

Doutrina**A DESAGREGAÇÃO NO MERCADO DE SAÚDE COMPLEMENTAR****Leonardo Monteiro Xexéo**

Procurador Federal; lotado na Procuradoria Federal Especializada do Instituto Nacional do Seguro Social em Taubaté – SP; Pós-Graduado em Direito Público da Economia pela Universidade de Coimbra – Portugal.

I – Introdução; **II** – Evolução Histórica do Estado e da Economia; **III** – A Desagregação na Regulação; **IV** – A Desagregação na Saúde Suplementar; **IV.I** – A Rede Médica; **IV.II** – A Rede Hospitalar; **V** – Conclusão; **VI** – Referências Bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho busca discorrer acerca da política regulatória existente no mercado de saúde suplementar, mais precisamente da necessidade da utilização da desagregação em tal mercado. Tal prática, apesar de ser mais corriqueira nos mercados em que há o monopólio natural – inexistente na saúde suplementar – pode e deve ser aplicado nesse mercado específico. Isto ocorre devido à deficiência da rede médico-hospitalar existente em cidades do interior do Brasil.

Palavras-chave: Regulação pública; saúde suplementar; desagregação.

I – INTRODUÇÃO

O mercado de saúde suplementar no Brasil possui uma série de peculiaridades, que o faz ser totalmente diferente dos demais mercados regulados.

Por ser uma atividade privada que foi eleita pelo legislador como passível de regulação – e não um mercado de prestação de serviço público propriamente dito – tal mercado acaba não possuindo a atenção que lhe é devida.

O presente trabalho busca trazer uma faceta de tal mercado, que acaba por aproximá-lo dos mercados de monopólios naturais, apto a aplicar o instrumento de política regulatória denominado desagregação.

Assim sendo, antes da análise do tema, será abordada a evolução histórica do Estado e da economia, explicando todas as fases que levaram ao Estado regulador.

Após, serão abordados alguns instrumentos da política regulatória, sendo que a análise se focará, principalmente, na desagregação (*unbundling*) dos setores em que há monopólio natural.

Por fim, será trazida à realidade do mercado de saúde suplementar suas peculiaridades, que acabam por fazer com que os instrumentos utilizados em mercados de monopólio natural possam ser transpostos a tal realidade.

II – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO E DA ECONOMIA

Antes de se abordar os conceitos econômicos propriamente ditos, mister se faz necessário definir o que é Estado, delimitando todos os aspectos de sua evolução histórica.

Isso ocorre porque o conceito de Estado, bem como todas as suas formas de manifestação ao longo de sua evolução correspondem diretamente com os conceitos econômicos e com a própria regulação em si – que é o objeto final do presente estudo.

Os estudos mais remotos sobre a vida em sociedade e, conseqüentemente, sobre o Estado, remontam à Grécia Antiga. ARISTÓTELES (1995) conclui seus estudos afirmando que “o homem é um animal político”, razão pela qual apenas um indivíduo de natureza vil procuraria viver isolado dos demais. Assim sendo, segundo tal filósofo, o homem sempre buscaria viver em sociedade.

Tal estudo foi retomado na época medieval por SÃO TOMÁS DE AQUINO (*apud* DALLARI, 1995, p. 8), cuja obra traz que “o homem é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade”.

Apesar da sociedade ser resultante de uma necessidade natural do homem, há uma espécie de contrato que une os homens em torno de um poder central, do qual surge o próprio Estado. A existência de tal “contrato social” é que faz com que os homens se unam em torno de um ente, um Estado propriamente dito, com soberania e autonomia.

Durante a Era Medieval, não havia a existência de um contrato social entre os homens, mas o Estado era baseado num vínculo sagrado, em que o governante seria um representante de Deus na Terra.

Por tudo isso o representante do poder divino – o rei ou o suserano – era o proprietário de todos os bens e riquezas, cabendo aos homens, apenas, sujeitarem-se a sua mísera existência.

A primeira idéia de Estado moderno surge após a Revolução Francesa, com a criação do chamado “Estado Liberal”. A criação de tal espécie de Estado ocorreu pelas próprias pressões sociais da época, na qual a plebe e a burguesia pretendiam ver reconhecidos os direitos básicos da liberdade, fraternidade e igualdade.

A bem da verdade, a mola que impulsionou a referida revolução foi a economia, já que a burguesia trazia a riqueza, proveniente do comércio, mas não podia usufruí-la, já que pertencia à nobreza.

Assim sendo, com a Revolução, institui-se o Estado Liberal, o qual reconhecia a existência de liberdades negativas, no qual havia uma mínima intervenção estatal nas relações entre os administrados.

O Estado deveria, tão somente, zelar pelo bem-estar geral, assegurando liberdade contra invasões e garantindo a segurança de cada indivíduo. O Estado, por outro lado, não podia intervir na relação privada, fazendo com que houvesse um desequilíbrio entre a relação burguesia e plebe.

Ocorre que tal liberdade excessiva fez com que ocorressem abusos, sendo que os mais favorecidos acabavam explorando os demais.

Tal fato ficou claro após a Revolução Industrial do século XIX, na qual os donos de indústrias exploravam famílias inteiras, sem qualquer pudor, sem respeito aos limites físicos do ser humano. Ocorre que tal Revolução fez com que o Estado deixasse de lado a sua conformação passiva, passando a se orientar de forma totalmente diferente, intervindo nas relações de uma forma ativa.

Tal intervenção estatal inicial acabou sendo marcada por quatro aspectos sublinhados por Sabino Cassese, e assim explicados por MOREIRA NETO:

“ 1. A diferenciação legislativa – com a instituição de áreas geográficas diferenciadas, de processos de administração diferenciados e de órgãos diferenciados para canalizar ação do Estado;

2. A política de obras públicas – para construir uma infra-estrutura pública voltada ao crescimento econômico; 3. As empresas estatais – para suprir a falta de investimentos privados em setores específicos; e 4. A Previdência Social – ao inaugurar uma relação social tripolar: Estado-trabalhador-empresa.” (MOREIRA NETO, 2005, p. 101)

Instituiu-se, então, um modelo de Estado interventivo, que buscava a tutela dos indivíduos, assumindo o ônus pela exploração da atividade econômica.

Nos dizeres de MOREIRA NETO:

“Este modelo, já no início do século XX, desdobrou-se em duas modalidades históricas: a do Estado do bem-estar social, em que a tônica comum, da intervenção na economia, seria moderada, pois seu objetivo era o de superar a igualdade formal do liberalismo e alcançar a igualdade material por meio da tributação e de políticas públicas assistenciais, e a do Estado socialista, em que a intervenção econômica (bem como a social) seria extremada, pois o seu objetivo seria o de substituir à própria sociedade na condução do seu destino.” (MOREIRA NETO, 2005, p. 102)

Assim sendo, em oposição a tal idéia de Estado, com base nas idéias revolucionárias de MARX e ENGELS, surgiu a idéia de Estado Social, que negava totalmente os ideais do Estado Liberal.

Assim, segundo tal espécie, o Estado era o único titular da iniciativa econômica, dos meios de produção, dirigindo as condutas dos indivíduos. Ocorre que, apesar de trazer segurança individual aos seus indivíduos, garantindo direitos sociais mínimos, negava toda e qualquer porção de liberdade, o que acabou por gerar inúmeras críticas a tal sistema.

Além disso, como o Estado era o único titular de toda a atividade econômica, o mesmo era único investidor, razão pela qual o seu poder de pesquisa e desenvolvimento era muito inferior, já que tinha que, também, prestar os serviços públicos essenciais à coletividade.

A outra modalidade estatal surgida foi a do Estado do Bem-Estar, que se resumiria a ser um modelo intermediário entre o Estado Liberal e o Estado Social.

Em tal estrutura, reconhece-se a livre iniciativa, com liberdade, mas garante-se ao Estado o direito à intervenção. Na verdade, tal forma de Estado premia, profundamente, a intervenção estatal na economia, sendo que o monopólio estatal era uma das realidades.

Além disso, é assegurado o direito à propriedade privada, que deverá atender à sua função social. Assegurou-se, ainda, a autonomia das vontades, mas cabendo ao Estado intervir em tal relação para reequilibrar as relações em favor da parte mais fraca.

A livre iniciativa do particular é assegurada, desde que não viole as atividades estatais sujeitas ao regime monopolista.

Por outro lado, o Estado do Bem-Estar assume a prestação de quase todos os serviços públicos baseados no interesse coletivo. Isso faz com que o custo do Estado seja enorme, sendo que é buscada uma alternativa para a repartição do custo social da prestação de tais serviços.

Novamente surge o mesmo problema, então existente no Estado Social: o Estado, tendo que arcar com todo o custo social decorrente da enorme proteção aos seus indivíduos, deixa de investir em pesquisa e desenvolvimento, sucateando os serviços públicos que presta, bem como perdendo para a iniciativa privada nos campos em que com ela concorre.

Isto fez com que ambos os modelos de Estado (Social e do Bem-Estar Social) acabassem por ruir, ante a ineficiência crônica dos serviços públicos, o crescente endividamento estatal, a inflação galopante e pelo peso enorme dos tributos sobre a população, o que acabou por gerar a falência desses dois modelos econômicos de Estado.

Segundo MOREIRA NETO, com a crise do modelo econômico de Estado, iniciou-se uma transformação, na qual seis fatores de transição acabaram por se destacar: quatro externos (explosão das comunicações; reavaliação da pessoa humana e emergência de seus direitos fundamentais como fundamento do Direito; democratização; e globalização) e dois internos

(ineficiência do Estado moderno; e custo excessivo do Estado moderno).

Os serviços públicos estatais estavam totalmente ineficientes, já que o poder de investimento do Estado diminuía a cada ano, sendo que o seu custo de manutenção, por outro lado, elevava a cada ano. Isso fez com que houvesse um desequilíbrio nas contas estatais, que acarreta a necessidade de mudança da abordagem econômica, de um Estado intervencionista (ou moderno) para um outro, pós-moderno (ou regulador).

Os fatores externos também inferem diretamente em tal tendência. A explosão das comunicações fez com que a informação estivesse muito mais fácil, disponível, acessível. Tal fato fez com que a distância entre os Estados diminuísse, contribuindo ainda mais com o crescente movimento da globalização.

Aliás, a globalização foi o grande motor das mudanças estatais, já que incentivou uma maior eficiência estatal, a partir do momento em que a disputa de um mercado era, agora, mundial, havendo quem diga que um grande mercado planetário estava se abrindo a todos.

A democratização também foi um fator que teve relação direta com a explosão das comunicações, já que, a partir do instante em que a informação fica mais acessível, há um maior controle social dos atos dos governos, trazendo maior transparência e legitimação a tais atos.

Dentre todos os fatores, internos e externos, com certeza a reavaliação da pessoa humana foi o mais relevante para a mudança do enfoque do modelo econômico estatal.

Isso ocorre porque, com a evolução do modelo estatal, o ser humano acabou sendo reconhecido como portador de direitos fundamentais, inerentes à sua existência, e que devem ser preservados dentre todos os outros.

Dentre os chamados “direitos fundamentais”, existe um grupo, os direitos econômicos, que foram reconhecidos e garantidos pela nova ordem estatal.

PIOVESAN explica tal fenômeno com brilhantismo, assim explanando:

“A compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda ainda que se recorra ao direito ao desenvolvimento [...]

[...]

É, assim, adotada pela Organização das Nações Unidas a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, por 146 Estados. Com um voto contrário (EUA) e 8 abstenções. Para Allan Rosas: ‘A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. [...] Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas da justiça social. [...] Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como da cooperação internacional [...]’.

O art. 2º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 consagra que: ‘A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento’. Adiciona o art. 4º da Declaração que os Estados têm o dever de adotar medidas, individualmente ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos, acrescentando que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países em desenvolvimento meios que encorajem o direito ao desenvolvimento.” (PIOVESAN, 2003, p. 63)

O direito ao desenvolvimento humano passou a ser enxergado como fundamental razão pela qual os Estados deveriam rever o seu papel, proporcionando uma maior distribuição da justiça social.

Ocorre que, para que um Estado possa investir em áreas indispensáveis ao desenvolvimento humano, deve deixar de investir em outras áreas, razão pela qual a desestatização passou a ser vista como o caminho a ser trilhado.

Esse novo Estado deve se pautar pela competição e pela eficiência, mas, nos dizeres de MOREIRA NETO, “não mais uma *competição entre Estados*, adstrita à *eficiência bélica* e à dominação dos mercados coloniais, outrora tão importantes na era das grandes potências, mas, distintamente, uma *competição entre sociedades*, muito mais voltada à *eficiência econômica*, coadjuvada pela *eficiência política* da atuação estatal nas relações internas e externas, bilaterais e multilaterais, a *eficiência administrativa*, na execução das políticas públicas e, ainda, sob outro ângulo, até mesmo uma qualificada *eficiência social*, que consiste em eliminar a exclusão econômica e em resguardar e em promover a qualidade dos bens e serviços, sejam públicos ou privados” (MOREIRA NETO, 2005, p. 102).

A desestatização passa a ser o grande caminho a ser trilhado e perseguido por meio de suas quatro vertentes: (i) a privatização; (ii) a concessão e permissão de serviços públicos; (iii) a terceirização de serviços-meio da administração; e (iv) a regulação por entes técnicos.

Assim sendo, com a desestatização, o Estado deixa de ser o de substitutivo do mercado, e passa a desempenhar um novo papel na economia, sempre baseado no binômio *eficiência-competitividade*.

O novo Estado acaba assumindo o papel de: (i) regulador dos mercados; (ii) fomentador econômico; (iii) alocador de recursos; e (iv) parceiro econômico.

III – A DESAGREGAÇÃO NA REGULAÇÃO

Conforme já demonstrado, houve uma necessidade do Estado brasileiro em passar à iniciativa privada a prestação de serviços públicos, ante a impossibilidade de manutenção da estrutura demandada pelo Estado do Bem-Estar Social.

Soma-se a isso o fato de que não podia o Estado efetuar novos investimentos nos serviços por ele prestados, sem o comprometimento de sua própria manutenção, razão pela qual a desestatização acabou sendo inevitável.

Ocorre que o Estado era detentor de verdadeiros monopólios naturais, nos quais o custo para ingresso de um novo concorrente é muito alto, ante o necessário investimento inicial. Isto faz com que uma só empresa possa produzir toda a quantidade procurada com custos menores do que duas ou mais empresas.

Tal situação fica bem clara em setores que necessitam de uma grande infra-estrutura básica para a prestação do serviço,

como no caso da telefonia fixa e da energia elétrica, por exemplo.

Assim, em tais setores, acaba sendo inviável a construção de uma nova rede de infra-estrutura (seja por motivos econômicos, urbanísticos ou outros), mas, mesmo assim, a competição entre diversos *players* no setor deve existir.

Ressalte-se que, no exemplo da telefonia móvel, por exemplo, não basta à operadora a criação de uma rede própria, mas também é necessária a permissão do seu acesso às demais redes, tanto de telefonia móvel, quanto à fixa. Isto porque um consumidor – ao adquirir um aparelho celular – não o faz para ter direito de efetuar e receber ligações apenas com aparelhos da mesma operadora, mas sim para acessar os consumidores das demais operadoras de telefonia, móvel e fixa.

Outro fato que deve ser ressaltado é que, nestes setores em que há monopólio natural, existe uma clara verticalização da cadeia, ou seja, a detentora do monopólio, muitas vezes, possui sua própria rede de produção, de transporte, de distribuição e de comercialização do bem ao seu usuário.

MARTINEZ (1997), ao comentar a verticalização da cadeia, assim se manifesta:

“A partir da teoria do monopólio natural o crescimento de uma empresa gestora de um serviço público se produziu em todas as áreas possíveis. Se a situação economicamente ótima – se pensava – é aquela em que uma empresa ocupa ‘todo’ o setor, é lógico que alcance também ‘todos’ os subsetores. O monopolista tende por natureza à integração de atividades, já que a dependência de um ou vários fornecedores externos poderia gerar pontos fracos na sua fortaleza. Em suma, o que no livre mercado se fragmentaria, no serviço público monopolizado forma um bloco monolítico, que afeta todos os aspectos de geração de novas prestações, produção de equipamentos, comercialização, etc.”

Outra observação que deve ser feita, ante de prosseguir, é que os mercados de monopólio natural estão concentrados, basicamente, em serviços públicos que eram prestados de forma direta para o Estado, mas que, em sua grande maioria, acabaram por passar para as mãos dos particulares, por razões já expostas.

Ocorre que a potencialidade de concorrência nos chamados “serviços públicos” é o que vai diferenciar o regime regulatório de cada setor. É a chamada assimetria regulatória, na qual as atividades mais sujeitas à concorrência acabam por sofrer um regime regulatório mais aberto, enquanto que as demais acabam por permanecer em um regime tendentemente monopolista, sob forte regulação estatal.

Este é, sem sombra de dúvida, o maior desafio do regulador em qualquer lugar do mundo: assegurar a competição em setores de monopólio natural.

Um primeiro passo é a garantia do livre acesso de todos os competidores às estruturas essenciais (*essential facilities*), nos casos de monopólio natural, mesmo que tais estruturas pertençam a um dos concorrentes.

Para que o conceito de compartilhamento das redes de infra-estrutura seja bem entendido, antes se faz necessário diferenciar o serviço público prestado da infra-estrutura propriamente dita.

A infra-estrutura é construída, normalmente, por meio de redes, para que, por meio delas, o serviço público seja prestado. Em mercados de monopólio natural, especialmente, tal infra-estrutura é muito vultosa, com redes complexas, fazendo com que os custos para criação de uma nova infra-estrutura sejam um desestímulo à competição.

Mais do que isso. Em tais mercados, as redes de telefonia, ou energia elétrica, por exemplo, ficam expostas, com fios aéreos, sendo que sua duplicação gera, obrigatoriamente, poluição visual, a qual deve ser evitada.

Assim sendo, o compartilhamento das redes de infra-estrutura acaba sendo obrigatório para que haja competição em tais mercados. Assim sendo, haveria a competição na prestação do serviço público, mas a gestão da infra-estrutura permaneceria com um único *player*. Neste mesmo sentido se manifesta ARAGÃO (2005):

“Se a restrição ou mesmo a ausência de concorrência na gestão das infra-estruturas é compreensível em razão do alto custo da sua gestão, aperfeiçoamento e ampliação, assim como da impossibilidade ou irracionalidade técnica, urbanística e econômica de sua duplicação, a mesma *ratio* não se aplica à prestação dos serviços públicos, salvo, naturalmente, naqueles sujeitos a obrigações de universalidade, em que a necessidade de prestações deficitárias pode justificar restrições à concorrência para que o serviço seja como um todo viabilizado.”

Esta teoria é chamada de *Third Party Access*, na qual há a obrigação do titular da gestão da rede para terceiros prestadores de serviços, já que o acesso à rede é o acesso ao mercado.

Mesmo assim há casos em que a gestora da rede permite o acesso apenas para a prestação dos seus próprios serviços, ou apenas a integrantes do grupo econômico a que pertence. Nestes casos, a figura do regulador se torna mais necessária.

Por outro lado, há quem defenda que os agentes econômicos não são obrigados a negociar com os seus concorrentes, não sendo obrigados a fornecer o acesso aos seus insumos essenciais, como a rede de infra-estrutura. Tal argumento é baseado no princípio da livre iniciativa.

Ocorre que, em certas situações, o princípio da livre iniciativa deve ser mitigado, maximizando a aplicação de outros princípios, também da ordem econômica, como o da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Assim sendo, para que haja a exceção do princípio da livre iniciativa neste caso, criou-se a Teoria das Instalações Essenciais (*Essential Facilities Doctrine*), a qual deve ser aplicada quando presentes cinco requisitos: i) controle da instalação essencial; ii) essencialidade da instalação; iii) restrição da concorrência; iv) viabilidade de acesso; e v) preço razoável.

Por controle da instalação essencial se entende que a Teoria das Instalações Essenciais só pode ser aplicada nos casos de monopólio (recusa unilateral), de oligopólio (recusas combinadas) ou em que é negado acesso apenas a um *player*, em detrimento dos demais (recusas arbitrárias).

Já a essencialidade da instalação é auferida pela impossibilidade econômica, jurídica ou fática do concorrente empreender a sua própria instalação. Ressalte-se que o insumo não precisa ser indispensável: basta que seu controle carregue consigo o poder de eliminar a concorrência.

A restrição da concorrência está configurada pela recusa pelo titular da rede do acesso à rede por um dos concorrentes.

O quarto requisito, viabilidade de acesso, é auferido pela possibilidade técnica de acesso à rede pelo concorrente. Neste caso, deve se destacar que nos casos em que há restrições físicas que limitam o acesso a um determinado insumo (como,

por exemplo, o volume de determinado duto), o acesso pode ser restringido, desde que de forma equânime entre os diversos concorrentes.

O quinto e último requisito para aplicação da Teoria das Instalações Essenciais é o preço razoável. Assim sendo, o gestor da rede deve cobrar um preço que não seja tão alto a ponto de restringir a competição, nem tampouco tão baixo a ponto de que não o remunere satisfatoriamente. Assim sendo, o preço deve ser fixado de tal forma que cubra os custos de gestão da infra-estrutura, bem como traga alguma parcela de lucro, permitindo que sejam efetuados novos investimentos na infra-estrutura.

Assim sendo, todas as vezes que os cinco requisitos estiverem presentes, o regulador deve aplicar a Teoria das Instalações Essenciais, obrigando o gestor da infra-estrutura a permitir o acesso dos demais concorrentes à rede.

Todavia, em muitos casos, a obrigatoriedade do compartilhamento não é suficiente para estimular a competição. Isto porque, muitas vezes, o gestor de infra-estrutura também é um concorrente no mercado, razão pela qual fixa preços de acesso abusivos, ou dá subsídios para os integrantes do seu grupo econômico, em detrimento dos demais concorrentes.

Tais subterfúgios para evitar o compartilhamento já foram observados pelo próprio CADE, como no Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19 (Processo Administrativo nº 53500,005770/2002), no qual o Dr. Conselheiro-Relator assim se manifestou:

“As formas pelas quais a empresa integrada (que atua nos mercados *upstream* e *downstream*, ou mercados de origem e alvo, respectivamente) exerce, de maneira abusiva, esse poder de mercado podem variar. As práticas mais comuns acontecem via preços, discriminando em detrimento das empresas rivais, num momento que pode ser considerado predatório. Dentre os exemplos podem ser citados, além da discriminação pura e simples, subsídios cruzados, *prize squeezing* e preços excessivos. Mas as condutas também podem tomar a forma de negação de oferta de acesso aos concorrentes, ou de pelo menos limitá-lo em termos de quantidade e qualidade (Ofel, 2000). Na literatura econômica, o conjunto de condutas anticompetitivas presente no caso de integração vertical com insumos essenciais recebe o nome geral de *raising rivals cost* ou ‘elevando o custo dos rivais’. Uma agenda de pesquisa relativamente extensa tem explorado esse tema nos últimos anos, aplicada sobretudo aos setores de comunicações, energia, informática e transportes.”

Fica claro que a determinação do compartilhamento das redes de infra-estrutura não é, por si só, suficiente e eficiente, vez que a detentora da estrutura essencial, ante sua verticalização, pode manipular os instrumentos econômicos, fazendo com que a concorrência seja inviável. Assim sendo, outros instrumentos regulatórios, como a desagregação, devem ser utilizados.

ARAGÃO, ao discorrer sobre a desagregação (por ele traduzido por desverticalização), assim se manifesta:

“A desverticalização (*unbundling* – livremente ‘desempacotar’) ou desintegração vertical busca coibir a concentração nas atividades de um mesmo setor. Para evitar a integração vertical podem ser adotadas diversas posturas regulatórias desconcentradoras, de simples desconcentração contábil à desconcentração societária, passando pela desconcentração jurídica [...]”

Ou seja, a fim de garantir a concorrência de determinado setor, o regulador pode determinar a quebra da cadeia verticalizada, por meio de três tipos de medidas desconcentradoras: contábil, jurídica e societária.

ARAGÃO explica estes três instrumentos da seguinte maneira:

“Desconcentração Contábil, pela qual, ainda que várias fases do ciclo econômico sejam exploradas pela mesma empresa, impõe-se que, pelo menos, haja uma contabilidade distinta para cada uma delas, coibindo-se subsídios cruzados dentro do mesmo setor. Tal separação contábil deve ser apta para constatar a eventual existência de tarifas não equânimes, práticas discriminatórias ou mesmo subvenções internas (*cross-subsidizing*). A proibição de subvenções internas (ou pelo menos a transparência na sua concessão) deriva do princípio com base no qual as empresas de serviço público devem ser geridas com base nos princípios válidos para as sociedades comerciais, salvo os vínculos próprios do caráter público do serviço.

Desconcentração Jurídica, chegando-se a impor que a mesma pessoa jurídica não explore mais de uma fase do ciclo econômico do setor, o que, naturalmente, acarreta também na desconcentração contábil, mas não chega a exigir que as diversas empresas não pertençam ao mesmo grupo econômico.

Desconcentração Societária, por força da qual, mediante um controle das estruturas, o mesmo grupo econômico não pode concentrar mais de uma etapa do ciclo econômico do serviço público, evitando-se, por exemplo, que empresas de um mesmo grupo sejam geradoras, distribuidoras e comercializadoras de energia elétrica. Esta medida pode ser implementada tanto *a posteriori*, determinando a cisão ou a venda de participações societárias de concentrações já existentes, como *a priori*, o que é mais aconselhável, através de normas que restrinjam a aquisição de capital acionário de empresas pertencentes ao mesmo setor, a participação em licitações ou a outorga de autorizações a empresas pertencentes a grupos econômicos que já pertençam ao setor.”

Assim, fica claro que pode ser determinada uma mera separação contábil, ou uma separação contábil e de gestão ou, ainda, uma separação jurídica, sendo que tais níveis de intervenção deverão, sempre, obedecer ao princípio da proporcionalidade.

A desagregação permite ao regulador identificar, com maior facilidade, eventual abuso do poder econômico, podendo, prontamente, reprimi-lo.

IV – A DESAGREGAÇÃO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Em uma primeira análise, poderia se concluir que a desagregação, como instrumento da política regulatória, só teria aplicabilidade em mercados de monopólio natural, em que houvesse problemas de acesso às estruturas essenciais (*essential facilities*).

Todavia, o mercado de saúde suplementar no Brasil possui características *sui generis*, que o diferenciam de um mercado privado, aproximando-o de um mercado com infra-estrutura essencial.

Quando da edição da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, conhecida como a Lei dos Planos de Saúde – LPS, uma das

primeiras preocupações do legislador foi acabar com uma das maiores falhas de mercado: a diferenciação do produto comercializado.

Assim sendo, a LPS previu que todos os planos comercializados pelas operadoras de planos de saúde deveriam obedecer a um mínimo, cobrindo todos os eventos (consultas, exames e internações) decorrentes das doenças listadas na Classificação Internacional de Doenças – CID 10.

Isto trouxe uma grande homogeneização dos produtos comercializados, sendo que o diferencial dos planos acabou residindo na rede prestadora de cada operadora e na qualidade do serviço de cada prestador.

Para a prestação do serviço de saúde suplementar, é indispensável a constituição de uma rede assistencial mínima. Aliás, este é um dos requisitos essenciais para que uma nova operadora obtenha a indispensável “Autorização de Funcionamento” da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, permitindo o início de suas atividades.

Por rede assistencial mínima, deve ser entendido o número necessário de hospitais, clínicas, laboratórios e médicos para atender aos seus futuros consumidores dentro da base territorial delimitada pela nova operadora.

Antes de prosseguir, mister se faz prestar um esclarecimento: a atividade de operação de planos de saúde suplementar é uma atividade financeira, e não-assistencial. Isto porque, apesar da finalidade do serviço prestado ser a prestação de serviço médico-hospitalar, a atividade é financeira, vez que a operadora cobra um valor de seus associados para, com o valor recolhido, gerir os custos de sua atividade.

Aliás, o sistema da maioria dos planos de saúde é de repartição simples, o qual só se sustenta enquanto existir muitas pessoas pagando o plano, mas poucas se utilizando do mesmo.

Por tal razão que a ANS entendeu que o mercado precisava de maior segurança, de maior solvência. Assim sendo, logo no início da regulação, criou a necessidade das operadoras constituírem certas provisões, cobrindo os riscos de insolvência do seu mercado.

Todavia, como havia, também, a existência de um risco assistencial, a ANS permitiu que as operadoras utilizassem para o cômputo dos valores necessários à cobertura de certas provisões, o valor dos imóveis de rede hospitalar própria que possuíssem.

Se, até então, as operadoras compravam ou construíam hospitais para diminuir os seus custos, com a edição de tal normativo pela ANS, passaram a investir, cada vez mais, em rede própria, criando, em algumas localidades, monopólios de certas atividades médicas nas mãos de poucas operadoras.

Além disso, existiam algumas localidades em que a operadora utilizava sua posição de predominância econômica para exigir a exclusividade do prestador, acabando com a concorrência do setor.

Para facilitar um pouco a análise, o presente estudo será desmembrado entre a rede médica e a rede dos demais prestadores, para, posteriormente, ser efetuada uma única conclusão.

IV.1 – Arede médica

Conforme já asseverado, a atividade de planos de saúde não se restringe, apenas, às operadoras. A cadeia produtiva se estende a hospitais, laboratórios, fábricas de remédios e insumos e, obviamente, aos médicos.

Nas cidades do interior do País, considerando que, antigamente, o mercado de prestação de serviços médico-hospitalares particulares não possuía muita demanda, havendo a predominância pelos serviços públicos de saúde, os médicos acabaram por criar cooperativas de trabalho, baseadas no espírito cooperativista entre os seus integrantes.

Tais cooperativas acabaram por se estruturar e, tal como as demais empresas de “planos de saúde”, acabaram por oferecer ao mercado o seu produto.

A diferença entre as cooperativas e as demais operadoras de planos de saúde está, basicamente, em seu nascimento. Isto porque, enquanto as cooperativas surgiram pela união dos médicos, especialmente no interior do País, as demais operadoras surgiram da necessidade das empresas (normalmente concentradas em grandes centros urbanos) em oferecer aos seus empregados um sistema de saúde melhor que o público, que atuasse também de forma preventiva.

Ou seja, enquanto que o foco das demais operadoras de planos de saúde era, basicamente, o plano coletivo empresarial, as cooperativas ofereciam planos individuais e familiares.

Essa diferença fez com que o mercado da saúde suplementar no interior do País ficasse concentrado nas mãos de tais cooperativas, que acabaram adquirindo poder econômico.

Assim sendo, utilizando-se de tal poder econômico, as cooperativas – cujo maior expoente no Brasil é, sem sombra de dúvida, o sistema Unimed – criaram regras de unimilitância, impedindo que seus cooperados prestassem serviços para as demais operadoras.

Tal conduta acabou por consolidar o poder das Unimed's no interior do País, vez que a entrada de um novo concorrente no mercado era, praticamente, impossível, vez que o entrante não conseguiria credenciar nenhum médico sequer para seu produto.

Ressalte-se que a consequência para um médico que se associasse a outro plano de saúde era a imediata exclusão dos quadros da Unimed.

Assim sendo, pelo impedimento do acesso dos novos concorrentes às fontes de insumos (profissionais médicos), as cooperativas integrantes do sistema Unimed acabavam por dificultar o seu funcionamento e desenvolvimento, não existindo a livre competição no mercado.

Todavia, com o advento da regulação, tal conduta acabou por ser expressamente vedada pela Lei. Além disso, o Cade, por meio de reiteradas decisões, entendeu que a cláusula de unimilitância prevista nos estatutos sociais das cooperativas do sistema Unimed configurava abuso de poder econômico, dificultando a concorrência, determinando a retirada de tal cláusula, bem como impondo multa aos denunciados.

Mesmo com a repressão pela ANS e pelo Cade quanto à unimilitância, algumas cooperativas resistiam à regulação, tentando criar subterfúgios para não permitir o credenciamento de seus médicos por outras operadoras.

Um dos subterfúgios utilizados foi o de permitir o credenciamento, mas determinar que o cooperado credenciado a outra operadora seria remunerado de forma diversa dos demais.

Em uma cooperativa, o lucro (ou receita operacional líquida) é repartido entre os seus cooperados. Assim sendo, a receita com o pagamento das mensalidades, deduzidos os custos para operação, são repartidos entre todos os cooperados, proporcionalmente ao tempo de trabalho prestado pelo cooperado à cooperativa.

Ao criar outra forma de remuneração para o cooperado que prestasse serviço à outra operadora, a cooperativa acabava fazendo com que o valor dos honorários recebidos pelo “dissidente” fosse inferior ao pago a outro cooperado que prestasse o mesmo tempo de trabalho do que ele.

O Cade, tão logo cientificado de tal subterfúgio, classificou-o como também sendo unimilitância, determinando a alteração de tal cláusula, bem como impondo multa ao infrator (Processo Administrativo nº 08012.001847/00-49).

Assim sendo, devido à regulação exercida no mercado pelo Cade (e também pela ANS), a unimilitância acabou sendo, praticamente, extinta na saúde suplementar. Todavia, este não era o único meio de limitação da concorrência.

IV.II – Rede hospitalar

Antes de tudo, deve ser ressaltado que – neste capítulo, quando se falar em rede hospitalar – deve ser entendido como rede hospitalar e laboratorial. Isto porque, tudo o que for dito em relação a um, aplica-se ao outro. Assim sendo, estará se utilizando a expressão rede hospitalar como sendo toda infra-estrutura fixa (hospitais, laboratórios e clínicas especializadas) necessária à prestação assistencial.

Conforme já ressaltado, o serviço de saúde suplementar consiste numa prestação assistencial de serviços médico-hospitalares, pelo qual o consumidor arca, tão-somente, com uma parcela fixa mensalmente.

Os insumos essenciais em tal mercado são a rede médica e a rede hospitalar.

Conforme já visto, a regulação impôs às operadoras que houvesse um amplo acesso à rede de médicos prestadores, proibindo a existência de cláusulas de exclusividade na prestação do serviço. Ocorre que tal proibição não foi ampliada para a rede hospitalar.

Devido à necessidade de baratear seus custos, bem como frente aos incentivos dados pela ANS no início da regulação, quase todas as operadoras de planos de saúde investiram na aquisição e construção de rede hospitalar.

Isto fez com que as operadoras acabassem por verticalizar as suas operações, atuando tanto no mercado de saúde suplementar (no mercado alvo – *downstream*), quanto no mercado de prestação de serviços de saúde para outras pessoas (mercado de origem – *upstream*).

Ocorre que tal verticalização acabou por criar outros problemas à livre concorrência que não foram anteriormente previstos pelo regulador.

Principalmente no interior do País, em que há a carência de hospitais particulares, a grande maioria dos poucos que existem pertencem às operadoras de planos de saúde, os quais acabam por utilizar tal poder econômico para prejudicar a livre concorrência.

O exemplo que podemos utilizar para ilustrar esta situação é o da cidade de Taubaté, localizada no Vale do Paraíba, interior do Estado de São Paulo.

Taubaté é uma cidade de pouco mais do que duzentos e setenta e cinco mil habitantes, dos quais – segundo dados da ANS – 83.776 (ou 30% dos habitantes) possuem planos de saúde. Além disso, tal cidade possui três hospitais, sendo dois públicos (Fundação Hospital Universitário de Taubaté e Hospital Regional do Vale do Paraíba) e um particular (Hospital São Lucas).

Ressalte-se que o único hospital particular pertence a uma operadora de plano de saúde, mais precisamente, a Unimed de Taubaté Cooperativa de Trabalho Médico. Outro dado que deve ser trazido é que a Unimed Taubaté possui 40.627 consumidores, ou seja, 48% do mercado.

Apesar de existirem três hospitais na cidade, apenas dois possuem maternidade, sendo que apenas o Hospital São Lucas possui serviço de UTI Neonatal.

Assim sendo, o Hospital de propriedade da Unimed Taubaté é o único na cidade que possui UTI Neonatal, tendo o monopólio de tal serviço.

Todavia, o acesso a tal infra-estrutura essencial é restringido pela Unimed Taubaté, vez que basicamente apenas os consumidores de seus planos de saúde é que podem usufruir tal essencialidade.

Diz-se, basicamente, que a Unimed Taubaté permite, além de seus consumidores, que clientes particulares, bem como consumidores de alguns poucos outros Planos de Saúde, utilizem o Hospital São Lucas.

Aliás, a forma pela qual a Unimed Taubaté escolhe os demais planos de saúde que podem credenciar o Hospital São Lucas é bem simples: permite apenas aqueles planos que não concorram de forma direta com a Unimed.

Isto porque os poucos planos de saúde que são permitidos no Hospital São Lucas, além do plano da Unimed, são os de operadoras classificadas como autogestões (nas quais o grupo de consumidores é fechado, não podendo haver comercialização fora de tal grupo, como uma empresa – v.g. o plano de saúde da Embraer e da Petrobrás – ambos aceitos no Hospital São Lucas) e uma única seguradora, que só comercializa planos coletivos.

Dessa forma, fica claro que, na cidade de Taubaté, a Unimed Taubaté abusa do seu poder econômico, advindo de proprietária do único hospital particular da cidade (e da única UTI Neonatal), prejudicando a concorrência ao vedar o credenciamento de seu hospital a outras operadoras de planos de saúde.

A realidade espelhada no exemplo de Taubaté é repetida pelo interior do Brasil, merecendo ser coibida.

Isto porque uma operadora pode acabar abusando de seu poder econômico, fazendo com que sua cadeia verticalizada acabe com a concorrência em determinada região, vez que, monopolizando a rede prestadora, evita a concessão de autorização de funcionamento às suas concorrentes.

Os instrumentos da desagregação, no presente caso, seriam mais do que adequados para o mercado de saúde suplementar, não só na hipótese da região com poucos concorrentes, mas também nos grandes centros urbanos. Isto porque, nos grandes centros urbanos, como há uma pluralidade de prestadores, os hospitais e laboratórios de uma operadora devem prestar serviços para as demais, a fim de garantir a sua manutenção.

Uma operadora, por exemplo, poderia ser obrigada a efetuar a escrituração contábil de seu negócio com planos de saúde de forma separada da escrituração contábil de seu hospital. Isto faria com que o regulador pudesse antever problemas com a solvência do plano comercializado que, às vezes, poderia ser mascarado com um lucro obtido com a exploração econômica de seu hospital.

O contrário, aliás, ocorre com alguns planos de saúde, comercializados por Santas Casas de Misericórdia, cuja escrituração contábil, de forma conjunta, faz com que o plano de saúde se mostre, muitas vezes, deficitário (apto a ensejar uma intervenção da ANS, ou a sua liquidação), quando, na verdade, o déficit decorre apenas da atividade hospitalar.

Além disso, a desconcentração contábil permite a verificação se há algum tipo de subsídio cruzado concedido pela operadora, que prejudicaria a concorrência.

Já a desconcentração jurídica poderia ser utilizada, por exemplo, para evitar que a gestão direta de um determinado prestador por certa operadora prejudicasse seu concorrente, seja com a burocratização excessiva na admissão, seja por meio da demora no atendimento assistencial ou na marcação de consultas ou exames.

Quando há a separação da gestão administrativa do prestador da operadora que a possuía, isto faz com que o acesso ao serviço seja equilibrado entre os demais concorrentes, vez que o prestador buscaria, muito mais, obter lucro em sua atividade, do que privilegiar certo concorrente em detrimento dos demais.

A desconcentração societária, por sua vez, seria extremamente importante para evitar o risco sistêmico que pode advir da quebra de uma determinada operadora. Isto porque, muitas vezes, uma operadora possui um plano extremamente desequilibrado, o que acarreta que, quando da decretação de sua liquidação extrajudicial, suas demais atividades como prestador – às vezes lucrativas – sejam, também, terminadas.

A possibilidade de desconcentração societária faria com que o regulador, antevendo a insolvência de certa operadora, determine que ela alienasse sua rede prestadora própria a outros concorrentes – ou a terceiros – fazendo com que houvesse uma continuidade assistencial, sem prejuízo aos consumidores.

Todavia, apesar da possibilidade de aplicação da desagregação ao mercado de saúde suplementar, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – entidade reguladora de tal setor, ainda não a previu em seus normativos, o que pode gerar futuros prejuízos aos consumidores, como o já acontecido na cidade de Recife, na qual a quebra de uma determinada operadora (ADMED) quase causou o colapso de todo o mercado de saúde suplementar de tal cidade.

V – CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trazer alguns comentários sobre as peculiaridades do mercado de saúde suplementar no Brasil, que acabam por fazê-lo se aproximar da realidade dos mercados em que há monopólio natural.

A verticalização do mercado de saúde suplementar é uma realidade no Brasil. As operadoras buscam ter rede própria de prestadores de serviços, seja para baratear seus custos, seja para conseguir benefícios junto ao órgão regulador, seja para auferir lucro com tal atividade.

Todavia, a possibilidade e o incentivo à verticalização do mercado de saúde suplementar acaba gerando situações em que a concorrência do mercado acaba sendo afetada, seja no interior do País, seja nos grandes centros urbanos, mas por diferentes motivos.

Ante tal realidade, ao regulador de tal mercado devem ser dadas as ferramentas necessárias a possibilitar a quebra de tal cadeia, sempre pautada pelo princípio da proporcionalidade.

A desagregação, por meio da determinação de desconcentração de uma operadora, seja contábil, seja jurídica, seja societária, é um instrumento da política regulatória que deve ser transposto para o mercado de saúde suplementar, não podendo a ANS permanecer passiva, ante o risco sistêmico que tal conduta pode gerar.

VI – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. Atlas Econômico-Financeiro da Saúde Suplementar 2005. Rio de Janeiro: ANS, 2006.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. Anuário ANS – aspectos econômico-financeiros das operadoras de planos de saúde 2005. Rio de Janeiro: ANS, 2006.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. Resolução de Diretoria Colegiada nº 22, de 30 de maio de 2000. Cria instrumentos para acompanhamento econômico-financeiro das Operadoras. Diário Oficial da União. Brasília, 2 jun. 2000.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. Resolução de Diretoria Colegiada nº 47, de 3 de janeiro de 2001. Dispõe sobre a liquidação extrajudicial das operadoras de planos de assistência à saúde. Diário Oficial da União. Brasília, 5 jan. 2001.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa nº 52, de 14 de novembro de 2003. Dispõe sobre os regimes especiais de direção fiscal e de direção técnica das operadoras de planos de assistência à saúde e das seguradoras

especializadas em saúde. Diário Oficial da União. Brasília, 19 nov. 2003.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa nº 81, de 2 de setembro de 2004. Altera o Regimento Interno da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 3 set. 2004.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa nº 85, de 7 de dezembro de 2004. Dispõe sobre a concessão de autorização de funcionamento das operadoras de planos de assistência à saúde, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 9 dez. 2004.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa nº 100, de 3 de junho de 2005. Altera a RN 85, de 7 de dezembro de 2004 e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 6 jun. 2005.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa nº 112, de 28 de setembro de 2005. Dispõe sobre a alienação da carteira das operadoras de planos de assistência à saúde, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 28 set. 2005.

AGÊNCIA Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa nº 124, de 31 de março de 2006. Dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União. Brasília, 3 abr. 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Serviços públicos e concorrência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005, disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20.02.2007.

ARISTÓTELES. *A política*. Introdução de Ivan Lins; Rio de Janeiro: De Ouro, 1995.

ASSOCIAÇÃO Brasileira de Normas Técnicas. *Informações e documentação – Referências – Elaboração*, NBR 6023. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

_____. *Informações e documentação – Apresentação de citações em documentos*, NBR 10520. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

_____. *Informações e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação*, NBR 14724. Rio de Janeiro: ABNT, 2001.

_____. Numeração progressiva das seções de um documento, NBR 6024. Rio de Janeiro: ABNT, 2003.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 1. ed. Brasília: Paz e Terra Política, 1989.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União. Brasília, 3 jun. 1998.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 28 jan. 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Regulação, poder estatal e controle social. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 163/172, jul./set. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do estado na economia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 99/120, jul./set. 2005.

PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos, culturais e direitos civis e políticos. São Paulo: *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, ano XXII, n. 73, nov. 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 145/162, jul./set. 2005.

ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde. Constituição. 22 de julho de 1946. Disponível em: <<http://www.onuportugal.pt/oms.pdf>>. Acesso em: 20.02.2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1995.