

Recusa de credenciar por parte de operadora de planos de saúde

As *condutas unilaterais* sempre representaram um desafio para as autoridades antitruste ao redor do globo. A controvérsia surge da dificuldade de diferenciá-las de uma natural agressividade empresarial no mercado – e que não deveria, apenas por isso, reclamar punição. A conduta, entretanto, pode representar *estratégia de fechamento de mercado*, com vistas a aquisição ou à manutenção de posição dominante, por razões distintas da eficiência econômica. Nesse caso, atrai para si preocupações concorrenciais.

Se se compara o tratamento conferido a essa espécie de condutas em jurisdições mais maduras em matéria de antitruste, como Estados Unidos e Europa, observa-se considerável disparidade de soluções. Confira, a propósito, a diferença da abordagem por eles concedidas para casos recentes, a ambos submetidos, envolvendo empresas do “Big Tech”, como *Google Shopping*, *Android* e outros. Incidem de modo decisivo, aqui, concepções subjacentes distintas acerca da própria finalidade da legislação concorrenciais, bem como da conveniência da intervenção do Estado em face de práticas econômicas com efeitos dúbios^[1].

No Brasil, a lei considera “infrações antitruste” dignas de atenção tanto *acordos entre concorrentes* quanto *condutas unilaterais*. Mas o tratamento dessas últimas condutas tem merecido cautela por parte das autoridades brasileiras, em especial se comparada com a atenção que cartéis vêm recebendo.

É possível compreender as razões para tanto. A infração, no caso, relaciona-se à ideia de existência de um *abuso de direito*, o que nunca é uma circunstância de comprovação trivial. Por outro lado, a atuação estatal não pode correr o risco de representar forma de proteção a agentes ineficientes.

Isso explica, em parte, o fato de que existe relativamente pouca jurisprudência do CADE em matéria de condutas unilaterais. Isso também explica e reforça a tendência de que muitos casos de investigação terminem com a celebração de acordos (os Termos de Compromisso de Cessação, ou TCCs), embora esse ponto tenha sido objeto de crítica recente da OCDE, em revisão da política antitruste brasileira. Se a prova do abuso de posição dominante não constitui tarefa simples, os acordos de fato podem representar uma forma de atuação estatal mais apropriada.

Poucos foram os julgados do CADE realmente representativos de uma tendência segura de compreensão de sua posição sobre o tema das condutas unilaterais. Embora já tenham ocorrido condenações substanciais na matéria (é o caso do Programa “Tô Contigo”, da Ambev, uma das maiores multas já aplicadas pela autarquia), os casos não são exatamente hábeis a indicar um entendimento definitivo sobre o tema e seus elementos. Uma exceção a essa ausência de diretrizes, no entanto, pode ser identificada.

Trata-se da Súmula n. 07/2009, publicada ainda na vigência da Lei n. 8.884/94, e que considera ilícita a chamada *cláusula de unimilitância*, constante de contratos de adesão firmados entre planos de saúde e médicos. A Súmula encontra-se redigida nos seguintes termos: “*Constitui infração contra a ordem econômica a prática, sob qualquer forma manifestada, de impedir ou criar dificuldades a que médicos cooperados prestem serviços fora do âmbito da cooperativa, caso esta detenha posição dominante*”. Esse entendimento decorreu do julgamento de inúmeros casos semelhantes, originários dos diversos estados do país, em que se observou uma mesma prática adotada em todo o território nacional por operadora de planos de saúde, claramente identificada como lesiva ao mercado concorrencial e aos consumidores.

Inibida a prática, outra conduta passa a ser identificada nos dias atuais, igualmente de forma crescente e em todo o país e no mesmo mercado. Refere-se, agora, à prática de descredenciamento de empresa prestadora de serviço de exames médicos, por parte de operadora de plano de saúde, especialmente em situação em que a operadora passa a atuar em ambos os mercados (em um movimento de “verticalização”). Essa prática, *a priori*, poderia estar enquadrada dentro dos limites do direito de contratar livremente. Entretanto, em algumas circunstâncias, ela poderá ter efeitos exclusionários de fechamento de mercado a rivais, inclusive em virtude de posição dominante detida pela operadora de plano de saúde.

O CADE já teve a oportunidade de se debruçar sobre a temática da teoria da *recusa de venda* ou *recusa de contratar*, especialmente envolvendo operadoras de planos de saúde e prestadoras de serviços médicos, como clínicas de imagem e laboratórios em três ou quatro oportunidades. Em ao menos um desses casos, foi celebrado Termo de Compromisso de Cessação. No mais recente dos casos submetidos à autoridade, o “Caso Lavras”^[2], foi analisada representação da empresa de diagnóstico de imagem contra operadora de plano de saúde, questionando descredenciamentos ocorridos em paralelo à verticalização da operadora de plano de saúde para o mercado de exames cardiológicos de imagem. Em Nota Técnica publicada no mês de julho de 2019, a Superintendência Geral determinou a instauração de Processo Administrativo.

Em comum em todos esses casos, encontra-se o descredenciamento ou a criação de restrições contratuais irrazoáveis para prestação de serviços médicos por parte de clínicas, em situações em que a operadora, em processo de verticalização, também teria passado a atuar como rival das clínicas descredenciadas. Vê-se, portanto, tratar-se de uma tendência do setor.

Se a verticalização tem constituído estratégia atual, adotada pelas operadoras de planos de saúde, *a priori*, essa prática não deveria representar um ilícito. Entre as justificativas por elas utilizadas para a prática residem exatamente fatores como a redução de custos administrativos e de monitoramento ou a harmonização de atuação entre entes distintos ao longo da cadeia de produção. Entretanto, a conduta, nesses casos, tem conduzido a severas preocupações de natureza concorrencial, não por acaso. *Há o risco de que ela esteja sendo utilizada como recurso à elevação de barreiras à entrada a rivais potenciais e, portanto, de fechamento de mercado.*



A preocupação reside exatamente na possível dominação de mercado relevante de bens e serviços, obtida por técnicas distintas da concorrência pelo mérito. Essa circunstância tem o condão de restringir a liberdade de escolha do consumidor e pode acarretar aumento de preços em virtude do controle da oferta por uma empresa dominante no mercado relevante. O esfriamento da pressão concorrencial, igualmente, acarreta a diminuição dos incentivos em inovação e melhorias no processo produtivo.

O setor de saúde suplementar é especialmente vulnerável a práticas anticoncorrenciais, por contar com falhas de mercado importantes, como assimetrias de informação e barreiras à entrada. Pode-se caminhar no sentido de se considerar práticas relacionadas à verticalização, nesse mercado, como a conduta de recusa credenciar, como a infração sucedânea da unimilitância. A conferir.

[1] CASTRO, Bruno Braz de Castro. A que(m) serve o antitruste? Eficiência e rivalidade na política concorrencial de países em desenvolvimento. Singular: São Paulo, 2019.

[2] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.002375/2018-66. Nota Técnica nº 46 (Superintendência Geral). 2019.