acontece quando uma empresa independente absorve outra ou outras, com o objetivo de aumentar seu patrimônio (Glaser, 2010). A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Nesta operação desaparecem as sociedades incorporadas, permanecendo, porém, com a sua natureza jurídica inalterada, a sociedade incorporadora (Glaser, 2010).

Uma associação ocorre quando duas ou mais empresas realizam um acordo empresarial, no qual cada uma delas, dotadas de personalidade jurídica própria, compromete-se a cumprir as obrigações previstas em contrato, para a realização de um novo negócio jurídico (Brasil, 1976).

O elemento essencial para a caracterização de uma concentração econômica consiste na existência de uma alteração estrutural e duradoura das empresas envolvidas na operação. No sistema brasileiro, o método dominante para a medição do poder econômico de um agente é aquele que parte da definição do mercado no qual este concorre. Quando analisado pelo Cade, o ato de concentração econômica pode ser aprovado sem restrições, aprovado com restrições ou reprovados, quando resultar em eliminação da concorrência em parte significativa de mercado relevante, que possa criar ou reforçar uma posição dominante, ou que possa resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

Ao observar o número de processos julgados por tipo, temos que a maior parte foram Atos de Concentração, em que foram registrados 3.756 processos (67%), posteriormente 23% (1.292) foram classificados como outros procedimentos, 6% (344) foram requerimento de TCC, e 4% (203) foram processos administrativos. Podemos verificar que, nesse período, existem uma tendência de alta para os processos de Atos de Concentração, cujo maior registro foi em 2022, com 699, e uma tendência de queda para outros procedimentos e requerimentos de TCC que apresentou o menor número de processos julgados em 2020, registrando 123 (Cade, 2023).

Outro dado interessante sobre a atuação do Cade é o valor de arrecadação com multas. No período de 2015 a 2022, foram aplicados mais de 6 bilhões de reais (R\$ 6.126.584.594) em multas, e, deste valor, 65% (R\$ 3.967.454.284) foram pagas. Este segmento irá expor Atos de Concentração significativos, além de discutir a consideração do bem-estar do consumidor nas deliberações tomadas pelo CADE. Entre os 285 atos de concentração relacionados a planos de saúde, hospitais e

serviços de diagnóstico médico avaliados entre 2003 e 2020, apenas três foram rejeitados (Cade, 2023).

Os dois primeiros compartilham semelhanças: ambos apresentaram uma forte presença no setor de hospitais e planos de saúde em regiões geográficas limitadas a cidades de porte médio, como Santa Maria/RS e Franca/SP.

A concentração número 08012.008853/2008-28 dizia respeito a um acordo entre a Unimed Santa Maria, a principal operadora de seguros de saúde na região, e o Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo, que é o maior hospital da cidade. No âmbito do acordo, a Unimed faria a locação do Hospital Regional para o Hospital de Caridade; em troca, o Hospital de Caridade transferiria para a Unimed a lista de beneficiários do seu plano de saúde, conhecido como Carimed.

As candidatas manteriam participações que ultrapassam 90% em seus mercados correspondentes. Diante da verificação da dificuldade de novos entrantes nos dois segmentos de mercado, além da incapacidade de enfrentar grandes líderes que detêm mais de 90% de participação, as partes solicitantes igualmente não lograram demonstrar a presença de eficácias resultantes da atividade. Um último ponto apresentado de *failing firm*¹³ relativo pela empresa em dificuldades em relação ao hospital transferido foi rejeitado pelo Conselho, pois não foi comprovada a situação econômico-financeira crítica da instituição. O Conselho resolveu, portanto, rejeitar o ato de concentração (Cade, 2023).

O segundo ato de concentração que foi negado (08700.003978/2012-90) envolvia a compra do controle do Hospital Regional de Franca pela Unimed Franca. Nos setores de hospitais e planos de saúde, a transação resultaria em um aumento expressivo das concentrações de mercado, apresentando Índices Herfindahl-Hirschman acima de 7.000 pontos e flutuações do índice superiores a 3.000 pontos (Cade, 2023).

O Conselho descartou tanto a probabilidade de ingresso quanto a de concorrência real. Sob essas circunstâncias, existiria uma verdadeira chance de

¹³ É relevante na promoção da concorrência livre, especialmente em relação ao controle das estruturas do mercado. Quando uma operação econômica enfrenta riscos à competição e sua aprovação não é aconselhável, ou se há restrições, os agentes econômicos buscam demonstrar que a grave crise que afeta uma das empresas envolvidas requer uma avaliação do risco de desvalorização dos ativos. Além disso, é feita uma comparação entre os cenários futuros com e sem a realização da operação, visando mostrar que a concentração, ao não ser a causa da deterioração da concorrência, pode ser aceita. Nesse contexto, há uma interação essencial entre os princípios da concorrência livre e a preservação das empresas (Oliveira Jr, 2014).

encerramento de mercados resultante da integração vertical entre hospitais e operadoras de planos de saúde. Essa situação foi acentuada pela presença de capacidade ociosa nos hospitais das solicitantes (os mais significativos da cidade), enquanto o principal concorrente estava utilizando toda a sua capacidade operacional. Neste cenário, as requerentes empregaram o argumento da empresa em dificuldades. No entanto, após uma minuciosa avaliação das demonstrações financeiras dos dois hospitais envolvidos, o Conselheiro-Relator chegou à conclusão de que as condições econômico-financeiras das duas entidades apresentavam semelhanças relevantes, levando à rejeição da justificativa (Cade, 2023).

As eficácias demonstradas não foram vistas como pertencentes apenas à operação; além disso, em virtude da forte concentração e da falta de competição, não haveria motivos para que as solicitantes compartilhassem esses lucros com os consumidores. Por fim, o Conselho rejeitou duas sugestões de TCD e desaprovou o ato de concentração. No ano de 2021, foi verificado que o ACC relacionado ao AC nº 08700.001846/2020-33 (Hpavida/Plamed) não foi cumprido, resultando na terceira operação desaprovada pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

Até 2020, nas avaliações de atos de concentração no setor de saúde suplementar analisadas pelo Cade, as investigações sobre as condições de concorrência foram predominantemente fundamentadas nas características estruturais dos mercados, levando em consideração aspectos como concorrentes, capacidade não utilizada, quotas de mercado e regulamentações vigentes. Vários parâmetros de avaliação estão ligados a mercados específicos, como a marca, a diferenciação por qualidade e as relações verticais na cadeia produtiva. Contudo, há também aspectos que são comuns em estudos de diversos mercados, sendo interpretados da mesma forma. Entre esses aspectos, destacamos a presença de concorrentes, a disponibilidade de capacidade ociosa e a análise das quotas de mercado (Cade, 2023).

Os critérios serão examinados a seguir e, em seguida, será feita uma análise detalhada dos critérios utilizados para mercados específicos. A presença de concorrentes, diversos processos de menor complexidade nos mercados analisados por este Caderno foram autorizados apenas com a verificação de que ainda haveria no mercado competidores aptos a confrontar as empresas solicitantes. Em situações mais elaboradas, essa verificação é acompanhada de outros sinais de competição. O Conselheiro Luis Fernando Schuartz esclareceu de forma clara o que representa a

concorrência de adversários em um mercado significativo, interpretando-a como um indicador de competição.

[...] a intensidade da rivalidade existente entre um conjunto de agentes participantes em um mercado é algo diferente da simples presença de rivais no mesmo mercado... a exigência de uma intensidade elevada de rivalidade enquanto condição suficiente pra a aprovação irrestrita de um ato consistente, e. g., na aquisição da empresa B pela empresa A, equivale a presença, após a realização da aquisição de B por A, de rivais de A que gerem, sobre esta, pressões competitivas suficientes para impedir que A exerça lucrativamente poder de mercado depois de ter eliminado B como sua concorrente e incorporado a si os seus ativos. ... a intensidade da rivalidade entre um agente e os seus rivais é uma função dos tipos de ativos que respondem, em maior ou menor medida, pelas vantagens competitivas no mercado em que atuam, bem como, da forma como se encontram distribuídos esses ativos entre as empresas participantes do mercado. Pode ser um erro, portanto, simplesmente considerar que uma empresa A apenas exercerá pressões competitivas suficientemente intensivas sobre uma empresa B quando o poder econômico ou financeiro (o “porte”) de A for equiparável ao de B (as preocupações manifestadas nas jurisdições estrangeiras com a eliminação de uma empresa tipo “maverick” pode servir de alerta quanto aos potenciais custos desse erro). Não obstante, a regra é que a intensidade das pressões competitivas que um agente poderá exercer sobre um outro agente seja uma função crescente da quantidade de recursos de que dispõe o primeiro comparativamente ao segundo – incluídos aqui também os “intangíveis”, que em certos casos podem mostrar-se não reproduzíveis para concorrentes¹⁴.

Em relação à Capacidade ociosa, o Cade (2022) analisou a capacidade de produção das empresas no mercado pertinente e seu grau de inatividade possibilita deduzir as condições de competição que restam após uma operação de concentração. Caso as empresas concorrentes envolvidas na operação apresentem um nível adequado de capacidade ociosa que viabilize a absorção de flutuações na demanda devido a um aumento nos preços das solicitantes, isso é visto como um sinal de concorrência no mercado, conforme conclusão encontrada, por exemplo, nos ACs nº 08012.011001/2008-18, 08012.007190/2008-24 e 08700.007555/2016-72, 08700.005455/2017-92, 08700.001510/2020-71 e 08700.000843/2021-63.

Por outro lado, se as solicitantes tiverem capacidade ociosa e as concorrentes não, isso fortalece a posição de mercado das solicitantes. Nos hospitais, a taxa de ociosidade é analisada de maneira inversa, através do cálculo da taxa de ocupação em um período específico. Em outros setores analisados neste Caderno, o Cade frequentemente consulta as empresas sobre sua capacidade de produção, seu nível de ocupação e planos de investimentos futuros.

¹⁴ Voto referente ao AC nº 08012.006008/2005-75, p. 8 e 9.

A avaliação da capacidade não utilizada nos mercados de prestação de serviços de saúde precisa considerar certas particularidades desse setor. Equipamentos ou leitos que são exclusivamente utilizados para atender pacientes do SUS não devem ser incluídos na avaliação de atos de concentração em que o mercado relevante é o atendimento particular. Da mesma forma, serviços de diagnóstico médico localizados em hospitais e voltados apenas para pacientes internados não devem ser vistos como uma alternativa para absorver a demanda de pacientes ambulatoriais.

Um outro ponto abordado nesse assunto é a viabilidade de aportar recursos para incrementar a capacidade de produção, com relação aos processos ao AC nº 08700.004150/2012-59 e no parecer nº 7/2017, da Superintendência-Geral, relativo ao AC nº 08700.007556/2016-17. Nesse sentido, realizamos uma pesquisa junto aos participantes do mercado para identificar se há projetos de ampliação planejados para um período de até dois anos. Esses investimentos precisam ser avaliados com certo cuidado.

[...] • o investimento previsto deve ser comparado com a capacidade produtiva de todo o mercado - uma empresa pequena que aumente sua capacidade em 50% pode não ter um efeito significativo na capacidade produtiva de todo o mercado, logo não afetaria significativamente a possibilidade de absorção de desvios de demanda; • investimentos em expansão com o intuito de adequar a estrutura de um hospital a um aumento de demanda já enfrentado por essa empresa, independentemente da concretização da fusão entre seus concorrentes, não devem ser considerados como alternativa à absorção de demanda em virtude de aumento de preços decorrentes dessa fusão; • investimentos específicos para uma especialidade não devem ser considerados se o mercado relevante analisado é diferente. Por exemplo, investimentos em uma unidade de cardiologia não deve ser computado como aumento de capacidade, se o mercado analisado é o de hospital geral; • as empresas investidoras devem ser credenciadas nos mesmos planos de saúde (ou na maioria) das requerentes, tendo em vista que as operadoras de planos de saúde respondem por grande parte da demanda de hospitais, clínicas e laboratórios de análises; • caso haja segmentação do mercado (por qualidade, preço, etc.) é preciso ver se as empresas que informam investimentos competem no mesmo segmento das requerentes; • investimentos em expansão de capacidade realizados pelas requerentes representam reforço de poder de mercado das mesmas (Cade, 2022, p. 68-69).

Esse parâmetro foi novamente levado em conta no recente caso relacionado ao AC nº 08700.001510/2020-71 (Requerentes: Hospital Esperança S/A e Sociedade Anônima Hospital Aliança), quando foram realizados questionamentos com representantes do mercado sobre as expectativas de investimento para os dois anos subsequentes.

Em relação ao estudo de participações de mercado¹⁵, de acordo com o Cade (2022), uma vez que as quotas de mercado são um ponto de partida para a avaliação da capacidade de exercer poder de mercado, elas naturalmente funcionam como um sinal do nível de concorrência em um setor, especialmente quando examinadas ao longo de um período. Esse critério, frequentemente utilizado pelo Cade, foi incorporado na avaliação de operações de concentração nos setores de hospitais e planos de saúde, interpretando-o de forma tradicional: a constância nas fatias de mercado sugere baixa concorrência, enquanto a variação nas fatias de mercado aponta para um cenário de competição real.

É possível chegar a conclusões sobre a concorrência no setor ao examinar de maneira limitada as fatias de mercado das solicitantes. Se essas empresas mostrarem uma tendência de diminuição de participação no mercado ao longo do tempo, isso pode sugerir que existem concorrentes robustos o bastante para rivalizar com elas após a fusão. Por outro lado, se as solicitantes apresentam um histórico de aumento de participação de mercado superior ao das suas concorrentes, podemos inferir que uma união entre elas levará a uma diminuição da concorrência no setor. E por fim, em algumas situações extremas, o Cade chegou à conclusão de que não era viável afirmar que havia concorrência no mercado após a fusão, uma vez que as participações de mercado combinadas das solicitantes ultrapassavam 90%.

Em abril de 2014, três operações de concentração no setor de gestão de benefícios foram analisadas em conjunto, resultando na aquisição do controle de três empresas do segmento pela Qualicorp¹⁶. As solicitantes afirmaram que houve a criação de eficiências devido a economias de escala, um fortalecimento do poder de negociação com as OPS e uma diminuição nos custos administrativos; no entanto, relataram que apenas foi viável medir quantitativamente a diminuição dos custos administrativos.

A Conselheira-Relatora, alinhando-se ao posicionamento da Superintendência Geral, chegou à conclusão de que, ao menos em parte, as diminuições nas despesas

¹⁵ Sobre esse tópico ver os seguintes atos de concentração: 08012.008853/2008-28, 08012.006653/2010-55, 08012.008989/2009-19, 08700.004150/2012-59, 08700.008540/2013-89, 08700.012652/2015-04, 08700.006574/2016-81, 08700.000824/2020-56, 08700.001510/2020-71, 08700.002346/2019-85, 08700.006071/2019-59, 08700.005704/2018-21

¹⁶ Os atos de concentração nº 08012.000309/2012-14, 08012.003324/2012-14 e 08700.004065/2012-91 (foram julgados e aprovados com restrições em 09/04/2014. Embora o voto da Conselheira-Relatora Ana de Oliveira Frazão traga análise de eficiências dos três atos de concentração, o relato neste Caderno enfoca a análise referente ao AC nº 08700.004065/2012-91, no qual esse ponto foi discutido com mais detalhes.

administrativas impactariam apenas os custos fixos. Assim, de acordo com o entendimento estabelecido pelo Cade, é improvável que esse benefício fosse repassado aos consumidores por meio da queda nos preços. Dessa forma, a Conselheira concluiu que as reduções de custos apresentadas eram mínimas e não suficientes para compensar os efeitos adversos das operações.

Ao realizar uma avaliação qualitativa das eficiências, a Conselheira observou que a função das administradoras de benefícios é válida, pois confere valor (produz eficiência) aos consumidores na seleção e aquisição de planos de saúde, o que resulta de economias de escala, diminuição de riscos associados aos planos de saúde e capacidade de negociação com as Organizações de Promoção à Saúde (OPS). No entanto, a Conselheira destacou que as partes solicitantes não conseguiram demonstrar eficiências adicionais originadas de suas operações, além daquelas que são intrínsecas à sua função.

Retomando o parecer da SG, foi adicionado que a aquisição de sua principal concorrente e outras duas empresas do setor pela Qualicorp ajudava a intensificar a desigualdade entre ela e as demais companhias do mercado. Portanto, mesmo que se reconhecessem novos aumentos de eficiência, a falta de concorrência permitiria que a Qualicorp aproveitasse esses ganhos sem a necessidade de baixar os preços, e, conseqüentemente, não beneficiaria os consumidores. Neste contexto, não se poderia argumentar que há uma pressão competitiva das Operadoras de Planos de Saúde, uma vez que, se os consumidores fossem forçados a optar pela contratação direta de planos de saúde, as eficiências que justificam o trabalho das administradoras de benefícios deixariam de existir.

A decisão final deste caso apontou para a inadequação dos benefícios de eficiência, tanto pela dificuldade de comprová-los de maneira completa, quanto pela baixa probabilidade de divisão desses benefícios com os consumidores, em virtude da falta de concorrência no mercado, evidenciando uma preocupação com o consumidor.

Um exemplo adicional em que se examinam eficiências é o AC 08700.005705/2018-75 (referente à Notre Dame Intermédica e Mediplan¹⁷). A

¹⁷ AC nº 08700.005705/2018-75 (Requerentes: Notre Dame Intermédica Saúde S.A., Mediplan Assistencial Ltda; Hospital Samaritano Ltda.; e Hospital e Maternidade Samaritano Ltda.); Conselheira Relatora: Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Decisão: operação aprovada com restrições (remédios comportamentais) em 23/05/2019.

transação revelou potenciais prejuízos à concorrência devido a sobreposições horizontais nos segmentos de planos de saúde médicos, tanto individuais quanto coletivos, além de abranger hospitais gerais. Ademais, foi identificado um vínculo vertical entre os planos de saúde e os hospitais que foram adquiridos. Foi analisada a viabilidade e a probabilidade de exercício de poder de mercado, considerando que as solicitantes eram as competidoras mais diretas nesses segmentos, com ênfase em atender ao público que busca planos de saúde mais acessíveis.

Em relação à avaliação das eficiências, o parecer da Conselheira Relatora levou em conta que, embora as requerentes tenham apresentado as metodologias empregadas para a mensuração, além da origem das eficiências mencionadas, era fundamental explicar de que maneira essas eficiências seriam efetivamente transferidas aos consumidores finais. Isso se deve ao fato de que, embora seja viável observar uma diminuição nos custos, as empresas solicitantes podem optar por elevar suas margens de lucro em vez de repassar essas economias aos consumidores. Essa percepção se torna clara diante da provável falta de concorrência que seria necessária para desafiar o controle de mercado da empresa estabelecida ou para permitir a entrada de um novo competidor em tempo hábil.

Adicionalmente, em uma análise contrafactual, as solicitantes demonstraram, ao apresentarem informações sobre seu balanço financeiro, que, conforme a Conselheira relatora, uma parcela dos ganhos de eficiência resultantes das aquisições é, de fato, refletida na regulamentação dos preços dos planos de saúde disponibilizados. Como resultado, as solicitantes têm conseguido apresentar propostas com um dos menores valores médios do setor, implementando ajustes inferiores à inflação do setor de saúde, o que promove incentivos para melhores práticas e agrega valor ao mercado.

Entre 2006 e 2021, um total de quarenta e oito operações de concentração foi aprovado com condicionantes. Dentre essas, 68,7% exigiam apenas a adaptação das cláusulas de não concorrência às diretrizes estabelecidas pela jurisprudência do Cade, o que incluía limitações¹⁸ tanto em relação aos mercados relevantes, considerando aspectos de produto e geografia, quanto a um período máximo de cinco

¹⁸ O AC nº 08700.001846/2020-33 (Requerentes: Hapvida Assistência Médica Ltda. e Plamed Plano de Assistência Médica Ltda.) foi, inicialmente, aprovado com restrições. Contudo, com o não cumprimento do ACC por parte das requerentes, a decisão foi modificada para reprovação do ato de concentração. Na estatística do Gráfico 16, esse AC consta como reprovado.

anos para sua vigência. Os outros 31,3% referem-se a limitações estruturais e/ou comportamentais que são determinadas de forma unilateral pelo Cade ou estabelecidas através de Termos de Compromisso de Desempenho (TCD) ou Acordos de Controle de Concentrações (ACC).

No que tange à cláusula de não concorrência, certas restrições que abordam assuntos específicos destacam-se. A primeira delas diz respeito à cláusula de não concorrência imposta a um colaborador da empresa envolvida em um ato de concentração no setor hospitalar. O Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro validou esse dispositivo do ponto de vista concorrencial, argumentando que este aumenta a confiança na relação entre a empresa e o funcionário que lida com informações confidenciais. Entretanto, salientou que a duração pode diferir conforme o setor econômico específico; em áreas mais ágeis, dados estratégicos costumam se tornar obsoletos com maior rapidez em comparação com setores que enfrentam longos ciclos de desenvolvimento e capital. No contexto de hospitais, avaliou o setor como dinâmico e sugeriu que uma cláusula de não concorrência, cuja contagem do prazo esteja condicionada ao desligamento do funcionário, deveria ser restrita a um período de dois anos.

Nos últimos quatro anos, importantes grupos do setor de saúde suplementar têm ampliado suas atividades, explorando mercados complementares, o que resulta na diversificação de seus portfólios. Além disso, também estão se aventurando em áreas verticalmente relacionadas, como a indústria de radiofármacos, corretagem de seguros e o desenvolvimento de soluções de software focados na gestão da saúde. Outro evento significativo em relação à concentração horizontal foi a operação autorizada no final de 2021, na qual a Hapvida passou a controlar a Notre Dame Intermédica, formando a maior operadora de planos de saúde do Brasil. Devido a essa transação, o Cade examinou e decidiu sobre 285 atos de concentração até o dia 31 de dezembro de 2021.

Para o Cade (2022), diversos conceitos foram solidificados desde o início das análises, como as definições de mercado relevante em relação aos produtos, fundamentadas em um documento divulgado pela SEAE em 2008, cujas definições ainda se mantêm em grande parte inalteradas ao longo dos anos. Outros tópicos receberam mais atenção e análise, como os impactos das participações acionárias cruzadas, mesmo que em menor escala, entre empresas de diferentes grupos econômicos, além dos efeitos das integrações verticais entre as empresas desses

setores. Participações acionárias cruzadas têm o potencial de influenciar a disposição das empresas a competir de maneira eficaz.

Apesar de serem em menor número, essas participações podem oferecer ao investidor a oportunidade de obter informações estratégicas confidenciais sobre os concorrentes, possibilitando um alinhamento nas ações das empresas dos os grupos econômicos envolvidos. As integrações verticais podem trazer benefícios, como a diminuição dos custos de transação e a superação das assimetrias informativas. Contudo, dependendo do poder de mercado das empresas participantes, essa dinâmica pode criar barreiras de acesso ao mercado em questão para outros competidores.

A maior parte dos atos de concentração econômica foi do tipo sumário (68%); quanto à aprovação, 95% foram aprovados pelo Cade sem nenhum tipo de restrição. Ao verificar a classificação das operações, 90,8% corresponderam a aquisições, e, das 200 empresas que participaram ativamente nas operações, a Rede D'Or São Luiz S.A e a Notre Dame Intermédica Saúde S.A se destacaram com o maior quantitativo de atos de concentração econômica. Percebe-se uma política institucional de aprovação da maior parte dos atos de concentração econômica (95%) sem nenhum tipo de restrição, favorecendo a consolidação de grupos econômicos como a Rede DOr que participou de mais de 29% das operações, Intermédica (13, 8%), Amil (8,0%) e cooperativas Unimed (6,9%).

As empresas que acumulam experiência nessas operações tendem a obter vantagens competitivas no mercado e maior proximidade com os agentes públicos tomadores de decisão. De fato, considerando que o consumidor é o principal favorecido por um aumento na quantidade de fornecedores no mercado e por um ambiente propício à concorrência, é essencial que seus interesses sejam levados em conta nas deliberações do Cade, especialmente em relação aos atos de concentração da saúde suplementar, conforme estipula a legislação.

Em última análise, concluímos que, embora o SBDC, que inclui o Cade, tenha sido totalmente reformulado recentemente e mantenha o foco, seu desempenho ainda é inadequado para salvaguardar todos os consumidores que possam ser afetados pelas pressões do mercado. É essencial que os demais envolvidos na proteção desses interesses coletivos e difusos adotem atitudes complementares, a fim de conciliar a geração de riqueza por meio das atividades empresariais, impulsionando a economia, e assegurar a proteção dos consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como objetivo geral analisar no Cade os atos de concentração de casos envolvendo os planos de saúde e sua relação com o bem-estar do consumidor. O estudo também analisou os princípios do CDC e a perspectiva dos direitos econômicos, utilizando dados do Cade. O trabalho evidenciou que o Cade exerce papel crucial na prevenção de práticas anticompetitivas no setor de saúde suplementar, especialmente no monitoramento dos atos de concentração econômica. Entre 2001 e 2021, o Cade analisou 285 operações nos mercados de planos de saúde, hospitais e serviços de diagnóstico médico, demonstrando crescimento expressivo dessas práticas nos últimos anos.

Em relação com o consumidor, a pesquisa mostrou que muitos atos de concentração, mesmo não sendo caracterizados como práticas de concorrência desleal, podem gerar efeitos negativos ao consumidor, como aumento de preços, redução de qualidade dos serviços e diminuição da oferta. O estudo aponta que a política de defesa da concorrência deve considerar o bem-estar do consumidor como um objetivo essencial.

A integração vertical e impactos do Cade houve aumento expressivo de processos de verticalização no setor (união de operadoras de planos com hospitais, laboratórios e serviços médicos), o que fortalece o poder de mercado de grandes conglomerados e pode dificultar o acesso do consumidor a alternativas de serviço, prejudicando a livre concorrência.

O trabalho destacou o embasamento constitucional do direito à saúde, à livre concorrência e à proteção do consumidor (CF/88, arts. 5º, XXXII; 170, IV e V; 173, §4º), apontando que essas garantias devem coexistir e ser ponderadas nas decisões regulatórias e judiciais.

Assim, a pesquisa respondeu ao questionamento inicial de como o CADE procede na preservação da concorrência e eficiência do mercado em relação aos atos de concentração dos planos de saúde em relação ao bem-estar do consumidor? A avaliação das características econômicas do mercado de saúde suplementar representa significativo avanço do posicionamento do Cade sobre o setor. Contudo, essas mudanças ainda é pouco representativa e está longe do ideal, dado que o bem-estar do paciente é pouco mencionado nas decisões proferidas pela autoridade

antitruste.

Portanto, entre 2006 e 2021, um total de trinta e oito operações de concentração foram aprovadas com condições, sendo que 68,7% exigiram apenas a adaptação de cláusulas não concorrentes às diretrizes estabelecidas pela jurisprudência do Cade, enquanto 31,3% se referem a limitações estruturais e/ou comportamentais determinadas unilateralmente pelo Cade ou estabelecidas por meio de TCD ou ACC. A avaliação das características econômicas do mercado de saúde suplementar representa significativo avanço do posicionamento do Cade sobre o setor. Contudo, essas mudanças ainda é pouco representativa e está longe do ideal, dado que o bem-estar do paciente é pouco mencionado nas decisões proferidas pela autoridade antitruste.

O estudo limitou-se ao Direito Constitucional Econômico, com ênfase na atuação do CADE e na análise normativa e doutrinária referente à defesa da concorrência e ao bem-estar do consumidor. O objeto de análise esteve focado exclusivamente nos atos de concentração econômica nos planos de saúde e não abarcou em profundidade outras práticas anticoncorrenciais como cartéis ou dumping. Não houve levantamento empírico com consumidores ou profissionais de saúde, restringindo a análise às fontes secundárias e normativas.

Recomendamos a realização de pesquisas quantitativas e qualitativas junto a usuários de planos de saúde para verificar os impactos percebidos da concentração econômica sobre o acesso, qualidade e preço dos serviços. Analisar, com base em indicadores econômicos e sociais, se as decisões do CADE em casos de concentração de mercado realmente contribuíram para a proteção do consumidor e a manutenção da concorrência. Investigar como outros países têm regulado as fusões e aquisições no setor de saúde suplementar, especialmente aqueles com sistemas híbridos de saúde como o Brasil, podendo contribuir para o aprimoramento do modelo nacional. Estudar como ocorre a articulação institucional entre a ANS e o Cade na análise dos atos de concentração, considerando possíveis sobreposições ou lacunas regulatórias. Analisar os efeitos da verticalização (integração entre operadoras e prestadores de serviço) na estrutura de mercado e nos direitos dos consumidores, especialmente quanto à livre escolha de médicos, hospitais e laboratórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, J. B. **A Proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ANDRADE, V M. **Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

ANDRADE, D. T; OLIVEIRA, P. H. Direito, economia e linguagem: hermenêutica, direito administrativo sancionador e o “impasse” em torno da aplicação do conceito de “vantagem auferida”. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 149-173, 2024. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/1890/985> Acesso em: abr. 2025.

ARIDA, P. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, D; SZTAJN, R. **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ALBUQUERQUE JUNIOR, R. P. **Juridicidade contra legem no processo administrativo**: limites e possibilidades à luz da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALBUQUERQUE, C. et al. A situação atual do mercado da saúde suplementar no Brasil e apontamentos para o futuro. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.13, n.5, p. 1421-1430, 2008

BAHIA, L. **Medidas e padrões das relações público-privadas**: seguros e planos de saúde no Brasil. 1999. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Escola de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1999.

BAHIA, L. O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil: tendências pós-regulamentação. In: NEGRI, B.; GIOVANNI, G. **Brasil**: radiografia da saúde. Campinas: UNICAMP, 2001. p. 325-361.

BAHIA, L. et al. **Planos de saúde no Brasil**: origens e trajetórias. 1. ed. Rio de Janeiro: Leps/Ministério da Saúde, 2005.

BENJAMIN, A. H. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 628, fevereiro de 1988, p. 71.

BIZINOTO, F. **Sobre a Interpretação Jurídica**. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/sobre-a-interpretacao-juridica/598880447> Acesso em: jul. 2025.

BOURGOGNIE, T. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2, São Paulo, **Revistas dos Tribunais**, p. 7-51, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Regulação em Saúde**. Brasília: CONASS, 2008.

BRASIL. **CADE**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/orgaos/conselho-administrativo-de-defesa-economica> Acesso em: jan. 2025.

BRASIL. **CADE. Plano de Integridade do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade**. 2022. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais-administrativos-e-procedimentais/plano-integridade-cade.pdf> Acesso em: jan. 2025.

BRASIL. Lei n 9.656, de 3 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 jun. 1998. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. **Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jan. 2000. Seção 1, p. 5.

BRASIL Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. **Evolução e desafios da regulação do setor de saúde suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2003a.

BRASIL Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. **Resolução Normativa nº 63, de 22 de dezembro de 2003b**. 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. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/legislação>. Acesso em abr. 2025.

BRASIL. Política Nacional de Relações de Consumo (PNRC). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm Acesso em: jul. 2025.

CARDOSO, F. G. **Análise de eficiências compensatórias**: lições dos casos AmBev e Nestlé - Garoto. Informações FIPE n. 324, p. 26-30, Setembro de 2007.

CADE. **Cadernos do Cade - Mercado de Saúde Suplementar**: Condutas. 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-saude-suplementar-condutas-2013-2015.pdf>

CADE. **Plano Estratégico Cade 2024 por um brasil mais competitivo**. 2024. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/institucional/planejamento-estrategico/CADE_Planej_Estrategico_2021-2024_09ago21.pdf

CARVALHO, E. B.; CECÍLIO, L. C. de O. A regulamentação do setor de saúde suplementar no Brasil: a reconstrução de uma história de disputas. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 9, p. 2167 - 2177, 2007.

COELHO, F. U. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São

Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, N. R. O regime regulatório e o mercado de planos de saúde no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p.1453-1462, 2008.

CORNEJO, R. H. R. O método dialético. **Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana**, (outubro 2019). Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/oel/2019/10/metodo-dialetico.html> Acesso em: jul. 2025.

DALKIR, S; WARREN-BOULTON, F. Prices, market definition and the effectsof merger: Staples-Office Deport (1997). In: KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. **The antitrust revolution: economics, competition and policy**. New York, Oxford: Oxford University, 1999, pp. 143-164.

DA MATA, M. Controle de preços na economia brasileira: aspectos institucionais e resultados". In: **Pesquisa e planejamento Econômico**, v. 10, n. 3, p. 948, dezembro de 1980.

FILOMENO, J. G. B. Dos direitos dos consumidores. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995,

FONSECA, J. B. L. **Direito Econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KIRKWOOD, J. B.; LANDE, R. H. The Chicago School's foundation is flawed: antitrust protects consumers, not efficiency. In: PITOFISKY, Robert. (ed.). **How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. Antitrust**. Oxford: Oxford University, 2008

LEANDRO, T. **Defesa da concorrência e saúde suplementar: a integração vertical entre planos de saúde e hospitais e seus efeitos no mercado**. Dissertação (Mestrado em Economia). Universidade de Brasília, Brasília, 2010

LOPES, J. R. L. **Responsabilidade civil do fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 78-79.

MACHADO, C. V; LIMA, L. D; BAPTISTA, T. W. F. Políticas de Saúde no Brasil em tempos contraditórios: caminhos e tropeços na construção de um sistema universal. *Cad Saude Publica* 2017; 33(Supl. 2):e00129616.

MARTINS, F. **Curso de direito comercial**. 40. ed. rev., atual. e ampl. Atual.: Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: RT, 2002, p. 278-280

MASHAW, J. **Greed, chaos and governance: using public choice to improve public law**. London: Yale University Press, 1997

MENEZELLO, M. D. C. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo:

Atlas, 2002

MORAES, A. Agências reguladoras. In: MORAES, A. de (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 13-38.

NUNES, E.; RIBEIRO, L. M.; PEIXOTO, V. Agências reguladoras no Brasil. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. **Sistema político brasileiro**: uma introdução. São Paulo: Editora Unesp, 2007. p. 183-206.

NUNES, R. Comentários ao artigo 5º, XXXII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

PEREIRA, A. P. B. Em torno do assim chamado consumidor intermediário. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 20, v. 79, jul./set. 2011. p. 223-238.

OLIVEIRA, J. R. P. A regulação e o direito da energia elétrica. In: SUNDFELD, C. A. (Coord.). **Direito administrativo e econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 329-351.

RAMOS, A. L. S. C. **Direito empresarial**. 7. ed. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

SALOMÃO FILHO, C. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SANTOS, F. P.; MALTA, D. C.; MERHY, E. E. A regulação na saúde suplementar: uma análise dos principais resultados alcançados. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.13, n.5, p. 1463-1475, 2008.

SATO, F. R. L. A teoria da agência no setor da saúde: o caso do relacionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar com as operadoras de planos de assistência supletiva no Brasil. **RAP**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 1, p. 49-62, 2007.

TOMAZETTE, M. **Curso de direito empresarial**: Teoria geral e direito societário, v. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

VENTURA, C. A. A. **As Agências Reguladoras e seu papel na reestruturação do setor de telecomunicações**: um estudo comparado da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) - Brasil e da Federal Communications Commission (FCC) - EUA. Tese (Doutorado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.