

OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO CADE NO SETOR DE SAÚDE

Kenys Menezes Machado

Resumo: A saúde é um dos setores que vem demandando mais atenção do CADE, tanto em termos de atos de concentração como de condutas anticompetitivas. A multiplicidade dos agentes envolvidos e a complexidade das relações levanta a questão dos limites da atuação do órgão no setor. Apesar de se observar aprimoramentos na atuação na área da saúde, existem condições estruturais do próprio setor que limitam de forma relevante o desempenho do CADE. Contudo, isso não exclui a importância e a necessidade de se avançar nessa atuação, inclusive por meio de outras formas, como na promoção da concorrência.

Palavras-chave: Saúde. CADE. Fusões. Condutas anticompetitivas. Atuação institucional.

Key words: Health. CADE. Mergers. Anticompetitive practices. Institutional performance.

1. INTRODUÇÃO

A saúde é um dos setores que, historicamente, vem demandando mais atenção do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Isso ocorre tanto em relação à análise de atos de concentração quanto à investigação de condutas anticompetitivas. Essa demanda envolve os diversos agentes: médicos, associações, cooperativas, prestadores de serviços médico-hospitalares (como clínicas e hospitais), planos de saúde e governo. Não há sinais de que esse movimento deve recuar, seja por fatores conjunturais como estruturais do setor¹.

Essa grande demanda é apenas um sinal dos inúmeros desafios que existem na saúde e que não podem ser analisados de forma isolada. A complexidade do setor é notória devido a diversos aspectos, entre eles a elevada assimetria de informação, externalidades positivas e negativas, barreiras à entrada significativas, entre outros. Essas questões são tão importantes quanto o porte dos agentes no momento das negociações envolvendo o preço dos serviços a serem ofertados/adquiridos no

¹ Esses fatores serão discutidos mais adiante.

mercado, o que gera uma grande disputa até que seja alcançado algum equilíbrio, mesmo que ténue e provisório, entre as partes.

O problema é que esse equilíbrio é extremamente instável e frequentemente é rompido por um dos lados com práticas contestáveis sob o ponto de vista concorrencial. Normalmente é nessa hora que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE é perquirido a agir por meio de sua atuação repressiva, muito embora em vários casos a demanda seja em questões eminentemente privadas. Além disso, a atuação do órgão por meio do controle de estruturas (análise de atos de concentração) pode influenciar na definição da correlação de forças que os agentes terão do mercado.

Dessa forma, dada a elevada demanda existente em um setor extremamente importante para a sociedade, a questão que se coloca é quais os limites da atuação do CADE nos problemas competitivos do setor de saúde no contexto da Lei 12.529/11. O foco será menos no aspecto legal e mais nos aspectos estruturais e conjunturais do setor. Para discutir essa questão o artigo é dividido em quatro seções: a primeira tratará de um breve histórico da atuação do CADE no setor de saúde; em seguida são levantados dois dilemas relevantes na saúde e, na terceira parte, discutem-se as limitações do órgão no setor. Por fim, são tecidas algumas considerações finais sobre como o CADE pode aprimorar sua atuação no setor.

2. OS CAMINHOS DA SAÚDE NO SBDC

As negociações envolvendo os diversos agentes participantes do setor de saúde vem, a bastante tempo, sendo objeto de investigação do SBDC. O resultado disso foi um grande número de decisões do CADE em relação a várias das condutas praticadas ao longo dos anos. Entre as denúncias mais recorrentes estão o uso de tabelas médicas pelos diversos agentes do setor (médicos, hospitais, clínicas, etc), a adoção de condutas anticompetitivas pelas cooperativas médicas (como a realização de boicotes, ameaça a médicos cooperados, bloqueio à entrada de concorrentes) e a prática de unimilitância, que é entendida como a exigência, por parte de um agente econômico, da exclusividade na atuação de médicos, proibindo a oferta do serviço para um concorrente (CADE, 2015).

De junho de 1996 a maio de 2015 foram julgados pelo CADE 81 processos administrativos referentes à denúncia de tabelas médicas.

Dessas, houve 73 condenações e 8 arquivamentos. Em relação às denúncias contra cooperativas, no mesmo período houve 8 condenações, 8 acordos e 4 arquivamentos. Já em relação à unimilitância, foram 102 condenações, 14 arquivamentos e 39 Termos de Cessação de Conduta, totalizando 155 processos julgados no mesmo período (CADE, 2015). Esses números não incluem processos que foram arquivados em outras etapas procedimentais do CADE, como Inquérito Administrativo² e Procedimento Preparatório.

O caminho para se chegar a tais números não foi linear. Ao longo dos anos houve grandes divergências no entendimento das condutas. As Notas Técnicas emitidas pela Superintendência do CADE revelam isso³: as mudanças ocorreram desde a própria definição do mercado relevante e o cálculo da participação de mercado ao que era entendido como sendo uma conduta anticompetitiva praticada pelos agentes. Os resultados em termos de *enforcement* foram (e ainda são) dúbios: alguns casos tiveram reversão na justiça, continuaram (e continuam) chegando um grande número de denúncias envolvendo cooperativas médicas e o setor permanece sendo uma das principais fontes de denúncias após a promulgação da Lei 12.529/11⁴.

² Ou como Averiguação Preliminar, procedimento correspondente na Lei 8.884/94.

³ Processo Administrativo 08012.013467/2007-77. Representante: Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Amazonas. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado do Amazonas – COOPANEST-AM e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS. Processo Administrativo 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representados: Hospital Santa Lúcia S/A, Hospital Santa Luzia S/A, Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais – SBH, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, Associação Médica de Assistência Integrada – Amai, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas, Centro Médico Hospitalar Renascer. Processo Administrativo 08012.007833/2006-78. Representante: Procuradoria da República em Rondônia – Ministério Público Federal. Representados: Conselho Regional de Medicina de Rondônia (CREMERO) e Associação Médica de Rondônia (AMR).

⁴ Pesquisa no Diário Oficial da União, seção 1, e no boletim de serviço eletrônico do CADE (www.cade.gov.br).

Mesmo onde houve redução de denúncias, não é possível afirmar se foi por um aumento do *enforcement* decorrente das decisões do CADE ou pelo receio dos agentes de serem incluídos no polo passivo dos processos abertos por meio de suas denúncias. Isso ocorreu em alguns casos envolvendo planos de saúde e associações⁵.

O histórico do controle preventivo pelo CADE no setor de saúde não é menos complexo. Entre 1997 e 2012 foram notificados 86 atos de concentrações envolvendo o setor (ANS, 2015). Dessas, cerca de 30 envolviam planos de saúde e/ou hospitais. As principais restrições se concentraram em operações relacionadas principalmente como sendo o hospital o principal ativo⁶. Das poucas operações totalmente reprovadas pelo CADE, duas envolveram a aquisição de hospitais verticalizados com planos de saúde adquiridos por concorrentes, no mesmo município, e com o mesmo perfil. As concentrações em ambos os casos chegavam a mais de 90%⁷.

A explicação para tal resultado não é difícil. As barreiras à entrada no mercado de hospitais são elevadas, sendo que nos últimos pareceres e votos o CADE claramente aponta que a entrada não é um elemento de afasta possíveis problemas concorrenciais no mercado hospitalar, seja qual for a delimitação geográfica definida⁸. Como a

⁵ Como, por exemplo, no Processo Administrativo 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representados: Hospital Santa Lúcia S/A, Hospital Santa Luzia S/A, Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Pronortonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais – SBH, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, Associação Médica de Assistência Integrada – Amai, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas, Centro Médico Hospitalar Renascer.

⁶ Não se está incluindo aqui restrições referentes às cláusulas de não concorrência.

⁷ Ato de Concentração nº 08012.008853/2008-28. Requerentes: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médico Ltda. Ato de Concentração 08700.003978/2012-90. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca.

⁸ Ato de Concentração 08700.004150/2012-59. Requerentes: Rede D’Or São Luiz S.A., MedGrupo Participações S.A., Hospital Santa Lúcia S.A. Ato de Concentração 08700.003978/2012-90. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca.

definição desse mercado é bastante restrita e é comum que vários dos concorrentes apresentem limitações à capacidade de concorrer, principalmente por questões financeiras, uma concentração mais elevada já pode indicar a necessidade de aplicação de remédios. Isso somente não é mais comum nesse mercado porque as concentrações horizontais observadas nas operações ocorrem ainda em poucos municípios, normalmente de maior porte, como Rio de Janeiro e São Paulo, onde atuam Rede D'Or, Amil e outros hospitais de grande porte não pertencentes a grupos ou planos de saúde.

Já nas operações de planos de saúde observa-se a aprovação de concentrações mais elevadas⁹. A existência de uma rede credenciada permite que mesmo operadoras com pequeno *market share* possam competir com planos de saúde com maior participação. Além disso, nos mercados mais concentrados há sempre a presença da Unimed que, quando não é líder, possui participação relevante. Contudo, observa-se que cada vez mais operadoras não tem ofertado planos individuais no mercado. Com isso, o fato de a operadora possuir em sua carteira um grande número de beneficiários nessa modalidade ou no seu rol de planos cadastrados na ANS constar essa modalidade não significa que seja um agente que efetivamente concorre no mercado. Essa questão foi recentemente abordada pelo CADE na análise do ato de concentração envolvendo a Amil e a Seísa¹⁰.

Após a promulgação da Lei 12.529/11 foi mantido o ritmo de notificações de operações envolvendo o setor de saúde. Foram emitidos pela Superintendência cerca de 15 pareceres referentes aos mercados de planos de saúde e hospitais somente nos três primeiros anos da nova Lei¹¹. Ou seja, mesmo com os novos critérios de notificação não houve uma redução nas notificações desse setor em comparação aos anos anteriores. Contudo, é possível que esse número fosse muito superior, pois a grande maioria dos hospitais, planos de saúde, clínicas e demais agentes não

⁹ Embora as participações de mercado presente na maioria dos votos e pareceres públicos estejam totalmente confidenciais, é possível o cálculo da participação de mercado das requerentes por meio do site da Agência Nacional de Saúde - ANS (www.ans.gov.br).

¹⁰ Ato de Concentração 08700.008540/2013-89. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional S.A., Seísa Serviços Integrados de Saúde Ltda. e Hospital Carlos Chagas S.A.

¹¹ Pesquisa no Diário Oficial da União, seção 1, e no boletim de serviço eletrônico do CADE (www.cade.gov.br).

atingem os faturamentos atualmente exigidos para notificação¹²⁻¹³. Com isso, várias operações vêm ocorrendo sem a necessidade de notificação ao CADE. Em paralelo, não houve, nos três anos seguintes a Lei 12.529/11, qualquer pedido de notificação de operações desse setor que não se enquadrassem nos critérios de notificação, tendo como base o art. 88, §7º, da Lei nº 12.529/11¹⁴.

Nas análises empreendidas pelo órgão foi necessário avaliar alguns argumentos apresentados pelas empresas que conflitam com a busca de um maior equilíbrio entre os agentes do setor. Esses argumentos são expostos na seção seguinte.

3. CONCENTRAÇÃO E VERTICALIZAÇÃO

No setor de saúde há alguns dilemas importantes que aparecem usualmente nos estudos sobre o tema e impactam diretamente no cenário concorrencial analisado pelo CADE e na sua capacidade de atuação. Dois desses dilemas se referem ao aumento da concentração no mercado de planos de saúde e a verticalização entre os planos de saúde e prestadores de serviços médico-hospitalar. Uma análise, mesmo que breve, desses dilemas é importante para entender as ações dos agentes no mercado e a atuação do CADE¹⁵.

¹² A grande maioria das clínicas, hospitais, laboratórios e planos de saúde não faz parte de grandes grupos empresariais ou de fundos de investimento, mas atuam de forma independente. Com isso, os faturamentos não atingem os critérios definidos na Lei 12.529/11 para notificação. No geral, apenas grandes grupos, como a Amil e Rede D'Or, ou agentes detidos por fundos de investimento, possuem faturamento que demandaria a notificação ao CADE.

¹³ O critério de notificação tem como base o faturamento das partes envolvidas. Nesse caso, é notificável a operação se uma das partes detiver um faturamento superior a R\$ 750 milhões e a outra possuir um faturamento superior a R\$ 75 milhões, ambos no ano anterior da operação.

¹⁴ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

(...)

§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

¹⁵ Isso não significa que não haja outras questões também relevantes no setor. Contudo, essas parecem ser as mais relevantes dado o escopo do presente artigo.

3.1 Concentração no mercado de planos de saúde

Um dado comumente citado nos estudos envolvendo planos de saúde se refere ao grande número de agentes que atuam nesse mercado no país. Segundo a ANS (2015), em 2013 havia 929 operadoras médico-hospitalares com beneficiários. Desses, 188 seriam na modalidade autogestão, 318 cooperativas médicas, 320 medicinas de grupo, 75 filantrópicas e 12 seguradoras especializadas em saúde. Esse grande número de operadoras é citado por essas empresas como argumento da pulverização no setor.

Também é destacado pelas empresas que o número de beneficiários por plano de saúde é extremamente heterogêneo. Cerca de 700 operadoras possuem menos de 50 mil beneficiários, número pequeno para um agente desse mercado¹⁶. Nesse caso, as operadoras têm dificuldade em diluir os custos da operação em sua carteira de beneficiários, o que aumenta a sua exposição a eventos de alto custo e que podem onerar fortemente sua rentabilidade e comprometer seu funcionamento¹⁷.

A liquidação de uma operadora é sempre uma situação extrema e que prejudica o consumidor, que acaba tendo que mudar de plano de saúde sem a sua vontade, muitas vezes a um preço mais alto ou com rede credenciada diversa da anteriormente disponível. Com isso ele pode ser forçado a trocar de médico ou local de tratamento (caso esteja) pela falta de credenciamento do novo plano. Como são restritas as opções de planos de saúde para o consumidor após a liquidação da operadora, não é pequena a possibilidade de reduções no seu bem-estar decorrentes de tal procedimento.

A maior concentração, de acordo com as operadoras, seria fundamental para minimizar os riscos existentes e gerar ganhos de escala necessários para a redução de custos. Pode-se concluir, dessa forma, que os argumentos apresentados ao CADE são válidos? Não necessariamente.

¹⁶ O CADE tem considerado, inclusive, esse número como a Escala Mínima Viável (EMV) para atuar no mercado de planos de saúde (Ato de Concentração 08700.008540/2013-89. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional S.A., Seisa Serviços Integrados de Saúde Ltda. e Hospital Carlos Chagas S.A).

¹⁷ O Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) destaca que a escala é o maior obstáculo para a expansão de seguradoras em mercados pequenos e médios (VARNEY, 2010).

De fato, o número de planos de saúde é significativo. Contudo, ele vem se reduzindo ano a ano. Em 2003 havia 1345 operadoras no país; ou seja, houve uma redução de 30% no número de agentes em um período de 10 anos. É possível que esse movimento se intensifique nos próximos anos devido à crise financeira que se encontra parte importante das operadoras atualmente em atividade.

Outro aspecto importante se refere à concentração em nível local. Embora ainda haja divergências quanto à forma de cálculo do mercado geográfico de planos de saúde, não resta dúvidas que a delimitação deve ser local, variando entre o município considerado de forma isolada a um grupo de municípios próximos (ALMEIDA, 2009; SANTOS, 2009). O CEDEPLAR¹⁸ (ANS, 2015) realizou estudo sobre o nível de concentração verificado em 96 mercados geográficos definidos por meio de metodologia própria¹⁹. Os dados revelam que em 89 dos 96 municípios a concentração de mercado dos 4 maiores grupos é superior a 90% em planos de saúde individuais. Para planos coletivos, a concentração dos 4 maiores grupos também é superior a 90% em 87 dos 96 municípios²⁰.

Em um cenário ideal, seria importante que houvesse uma redução do número de operadores de planos de saúde com pequeno número de beneficiários de forma a permitir ganhos de escala, maior capacidade de financiamento e diluição de riscos inesperados. Como essas pequenas operadoras normalmente atuam em poucos municípios, a fusão ou aquisição entre planos de saúde de porte pequeno e médio em diferentes mercados geográficos não impactaria de forma negativa a concentração do mercado. Mesmo a por grandes concorrentes seria saudável, desde que atuassem em mercados geográficos distintos. Contudo, muitas vezes não é isso que ocorre.

A aquisição da Medial pela Amil²¹, por exemplo, envolveu duas grandes operadoras que não possuíam problemas de escala para justificar a concentração. Houve, nesse caso, a saída de um grande agente no mercado,

¹⁸ Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional da UFMG.

¹⁹ Metodologia de modelos gravitacionais. De acordo com Andrade (2010), “o método parte do pressuposto de que os serviços de saúde apresentam características locais tanto no consumo quanto na produção e busca captar o grau de integração entre as regiões o qual é mensurado pelo fluxo de bens e serviços entre as mesmas”.

²⁰ Nesse caso foi considerado a Unimed como um grupo econômico, conforme entendimento recente do CADE.

²¹ Ato de Concentração 08012.009906/2009-17. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional Ltda., Medial Participações S.A. e Medial Saúde S.A.

no caso a Medial, fortalecendo ainda mais a Amil. Já os atos de concentração 08700.003978/2012-90²² e 08012.008853/2008-28²³ envolviam, também, planos de saúde com escala de atuação reduzida. Assim, embora houvesse justificativas em termos de ganho de escala, havia uma grande sobreposição geográfica entre as operadoras, o que os tornava quase monopolistas em alguns municípios.

Assim, pode-se concluir que os dados e argumentos apresentados são válidos a depender do ponto de vista. De fato, há um grande número de planos de saúde no Brasil, mas como os mercados geográficos são locais, esse número pode esconder elevadas concentrações. O CADE tem, em regra, permitido fusões e aquisições no mercado de saúde suplementar, desde que as concentrações não alcancem níveis extremamente elevados. Assim, não é possível afirmar que o órgão tem dificultado a consolidação nesse mercado como instrumento para o aumento da escala dos agentes. Pelo contrário, a grande maioria das operações foram aprovadas sem restrições. O risco, pelo contrário, seria o de aumento do poder de barganha das operadoras frente aos demais agentes do mercado de saúde. Antes de adentrar em tal ponto será discutido a questão da verticalização.

3.2 Verticalização

A verticalização no setor de saúde não é um fenômeno recente, mas era limitado a poucos agentes, com destaque para as Unimed. Nos últimos anos essa questão voltou a discussão pelas aquisições realizadas pela Amil e, de forma mais paulatina e menos vultosa, pelos investimentos realizados por outras operadoras. Entre as principais razões para esse movimento estão a existência de falhas de mercado e a adoção, pela ANS, de uma regulação mais rigorosa nos últimos anos.

Falhas de mercado ocorrem em diversos setores, mas elas são extremamente sensíveis no mercado de saúde. As falhas mais citadas na literatura são as externalidades difusas e a assimetria de informação. As externalidades difusas podem ser negativas ou positivas e se referem ao impacto das escolhas de consumo pela sociedade sobre o bem-estar individual. Por exemplo, quanto maior o uso indiscriminado de antibióticos pela população, maior será a externalidade negativa gerada

²² Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca.

²³ Requerentes: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médico Ltda.

para os seus indivíduos, pois eles sofrerão os efeitos de maior resistência de vírus e bactérias a esses medicamentos.

A assimetria de informação pode ocorrer tanto do ponto de vista do consumidor como do ponto de vista do plano de saúde. O primeiro caso decorre da diferença de conhecimento sobre a necessidade de cuidados do paciente. Devido às complexidades envolvidas no setor, os prestadores de serviços médicos possuem mais conhecimento da saúde do paciente do que o próprio paciente, o que influencia diretamente nas escolhas dele.

Sob o ponto de vista da operadora, essa assimetria pode ocorrer em relação aos beneficiários e aos demais prestadores de serviços de saúde. No caso dos beneficiários, há uma tendência a sobreutilização dos serviços de saúde pelo fato do custo marginal ser zero na modalidade no qual o único pagamento realizado é o da mensalidade do plano. Nessa categoria de plano, não há qualquer contrapartida financeira do usuário pela utilização do serviço, o que acaba gerando um incentivo a utilização em excesso dos serviços disponíveis, como exames e consultas. Na modalidade de coparticipação esse incentivo é menor, mas ainda existe e depende do percentual de contribuição do beneficiário sobre o custo do serviço utilizado.

A assimetria em relação aos demais prestadores é outro ponto sensível para as operadoras. Nesse caso, as ações do prestador não podem ser totalmente controladas pelo plano de saúde, pois o primeiro possui mais informações sobre o paciente quando este procura atendimento do que o plano de saúde, que vai realizar o pagamento do serviço prestado.

Essas características do setor de saúde acabam tornando extremamente complexas e incertas as relações entre os agentes envolvidos. Como forma de dar mais segurança para o elo mais fraco dessa relação - o consumidor - o marco regulatório do setor de saúde complementar vem sofrendo mudanças significativas nos últimos anos²⁴. Essas mudanças buscaram tornar mais equilibrada a relação entre os consumidores e as operadoras, mas aumentaram de forma relevante os custos dos planos de saúde, o que impactou principalmente a atuação das pequenas e médias operadoras. Como parte das medidas regulatórias

²⁴ As principais medidas adotadas pela ANS foram as seguintes: preços mínimos de comercialização do plano de forma a evitar a assunção de riscos excessivos; inclusão de (extensa) cobertura obrigatória e de limites máximos de carência; limitações quanto à regra de cálculo do prêmio; exigências de medidas para evitar a falência das operadoras, como requisitos de capital mínimo, provisões de risco, provisão para eventos ocorridos e não avisados, além de margem de solvência (LEANDRO, 2010).

impõem limites a elevação dos preços cobrados aos consumidores, a contenção de custos via minimização das falhas de mercado e ganhos de escala passou a ser prioridade para as operadoras (LEANDRO, 2010). Nesse contexto, a verticalização possibilitaria internalizar alguns desses custos, tornando-os menos incertos, o que aumenta a previsibilidade na gestão do negócio.

Esses argumentos vêm sendo levados em consideração pelo CADE, tanto em termos de conduta como de atos de concentração. Não houve ainda restrições em atos de concentração no qual o único objeto era a verticalização, seja ele envolvendo plano de saúde, hospital, clínica ou laboratório. As operações com restrições envolviam tanto concentrações horizontais como integrações verticais. Nesses casos, as restrições muito provavelmente ocorreriam mesmo que não houvesse relações verticais, pois as concentrações horizontais eram significativas²⁵.

Em relação às práticas anticompetitivas, a verticalização pode provocar risco de fechamento de mercado tanto a jusante e como a montante nos mercados envolvidos, seja por meio de recusa de contratar ou discriminação de preços, quantidade ou mesmo qualidade do serviço ou produto fornecido. O CADE se manifestou recentemente em relação a esse tipo de conduta, no qual ponderou exatamente sobre o risco de fechamento de mercado vis-à-vis os ganhos de eficiências decorrentes do processo de verticalização. Essa ponderação pode ser resumida no seguinte trecho da Nota Técnica do órgão²⁶:

Nesse contexto, devem-se levar em consideração possíveis eficiências com redução de custos advindas de um processo de verticalização dos serviços e se essas possíveis eficiências compensam um provável processo de concentração de mercado de prestação de serviços laboratoriais, tendo em vista que a verticalização pode excluir determinados agentes do mercado, caso não haja um acordo quanto a

²⁵ Entre outros, por exemplo, no Ato de Concentração nº 08012.008853/2008-28. Requerentes: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médico Ltda. e Ato de Concentração 08700.003978/2012-90. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca.

²⁶ Inquérito Administrativo 08700.004911/2012-72. Representante(s): G. Pasteur Laboratório de Análises Clínicas e Patologia Ltda. Representada(s): Unimed Cooperativa de Trabalho Médico – Joaçaba, Unimed Cooperativa de Trabalho Médico – Chapecó, Unimed Cooperativa de Trabalho Médico – Caçador. Parecer 310/SG. Setembro de 2013.

contratação dos exames a serem realizados por meio de laboratório próprio ou pela rede credenciada.

Destaca-se que do ponto de vista empírico, observa-se, nas duas últimas décadas, no mercado de cuidado da saúde e de seguros de saúde, elevado grau de dinamismo em sua estrutura com tendência à consolidação horizontal e vertical dos provedores. Essa consolidação em parte se justifica pela presença de economias de escala e escopo. Firmas grandes podem também se beneficiar de preços inferiores junto aos provedores e firmas pequenas apresentam um risco maior. Em relação à integração vertical, esta pode reduzir os custos de transação entre seguradoras e provedores. Alguns estudos apontam também a associação entre tamanho das operadoras e qualidade do cuidado como uma explicação para as fusões.

A mensagem passada por esse trecho não é isolada, mas pode ser observada em outros processos analisados pelo órgão. Assim, o CADE tem se mostrado receptível aos argumentos de aumento de concentração e verticalização como elementos importantes para a necessidade de redução de custos enfrentados pelo setor, principalmente pelos planos de saúde. Contudo, pode-se questionar se essa disposição pode ter implicações nas análises das condutas anticompetitivas que chegam ao órgão.

4. LIMITES DA ATUAÇÃO

No bojo da Lei 8.884/94, o SBDC era formado por três órgãos: a Secretaria de Direito Econômico (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o CADE. Ao longo dos anos a SDE passou a se especializar na investigação de condutas anticompetitivas, enquanto a SEAE focou sua atuação na instrução de atos de concentração. Ambos os órgãos enviavam seus pareceres ao CADE, que era responsável pela decisão final.

Um dos problemas dessa divisão era o distanciamento das relações envolvidas entre os atos de concentração e as condutas anticompetitivas nos diversos setores. Muitas vezes o entendimento das questões concorrenciais de um setor somente pode ser adequadamente observado ao se acompanhar e analisar a dinâmica das operações de fusões e aquisições em conjunto com as condutas em análise pelo SBDC. Esse entendimento era limitado devido à divisão entre os órgãos de instrução. Com isso, cabia ao Tribunal do CADE, já com a instrução concluída e muitas vezes com relatores distintos, tentar fazer essa análise conjunta.

Com a promulgação da Lei 12.529/11 esse problema foi minimizado, pois cabe a um único órgão – a Superintendência Geral do CADE – fazer a instrução de ambos os procedimentos. Assim, a divisão temática das coordenações permite que uma mesma equipe possa avaliar as implicações concorrenciais dos atos de concentração nas condutas em análise, e vice-versa, permitindo “ganhos de escopo” na análise dos diversos mercados.

Na área de saúde parece que esse “ganho de escopo” vem trazendo resultados. Observa-se, em pareceres de atos de concentração elaborados pela Superintendência, uma preocupação em não permitir que estruturas resultantes da operação distorçam ainda mais o frágil equilíbrio entre os agentes do mercado. Por exemplo, entre os argumentos apresentados contra a aprovação sem aplicação de um remédio estrutural no ato de concentração envolvendo o Medgrupo e a Rede D’Or, em Brasília, consta o aumento do desequilíbrio na relação entre os médicos, planos de saúde e os hospitais envolvidos após a operação²⁷:

Por outro lado, essa centralização, principalmente na compra, poderia gerar um efeito negativo: a criação de uma assimetria de poder de negociação/compra favorável à Rede D’Or contra os planos de saúde e contra os profissionais de saúde. A existência de um equilíbrio nessa relação é importante para que não haja prejuízos ao consumidor no que se refere a preço, qualidade e redução/interrupção da oferta de serviços, entre outros fatores.

Esse entendimento foi confirmado pelo Tribunal, que aprovou a operação condicionada à alienação de um dos dois maiores hospitais de Brasília que ficariam em poder da Rede D’Or. A mesma preocupação quanto ao equilíbrio das relações entre os agentes pode ser observada nas notas relacionadas às condutas anticompetitivas.

A Superintendência concluiu uma séria de processos envolvendo cooperativas de especialidades médicas, sendo a mais numerosa a da especialidade de anestesiológicos²⁸. Nessas notas o órgão reconhece que

²⁷ Ato de Concentração 08700.004150/2012-59. Requerentes: Rede D’Or São Luiz S.A., MedGrupo Participações S.A. e Hospital Santa Lúcia S.A. Esse entendimento foi confirmado pelo Tribunal, que aprovou a operação condicionada à alienação de um dos dois maiores hospitais de Brasília que ficariam em poder da Rede D’Or.

²⁸ Processo Administrativo 08012.013467/2007-77. Representante: Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Amazonas. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado do Amazonas – COOPANEST-AM e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde –

apenas a aplicação de multas e outras punições de publicização da decisão final não têm sido suficiente para inibir a prática das condutas denunciadas, entre elas o descredenciamento de planos de saúde e hospitais, ameaças a médicos cooperados e não cooperados, boicotes a concursos públicos e outras formas de contratação pelo setor público, entre outras práticas. Diante disso, tem recomendado a cisão das cooperativas que possuem elevado percentual de médicos no mercado relevante analisado.

Essa recomendação, embora fundamentada e racional do ponto de vista de solucionar o problema anticompetitivo de forma estrutural, esbarra nas limitações de execução da medida proposta. Além disso, pode, de forma unilateral, criar mais distorções no mercado. A própria nota já indica quais seriam alguns dos problemas:

O problema das medidas comportamentais decorre da pouca efetividade delas para determinados casos, pois a simples proibição das cooperativas de decretarem litígio comercial, promoverem descredenciamento em massa contra os planos de saúde e hospitais públicos e privados, e boicotes contra concursos públicos, entre outras condutas praticadas pelas cooperativas nos diversos processos que tramitam no CADE, possivelmente não seriam suficientes para se afastar a possibilidade de danos à concorrência – e, por conseguinte, ao consumidor –, pois o que permite à cooperativa praticar essas condutas é a sua característica estrutural de monopólio ou elevado poder de mercado. Além disso, o fato de não existir uma agência para regular os preços e condições de funcionamento de uma cooperativa, que não é (nem deve ser) papel do CADE, dificulta o monitoramento da adoção de medidas comportamentais.

As medidas estruturais podem atingir diretamente o problema da monopolização da cooperativa no seu mercado de atuação, sendo mais eficazes na resolução das condutas citadas ao longo da nota. Contudo, medidas estruturais também podem ser de aplicação não trivial, e, algumas delas, podem ser ineficazes. Por exemplo, a proibição de entrada de novos médicos na cooperativa, em um mercado com elevadas barreiras à entrada, pode simplesmente resultar em redução da oferta de especialistas, sem necessariamente incentivar o surgimento de uma nova cooperativa

UNIDAS; Processo Administrativo 08012.004420/2004-70. Representante: CADE Ex Officio. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Rio Grande do Norte – COOPANEST-RN; entre outros.

concorrente. A dissolução da cooperativa, por outro lado, pode ser demasiadamente interventiva, sem necessários resultados práticos de maior eficiência.

Esse problema ressalta um ponto central na atuação do órgão principalmente no setor de saúde: por mais que o CADE identifique corretamente o problema, a solução efetiva foge a sua capacidade de atuação²⁹.

Apesar de possuir falhas de mercado que comprometem a atuação eficiente do setor, a área de saúde carece de uma regulação que equilibre, pelo menos parcialmente, as relações entre os diversos agentes. O único dos participantes regulados são as operadoras de planos de saúde³⁰. Os demais agentes são, em geral, livres para formar preço e definir níveis de qualidade, desde que atendam aos requisitos mínimos legais³¹. Isso abre um espaço enorme para variações de preço e qualidade entre os prestadores. Tendo em vista os diferentes portes e interesses envolvidos, o resultado é um conflito constante.

Como já destacado, a rígida regulação da ANS tem como objetivo dar mais segurança ao consumidor. Entretanto, o resultado é o aumento dos custos dos planos de saúde, que já são onerados pelo aparecimento de novas tecnologias, normalmente a custos mais elevado, para o tratamento e prevenção de doenças. Com isso, os planos buscam pressionar os demais agentes do setor a reduzir os preços cobrados, sejam eles hospitais, clínicas, médicos ou laboratórios. Como não é atribuição da ANS³² definir o preço dos serviços ofertados por esses prestadores ou intermediar essas relações, os equilíbrios formados são sempre instáveis e tênues.

²⁹ Almeida questiona a atuação do CADE em relação às cooperativas, pois a questão do poder compensatório estaria sendo incorretamente tratada nos processos analisados pelo órgão (ALMEIDA, 2009). Independentemente do resultado dessa discussão, a conclusão, como destacado a seguir, é que o desequilíbrio na relação dos agentes continuará existindo, a despeito da atuação do CADE.

³⁰ Não se está incluindo aqui o mercado farmacêutico, regulado pela Anvisa, pois os conflitos negociais com os demais agentes de mercado são menores, embora não menos importantes, para o consumidor.

³¹ Como da vigilância sanitária, para estabelecimentos de saúde, e de formação profissional, para os médicos.

³² Pelo menos até recentemente, pois algumas mudanças normativas têm atribuído à ANS uma maior participação nessas negociações.

Por mais que o CADE atue de forma preventiva ou repressiva, essa atuação acaba sendo pontual e de pouco resultado no curto e médio prazo. Isso ocorre porque as condições que criaram as estruturas de mercados atuais não foram definidas pelo CADE. A reprovação de concentrações elevadas de planos de saúde e hospitais em pequenos e médios municípios é importante para não aumentar um problema já existente: os planos de saúde já são concentrados nesses municípios, com destaque para a posição das Unimed, e em grande parte há somente um hospital privado, com pequena escala, em funcionamento. A verticalização em vários casos não ocorre por meio de aquisição, mas de crescimento orgânico. Nesse caso, só cabe ao CADE intervir em sede de conduta.

A atuação do CADE em conduta acaba sendo, mesmo que importante e indispensável nesse setor, limitada. O exemplo das cooperativas é salutar: por mais que o CADE deva investigar e reconheça o problema em questão, sua decisão pode não ter a efetividade desejada para coibir novamente a prática.

A maioria das denúncias envolve, no fundo, a definição de qual é o preço de equilíbrio entre os agentes do mercado. Os agentes com maior poder de barganha, normalmente os maiores planos de saúde em suas regiões, tentam impor condições muitas vezes inviáveis para a manutenção das atividades dos demais prestadores. Como resultado, esses passam a adotar práticas questionáveis do ponto de vista concorrencial. Apesar desse cenário, não é papel do CADE redesenhar a estrutura do mercado, intermediar as negociações ou definir o preço de equilíbrio. Entretanto, muito provavelmente apenas essas medidas poderiam mitigar, de forma mais estável, os problemas relacionados a essas negociações.

Assim, por mais que o CADE melhore a sua atuação por meio de arranjos organizacionais, reconheça os dilemas existentes no setor e proceda a análise de forma dinâmica, existem limitações estruturais do próprio setor que limitam de forma relevante o desempenho da autarquia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme discutido, o CADE tem avançado na sua atuação no setor de saúde, principalmente após a entrada em vigor da Lei 12.529/11. Não obstante esse avanço, a estrutura do setor, marcado por falhas de mercado, elevado desequilíbrio no porte dos agentes e vácuo regulatório, limita de forma relevante a ação do órgão. Isso não significa que o CADE não possa aprimorar sua atuação para que ela seja mais efetiva. Um dos

caminhos para esse aprimoramento pode ser pela advocacia da concorrência, hoje responsabilidade da SEAE.

De acordo com a nova estruturação do SBDC disposta na Lei 12.529/11, a SEAE passou a ser responsável pela atribuição de promover a concorrência na esfera pública e privada³³. Contudo, a Lei não afastou a possibilidade do CADE também atuar nesse aspecto³⁴. Deixar apenas a SEAE com a responsabilidade da advocacia da concorrência na área de saúde é desperdiçar a experiência que o CADE vem acumulando da dinâmica do setor por meio das análises de atos de concentração e condutas anticompetitivas. Assim, seria mais desejável que a atuação fosse complementar, até porque os mecanismos à disposição da SEAE e do CADE não são necessariamente iguais.

Destaca-se aqui três formas que o CADE poderia atuar (e já vem, de forma paulatina em alguns casos, fazendo) na advocacia da concorrência sem sobrepor às atribuições da SEAE. Primeiro, na elaboração e divulgação de estudos sobre o entendimento do órgão no setor, servindo de orientação para os diversos agentes do mercado. Como a jurisprudência, tanto de condutas anticompetitivas como de atos de concentração, vem se modificando ao longo do tempo e parte das informações são de acesso restrito, estudos que consolidassem esse entendimento seria bastante útil para a sociedade. Esse movimento já

³³ Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade (...).

³⁴ Pode-se citar, por exemplo, os seguintes artigos da Lei que indicam esse entendimento:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

(...) XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica

(...)

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

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

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

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

(...)

começou a ser feito pelo órgão por meio do estudo “Mercado de Saúde Suplementar: condutas” disponível no site da autarquia³⁵.

Uma segunda forma é a maior participação em comissões, conselhos e outros espaços no qual é discutido a normatização ou regulamentação de alguns dos mercados. Conforme visto acima, alguns dos problemas enfrentados pelo CADE e que limitam a sua atuação se referem exatamente a falta ou, em alguns casos, a inadequação, das normas referentes ao setor. A participação nesses fóruns pode permitir que os problemas também sejam discutidos do ponto de vista concorrencial a partir da experiência do CADE.

Uma terceira, mas não menos importante, forma de atuação é por meio dos próprios processos administrativos julgados pelo órgão. Muitas das denúncias recebidas pelo CADE referem-se à participação de associações ou outras entidades de praticamente em todos os mercados envolvidos na área da saúde que acabam fomentando atitudes anticompetitivas de seus filiados³⁶. A mera contribuição pecuniária, como já destacada pela própria Superintendência, não é suficiente para tornar as decisões efetivas. Além disso, condenações de empresas ou cooperativas de forma individual normalmente tem um impacto restrito ao mercado geográfico desses agentes em termos de *enforcement* para que a prática não se repita. Assim, orientações sobre os limites da atuação dos agentes do mercado, e de preferência por meio de acordos, nos casos em que tiver presente as entidades do mercado envolvido, podem ter uma eficácia maior em termos de promoção da concorrência, evitando que as denúncias investigadas voltem a ocorrer.

Há, certamente, outras formas que o CADE pode agir para permitir um melhor ambiente concorrencial no setor de saúde, reduzindo as limitações de sua atuação preventiva e repressiva. Como salientado, o

³⁵ www.cade.gov.br.

³⁶ Como, entre outros, no Processo Administrativo 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representados: Hospital Santa Lúcia S/A, Hospital Santa Luzia S/A, Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais – SBH, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, Associação Médica de Assistência Integrada – Amai, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas, Centro Médico Hospitalar Renascer.

órgão já vem promovendo algumas dessas práticas. Espera-se, dessa forma, que os resultados sejam benéficos e permitam um maior equilíbrio nesse setor.

6. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA. S.F. *Poder Compensatório e Política de defesa da Concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro*. Tese. Escola de Economia de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009.

ANDRADE, Mônica Viegas et al. *Estrutura de mercado do setor de saúde suplementar no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2010. Texto para Discussão nº 400.

ANS. *Estrutura de concorrência no setor de operadoras de planos de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro, jun/2015.

BRASIL. Lei 8.884 de 11 de junho de 2004.

_____. Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011.

_____. CADE. Ato de Concentração nº 08012.008853/2008-28. Requerentes: Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo e Unimed Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médico Ltda. Órgão Formalizador: Secretaria de Acompanhamento Econômico. Voto: Fernando de Magalhães Furlan, DF, 22 jul. 2009.

_____. CADE. Ato de Concentração 08700.004150/2012-59. Requerentes: Rede D’Or São Luiz S.A., MedGrupo Participações S.A., Hospital Santa Lúcia S.A. Superintendência Geral. Parecer Técnico nº 273/2012. Dezembro de 2012. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Ato de Concentração 08700.003978/2012-90. Requerentes: Unimed Franca – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares S.A. e Hospital Regional de Franca. Voto: Elvino Carvalho de Mendonça, DF, 30 jan. 2013. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Ato de Concentração 08012.009906/2009-17. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional Ltda., Medial Participações S.A. e Medial Saúde S.A. Órgão Formalizador: Secretaria de Acompanhamento Econômico. Voto: Elvino Carvalho de Mendonça, DF, 17 abril 2013.

Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Ato de Concentração 08700.004150/2012-59. Requerentes: Rede D'Or São Luiz S.A., MedGrupo Participações S.A., Hospital Santa Lúcia S.A. Voto: Ricardo Machado Ruiz, DF, 05 jun. 2013. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Processo Administrativo 08012.007833/2006-78. Representante: Procuradoria da República em Rondônia – Ministério Público Federal. Representados: Conselho Regional de Medicina de Rondônia (CREMERO) e Associação Médica de Rondônia (AMR). Superintendência Geral. Nota Técnica 223/2013. Junho de 2013. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Ato de Concentração 08700.008540/2013-89. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional S.A., Seisa Serviços Integrados de Saúde Ltda. e Hospital Carlos Chagas S.A. Superintendência Geral. Nota Técnica 36/2014. Janeiro de 2014. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Processo Administrativo 08012.004420/2004-70. Representante: CADE Ex Offício. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Rio Grande do Norte – COOPANEST-RN. Superintendência Geral. Nota Técnica 56/2014. Fevereiro de 2014. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Processo Administrativo 08012.013467/2007-77. Representante: Ministério Público Federal – Procuradoria da República no Amazonas. Representados: Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Estado do Amazonas – COOPANEST-AM e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS. Superintendência Geral. Nota Técnica 69/2014. Março de 2014. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. Processo Administrativo 08012.006969/2000-75. Representante: Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – Ciefas (atualmente designado União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas). Representados: Hospital Santa Lúcia S/A, Hospital Santa Luzia S/A, Hospital Anchieta, Hospital Daher Lago Sul, Hospital Santa Marta Ltda., Hospital Geral e Ortopédico, Hospital Santa Helena, Hospital São Francisco, Hospital São Lucas, Hospital Prontonorte Ltda., Hospital Brasília – LAF, Promédica Clínica Ltda., Sindicato Brasiliense de Hospitais – SBH, Associação de Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal – AMHPDF, Associação Médica

de Assistência Integrada – Amai, União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – Unidas, Centro Médico Hospitalar Renascer. Superintendência Geral. Nota Técnica 173/2014. Junho de 2014. Disponível em www.cade.gov.br.

_____. CADE. *Mercado de Saúde Suplementar: condutas*. Cadernos do CADE. Brasília, 2015.

LEANDRO, Tainá. *Defesa da Concorrência e Saúde Complementar: A Integração Vertical entre Planos de Saúde e Hospitais e seus Efeitos no Mercado*. Dissertação. Departamento de Economia. Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

SANTOS, Thompson. *Determinação de Mercados Relevantes em Saúde Suplementar*. Documento de Trabalho nº 46 da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. Março/2008. Disponível em www.seae.fazenda.gov.br.

VARNEY, Christine A. *Antitrust and Healthcare*. U.S. Department of Justice, 2010.