



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

Gabinete da Conselheira Ana Frazão



Processo Administrativo nº 08012.002381/2004-76

Representante: União Nacional de Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS

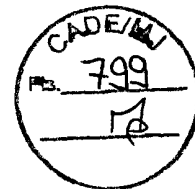
Representados: Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia, Cláudio Wanderley Luz Saab e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS.

Advogados: Fernando Mouta Moreira, Marcelo Kasawara, Wlademir Luiz de Cenço, Celson Ricardo Carvalho de Oliveira, José Luiz Toro da Silva, Daniela Geraldi Andrade, Evandro Paes Barbosa e Hildebrando Barbosa de Souza Neto.

Relatora: Conselheira Ana Frazão

EMENTA: Imposição de tabela de preços mínimos de procedimentos médico-hospitalares para o sistema de saúde suplementar. CBPHM. Movimentos de descredenciamento em massa. Previsão de sanções ético-disciplinares pela não aplicação da tabela e pela não adesão aos boicotes. Pareceres da Superintendência-Geral, da ProCADE e do MPF pela condenação da SBOT-MS e de seu presidente e pelo arquivamento em relação à UNIDAS. Voto em favor da condenação da SBOT-MS e da UNIDAS e pelo arquivamento para o Sr. Cláudio Saab. Reconhecimento de exercício regular de poder compensatório em relação a parte das condutas imputadas à SBOT. Infração à ordem econômica, prevista no art. 20, inciso I c/c art. 21, inciso II, da Lei nº 8.884/94. Imposição de multa nos termos do art. 23, inciso III, da Lei 8.884/94.

Palavras-chave: Tabela de Honorários. CBHPM. Mercado de saúde suplementar. Poder compensatório.



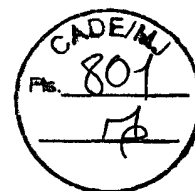
VOTO

I. DA REPRESENTAÇÃO E DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

1. Trata-se de processo administrativo instaurado pela Secretaria de Defesa de Direito Econômico em 19 de abril de 2010, em face da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia – SBOT-MS e de seu presidente, Cláudio Wanderley Luz Saab, e da União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS, para apurar suposta prática de infração à ordem econômica no mercado de saúde suplementar no Mato Grosso do Sul.
2. Nos termos de seu Estatuto Social (fl. 68-72), a SBOT- MS é uma associação sem fins lucrativos, que representa os médicos especializados em ortopedia e traumatologia em exercício no Mato Grosso do Sul.
3. De acordo com a representação do Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à saúde – CIEFAS (atual UNIDAS), a SBOT-MS teria organizado movimentos de paralisação em massa, que levaram à suspensão dos atendimentos aos usuários das organizações de autogestão pelos ortopedistas e clínicas de ortopedia. Assim, a partir do 16.05.2003, os beneficiários das operadoras de planos de saúde filiadas à UNIDAS passaram a ser atendidos unicamente pelo sistema de reembolso.
4. Segundo a UNIDAS, ante a intransigência da SBOT, não teria sido possível chegar a um acordo, mesmo após as inúmeras tentativas de conciliação, de forma que os médicos, sob orientação da referida sociedade de especialidade, passaram a denunciar unilateralmente os contratos de prestação de serviços como forma de pressionar as OPSs a atenderem integralmente suas reivindicações, dentre as quais se incluíam: (i) a adoção da Lista de Procedimentos Médicos – LMP 1996, elaborada pela Associação Médica Brasileira e (ii) a implementação de reajuste de 83,43% sobre a referida tabela, correspondente ao IGPM acumulado no período de julho/96 a março/2003. Posteriormente, a SBOT teria passado a exigir que fosse implantada a CBHPM.



5. Ainda nos termos da representação, os médicos estariam sendo coagidos a aderir ao movimento, sob pena de sofrerem sanções ético-disciplinares pelo Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul.
6. Acompanharam a denúncia diversos documentos, dentre os quais se destacam:
 - (i) Ata da assembleia geral da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia – MS, que elegeu o representado Cláudio Wanderley Saab como presidente; (fl.77-78);
 - (ii) Carta encaminhada ao CIEFAS (atual UNIDAS) pela SBOT-MS em 20 de março de 2003, informando-o de que, caso não fosse implementado o reajuste pretendido pelos médicos ortopedistas e traumatologistas em 15 dias, haveria a suspensão nos atendimentos aos usuários das OPSs filiadas ao CIEFAS;
 - (iii) Carta remetida à UNIDAS em 10 de abril de 2003, que resume as reivindicações da SBOT-MS, quais sejam, a implantação da Tabela AMB 1996 e a incidência do reajuste de 83,46%, relativo ao IGPM acumulado de julho/96 a março/2003;
 - (i) Contraproposta apresentada pela UNIDAS, comunicando a SBOT da impossibilidade de atender às suas reivindicações e propondo que fosse implementado reajuste de 30% sobre o referencial de preços em vigor, além do aumento do valor pago pela taxa da sala de gesso de R\$ 21,60 para R\$ 40,00;
 - (ii) Comunicado da SBOT-MS, de 16 de maio de 2003, à UNIDAS, esclarecendo que, em razão da resistência em substituir a tabela CIEFAS pela tabela AMB/1996, as clínicas de ortopedia iriam proceder ao descredenciamento das operadoras de planos de saúde filiadas à UNIDAS;
 - (iii) Carta de 6 de junho de 2003 encaminhada à UNIDAS, reiterando que, por não terem sido atendidas as reivindicações da categoria relativas aos honorários médicos, haveria a suspensão nos atendimentos de usuários das OPSs vinculadas à UNIDAS;
 - (iv) Ofício encaminhado ao Ministério Público do Mato Grosso do Sul pela SBOT-MS, informando o órgão da suspensão nos atendimentos e solicitando sua interveniência para a solução do impasse;



- (v) Ata da reunião realizada no dia 21 de julho de 2003 na Promotoria de Justiça da Defesa do Consumidor em Campo Grande, em que foi discutida a questão dos reajustes dos honorários médicos praticados pela UNIDAS;
 - (vi) Comunicado da SBOT-MS de 06 de agosto de 2003, esclarecendo que, em razão de não ter sido possível chegar ao acordo pretendido, as clínicas de ortopedia e traumatologia iriam deixar de prestar serviços médicos à UNIDAS;
 - (vii) Informativo aos Ortopedistas do Brasil de 07 de janeiro de 2004, em que o Conselho Nacional de Defesa Profissional da SBOT-MS alertava os médicos de que a adoção de remuneração abaixo da CBHPM constituía infração ética, passível de denúncia ao Conselho Regional de Medicina;
 - (viii) Comunicado da SBOT-MS de fevereiro de 2004, notificando os ortopedistas para que deixassem de prestar atendimentos a diversos planos de saúde, sob pena de infração ética, e solicitando que médicos dissidentes fossem denunciados à SBOT-MS;
7. Em 06 de abril de 2004, a Secretaria de Direito Econômico decidiu instaurar averiguação preliminar, por entender que não havia indícios nos autos que justificassem a pronta instauração de processo administrativo. Segundo a SDE, embora houvessem elementos que permitiam inferir que a SBOT-MS estaria interferindo nos mecanismos de formação de preços, a dinâmica de negociação nesse mercado exigiria uma análise mais cuidadosa da conduta denunciada, para verificar se, de fato, a prática poderia produzir danos à concorrência. Isso porque a negociação nesse mercado se dava entre representantes com considerável poder de barganha – entidade representativa da classe médica e representante das operadoras de planos de assistência à saúde –, de modo que a intervenção em apenas um dos lados, nos termos da nota técnica, poderia ocasionar um desequilíbrio, cujas proporções deveriam ser analisadas por meio de prévia instrução.
8. Após a instauração da Averiguação Preliminar, a SDE notificou os representados para a apresentação de esclarecimentos sobre a conduta em investigação, nos termos do §1º do art. 30 da Lei n.º 8.884/94.

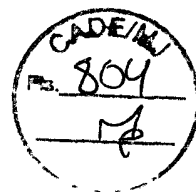


9. Em primeiro lugar, a SBOT-MS destacou a ilegitimidade passiva de seu presidente Cláudio Saab, sob o argumento de que este não teria feito nada “por ato próprio e por decisão pessoal”, mas unicamente como representante da SBOT. No mérito, a SBOT negou que sua conduta pudesse ser enquadrada como “cartel”, pois apenas estaria lutando pela remuneração profissional justa e digna, prática amparada pelo próprio Código de Ética Médica, que veda a remuneração por preços vis. Ressaltou, ainda, que os descredenciamentos teriam ocorrido em razão da resistência das OPSs em implementar os reajustes pretendidos, tendo sido, inclusive, homologados pelo Conselho Regional de Medicina.
10. Após os esclarecimentos prestados pelo representado, foram juntados aos autos: (i) informativo da Comissão Nacional da Implantação da CBHPM intitulado “Mobilização”, que descrevia a proposta da UNIDAS nacional e o estágio da implantação da CBHPM em vários estados brasileiros; (ii) ata da assembleia geral realizada em 25 de julho de 2003, em que, dentre outras coisas, o presidente da SBOT-MS reiterou que haveria o descredenciamento em massa dos planos de saúde a partir do dia 06.08.2003 e (iii) comunicado da SBOT-MS à SBOT nacional, relatando todo o processo negocial com as OPSs durante o ano de 2003.
11. Em maio de 2004, o DPDE encaminhou ofícios ao CRM-MS e à SBOT-MS, solicitando a relação nominal dos médicos ortopedistas e traumatologistas credenciados naquele Conselho e associados à SBOT.
12. Em resposta, o CRM-MS (fl. 145-147) informou que havia 107 médicos inscritos em ortopedia e traumatologia, enquanto a SBOT/MS afirmou que contava com 104 médicos associados.
13. Às fls. 149-166, a SBOT-MS juntou aos autos diversos documentos, que, segundo a associação, seriam importantes para a correta interpretação dos fatos denunciados na representação, quais sejam: (i) cópia de sentença em mandado de segurança que tornou nula a decisão do CADE contra a Associação Médica de Mato Grosso do Sul, por fatos semelhantes aos ora analisados¹; (ii) Informativo intitulado “Mobilização – MS”, assinado pela Comissão Estadual de Honorários Médicos, que dispõe sobre a CBHPM, bem como sobre a proposta de descredenciamento coletivo, caso não fosse implantada a lista; (iii) notícias que

¹ MS 2002.14122-2, Juíza Federal Isa Tania Cantão Barão Pessoa da Costa, DJe 02.12.2003.



- descrevem a mobilização da SBOT na implantação da CBHPM e (iv) notícia divulgando a campanha publicitária “Meu trabalho tem valor. Sou médico” promovida pelas entidades médicas nacionais.
14. A instrução incluiu ainda o envio de ofício à SBOT-MS, solicitando esclarecimentos sobre os produtos e serviços oferecidos por ela e os preços cobrados, assim como sobre sua participação de mercado e sobre sua relação com a UNIDAS.
 15. Em resposta (fl. 180), a SBOT afirmou que não disponibiliza serviço ou produto na área de saúde e, portanto, não mantém contrato de credenciamento com as operadoras de saúde, de forma que as demais questões teriam ficado prejudicadas.
 16. No curso da instrução da Averiguação Preliminar, o DPDE solicitou também que fosse apresentada cópia integral da 7ª Pesquisa Nacional da Unidas, desenvolvida em parceria com a Datafolha. (fl.181). A referida pesquisa, contudo, não consta dos autos do processo em análise.
 17. Em seguida, foram encaminhados ofícios (fl.186-198) ao Conselho Federal de Medicina, à Associação Médica Brasileira e à Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE, requerendo cópia integral dos relatórios, estudos e pesquisas em que se baseou a elaboração da CBHPM.
 18. Em resposta, a FIPE encaminhou CD-ROM, contendo mais 500 páginas de relatórios que atestam o exaustivo trabalho desenvolvido, durante três anos, pelas entidades médicas com o auxílio da Fundação para a elaboração da CBHPM. (fl.644)
 19. Em seguida, o DPDE encaminhou ofício (fl. 21-214) ao Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso, solicitando informações sobre sua participação na negociação dos honorários médicos, sobretudo se elaborava tabelas de valores, se sua adoção pelos médicos era obrigatória e se existia algum tipo de sanção aos profissionais que descumprissem os valores estipulados e/ou algum mecanismo de fiscalização do uso da tabela.
 20. O CRM-MS (fls. 552-557) informou que a Resolução 02/2004, que previa a aplicação de sanção ético-profissional aos médicos que realizassem a cobrança de procedimentos médico-hospitalares em desacordo com a CBHPM, apenas reiterava a previsão da Resolução n 1.673/2003 do CFM. Afirmou, ainda, que em



razão da sentença proferida na Ação Civil Pública nº 2004.60.00.006852-9², que declarou a nulidade da referida Resolução, não há mais sanção ética para aqueles que aceitarem valores inferiores aos previstos na tabela.

21. Em 19 de abril de 2010, a SDE decidiu instaurar processo administrativo contra a União Nacional de Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS, contra a Sociedade Brasileira de Ortopedia e de Traumatologia – SBOT-MS e contra seu presidente, Cláudio Saab, para apurar a prática de infrações à ordem econômica previstas no art. 20, I, II, III e IV c/c art. 21, II, IV, V, VI e X.

II. DA DEFESA DOS REPRESENTADOS

22. Instaurado o processo administrativo, os representados foram regularmente notificados para que apresentassem sua defesa, como atestam os avisos de recebimento acostados às fls. 257, 448 e 453.
23. Em sua defesa, a UNIDAS (fls. 456-468) argumentou que sua conduta não caracteriza infração à ordem econômica, pois as negociações realizadas por ela teriam por finalidade apenas sugerir parâmetros às suas filiadas, que são livres para adotar quaisquer valores ao celebrar contratos com os prestadores de serviços médicos. Tratar-se-ia, portanto, de valores meramente referenciais, destituídos de caráter vinculante, de forma que não haveria que se falar em violação à liberdade de contratação nem à livre concorrência.
24. Destacou que a inclusão da UNIDAS no polo passivo deu-se unicamente em razão de sua atuação já ter sido objeto de apreciação pelo CADE em outras ocasiões e que o ofício UNIDAS/SUP/MS/036/2003 assinado pela UNIDAS não poderia ser considerado prova de infração à ordem econômica, pois sua finalidade teria sido tão somente harmonizar as relações entre os prestadores e suas filiadas, diante das ameaças e imposições da categoria médica.
25. Alegou, ainda, que, as entidades de autogestão, por não possuírem finalidade lucrativa, não poderiam ser consideradas concorrentes, motivo pelo qual não poderiam exercer de forma abusiva sua posição dominante nem teriam interesse em dominar mercado relevante de bens ou serviços.

² Em 2009, foi interposto recurso de apelação da decisão que declarou a nulidade das Resoluções CFM nº 1.673/2003 e CRM_MS nº 02/2004. O recurso encontra-se ainda pendente de julgamento no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.



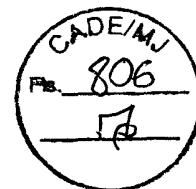
26. Ressaltou, por fim, que a UNIDAS era, na verdade, a vítima da conduta denunciada ao CADE, pois suas filiadas estavam sendo afetadas pelo abuso praticado pela SBOT-MS, cujos associados ameaçaram, de forma concertada, resilir os contratos com as operadoras de saúde.
27. Embora tenham sido regularmente notificados da instauração do processo administrativo, a SBOT-MS e seu presidente, Cláudio Saab, não apresentaram defesa.

III. DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

28. Após a notificação dos representados da instauração do processo, em janeiro de 2010, a SDE encaminhou ofícios para inúmeras operadoras de planos de saúde com o objetivo de traduzir para os autos de diversos processos administrativos relativos ao setor de saúde suplementar o contexto e o processo de negociação entre as OPSS e seus respectivos prestadores de serviços. Foram encaminhados ofícios a 43 operadoras de planos de saúde, solicitando informações a respeito do processo de negociação com os prestadores de serviço e sobre a forma como eram definidos os honorários médicos.
29. As respostas, recebidas entre fevereiro e outubro de 2010, foram gravadas em mídia digital e, a partir delas, a SDE emitiu uma nota conclusiva intitulada "Levantamento de Informações sobre Negociações no Mercado de Saúde Suplementar", acostada às fls. 521-547, cujos resultados serão analisados mais à frente na seção "Mercado de Saúde Suplementar".
30. Em maio de 2011, a Secretaria de Direito Econômico saneou o processo, rechaçando a preliminar de ilegitimidade passiva do presidente da SBOT, encerrou a instrução e abriu prazo para a apresentação de alegações finais. Nenhum dos representados, contudo, se manifestou.

IV. DOS PARECERES DA SDE, DA PROCADE e DO MPF

31. A Superintendência Geral, a Procuradoria do CADE e o Ministério Público Federal pugnaram pela condenação da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia – SBOT-MS e de seu presidente, Cláudio Saab, por terem



praticado infração à ordem econômica prevista no art. 20, I, II, III e IV c/c art. 21, II, IV, V, VI e X, da Lei 8.884/94.

32. Todavia, manifestaram-se em favor do arquivamento do processo em relação à UNIDAS, em razão de a representada não deter poder de compra suficiente para disciplinar, unilateralmente, a concorrência por serviços médicos, dada a rivalidade existente no mercado.

V. DAS PRELIMINARES

33. Ao prestar esclarecimentos quando da instauração da averiguação preliminar, a SBOT alegou a ilegitimidade passiva de seu presidente, ressaltando que não teria praticado "ato próprio".
34. O referido argumento, obviamente, não é suficiente para excluir o representado do polo passivo. Com efeito, como é amplamente sabido, os administradores, mesmo constituindo órgãos das pessoas jurídicas, estão sujeitos a um regime de responsabilidade pessoal, que lhes impõe deveres de lealdade e diligência na condução dos negócios sociais. A isenção de responsabilidade representaria a quebra do princípio da correspondência entre gestão e responsabilidade, característico das sociedades comerciais e extensível às associações, como a SBOT_MS. Daí não ser possível reconhecer a ilegitimidade passiva do representado.
35. Não é sem razão que a própria Lei 8.884/94 prevê expressamente a responsabilidade dos administradores, nos termos do art. 16: "As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente".
36. No que se refere à revelia da SBOT-MS e de seu presidente, que deixaram de apresentar defesa após a instauração do processo administrativo, entendo que a presunção de veracidade a que se refere o art. 34 deve ser interpretada como uma presunção relativa, de modo que sua incidência não exime a autoridade antitruste de proceder à análise dos fatos alegados com rigor e cuidado, a fim de não lastrear



a condenação apenas em pressuposições, tal como já manifestei no PA 08012.006652/2005-17³.

VI. DO MÉRITO

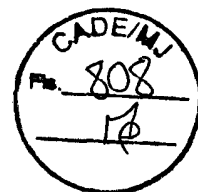
37. Como relatado, trata-se de processo administrativo instaurado para apurar suposta prática de infração econômica em razão da exigência de reajustes mínimos sobre o valor pago pelas OPSS e da imposição pela SBOT-MS da lista de procedimentos médicos, denominada Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), por meio da coordenação de movimentos de paralisação no atendimento a beneficiários de operadoras de saúde de Mato Grosso do Sul.
38. Embora a CBHPM tenha sido lançada em 2003, a existência de tabelas de honorários médicos e a reunião dos médicos em associações ou cooperativas têm sido objeto de constante análise pelo CADE desde a década de 1990, como se verá adiante.

VI.1. Jurisprudência do CADE

39. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem sido incisivo em condenar entidades representativas das categorias que congregam profissionais liberais, seja pela adoção de tabelas de honorários, seja pela influência de conduta uniforme entre os prestadores. Dentre elas, as entidades relativas a serviços médicos e hospitalares ganham destaque. Segundo levantamento realizado pela Secretaria de Direito Econômico, de 1994 a 2008, 35% das condenações do CADE estavam relacionadas a negociações coletivas conduzidas por hospitais e entidades representativas da classe médica e à imposição de tabelas de honorários médicos. Para o CADE, o elevado poder de influência dessas organizações resultaria em preços mais elevados para os serviços médicos, levando ao aumento no custo do seguro pago pelo consumidor final.
40. Um dos primeiros casos analisados pelo SBDC foi o Processo Administrativo nº 53/1992⁴, no qual o Ministério Público de Sergipe apresentou representação contra a Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe por possuir tabela de preços de serviços hospitalares. Naquela ocasião, o Conselheiro Relator, Carlos

³ PA 08012.006652/2005-17, Conselheiro Relator Eduardo Pontual, julgado pelo plenário em 15.11.2014.

⁴ Processo Administrativo nº 53/92, Conselheiro-Relator Carlos Eduardo Viera de Carvalho.



Eduardo Vieira de Carvalho, votou pela condenação da representada, destacando que a existência da tabela de preços, por si só, constituía prova suficiente de ação coordenada e da infração à ordem econômica:

“Trata-se, sem dúvida, de ação coordenada cujo objetivo é impor um determinado preço ao mercado, eliminando-se qualquer possibilidade de concorrência entre as prestadoras de serviços. (...) Ademais, pouco importa se a tabela é facultativa ou obrigatória, ou que os preços nela fixados sejam máximos, médios ou mínimos. Preços mínimos podem ser utilizados com o objetivo de desencorajar o ingresso no mercado de novos concorrentes, enquanto que preços máximos podem acabar se tornando mínimos, tendência normalmente decorrente da adoção de preços uniformes, conforme observado em decisão da Suprema Corte Americana no caso *U.S. V. Treton Potteries Co.*”

41. No mesmo sentido, é possível citar o voto da Conselheira Relatora Neide Terezinha Mallard, no PA nº 61/92⁵, em que a Associação Médica Brasileira – AMB figurava como representada, acusada de influenciar a uniformização de conduta entre os concorrentes, por meio da elaboração, divulgação e recomendação de tabela de honorários médicos, utilizada em âmbito nacional por médicos e hospitais. Vale citar trecho do voto da Conselheira Relatora:

“Não requer seja impositiva a tabela. A conduta se materializa na medida em que utilizando-se de sua indiscutível aptidão para influenciar seus afiliados, elabora tabela, divulgando-a e até recomendando-a, com o declarado objetivo de proteger a categoria dos médicos. (...) Na verdade, a tabela de preços viola o princípio basilar de economia de mercado, segundo o qual cada agente econômico é livre para fixar os preços de seus produtos e serviços, sendo-lhe lícito, no entanto, no exercício desta liberdade, considerar a conduta presente ou futura de seus concorrentes.”

42. Destaca-se, ainda, o Processo Administrativo nº 08000.011520/94-40⁶, em que o Conselheiro Ruy Santa Cruz condenou a Sociedade de Medicina de Alagoas, o Sindicato dos Estabelecimentos dos Serviços de Saúde de Alagoas e o Conselho Regional de Medicina de Alagoas pela imposição da tabela da AMB, mencionada

⁵ Processo Administrativo nº 0061/1992, Conselheira-Relatora Neide Terezinha Mallard, julgado em 14 de fevereiro de 1996.

⁶ Processo Administrativo nº 08000.011520/94-40, Conselheiro-Relator Ruy Afonso de Santacruz Lima, julgado em 14/10/1998.



acima. Em seu voto, o Conselheiro Relator salientou que a elaboração de tabela não constitui infração *per se*, mas que, “diante das restrições impostas pela racionalidade econômica”, a aceitação de tabela de preços pelo CADE exigiria (i) a demonstração da ausência de capacidade dos associados para impor a tabela aos consumidores ou (ii) a comprovação de que a conduta não tinha por objeto unificar preços nem poderia, de nenhuma forma, produzir efeitos no mercado, requisitos ausentes na hipótese.

43. Observa-se que as entidades representativas têm sido punidas mesmo quando não há evidências de coação contra associados para adotar os valores definidos na tabela. Nesses casos, a existência de condições estruturais favoráveis à prática anticoncorrencial e de um relevante poder de influência das associações tem sido considerada suficiente para a caracterização da infração à ordem econômica.
44. Como exceção a esse posicionamento, podemos citar o voto proferido nos autos do PA nº 08000.020294/1996-03⁷, em que o Tribunal decidiu pelo arquivamento do feito, por não haver indícios de que os médicos poderiam sofrer sanções, caso não adotassem a tabela. O caso analisava a conduta de diversas associações de medicina do Estado de São Paulo, que elaboraram uma tabela de serviços médicos e negociavam diretamente com os planos de saúde sua implantação. Segundo o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, a existência de uma tabela de honorários negociados com planos de saúde, por si só, não seria lesiva à concorrência, pois, em última análise, se prestaria a assegurar aos prestadores de serviços médicos maior poder de barganha quando da negociação com os planos de saúde:

“(...) profissionais liberais podem organizar-se para negociar melhores condições de contratação com planos de saúde, devido à assimetria do poder de barganha e, ainda, por que esta é uma relação que se assemelha ao vínculo de trabalho, embora sem exclusividade (...). Nesse sentido, tabelas de preços, desde que sejam fundamentalmente tabelas para orientação de procedimentos, e os preços desses procedimentos sejam instrumentos de barganha das associações médicas, não são infração antitruste.”

45. No referido voto, acolhido pelo Tribunal, o Relator salientou que a negociação através de algum tipo de representação coletiva poderia trazer ganhos para a

⁷ Processo Administrativo nº 08000.020294/1996-03, Conselheiro-Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/7/2006.



sociedade, na medida em que “permitiria uma transação mais equilibrada, em termos de poder de barganha”. No caso de consumidores finais, contudo, a assimetria de poder desapareceria, de forma que, eventual tentativa de negociação por meio de cooperativas ou associações, nessa hipótese, constituiria conduta comercial concertada e configuraria infração à ordem econômica.

46. Destacou, ainda, que a existência de tabela de procedimentos médicos poderia ser considerada pró-competitiva, desde que fosse utilizada como um referencial para balizar a remuneração dos serviços médicos pelos planos de saúde e não para impor aos médicos a adoção de comportamento uniforme contra a sua vontade. Como no referido processo administrativo não havia indícios da imposição de sanções aos médicos, o Tribunal entendeu que a conduta “estava dentro dos limites da legalidade”, nos termos do voto citado.
47. Todavia, como registrou o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18⁸, que será analisado mais adiante, esse precedente “não pode ser analisado de forma isolada e não significa que houvesse, à época de sua decisão, um entendimento consolidado do CADE. Pelo contrário, tal precedente é mais um exemplo do caráter vacilante da jurisprudência do CADE sobre o tema durante a década passada”.
48. De toda sorte, observa-se que a existência de uma assimetria de poder de barganha entre operadoras de planos de saúde e médicos, vez ou outra, vem sendo levada em consideração nas análises do Conselho, embora não haja um entendimento unânime sobre o ponto.
49. O voto do Conselheiro Paulo Furquim no Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33⁹ retrata de forma clara essa preocupação com a realidade que permeia o processo de negociação entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviço médico, em especial com a necessidade de mitigar o poder de barganha das OPSs. Segundo o Conselheiro, a assimetria nas negociações entre operadoras de planos de saúde e médicos individualizados poderia resultar no exercício de poder de monopólio das operadoras, levando à diminuição da qualidade do atendimento prestado a beneficiários de planos de saúde, devido à

⁸ Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18, Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz, julgado em 8/5/2013.

⁹ Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33, Conselheiro-Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, julgado em 30/8/2006.



baixa remuneração oferecida aos médicos. Assim, a negociação coletiva poderia proporcionar maior equilíbrio entre as partes, surtindo efeitos positivos sobre o mercado, principalmente aqueles associados a um incremento na qualidade dos serviços prestados.

50. Dessa forma, apesar de os Conselhos Regionais de Medicina possuírem elevado poder de influência, a divulgação de uma tabela de valores médicos por essas entidades em negociações específicas não seria suficiente para caracterizar infração à ordem econômica. Isso não significa, contudo, que um eventual abuso no exercício das negociações coletivas estaria imune. Daí sua advertência:

“(…) a conduta uniforme na comercialização é admissível em condições bastante restritivas: a) existência de forte assimetria de negociação ex-ante e em desfavor daqueles que buscam se coordenar; b) que a coordenação horizontal resulte em uma mudança do padrão de negociação, de descentralizada para uma barganha bilateral; c) que aquilo que seria um ‘poder compensatório’ não inverta a relação de assimetria que é o pressuposto para a sua tolerância. Neste último ponto, é importante avaliar se a cooperativa ou entidade associativa não emprega estratégias de retaliação àqueles que não sigam o comportamento cooperativo, de coação de seus membros ou mecanismos voltados a restringir as possibilidades de concorrência por parte daqueles que ela pretende representar.”

51. No exame da jurisprudência do Conselho, cabe ainda destacar o voto do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo no PA nº 08012.006923/2002-18, mencionado anteriormente, em que se discutia a edição de tabelas no mercado de agências de turismo. Embora não houvesse qualquer discussão de assimetria que pudesse justificar eventual análise de poder compensatório, o Conselheiro fez questão de ressaltar que, mesmo constituindo uma infração por objeto, a divulgação de tabela de preços não configura uma infração *per se*. Logo, a presunção de ilicitude poderá ser afastada caso seja possível demonstrar, diante das circunstâncias concretas, que a sugestão de preços foi utilizada para a realização de outro objeto lícito e razoável, como a compensação de eventual poder de oligopsônio. Vale reproduzir o seguinte trecho:

“(…) tabelas sugestivas de preços divulgadas por associações comerciais submetem-se, sim, a um regime de presunção relativa de ilegalidade, em decorrência do texto literal dos artigos 20,



caput e inciso I, e 21, inciso II, da Lei n. 8.884/94, consistindo em conduta ilícita pelo próprio objeto; (...) Tudo isso não significa, evidentemente, que se trate de “infração per se”, até porque essa expressão sequer existe na legislação nacional. Em outras palavras, não significa que se trate de presunção *iuris et de iure* de ilegalidade. Ao revés, essa presunção poderá ser afastada pela Representada, em princípio, em ao menos duas situações: (i) caso ela consiga demonstrar, à vista das circunstâncias concretas e por sua própria conta, que a sugestão de preços foi concretamente auxiliar, acessória e estritamente proporcional a outro objeto lícito e razoável distinto do próprio alinhamento de preços, não se configurando em concreto, por isso, como uma conduta ilícita pelo próprio objeto, caso em que sua ilegalidade dependerá da análise de efeitos (**isso pode ocorrer, v.g., em certas raras hipóteses em que a conduta sirva para compensar eventual poder de oligopsônio a jusante em mercados extremamente pulverizados a montante, desde que a isso se agreguem outras circunstâncias igualmente excepcionais**), ou (ii) que, independentemente da ilicitude pelo próprio objeto, incidem no caso eficiências do tipo especificamente disciplinado pelos artigos 54 da Lei n. 8.884/94 e 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011, sendo ônus específico de quem alega esse tipo de defesa prová-la.” (grifos nossos)

52. Recentemente, no julgamento do PA nº 08012.014463/2007-14¹⁰, em 2014, esbocei minha preocupação diante da jurisprudência do Tribunal que, salvo algumas exceções citadas acima, em regra, vem considerando a adoção de tabelas médicas ilícitas, sem analisar com o devido cuidado a tese do poder compensatório. Na ocasião, destaquei que não era possível assumir posições apriorísticas a respeito de negociações coletivas, principalmente entre a classe médica e as OPSs e registrei meu entendimento de que a união de agentes econômicos para compensar eventual assimetria de poder poderia afastar a ilicitude da conduta, retomando as preocupações já expostas no voto do Conselheiro Paulo Furquim no PA 08012.007042/2001-33:

“(...) gostaria de registrar algumas preocupações acerca do debate sobre negociações relacionadas a planos de saúde, em particular à tese segundo a qual qualquer tipo de negociação coletiva é anticoncorrencial.

Na verdade, parto da premissa de que negociações coletivas podem ser justificadas e consequentemente lícitas, dependendo de

¹⁰ Processo Administrativo nº 08012.014463/2007-14, Conselheiro-Relator Ricardo Machado Ruiz, julgado em 22/01/2014.



quem as conduza e dos propósitos que as justifiquem. (...) Essa união pode se concretizar para fazer frente a outro agente econômico, detentor de maior poder, assim como para compensar as assimetrias do mercado.”

53. Todavia, para verificar a possibilidade de aplicar a teoria do poder compensatório ao caso ora analisado, é importante analisar, com cuidado, o mercado de saúde suplementar brasileiro, procurando avaliar se, de fato, existem assimetrias de poder que justifiquem a aplicação da referida tese.

VI.2. Do mercado de saúde suplementar

54. O sistema de saúde brasileiro pode ser caracterizado como um sistema de saúde misto, em que os setores público e privado atuam no provimento e no financiamento dos bens e serviços de saúde. Segundo dados da ANS, no final de 2013, havia 50,3 milhões de beneficiários de planos privados de assistência médica e 1.268 operadoras.
55. As operadoras de planos de assistência à saúde são empresas e entidades que atuam no setor de saúde suplementar e que oferecem planos privados de assistência à saúde aos consumidores. Submetem-se ao disposto na Lei 9.656/1998 e dividem-se em quatro segmentos: (i) Medicina de Grupo; (ii) Seguradoras; (iii) Cooperativas Médicas e (iv) Autogestões.
56. De acordo com a referida Lei, os planos de saúde podem ser classificados, quanto às formas de contratação, em planos individuais ou familiares, planos coletivos por adesão e planos coletivos empresariais. Os primeiros são celebrados entre um indivíduo (pessoa física) e uma OPS para a prestação de serviços médicos a seu titular e a seus dependentes ou, por meio de uma pessoa jurídica, que contrata o plano diretamente com a operadora de saúde, existindo um vínculo familiar entre os usuários. Já os planos coletivos são contratados por uma pessoa jurídica que mantém um vínculo empregatício ou estatutário, associativo ou sindical com os beneficiários.
57. Os preços dos planos de saúde individuais ou familiares são regulados pela ANS, mas não há regulação para o preço dos planos coletivos, que podem ser reajustados livremente. Não é sem razão que a pesquisa desenvolvida pelo



Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor apontou que o reajuste dos planos coletivos costuma ser muito alto.¹¹

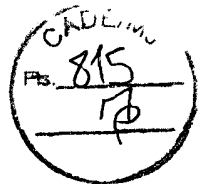
58. Tal problema potencializa-se no cenário atual, no qual os planos coletivos passam a ter importância crescente diante dos planos individuais, quando não são a única opção disponível para o usuário. Apenas a título de exemplo, vale destacar recente notícia do Correio Braziliense (edição de 12.02.2014) que denunciava que as OPSs não estavam mais possibilitando o acesso de usuários com mais de 59 anos a planos de saúde individuais. Mais recentemente, reportagem veiculada pelo Fantástico, em junho de 2014, apontou que, dentre as dez maiores operadoras, que congregam 40% de todos os beneficiários do setor de saúde suplementar, apenas duas comercializam planos individuais: a Hapvida e as do sistema UNIMED.¹²
59. O quadro abaixo ilustra a distribuição dos planos coletivos individuais e coletivos em dezembro de 2012:

Beneficiários em planos de assistência médica			
Total	Em planos coletivos	Em planos individuais	Não informado
47.943.091 (100%)	37.061.915 (77,3%)	9.887.283 (20,6%)	993.893 (2,1%)

Fonte: SIB/ANS: 12/2012

¹¹Informação extraída da reportagem veiculada pelo Fantástico em 03.06.2014, que relatava o seguinte: “Para o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, o Idec, os planos individuais estão diminuindo porque os coletivos são mais lucrativos para as operadoras. ‘A nossa pesquisa mostrou que o reajuste desses planos coletivos costuma ser muito alto’, diz Joana Cruz, advogada do IDEC”. Disponível em <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/06/falta-de-regulamentacao-clara-permite-reajustes-abusivos-de-planos-coletivos.html>.

¹²Nos Atos de Concentração nº 08700.004065/2012-91, nº 08012.000309/2012-14 e nº 08012.003324/2012-21, de minha relatoria, julgados em 09 de abril de 2014, a instrução revelou que a Bradesco Saúde S.A. “*não comercializa apólices de seguros individuais desde 2007*” (fl. 1303). De forma semelhante, a Sulamérica Companhia de Seguro Saúde informou que “*a companhia não comercializa planos de saúde individuais*”. (fl. 210, autos de acesso restrito ao CADE, informações não restritas). Em 23/09/2013, reportagem do Jornal O Estado de São Paulo informou que a Golden Cross deixou de atuar no segmento de planos de saúde individuais. A empresa vendeu toda a sua carteira desse tipo de plano para a Unimed-Rio. Na mesma linha, reportagem veiculada no sítio do G1, em 02/10/2013, esclarece que os consumidores estão encontrando dificuldades para contratar planos de saúde individuais. Segundo a notícia, “*para substituir os planos individuais, algumas operadoras passaram a oferecer o chamado plano de adesão*”. De acordo com professora da UFRJ consultada pelo G1, o plano é contratado como se fosse individual, mas se trata, na verdade, de um plano coletivo, por isso, a regulação da ANS relativa aos reajustes não incide sobre ele.



60. De forma geral, observa-se que tanto os planos de saúde individuais quanto os coletivos desenvolveram-se em um contexto de baixa regulamentação. É o que esclarece a SG:

"o mercado de planos e seguros de saúde no Brasil desenvolveu-se em um contexto institucional de baixa regulação econômica, social e administrativa, a despeito dos incentivos de natureza fiscal que favoreceram a ampliação crescente da clientela, presente em quase todas as cidades com mais de 100.000 habitantes." (fl. 3079 do Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71).

61. Entre 2001 e 2011, o setor de saúde suplementar apresentou um crescimento médio de 6,5% ao ano, consolidando-se como um segmento de grande relevância no Brasil. O movimento, contudo, não resultou na pulverização do mercado. Com efeito, enquanto o número de operadoras em atividade no Brasil sofreu um decréscimo de 6,78% entre 2008 e 2011, o número de beneficiários, no mesmo período, aumentou 9%.
62. Nota-se, ainda, que as operadoras de pequeno porte sofreram uma redução considerável em seu poder de mercado. Em 1999, as OPSs com até 2000 beneficiários, juntas, detinham 52,1% dos beneficiários, enquanto em 2008, o percentual caiu para 21,7.¹³
63. Já as operadoras com mais de 50.000 beneficiários, que somavam 3,6% do mercado 1999, em 2008, chegaram a 13,6%. É o que revela a tabela abaixo¹⁴:

¹³ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. MACHADO, Kenys Menezes. **Desafios da análise do CADE no setor de planos de saúde**, p.2. Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/12.

¹⁴ Ibidem, p. 3.



**Percentual de participação das operadoras ativas por classe de beneficiários
no Brasil**

Classe de Beneficiários	1999/12	2001/12	2004/12	2006/12	2008/12
Classe 1 a 100	15,5	10,8	4,4	3,0	3,0
Classe 101 a 1.000	23,6	19,2	13,4	11,4	9,7
Classe 1.001 a 2.000	13,0	12,3	11,0	9,2	9,0
Classe 2.001 a 5.000	19,6	20,2	19,5	18,5	16,7
Classe 5.001 a 10.000	11,6	13,2	13,6	15,9	15,9
Classe 10.001 a 20.000	6,7	10,2	15,5	15,9	16,2
Classe 20.001 a 50.000	6,4	8,3	12,3	14,5	15,9
Classe 50.001 a 100.000	1,8	3,1	5,7	6,0	7,0
Classe 100.001 a 500.000	1,6	2,5	4,1	4,7	5,3
Classe Superior a 500.000	0,2	0,2	0,5	0,9	1,3
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: SEAE (2010). Dados do Cadastro de Operadoras da ANS/MS.

* Operadoras ativas com beneficiários, exceto exclusivamente odontológicas e sem beneficiários – com base no critério de residência do beneficiário.

64. Entre 2008 e 2011, o movimento de concentração do setor se acentuou ainda mais. Em 2008, havia 1.179 operadoras com até 20 mil beneficiários em atividade no Brasil; três anos depois, restavam 988 operadoras de pequeno porte, o que representa uma diminuição de 16%.

Tabela 3. Operadoras em atividade de pequeno porte*, segundo modalidade
(Brasil - 2008-2011)

Modalidade da operadora	set. 2008	set. 2009	set. 2010	set. 2011	Var, % (2008/11)
Total	1179	1112	1.044	988	-16,20
Administradora de benefícios			-	-	-
Autogestão	188	177	170	166	-11,70
Cooperativa médica	209	196	186	169	-19,14
Cooperativa odontológica	113	105	104	92	-18,58
Filantropia	78	74	70	67	-14,10
Medicina de grupo	344	315	289	273	-20,64
Odontologia de grupo	245	243	224	219	-10,61
Seguradora especializada em saúde	2	2	1	2	0

Fonte: Cadernos de Saúde Suplementar, ANS.¹⁵

65. Atualmente, 1.258 operadoras de planos de saúde estão ativas, cobrindo um total de 50.270.398 beneficiários no Brasil. Destas, apenas 29 operadoras já

¹⁵ FERNANDES JUNIOR, Hugo. TEIXEIRA, Luciana. **Concentração no setor de planos de saúde**, p.7. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/>.



representam mais de 50% do total de beneficiários do país. As duas maiores operadoras, por sua vez, juntas, reúnem, aproximadamente, 14% do número de beneficiários nacionais, o equivalente a uma cobertura de 7.483.802 milhões de pessoas.¹⁶

66. As tabelas abaixo explicitam o número de operadoras em cada faixa de beneficiários e o número de usuários de cada OPS no Brasil.

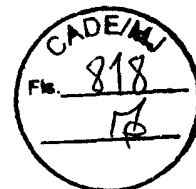
Nº de OPSs. por Faixa de Beneficiários - Dez/2013

Faixa de Beneficiários.	OPSs. com Beneficiários.
TOTAL	1.258
1 a 5.000 beneficiários	433
5.001 a 10.000 beneficiários	175
10.001 a 20.000 beneficiários	229
20.001 a 50.000 beneficiários	207
50.001 a 100.000 beneficiários	116
100.001 a 500.000 beneficiários	73
Acima de 500.000 beneficiários	25

**Operadora x Nº de Beneficiários
Dez/2013**

005711-BRADESCO SAÚDE S/A	3.673.157
006246-SUL AMERICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE	1.578.733
306622-AMICO SAÚDE LTDA	1.259.537

¹⁶ Fonte dos dados: ANS – Tabnet. Consulta em 07/07/2014.



326305-AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A.	3.810.645
339679-CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENT	1.403.133
343889-UNIMED BH COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO	1.179.849
359017-INTERMÉDICA SISTEMA DE SAÚDE S/A	1.427.911
368253-Hapyvida ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA	1.838.759
393321-UNIMED-RIO COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO	1.043.890
000701-UNIMED SEGUROS SAÚDE S/A	541.499
301337-UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE	751.656
304701-UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE	561.852
319996-UNIMED DO ESTADO DE SP - FEDERAÇÃO ESTADUA	535.510
323080-GEAP AUTOGESTÃO EM SAÚDE	589.428
325074-GREEN LINE SISTEMA DE SAÚDE S.A.	420.449
335690-UNIMED CAMPINAS - COOPERATIVA DE TRABALHO	531.172
346659-CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO B	716.484
352501-UNIMED PORTO ALEGRE - COOPERATIVA MÉDICA L	557.454
403911-GOLDEN CROSS ASSISTENCIA INTERNACIONAL DE	550.214
000582-PORTO SEGURO - SEGURO SAÚDE S/A	356.072
303976-UNIMED DE BELÉM COOPERATIVA DE TRABALHO ME	331.829
317144-UNIMED DE FORTALEZA COOPERATIVA DE TRABALH	357.963
353761-EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFO	367.584
357391-UNIMED VITORIA COOPERATIVA DE TRABALHO MED	310.983



382876-UNIMED GOIANIA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉD	290.818
309222-GRUPO HOSPITALAR DO RIO DE JANEIRO LTDA	280.212
312924-CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	266.200
325571-UNIMED NORDESTE RS SOCIEDADE COOPERATIVA D	242.654
000515-ALLIANZ SAÚDE S/A	231.999
Outras	24.262.752
Total	50.270.398

67. Os dados demonstram que, nos últimos anos, o setor de saúde complementar apresentou uma contínua redução do número de pequenas operadoras e um significativo aumento das operadoras de grande porte. Paralelamente a isso, a maior parte dos beneficiários se deslocou das pequenas para as “médias” operadoras, o que resultou na elevação do índice de concentração do setor.
68. A tendência é que esse movimento de concentração se intensifique nos próximos anos. Isso porque, como advertem Furquim e Almeida¹⁷, há uma série de características no setor de saúde suplementar, como as assimetrias de informação, a existência de externalidades difusas, o risco de insolvência e a crescente necessidade de intervenção do Estado, que conferem maior eficiência ao funcionamento do mercado quando existe um número reduzido de operadoras de grande porte.
69. Observa-se, em primeiro lugar, que o setor de saúde exige, naturalmente, investimentos elevados para a elaboração de novos equipamentos e produtos. Ademais, há uma grande assimetria de informação entre as OPSs e os prestadores de serviços e entre estes e os beneficiários. Como os médicos possuem mais informações sobre os usuários dos que as operadoras, podem ter incentivos para

¹⁷ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silvia Fagá de. *Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem estar?*, p. 4. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6894/TD%20263%20-%20S%C3%ADlvia%20Fag%C3%A1%20de%20Almeida.pdf?sequence=1>.



despender recursos de modo ineficiente, ampliando as despesas. Por outro lado, o consumidor, por não ter conhecimento técnico sobre seus problemas de saúde, pode ter um estímulo para sobreutilizar os serviços da rede referenciada, já que o custo marginal pela utilização é próximo de zero, após a aquisição do plano.

70. Outro elemento que pode ter contribuído para o movimento de concentração do mercado foi o novo marco regulatório do setor. Além de ter instituído a cobertura obrigatória mínima e ter estipulado limites máximos para o prazo de carência, as regras da ANS impuseram restrições ao cálculo do prêmio e exigiram que as OPSs detivessem não apenas um capital social mínimo, mas também provisões de risco e determinada margem de solvência.
71. Apesar de proteger o consumidor, essas medidas elevaram os custos das operadoras de saúde, criando maiores incentivos para a concentração e reforçando as barreiras à entrada. Segundo Furquim e Almeida¹⁸, ao eliminar a possibilidade de diferenciar a cobertura dos serviços de saúde, a regulação alterou profundamente a estrutura de risco das operadoras, levando à saída das empresas de menor porte, que não detinham ganhos de economia de escala e eram menos eficientes. Basta dizer que, em pouco mais de 10 anos, o número de operadoras ativas sofreu uma redução de mais de 30%, passando de 2.639 em 1999 para 1360 em 2011¹⁹.
72. Além das exigências econômico-financeiras impostas pelo órgão regulador, a necessidade de constituir uma marca confiável e uma rede de provedores de qualidade também constitui uma barreira à entrada, por se tratar de custos irrecuperáveis. No setor de saúde suplementar, a confiança é particularmente importante, e, na ausência de uma certificação pública, a reputação do fornecedor de produtos e serviços de saúde passa a ser muito relevante para o consumidor. A importância da marca dificulta não apenas a entrada de novos concorrentes, mas também impede que os profissionais de saúde possam, isoladamente, oferecer seus serviços sem o intermédio de uma operadora.
73. Outro fator que facilita o exercício do poder de compra pelas OPSs são os custos de mudança (*switching costs*) não apenas dos consumidores finais, mas também

¹⁸ Ibidem, p.4.

¹⁹ Dados citados na Nota Técnica da Superintendência-Geral (fl. 831), obtidos no Atlas Econômico-Financeiro da Saúde Suplementar 2008 – Versão Preliminar. Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2009.



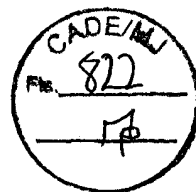
dos prestadores de serviços. Com efeito, a grande assimetria informacional existente nesse mercado faz com que as migrações tenham custos de transação elevados, pois nem sempre os usuários são devidamente informados quanto à possibilidade de migração, às condições em que a migração poderia ocorrer e às suas principais consequências, tais como a portabilidade de direitos e as carências, dentre outros. No que se refere aos médicos, a mudança de operadora poderá resultar em perda de parte considerável dos pacientes por não serem beneficiários da nova OPS, sendo, muitas vezes, complexa a recomposição da carteira. Ademais, quando um médico deixa de atender um paciente em um dia, esse tempo não é recuperável, o que reforça os custos de mudança.

74. As características descritas acima ajudam a entender o significativo aumento nas operações de fusões e aquisições no setor de saúde, por meio de aquisições de empresas do mesmo setor – concentração horizontal –, ou mesmo, por aquisições de empresas a montante ou a jusante na cadeia produtiva – concentração vertical –, ainda que em menor número. Entre 2003 e 2010, foram notificadas ao SBDC 29 operações envolvendo uma das situações mencionadas acima.²⁰
75. Ao se observar mercados geográficos específicos, verifica-se que, em vários deles, os principais planos de saúde já detêm mais de 20% do segmento. Entre 2003 e 2006, cerca de 75% dos municípios apresentaram HHI superior a 1800 pontos, considerando o número de beneficiários.²¹ Além disso, o C4 vem aumentando reiteradamente, tendo passado de 17,08, em 2006, para 19,73 em 2008²².
76. A análise do mercado de saúde suplementar demonstra a evidente assimetria dos médicos diante das OPSs. Já se viu que o setor é concentrado e que apresenta uma série de características que reforçam a tendência de concentração e facilitam o exercício do poder econômico detido pelas operadoras.

²⁰ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. MACHADO, Kenys Menezes, op. cit, p.1.

²¹ ALMEIDA, Sílvia Fagá. **Poder Compensatório e Política de Defesa da Concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro**. Tese apresentada à Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção de título de Doutora em Economia. São Paulo, 2009, p. 116. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/>.

²² Dados citados na Nota Técnica da Superintendência-Geral (fl. 831), obtidos no Atlas Econômico-Financeiro da Saúde Suplementar 2008 – Versão Preliminar. Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2009).



77. Em que pese a jurisprudência do CADE, como visto anteriormente, entender que o estabelecimento de tabela de preços pelas entidades representativas da categoria médica é, em regra, ilícito, a controvérsia não está propriamente na existência ou não de desigualdade entre médicos e operadoras – que é reconhecido unanimemente –, mas nos limites admitidos pelo direito antitruste para endereçar o problema. Com efeito, mesmo aqueles que condenam a conduta têm reconhecido a fragilidade dos médicos frente ao poder de compra das operadoras de planos de saúde.
78. A própria Superintendência-Geral admite expressamente essa assimetria, como se depreende do seguinte trecho da Nota Técnica proferida no Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71, em que figuram como representados a FENAM, a AMB e o CFM:
- "Reconhecendo, assim, a patente desigualdade nas relações travadas entre operadoras e médicos,** é preciso que a sociedade e as estruturas públicas reflitam sobre a possibilidade de criação de instrumentos que equalizem o problema." (grifo nosso, fl. 227).
79. No mesmo documento, a SG chega afirmar que o desequilíbrio na relação entre OPSs e médicos pode colocar em risco o setor de saúde suplementar no país, ao alertar que "só será possível sustentar a sobrevivência da saúde suplementar no Brasil se o Estado criar ou autorizar instrumentos que viabilizem maior equilíbrio na relação entre médicos e operadoras de planos de saúde." (fl. 230).
80. A preocupação justifica-se ainda mais quando analisamos a forma como ocorrem as negociações entre as OPSs e seus prestadores de serviços. Não bastasse a concentração no mercado de operadoras de planos de saúde, a análise dos casos tem demonstrado que elas também negociam por meio de uma entidade representativa, sobretudo as OPSs classificadas na modalidade de autogestão. É significativo que, das 60 condenações impostas pelo CADE acerca da matéria, aproximadamente 50% originaram-se a partir de representações encaminhadas pela UNIDAS (União Nacional das Entidades de Autogestão), como demonstra a tabela abaixo:

Processos julgados no CADE que tiveram a participação da UNIDAS



Tipo	Representante	Representada
Arquivada	4	1
Condenada	24	3
Total	29	4

Elaboração: Secretaria de Direito Econômico

81. O caso em análise enquadra-se exatamente nessa hipótese. Como se depreende dos autos, a representação foi encaminhada pelo CIEFAS (atual UNIDAS), associação que congrega cerca de 140 operadoras de saúde que operam na modalidade de autogestão.
82. Chega a ser curioso e preocupante que as mesmas OPSs que se unem em negociação coletiva para aumentar seu poder de barganha frente aos médicos, sem vislumbrar nenhum problema antitruste nesta iniciativa, venham bater às portas do SBDC para denunciar os médicos quando são estes que tentam negociar coletivamente.
83. Não é sem razão que, no processo sob exame, o representante acabou sendo incluído no polo passivo do procedimento. Como ressaltou a SDE, ao longo da instrução, a associação foi mencionada diversas vezes como a representante das operadoras de autogestão com os prestadores de serviços médico-hospitalares. A própria representação, aliás, confirma a conduta. Além de descrever as reivindicações dos médicos, a representação traz documentos encaminhados ao CIEFAS pelas entidades médicas representadas que atestam claramente que era ela que negociava em nome das OPSs.
84. Para Furquim e Almeida, os dados indicam a possibilidade de que “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tenha sido utilizado como árbitro para solucionar conflitos privados entre as associações de médicos e as operadoras de planos de saúde”²³.
85. Levantamento realizado pelo Departamento de Defesa Econômica, em 2010, por meio do procedimento administrativo para acompanhamento de atividades de

²³ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem estar?**, p. 18. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6894/TD%20263%20-%20S%C3%ADlvia%20Fag%C3%A1%20de%20Almeida.pdf?sequence=1>.



mercado, instaurado com fulcro no art. 14, incisos I e II, da Lei 8.884/94, demonstra as recorrentes negociações coletivas no mercado de saúde suplementar. No que se refere às OPSs, como se verá adiante, a UNIDAS é a associação que ocupa papel de maior destaque nessa prática.

86. No referido procedimento, foram encaminhados ofícios para 43 operadoras de planos de saúde, cujo número de beneficiários representa mais de 30% do mercado de planos de saúde brasileiro.
87. Ao analisar as informações prestadas, a SDE concluiu que, das 38 operadoras que responderam às questões encaminhadas, apenas 34,21% afirmaram que as negociações com os prestadores de serviços médicos são sempre realizadas individualmente, sem a intermediação das entidades representativas, quer das operadoras quer dos prestadores. Isso significa que 25 operadoras, que correspondem a 65,78% das OPSs que responderam aos ofícios, realizam ou já realizaram negociações em bloco, seja com representantes das categorias médicas e hospitalares, seja por intermédio de entidades representativas das operadoras de saúde.
88. Observou-se, ainda, que 9 operadoras de saúde, o que representa 23% da amostra, afirmaram que é prática predominante no mercado de assistência suplementar que a discussão dos valores dos serviços médicos seja realizada por meio de negociações coletivas entre planos de saúde e prestadores, sendo a negociação individual eventual. Dessas, apenas uma afirmou não ser representada por nenhuma entidade durante as negociações, apesar de os médicos estarem organizados em bloco.
89. As manifestações das operadoras sintetizadas abaixo comprovam a negociação coletiva:

“O processo de negociações referentes aos valores de CH e US, bem como SADT, **é feito pela UNIDAS**, com os representantes das classes médicas e hospitalares. Os valores finais são definidos em assembleia com representantes das operadoras de planos de saúde” (fl. 1532). (grifo nosso).

“O processo de negociação **é sempre conduzido pela UNIDAS**, que monta comissões de negociação específicas para as diversas áreas como hospitais, honorários médicos, honorários de anestésias. No final de cada processo negocial, a Unidas submete a proposta acordada à aprovação das afiliadas (...) As negociações



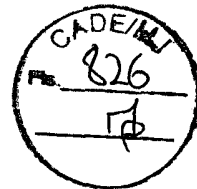
sempre são realizadas pela Unidas, que negocia individualmente com os prestadores, ou com entidades representativas destes” (fls. 1906 a 1907). (grifo nosso).

“As negociações são realizadas através das Superintendências Regionais da Unidas, podendo, **eventualmente**, serem negociadas individualmente” (fl. 3036). (grifo nosso).

“A FUNASA SAÚDE paga aos fornecedores os valores em torno daqueles negociados **pela entidade representativa do segmento de autogestão no Estado da Paraíba** (...) Unidas PB e os representantes das entidades médicas – AMBPB e Sindicatos dos Médicos do Estado da Paraíba – por meio de negociações paritárias” (fl. 332).

90. Outro exemplo dessa afirmação pode ser encontrado no Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71²⁴, no qual se verifica que, dentre as exigências apresentadas pela UNIDAS, quando da apresentação de sua proposta de honorários à Associação Médica Brasileira, ao Conselho Federal de Medicina e à Federação Nacional dos Médicos, estava a proibição de que fossem realizadas negociações paralelas com suas afiliadas nos estados (PA 08012.004276/2004-71, fl. 3)
91. Interessante notar que as próprias entidades representativas das operadoras de saúde, principais representantes nos processos administrativos instaurados em desfavor das entidades médicas, como mencionado acima, já foram condenadas pelo Tribunal do CADE por elaborar lista referencial de honorários e procedimentos médicos e impô-la aos prestadores de serviço. Foi o que ocorreu no Processo Administrativo nº 08000.020425/96-71, em que o Conselheiro-Relator, Thompson Andrade, entendeu que o CIEFAS – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde “atuou de forma a subverter os mecanismos de formação de preços dos serviços médicos e hospitalares através da imposição de novo valor de coeficiente de honorários médicos (CH), induzindo suas entidades filiadas à prática de conduta cartelizada entre concorrentes”.
92. Em que pese o CADE ter determinado ao representado que se abstivesse de elaborar e divulgar tabelas de preços sobre valores de serviços médicos e

²⁴PA 08012.004276/2004-71, Conselheira Relatora Ana Frazão, processo pendente de julgamento. Representadas: Confederação Médica Brasileira, Federação Nacional dos Médicos, Associação Médica Brasileira e Conselho Federal de Medicina.

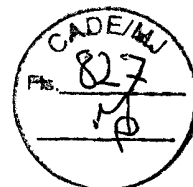


hospitalares entre seus filiados e de influenciá-los, de qualquer outra forma, a uniformizarem condutas, a entidade insistiu na prática anticoncorrencial, motivo pelo qual foram instaurados novos processos administrativos, quais sejam, o PA nº 08012.001098/2001-84, o PA nº 08012.009443/1998-15 e o PA nº 08012.002153/2000-72. Em todos os casos, o representado foi condenado à unanimidade pelo Tribunal, por ter divulgado às suas filiadas Lista Referencial de Honorários e Procedimentos Médicos, impedindo a livre negociação entre as partes para a formação de preços, segundo critérios de mercado.

93. Os dados acima revelam que há uma evidente assimetria entre operadoras de planos de saúde e prestadores de serviços médicos/pessoas naturais. Além de se tratar de um mercado concentrado, observou-se que, em regra, as OPSs também negociam coletivamente por meio de entidades representativas, inclusive com a imposição de tabelas de honorários aos prestadores de serviço.
94. O mero fato de as OPSs se organizarem coletivamente, independentemente da imposição de tabelas, já cria inequívoca disparidade de poder frente aos médicos, caso a estes seja negado o direito de também negociarem coletivamente. Por outro lado, mesmo que não haja a negociação coletiva por parte das OPSs, é inequívoco que, diante dos médicos individualmente considerados, mesmo OPSs pequenas apresentam-se em posição de evidente assimetria, situação que se reforça ainda mais diante das grandes OPSs.
95. Há, portanto, elementos claros da possibilidade de incidência da tese do poder compensatório como excludente da ilicitude da prática de influência de conduta concertada para a prestação de serviços médicos: (i) grande representatividade dos planos coletivos, em relação aos quais o reajuste é fixado livremente pelas OPSs, sem regulação da ANS, (ii) mercado concentrado e com tendência a se tornar ainda mais concentrado, com a presença de grandes e importantes OPSs e (iii) negociação coletiva por parte das OPSs. É sobre essa excludente que passamos a tratar na próxima seção.

VI.3. A tese do poder compensatório e a reprovabilidade da conduta

VI.3.1. A importância da discussão sobre o poder compensatório

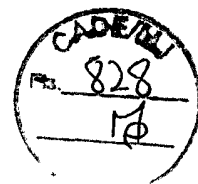


96. A tese do poder compensatório ganhou proeminência no célebre livro do economista norte-americano John Kenneth Galbraith, *Capitalismo Americano*²⁵. Segundo ele, com o incremento do grau de concentração do poder privado, houve o desaparecimento da concorrência em sua forma clássica e a sua substituição por um mercado caracterizado por um pequeno grupo de empresas organizadas em cartel ou em colusão tácita. A partir daí, a concorrência deixou de ser vista como o único mecanismo de regulação do mercado, abrindo espaço para o chamado poder compensatório. Galbraith foi o primeiro autor a indicar que a coordenação horizontal e a concentração do mercado poderiam trazer benefícios sociais, na medida em que poderiam compensar as assimetrias de poder nas negociações entre os agentes econômicos.
97. Nas palavras do autor, “no mercado típico de poucos vendedores, a restrição ativa não é proporcionada pelos competidores, mas pelos compradores poderosos, do outro lado do mercado. Dada a convenção contra a concorrência de preços, é o papel do competidor que se torna passivo nesse mercado”²⁶.
98. A tese do poder compensatório, portanto, defende que os efeitos do monopólio ou do monopólio podem ser compensados com a integração horizontal no lado do fornecedor ou do comprador. A ideia é que a referida integração levará à formação de um monopólio bilateral, proporcionando um equilíbrio de forças entre esses agentes. Ao mitigar o poder de mercado preexistente, o poder compensatório poderá reduzir seus efeitos deletérios, levando ao aumento de bem estar.
99. Por essa mesma razão, Blair e DePasquale²⁷ afirmam que, enquanto fusões que levam à criação de monopólios ou monopsonios têm consequências claramente anticompetitivas, operações que criam uma situação de monopólio bilateral podem ser pró-competitivas, pois o surgimento do poder compensatório pode levar ao incremento do bem estar social.

²⁵ GALBRAITH, John Kenneth. Tradução: COLOTTO, Clara A. *Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório*. São Paulo: Novo Século, 2008.

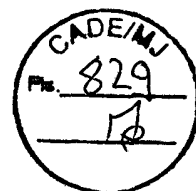
²⁶ Ibidem, p.96.

²⁷ BLAIR, Roger.D; DEPASQUALE, Cristina. Considerations of Countervailing Power. In: Review of Industrial Organization, August 2011, Volume 39, Issue 1-2, pp. 137-143.



100. Dessa maneira, se a ideia do direito antitruste é precisamente a de controlar o poder econômico, é inequívoco que não pode ficar insensível a condutas que têm justamente esse objetivo.
101. Segundo Galbraith, o incentivo para o exercício do poder compensatório, entretanto, só existe quando há um poder de mercado original. Assim, a concentração entre compradores de bens intermediários surge, sobretudo, em resposta ao poder de mercado original exercido pelos ofertantes.
102. Não por coincidência os sindicatos mais poderosos surgiram justamente naquelas indústrias mais fortes, de aço, de automóveis e de mineração. Da mesma forma, no negócio varejista, o poder compensatório identifica-se com as grandes e poderosas empresas de varejo, segmento no qual houve o surgimento de cadeias de alimentos, cadeias de lojas de variedades, cadeias de lojas de departamentos, etc.
103. Aliás, foi justamente a discussão sobre as negociações coletivas dos sindicatos que introduziu no âmbito da política da concorrência a questão dos efeitos compensatórios da barganha coletiva. Basta dizer que, em seus primeiros anos, a aplicação do *Sherman Act* destinou-se quase exclusivamente a ações promovidas por empregadores contra sindicatos, até que, em 1932, essas organizações ganharam isenção antitruste com a promulgação do *Norris La Guardia Act*.
104. O poder compensatório acabou justificando outras hipóteses de isenção antitruste. Na Europa, como lembra Goldberg²⁸, qualquer acordo conjunto de compra entre manufactureiros, desde que pelo menos um deles tenha faturamento inferior a R\$ 100 milhões de euros por ano, por exemplo, não se submete à legislação concorrencial. Na Alemanha, as cooperativas de compra formadas por pequenas e médias empresas também estão isentas do direito antitruste.
105. Em certa medida, a tese do poder compensatório também foi acolhida no caso *Appalachian Coals v. United States*, em que 137 produtores de carvão criaram uma agência de venda conjunta para obter preços melhores de venda. A Suprema Corte Norte-Americana alterou a decisão do Tribunal inferior, que sustentava que a conduta dos produtores violava as seções 1 e 2 do *Sherman Act*. Em primeiro lugar, a Corte ressaltou que o mero fato de as partes eliminarem a competição

²⁸ GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p.152.



entre elas não era suficiente para condená-las. Destacou ainda as condições deploráveis da indústria de carvão e a presença de agências organizadas de compradores e de grandes consumidores, com poder de compra concentrado, criando um “mercado de compra (*buyer market*)”²⁹.

106. Já no que diz respeito à União Europeia, o seu Guia de Cooperação Horizontal menciona expressamente o conceito de poder compensatório, recomendando que, na análise dos atos de concentração, a existência de poder compensatório seja examinada como um fator capaz de mitigar o poder de mercado das empresas que constituem o objeto da operação.
107. Entretanto, como explicam Furquim e Almeida³⁰, a referência aparece apenas de forma secundária, até porque não se trata de um poder compensatório que resulta da concentração horizontal associada a um ato de concentração ou de uma conduta concertada, mas sim de um elemento que já existe no mercado e pode atuar de forma compensatória, equilibrando a barganha que o comprador tem em relação ao vendedor na negociação comercial.
108. Como se pode observar pelas discussões supramencionadas, o poder compensatório consiste, portanto, na coordenação de conduta entre concorrentes visando à adoção de práticas comerciais uniformes com o objetivo de ampliar seu poder de barganha para obter melhores condições negociais, reduzindo o desequilíbrio de poder em relação ao outro elo da cadeia produtiva.
109. A ação coordenada poderá decorrer da formação de associações, cooperativas, sindicatos ou por meio de fusões, sempre com o objetivo de fazer frente ao poder de um ofertante ou comprador. Nesse caso, tem-se que o poder compensatório é exercido para criar uma estrutura que possa se contrapor minimamente ao poder econômico detido pela outra parte da negociação. A ideia é empoderar o contratante mais fraco, a fim de lhe conferir maior poder de barganha e, conseqüentemente, tornar a negociação menos desigual.

²⁹ Sobre isso, ver BLAIR, Roger D; HARRISON, J. L. *Monopsony in Law and Economics*. Cambridge University Press, 2010, p. 124.

³⁰ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silva Fagá de. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência, In: *Revista de Estudos Econômicos*, v. 39, n. 4, 2009, p. 743.



110. Quando isso não é observado, pode ocorrer uma série de distorções. Como adverte Galbraith³¹, além de não haver justificativa para atacar o poder compensatório e deixar intactas as posições do mercado original, isso pode trazer danos ao patrimônio líquido bem como ao funcionamento mais eficiente da economia.
111. O autor ressalta que as consequências da ignorância do poder compensatório foram particularmente graves para a estrutura da indústria norte-americana, pois, em última análise, levou a autoridade antitruste a reforçar exatamente as posições que deveria atacar, em detrimento da livre concorrência:

“As leis antitruste foram invocadas sem discriminação contra empresas que não conseguiram edificar um poder compensatório, enquanto os detentores de um poder original, contra quem se exerce o poder compensatório, não foram perturbados. A autoridade da lei foi assim colocada ao lado das posições de poder de monopólio e contra o interesse geral. Os resultados foram prejudiciais ao mesmo tempo à economia e ao prestígio das leis antitrustes.”³²

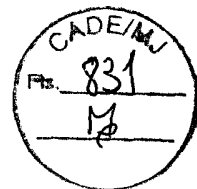
112. Daí sua conclusão de que há uma discriminação favorável ao poder original e hostil ao poder compensatório.
113. Já no direito brasileiro, verifica-se que a tese do poder compensatório só recentemente vem ganhando maior espaço e, mesmo assim, de forma bastante tímida, especialmente no controle de condutas.
114. Como apontam Furquim e Almeida³³, argumentos baseados em poder compensatório permeiam análises de atos de concentração, principalmente quando há a alteração do mercado a montante e, ao mesmo tempo, identifica-se um poder de compra preexistente para contrabalançar o poder de mercado dos ofertantes. É o que se depreende do seguinte trecho do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal Brasileiro de 2001:

“Poder de mercado compensatório. Se o aumento da capacidade do exercício de poder de mercado da empresa concentrada contribuir para reduzir a capacidade de exercício de poder de

³¹ GALBRAITH, John Kenneth. Tradução: COLOTTO, Clara A. **Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório**. São Paulo: Novo Século, 2008, p. 96.

³² Ibidem, p. 96.

³³ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silva Fagá de. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência, In: **Revista de Estudos Econômicos**, v. 39, n. 4, 2009, p. 743.



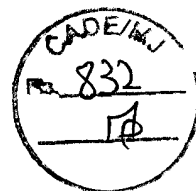
mercado no mercado de insumos (deslocando, por exemplo, os preços dos insumos, que antes da concentração estivessem distorcidos, até seus níveis competitivos), a SEAE e a SDE considerarão este evento uma eficiência específica do ato”. (p.18).

115. Entretanto, nos casos de conduta, a criação de poder compensatório vem sendo entendida como a formação de um cartel, mesmo não havendo justificativa econômica para a diferença de tratamento.
116. De fato, ao assim entender, o direito antitruste não apenas pode estar incidindo em grave contradição interna – protege-se indevidamente a posição dominante original, mas não o poder compensatório –, mas também em grave contradição sistêmica, constatada a partir da sua comparação com as demais áreas do sistema jurídico. Basta lembrar que o moderno direito contratual considera a assimetria entre os contratantes como um dos principais critérios de classificação dos contratos na atualidade, a fim de ensejar uma proteção diferenciada ao contratante mais fraco, seja por meio de regras específicas, seja por meio de cláusulas gerais, tais como a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a equivalência material das prestações.

Dessa forma, até mesmo o direito privado, cujas raízes oitocentistas liberais e individualistas eram indiferentes às distinções de poder entre as partes, hoje procura se adaptar para compensar o contratante mais fraco. Não faz sentido, pois, que o direito antitruste, cuja missão, desde a origem, é precisamente a de controlar o poder econômico, possa ser indiferente a questões relacionadas à assimetria entre as partes, ainda mais quando se trata de punir agentes que alegam estar buscando compensar o poder econômico do outro contratante.

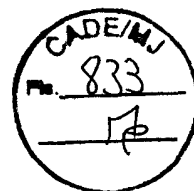
VI.3.2. Poder compensatório no mercado de saúde suplementar

117. No setor de suplementar, as discussões sobre o poder compensatório projetam-se com especial relevância, em razão da grande assimetria existente entre os prestadores de serviços e as operadoras de planos de saúde.
118. Como ressaltado anteriormente, o mercado de saúde suplementar brasileiro é concentrado. Segundo a SDE, 75% dos municípios apresentaram HHI superior a 1800 pontos entre 2003 e 2006. Em 2013, as duas maiores OPSs detinham 14%



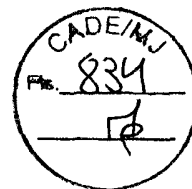
dos beneficiários de saúde no Brasil, o que equivale a mais de sete milhões de usuários. Ademais, já se viu que as OPSs também negociam coletivamente, acentuando o desequilíbrio.

119. No caso sob exame, é possível observar que praticamente todas as negociações com as entidades de autogestão descritas no processo foram realizadas com a intermediação do CIEFAS (atual UNIDAS), motivo pelo qual a representante acabou sendo incluindo no polo passivo.
120. Não é sem razão que a evolução do mercado de saúde suplementar tem sido marcada por intensos conflitos distributivos, reforçados pelo aumento de custos decorrente da regulação mais estrita do setor, que tem levado as OPSs a reduzirem o valor da remuneração das consultas e dos procedimentos médicos, gerando a insatisfação da categoria. Segundo os médicos, os reajustes em seus honorários são não apenas inferiores ao repassado pelas operadoras aos beneficiários finais, como sequer compensam o índice de inflação do período.
121. Assim, com a finalidade de se contrapor ao poder econômico das tomadoras de serviço, os médicos se organizam coletivamente para negociar de forma mais equilibrada com as OPSs. Dentre as ferramentas utilizadas pela categoria, destacam-se: (i) a exigência de preços mínimos ou a utilização de tabelas de honorários mínimos para a remuneração de médicos e procedimentos médicos; e (ii) a organização dos médicos em associações, sociedades e cooperativas.
122. Nos Estados Unidos, os médicos chegaram a propor um projeto de lei, o *Quality Health Coalition Act (H.R.1304)*, que concedia isenção antitruste à negociação coletiva entre médicos e operadoras. Argumentavam que o poder de monopsonio exercido pelas operadoras de saúde levava à fixação de preços inferiores ao nível competitivo, reduzindo a qualidade dos serviços prestados aos consumidores.
123. O projeto federal acabou sendo rejeitado pelo Congresso norte-americano, sob o argumento de que a barganha coletiva dos médicos levaria ao aumento dos custos das operadoras, que seriam repassados ao consumidor final. Afirmou-se que, com o aumento nos prêmios, havia o risco de que alguns consumidores deixassem o mercado de saúde suplementar, ampliando os custos do governo com a saúde. No âmbito estadual, entretanto, foram aprovadas leis que autorizam a barganha coletiva dos médicos no Alaska, em New Jersey e no Texas.



124. A FTC argumentou que as leis eram desnecessárias, pois a legislação antitruste já admitia a possibilidade de que grupos de médicos discutissem questões relacionadas ao exercício da profissão, inclusive aquelas concernentes aos honorários médicos.
125. A objeção, contudo, como ressaltam Blair e DePasquale³⁴ é falaciosa, pois o que equilibra a relação entre a categoria médica e os tomadores de serviços é a possibilidade de negociar coletivamente; a discussão, por si só, não permite que os médicos exerçam uma barganha efetiva no processo de negociação com as operadoras.
126. A mesma linha de argumentação das autoridades antitruste norte-americanas vem sendo adotada pelo SBDC. No PA 08012.004276/2004-71, em que figuravam como representadas as entidades médicas nacionais, a SG ressaltou que a coordenação entre profissionais ou empresas que exerçam a mesma atividade econômica para a definição de padrões de negociação com tomadores de serviço viola a livre concorrência e, portanto, em consonância com a ponderação de interesses, só poderia ser mitigada caso houvesse outro princípio constitucional em jogo.
127. O argumento, contudo, não se sustenta. Ora, havendo posição dominante da outra parte, não há que se falar propriamente em livre concorrência, motivo pelo qual a aceitação do poder compensatório, na verdade, ocorre justamente para viabilizar a proteção desta última.
128. Recentemente, a assimetria entre os médicos e operadoras de saúde fomentou a promulgação da Lei 13.003/2014. Dentre outras medidas, a referida Lei estabelece que deverá haver o reajuste anual dos honorários médicos, pelo valor obrigatoriamente previsto no contrato de credenciamento. Em caso de descumprimento da regra, a ANS deverá decidir sobre o índice de reajuste que será implementado, quando for o caso.

³⁴ BLAIR, Roger D. DEPASQUALE, Christina. Considerations of Countervailing Power. In: Review of Industrial Organization August 2011, Volume 39, Issue 1-2, p.142.



VI.3.3. O problema da dupla margem

129. Em que pesem os argumentos mencionados acima, verifica-se que o poder compensatório tem sido ou ignorado ou rechaçado, de plano, pelas autoridades de defesa da concorrência.
130. No setor de saúde suplementar, a dupla margem tem sido o principal argumento utilizado para fundamentar a ilicitude das tabelas de honorários médicos e da negociação coletiva.
131. Foi exatamente isso que defendeu a Superintendência-Geral em sua Nota Técnica, segundo a qual, em mercados de alta concentração, como o de planos de saúde, as empresas têm incentivos para repassar o aumento dos insumos ao consumidor final.
132. Esse também foi o entendimento do Conselheiro Luís Schuartz, no Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33, no que foi acompanhado pelo Tribunal. Embora tenha reconhecido expressamente a existência de assimetrias entre médicos e os grandes planos, destacou que isso não poderia ser considerado suficiente para afastar a infração concorrencial, pois a ação concertada dos médicos tenderia a ampliar os custos para os consumidores. Assim, o único remédio consistente com a legislação antitruste seria punir o exercício abusivo do poder de monopólio e não conceder imunidade às condutas concertadas por parte dos médicos.
133. Trata-se da mesma solução proposta pelas autoridades de defesa da concorrência norte-americanas. A importância do tema dos Estados Unidos levou o U.S DoJ e a FTC a se manifestarem conjuntamente, rejeitando explicitamente a tese do poder compensatório, sob o argumento de que assegurar a possibilidade de barganha coletiva pelos médicos poderia levar ao aumento dos custos para o consumidor sem garantir maior qualidade nos serviços prestados. Segundo a jurisprudência norte-americana, se a existência de monopólio já tende à redução da quantidade de produtos ou serviços ofertados, levando à perda de bem estar alocativo, a proteção do poder compensatório do lado da oferta não apenas reforçaria essa ineficiência, como aumentaria os preços cobrados do consumidor. Daí por que a melhor solução – *first best* – é preservar as condições de livre concorrência tanto



- no lado da demanda quanto da oferta, evitando a aquisição de monopólio ou seu exercício abusivo.³⁵
134. De fato, não há dúvida de que o melhor seria evitar a formação do monopólio ou, uma vez existente, evitar que ele abusasse de seu poder, raciocínio que poderia ser estendido às outras formas de aquisição e exercício de posição dominante. Ocorre que essa solução não é trivial e não vem ocorrendo na prática.
135. No que diz respeito à criação do monopólio, ela pode ter decorrido da maior eficiência do agente econômico, sendo, portanto, legítima. Acresce que, especialmente no setor de saúde suplementar, há razões de mercado e exigências regulatórias que, tal como já foi exposto, levam a uma crescente concentração do setor.
136. Por outro lado, a prova de abuso do agente que detém poder de monopólio ou grande poder em determinado mercado é, muitas vezes, bastante complexa. Obviamente, se a melhor solução pode ser, muitas vezes, inenunciável, não se pode ignorar a realidade e adotar soluções paliativas que não compõem adequadamente o conflito de interesses.
137. Já se viu que as consequências de ignorar o poder compensatório podem ser particularmente graves, até porque, diante da dificuldade de implementar a solução *first best*, a autoridade antitruste acabará punindo o poder compensatório e preservando o poder de mercado original, acentuando os problemas anticoncorrenciais no mercado.
138. Registre-se que as condutas das operadoras de planos de saúde são evidentemente muito mais difíceis de punir do que a suposta atuação concertada dos médicos. Isso porque, diante do patente desequilíbrio existente entre as OPSs e os prestadores de saúde, estes últimos acabam tendo de se valer de instrumentos muito mais explícitos e incisivos para assegurar alguma razoabilidade na negociação, como a paralisação dos atendimentos médicos. Em compensação, as OPSs podem impor suas tabelas e, diante da resistência de algum profissional em aceitar determinada cláusula dos contratos de adesão elaborados por elas, simplesmente trocam de prestador de serviço, sem que isso possa ser facilmente identificado pela autoridade antitruste como um ilícito.

³⁵ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silva Fagá de. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência, In: *Revista de Estudos Econômicos*, v. 39, n. 4, 2009, p. 742.

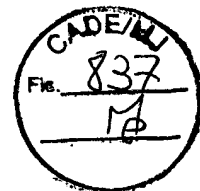


139. Tal aspecto do problema precisa ser devidamente realçado, porque tem desdobramentos importantes no caso concreto: quando as OPSs recusam-se a negociar com os médicos, elas estão, na verdade, impondo os seus preços a estes, conduta que não se diferencia essencialmente da tentativa dos médicos de imporem preços mínimos ou tabelas de honorários mínimos às OPSs.
140. O problema não passou despercebido por Galbraith. Segundo o autor, vários estudiosos têm apontado que o poder compensatório é a segunda melhor solução, já que o ideal seria evitar a concentração de mercado nos dois elos da cadeia produtiva. Entretanto, o autor alerta que a tese do *first best*, apesar de sedutora, é bastante irreal, como se verifica dos trechos abaixo:

“Vários que aceitaram como desejável o desenvolvimento do poder compensatório por grupos outrora carentes têm sido, entretanto, cuidadosos ao apontar que ele é, decididamente, a segunda melhor solução. Dado o poder da empresa industrial moderna, é sem dúvida bom que aqueles que fazem negócios com ela tenham a capacidade de se proteger. Mas seria melhor ter evitado essa luta entre mamutes. Há algo assustador e possivelmente perigoso nessa negociação entre vastas agregações. Seria melhor ter negado poder a todos. O mundo do poder compensatório pode ser tolerável, mas é altamente imperfeito. **Esse é um argumento atraente, embora seja improvável que atraia alguém interessado em resultados. Esforços passados para extirpar o poder econômico têm sido notavelmente ineficazes. Não se pode supor que venham a ser mais bem-sucedidos no futuro. O poder econômico pode, de fato, ser inerente ao capitalismo bem-sucedido. Faríamos melhor em nos contentarmos com as restrições a que estamos sujeitos do que buscarmos uma Terra do Nunca na qual elas seriam tornadas desnecessárias.**”³⁶

141. Furquim e Almeida também criticam a crença na solução *first best*, tal como se adota nos EUA. Destacam que, em determinados mercados, não é possível assegurar condições de concorrência perfeita, até porque o poder econômico de eventual monopsonista pode decorrer de conquistas legítimas. Assim, a solução

³⁶ GALBRAITH, John Kenneth. Tradução: COLOTTO, Clara A. *Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório*. São Paulo: Novo Século, 2008, p.121.



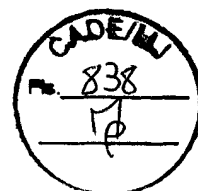
do *first best* acaba partindo da premissa equivocada de que a intervenção no exercício do poder de monopólio seria viável e eficaz:

“Entretanto, dado que há mercados em que as condições de concorrência perfeita são irreplicáveis, seja por características tecnológicas e informacionais, seja porque a posição dominante de uma empresa foi legitimamente conquistada, não há possibilidade de intervenção antitruste. Ao explicitamente assumir que o “*better approach*” é assegurar efetivo *enforcement* antitruste também com relação aos planos de saúde, a jurisprudência americana considera que tal intervenção é possível e eficaz. Desse modo, a posição expressa no parágrafo acima rejeita implicitamente o “critério de irremediabilidade” de Williamson (1996), segundo o qual a noção de eficiência deve levar em consideração apenas as alternativas viáveis.”³⁷

142. Da mesma forma, Blair e Harrison³⁸ indicam que não há nenhum remédio no direito antitruste capaz de controlar os efeitos do exercício não abusivo do monopólio. As únicas formas de fazê-lo seria promover uma reestruturação do mercado, capaz de impedir perdas de bem estar associadas à ineficiência alocativa ou regular os preços.
143. A primeira solução não é razoável, pois poderia resultar em uma ineficiência produtiva, nas hipóteses em que o monopólio foi alcançado naturalmente. Já a regulação dos preços obrigaria a autoridade antitruste a afastar-se do seu papel tradicional. Ao eliminar a possibilidade de lucros supracompetitivos, a regulação acabaria por afastar também os incentivos para que novos agentes entrem no mercado. Ademais, o que direito da concorrência proíbe é o exercício abusivo do poder de mercado e nem sempre o uso desse poder para influenciar preços será abusivo.
144. Diante de todas as dificuldades mencionadas, o poder compensatório torna-se a alternativa mais realista – quando não a única alternativa viável – para compor os conflitos entre médicos e OPSs, assegurando a livre concorrência. Ademais, a referida tese não encontra objeções convincentes. Como se verá adiante, mesmo o

³⁷ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silva Fagá de. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência, In: *Revista de Estudos Econômicos*, v. 39, n. 4, 2009, p. 744.

³⁸ BLAIR, Roger D. HARRISON, Jeffrey L. Antitrust Policy and Monopsony. In: *Cornell Law Review*, 1996.



problema do repasse de eventuais aumentos dos planos ao consumidor é ainda bastante controverso, havendo, inclusive, estudos que demonstram o oposto.

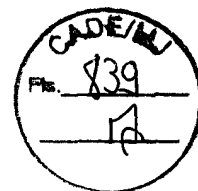
145. Acresce que, ainda que houvesse o referido aumento a ser repassado aos consumidores, tal circunstância não encerra a discussão. Afinal, também é necessário debater por que, diante de toda a cadeia de serviços, apenas os médicos devem ser sacrificados em nome do consumidor final.
146. Em situações como essas, há que se buscar soluções que conciliem, dentro do possível, todos os interesses em jogo – os dos consumidores, os dos médicos e os das OPSs. O que não é possível é implementar o ideal de proteção do consumidor a partir do esforço e da opressão de apenas um dos elos da cadeia de serviços, ainda mais quando este é justamente o mais fraco deles.

VI.3.4. Os efeitos da conduta sobre o consumidor: o problema do repasse de eventuais aumentos dos planos e a questão da qualidade

147. A ideia de que os impactos do poder compensatório no mercado de saúde suplementar – seja no que diz respeito (i) à formação de cooperativas, sociedades ou associações médicas, seja no que diz respeito (ii) à exigência de preços mínimos para as negociações coletivas ou à existência de tabelas de honorários para as negociações individuais entre médicos e OPSs – são sempre negativos para o consumidor final, na medida em que acarretariam necessariamente aumento de preços, precisa ser vista com cuidado.
148. Nesse sentido, Furquim e Almeida³⁹ concluíram, em recente estudo, que, na verdade, *“não há base teórica ou empírica para fundamentar essa presunção”*, tendo a análise empírica realizada por eles demonstrado justamente o contrário, ou seja, que *“existem impactos positivos associados à criação do poder compensatório cristalizada na ação coordenada dos médicos”*. Assim, o CADE pode ter sido utilizado na solução de conflitos privados entre OPSs e médicos, condenando práticas que, em última análise, poderiam levar à redução de preços aos consumidores finais.

³⁹ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silvia Fagá de. *Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem estar?*, p. 17 e ss.

Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6894/TD%20263%20-%20S%C3%ADlvia%20Fag%C3%A1%20de%20Almeida.pdf?sequence=1>.



149. No referido estudo, os autores analisaram o impacto da existência das cooperativas médicas e da criação do poder compensatório sobre os preços dos planos de saúde cobrados do consumidor final. Os exercícios permitiram testar duas hipóteses: (i) se a existência de associações de médicos implica ou não o aumento do preço do plano de saúde para o beneficiário; (ii) se a criação de poder compensatório leva à redução de preço ao consumidor final. Na análise, foram consideradas todas as cooperativas médicas que, em maio de 2007, detinham mais de 20% de mercado. As informações foram extraídas do Cadastro Nacional de Entidades de Saúde. Também fizeram parte da amostra as cooperativas médicas condenadas entre 2003 e 2006 pela CADE por coordenação na negociação de preços.
150. A análise empírica trouxe evidências que contradizem a presunção tradicionalmente utilizada pelas autoridades antitrustes, de que os arranjos cooperativos entre médicos poderiam levar ao aumento dos planos de saúde, em prejuízo do consumidor. Na verdade, os resultados obtidos levam à conclusão oposta, ou seja, de que a ação coordenada dos médicos pode ser responsável por reduzir os preços repassados aos consumidores:

"A análise empírica empreendida neste artigo apresenta evidências que contradizem a presunção corrente das autoridades antitruste sobre o efeito de arranjos cooperativos entre médicos. Em síntese, os resultados indicam que, no que se refere aos preços de planos de saúde, existem impactos positivos associados à criação de poder compensatório cristalizada na ação coordenada entre os médicos. Ainda que os testes não permitam que se descarte o resultado de dupla-margem, os exercícios 1 e 2 mostram que a existência de cooperativas médicas que buscam equilibrar a assimetria de poder na negociação com as operadoras de planos de saúde - criando poder compensatório - pode ser responsável por reduzir preços aos consumidores finais. Adicionalmente, não se pode ignorar a possibilidade de outros possíveis efeitos benéficos da ação coordenada entre os prestadores de serviços médicos que vão além dos impactos sobre os preços."⁴⁰

⁴⁰ Ibidem, pp. 17-18.



151. Outro estudo sobre o tema desenvolvido pelos mesmos autores confirmou as conclusões citadas acima, de que a criação do poder compensatório, ao contrário do que vem sendo apontado pelas autoridades de defesa da concorrência, pode trazer benefícios para o consumidor. Na referida análise, foram consideradas as principais hipóteses em que o poder compensatório poderia surgir, a saber: (i) concorrência-monopsônio-monopólio; (ii) monopólio-monopsônio-monopólio; (iii) monopólio-monopsônio-monopólio.

152. Os resultados demonstraram que a coordenação horizontal com o propósito de compensar algum poder de mercado da contraparte em uma negociação pode estar associada a benefícios sociais líquidos, como revela o trecho a seguir:

“Foi possível constatar que, em linhas gerais, independentemente da existência de poder de mercado downstream, a maximização conjunta do lucro resulta sempre em negociação dos termos de troca mutuamente benéficos, de forma que há aumento da quantidade produzida, redução do peso morto, isto é, há aumento do bem-estar social. Sem cooperação ente os agentes, a criação de poder de mercado até pode ser benéfica, mas depende de algumas condições acerca das elasticidades-preço. Ou seja, os efeitos da criação de poder compensatório poderão ser positivos a depender da relação entre as elasticidades-preço da oferta e da demanda, assim como da cooperação entre as partes na negociação de forma a configurar um processo de barganha bilateral.” (fl. 12)

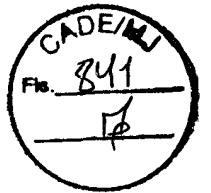
153. Segundo os autores, o estudo demonstraria que, em determinadas circunstâncias, o exercício do poder de monopsônio pode ser mais nocivo do que o próprio resultado da dupla margem, o que evidencia a importância do poder compensatório:

“a depender das elasticidades da demanda e da oferta, o exercício de poder monopsônico pode ser mais deletério do que o resultado da dupla margem, de tal modo que a formação de poder de mercado que mitigue o exercício de monopsônio pode, mesmo ocorrendo dupla margem, gerar benefícios sociais”.⁴¹ (grifos nossos).

154. Furquim e Almeida⁴² destacaram, ainda, que o benefício social líquido associado à criação do poder compensatório decorre diretamente da redução dos custos

⁴¹Ibidem, pp. 2-3.

⁴² Ibidem, p. 12.



sociais do poder de mercado da contraparte, como se extrai do trecho a seguir: "*É, portanto, enganosa a classificação dessa prática como auxiliar, visto que seu objetivo é apenas atenuar diretamente os efeitos do poder de mercado, sem nenhuma implicação de redução de custos de produção ou de transação.*"

155. Embora não venham sendo acolhidas pela jurisprudência, as referidas conclusões encontram apoio em outros autores, como é o caso de Heloísa Lima⁴³, que assim analisa a tese do poder compensatório no mercado de saúde suplementar:

"Mesmo com o reconhecimento da existência de um poder de mercado original - contra o qual o pólo oposto se contrapõe - e da potencialidade de a coordenação horizontal causar prejuízos à concorrência, é forçoso reconhecer a existência de situações em que a cooperação horizontal para estabelecimento de preços em resposta ao poder da contraparte pode produzir benefícios líquidos para o bem-estar social."

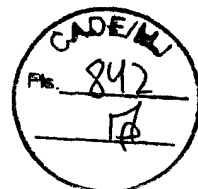
156. A autora lembra ainda um estudo realizado por Blair e Coffin que concluiu que a negociação coletiva dos médicos pode produzir aumento de bem estar quando o segurador de saúde possuir algum grau de poder de compra dos serviços de saúde⁴⁴:

"Um claro propósito dos esforços legislativos é equalizar o poder compensatório entre médicos e planos de saúde. Nesse sentido, o exercício da barganha coletiva será permitido somente nas áreas geográficas onde o segurador detiver algum (não-específico) grau de poder de compra dos serviços de saúde. (...)

Na hipótese de o mercado de prestação de serviço médico ser competitivo do lado da oferta e monopsonista do lado da demanda, os acordos horizontais (countervailing power) produzirão resultados econômicos positivos. A estrutura do mercado então montada é conhecida como monopólio bilateral (isto é, monopólio sob o lado da oferta e monopsônio sob o lado da demanda). Considerando que dois 'errados' raramente produzem um 'certo', a legislação (permissionária do poder compensatório) pode parecer contra-intuitiva, mas acrescentar um monopólio ao monopsônio de fato produz bem-estar social."

⁴³ LIMA, Heloisa Helena Monteiro de. A tese do poder compensatório no mercado de saúde suplementar. In: Revista do Ibrac, n. v. 15, n. 1, 2008, p.117-118.

⁴⁴ Ibidem, 132-134.

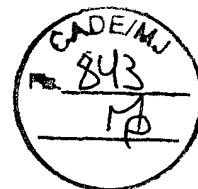


157. Diante dos resultados mencionados acima, é forçoso reconhecer que o papel marginal que as políticas de defesa da concorrência têm atribuído ao poder compensatório decorre de análises apressadas, que não têm examinado com o devido cuidado, não apenas a teoria econômica, mas os próprios fundamentos do direito antitruste.
158. Ainda que se questionem os resultados apresentados a respeito das eficiências decorrentes do exercício do poder compensatório, **o fato é que também não se pode afirmar que tal exercício, do ponto de vista econômico, é necessariamente ineficiente.** A teoria econômica não condena, de forma apriorística e inexorável, o exercício do poder compensatório, o que reforça ainda mais a necessidade de que tal questão seja analisada com cuidado no controle de condutas. A constatação foi confirmada em recente estudo do Departamento de Estudos Econômicos, produzido especificamente para a discussão em análise. Ao examinar os efeitos da constituição de associações de profissionais e cooperativas sobre o mercado, o DEE ressaltou que o risco de dupla margem, nessas hipóteses, deve ser analisado com cautela pela autoridade antitruste e que não é possível descartar que o exercício de eventual poder compensatório importe em ganhos de bem-estar. Vale citar as conclusões:

“Mesmo que a firma cooperada busque a maximização de lucros, não poderíamos descartar que o potencial exercício de poder compensatório traga aumento de bem estar, como é usualmente discutido na literatura antitruste.

Em termos de política antitruste, a conclusão que podemos extrair do presente artigo é de que uma concentração ou coordenação entre profissionais não é, *per se*, condição necessária e suficiente para causar dano antitruste. As especificidades e idiosincrasias destes tipos de organizações sugerem análise específica e a aplicação da *regra da razão* por parte das autoridades antitruste.

Neste ponto foi discutido que a hipótese de risco de dupla marginalização deve ser endereçada com cautela pela autoridade antitruste quando analisando situações envolvendo firmas cooperadas. Novamente foi alertado que utilizar o mesmo referencial analítico aplicado em monopólios bilaterais de empresas capitalistas convencionais pode ser inadequado. Isso ocorre por conta do fato de dispormos de pouca evidência teórica e empírica na literatura especializada que justifique um



comportamento “marginalizante” por parte das firmas cooperadas.

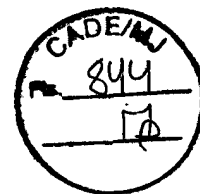
Foi discutido que a possibilidade de dupla marginalização em um monopólio bilateral, com ao menos uma firma cooperada, não deve ser descartada, porém a situação mais provável é que a firma cooperada *upstream*, por exemplo, tenha como objetivo de barganha a manutenção do nível de emprego e do produto, mas com uma remuneração maior. Partindo de uma situação na qual as quantidades comercializadas permaneçam constantes, o aumento de preço *upstream* implicaria apenas na transferência de *quasi-rendas (sic)* entre os elos da cadeia produtiva, ou seja, limitar-se-ia a um problema distributivo, sem maiores consequências em termos de eficiência e de bem estar. Mesmo que a firma cooperada busque a maximização de lucros, não poderíamos descartar que o potencial exercício de poder compensatório traga aumento de bem estar, como é usualmente discutido na literatura antitruste.

Em termos de política pública, a conclusão que podemos extrair do presente artigo é de que uma concentração ou coordenação entre profissionais não é, *per se*, condição necessária e suficiente para causar dano concorrencial. As especificidades e idiossincrasias destes tipos de organizações sugerem análise específica e a aplicação da *regra da razão* por parte das autoridades antitruste.”

159. Daí o alerta de Furquim e Almeida de que a autoridade antitruste deve ser cautelosa no reconhecimento da diferença entre o poder compensatório e o poder de mercado original, combatendo o último, mas preservando o primeiro, sob pena de gerar incongruências entre a teoria econômica e a jurisprudência⁴⁵.
160. É também essa a advertência de Heloísa Lima⁴⁶, para quem decisões do CADE que vêm considerando ilícita a imposição de tabelas médicas sem analisar com a devida cautela a tese do poder compensatório produzem “evidentes prejuízos, tendo em vista que a interferência antitruste em apenas um dos pólos da cadeia produtiva tende a piorar uma situação já distorcida de mercado.”

⁴⁵ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silvia Fagá de. Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem estar?, p.6. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6894/TD%20263%20-%20S%C3%ADlvia%20Fag%C3%A1%20de%20Almeida.pdf?sequence=1>.

⁴⁶ LIMA, Heloisa Helena Monteiro de. A tese do poder compensatório no mercado de saúde suplementar. In: *Revista do Ibrac*, n. v. 15, n. 1, 2008, p.112



161. Frise-se que, mesmo sem a existência de um estudo mais aprofundado sobre o tema, o aumento dos custos do consumidor final tem sido utilizado como o principal argumento para afastar a tese do poder compensatório, como ficou claro pelo voto do Conselheiro Schuartz citado anteriormente (supra 167).
162. O maior risco de tal postura é que a intervenção em apenas um dos lados da relação – e naquele que é normalmente o mais fraco – pode acentuar o desequilíbrio no mercado de saúde complementar, fortalecendo o poder de monopólio das operadoras de saúde e causando sérias distorções.
163. A própria SG no PA 0812.004276/2004-71, quando analisou a imposição de tabelas de honorários médicos pelas entidades nacionais, afirmou que a “desigualdade entre um prestador que negocia com uma operadora de saúde, independentemente de seu porte é translúcida” e que “(...) só será possível sustentar a sobrevivência da saúde suplementar no país se o Estado criar ou autorizar **instrumentos que viabilizem maior equilíbrio na relação entre médicos e operadoras de planos de saúde.**”
164. Além de representar um melhor equilíbrio entre as partes, a negociação coletiva também pode levar à diminuição dos custos de transação entre operadoras e prestadores de serviços médicos. Mesmo não sendo esse o efeito principal do poder compensatório, é evidente que essa consequência não pode ser desprezada na análise.
165. Com efeito, no estudo realizado pela SDE sobre as negociações no mercado de saúde suplementar, já citado, dezessete operadoras, o que corresponde a 44,73% da amostra, afirmaram que as negociações individuais levariam a um aumento dos custos, diante da necessidade de contratar um maior número de funcionários e de dispor de maior estrutura administrativa. É o que se depreende das manifestações abaixo (fl.19):

“a negociação individual de honorários, com cada um dos médicos contratados aumentaria sem dúvida os custos desta operadora, isto porque, administrativamente seria necessário a existência de um número maior de profissionais para efetivar a negociação individual”.

“Em função do quantitativo de médicos, a negociação individual seria de difícil implementação, trazendo custos incrementais à operadora”.



“diante da quantidade expressiva de fornecedor de serviços de saúde, o que provcaria enorme atraso decorrente do processo de negociação, com aumento de custos operacionais e perda da capacidade de negociação para compra de serviços a preços mais acessíveis, em virtude do volume de beneficiários vinculados ao segmento autogestão” (...).

“é inviável a negociação direta com cada médico, dificultando a operacionalização, pois incide (sic) diversos encargos trabalhistas, além de não possuímos uma estrutura administrativa para controlar o cadastro de tal quantitativo de profissionais da área médica”.

“a negociação individual de honorários com cada um dos médicos aumentaria os custos administrativos [CONFIDENCIAL], uma vez que seria preciso aumentar significativamente o *headcount* e a estrutura tecnológica e de controle”.

166. Dessa maneira, além de não haver provas de que o exercício do poder compensatório pelos médicos diante das OPSs leve necessariamente a resultados econômicos negativos, há evidências de que pode levar a efeitos positivos e ainda reduzir custos de transação.
167. A rejeição quase automática da tese do poder compensatório, na verdade, pode ser resultado de uma análise superficial dos efeitos do monopsonio sobre o mercado. Como apontam Blair e Harrison⁴⁷, ao contrário do monopólio, o monopsonio tem despertado pouca atenção da doutrina antitruste, de forma que não é raro encontrar decisões inconsistentes com os pressupostos da política da concorrência.
168. Com efeito, como o exercício do poder de monopsonio permite que o comprador obtenha menores preços ao negociar com o ofertante, é tentador inferir que os custos do monopsonista irão sofrer decréscimo e que os consumidores finais serão beneficiados com a redução de preços. E, partindo do princípio de que o objetivo da política antitruste é o bem estar do consumidor ou a garantia de preços baixos, não haveria justificativa para intervir nesse tipo de situação.
169. Todavia, como advertem os autores, não há correlação entre a diminuição nos custos e um benefício geral a longo prazo dos consumidores.

⁴⁷ BLAIR, Roger D. HARRISON, Jeffrey L. Antitrust Policy and Monopsony. In: **Cornell Law Review**, 199,6, p.2 e ss.



170. Isso porque os preços são determinados pelos custos marginais, que não sofrem redução em razão do poder de monopsonio. Ao contrário, esses custos são mais elevados para o monopsonista, estimulando o agente a restringir a quantidade demandada e, conseqüentemente, a oferta aos consumidores finais. Assim, duas conseqüências podem advir do monopsonio: (i) se o monopsonista oferta seus produtos em um mercado competitivo, ele irá cobrar os mesmos preços, mas haverá uma redução da quantidade ofertada; (ii) se há um monopólio ou cartel nesse mercado, os preços serão mais altos do que os que seriam cobrados na ausência de monopsonio.
171. Os efeitos do monopsonio tornam-se ainda mais graves no mercado de saúde suplementar por se tratar de serviços perecíveis. Já se viu que o tempo que um médico deixa de atender determinado paciente não é recuperável. Assim, a oferta é inelástica a curto prazo, o que impede que os prestadores de serviço possam reagir, reduzindo a oferta em resposta ao exercício do monopsonio.
172. Alguns autores, como Goldberg⁴⁸, contudo, vêm advertindo que não é provável que o poder de barganha dos planos de saúde se traduza em redução dos serviços ofertados, pois os contratos firmados entre médicos e OPSs determinam que os serviços sejam extensíveis a todos os pacientes credenciados e o prestador recebe pelo procedimento e não pela efetividade de tratamento, havendo, na verdade, um incentivo para o excesso de oferta.
173. Ainda que se admitisse o alerta acima, isso não significa que o monopsonio não seja prejudicial ao consumidor. Isso porque mesmo nos casos em que a oferta é fixa e a redução na quantidade não é possível a curto prazo, o exercício do monopsonio prejudica os consumidores ao diminuir os lucros dos prestadores, incentivando-os a reduzirem a oferta a longo prazo. Assim, a tendência é que bons profissionais passem a prestar apenas atendimento particular.
174. A preocupação não passou despercebida pela SG, como se depreende de sua manifestação no Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71:

“Se as remunerações são baixas e aos médicos não é conferido o poder de tentar auferir melhores condições de trabalho, a

⁴⁸ GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 284.



tendência é que bons profissionais não se disponham a prestar serviços às operadoras de planos de saúde” (...) Aos pacientes interessados no atendimento dos melhores profissionais, mesmo que beneficiários de planos de saúde, resta a busca pelo que cobram preços particulares”. (fl. 3122).

175. Outro ponto preocupante na análise do poder de monopsonio é que, ao se concentrar unicamente no preço, muitas vezes, se ignora o efeito do monopsonio nos mercados a jusante ou a montante sobre o consumidor final. Com efeito, a análise do bem estar do consumidor deve levar em consideração o aspecto da qualidade, que, no mercado ora analisado, assume um papel extremamente relevante, por ser a saúde direito fundamental, expressamente assegurado pela Constituição Federal.
176. A própria Superintendência-Geral reconhece que a análise da conduta extrapola os efeitos sobre o preço:
- “A autorização para que os médicos se reúnam em suas respectivas associações ou sindicatos e através de tais estruturas realizem as tratativas de reajuste com as operadoras de planos de saúde acarretará aos profissionais maior poder de barganha de suas reivindicações, possibilitando ademais, o crescimento e o desenvolvimento esperado do mercado. Se as remunerações são melhores, certamente, um maior número dos bons profissionais se disponibilizará a prestar seus serviços, acarretando benefícios”. (Nota Técnica da SG no PA nº 0812.004276/2004-71).
177. Esse fato, por si só, exigiria que a referida questão não fosse submetida a parâmetros de prova como o da regra *per se*, impondo, pelo contrário, uma criteriosa análise do contexto em que tais condutas foram praticadas, a fim de se examinar com cuidado os seus reais efeitos líquidos.
178. Caso contrário, poderá haver muitas distorções, como advertem Furquim e Almeida⁴⁹:

“As organizações associativas, cujo propósito primário seja a coordenação dos esforços de negociação e consequente aumento do poder de barganha na compra ou venda junto a grandes

⁴⁹ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem estar?**, p. 13. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6894/TD%20263%20-%20S%C3%ADlvia%20Fag%C3%A1%20de%20Almeida.pdf?sequence=1>.

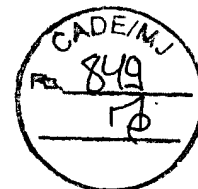


empresas, são arranjos que respondem ao mesmo problema que deu origem às instituições de defesa da concorrência e, como estas, podem resultar em melhorias do bem-estar social. Como consequência, tais formas de ação concertada não poderiam ser objeto de condenação *prima facie*, visto que podem gerar poder compensatório e atenuar os efeitos de poder de mercado preexistente. Essa constatação revela a necessidade de uso mais intenso da teoria econômica em análises antitruste, sobretudo nos casos em que o conhecimento econômico desafia a prática estabelecida pela jurisprudência."

179. Em que pese a importância da análise da ação coordenada dos médicos sobre o bem estar social do consumidor, especialmente sobre a questão dos preços, o estudo sobre a aplicabilidade do poder compensatório no direito antitruste não se resume à verificação da existência ou não de eficiências. Como se verá adiante, o referido poder também exerce um papel relevante sobre a aferição da reprovabilidade da conduta.

VI.3.5. A eficiência como parâmetro de identificação da infração antitruste

180. Como já se viu anteriormente, há relativa controvérsia, no âmbito da economia, sobre eventuais benefícios do exercício do poder compensatório. No caso específico da relação entre médicos e operadoras, há estudos que apontam que, em determinadas circunstâncias, isso traria consequências positivas e que, mesmo quando isso não ocorresse, o risco da dupla margem seria menor do que o risco do exercício amplo do poder de mono/oligopsônio.
181. Contudo, ainda que se admitisse que a conduta ora analisada não traz um incremento de eficiência ao mercado de saúde suplementar, tal constatação, por si só, não a tornaria ilícita. Na verdade, esse tipo de conclusão está atrelado a uma forte tradição *welfarista*, que, de resto, tem influenciado todo o direito antitruste, a fim de impor o critério da eficiência como o único a orientar tanto o julgamento das condutas como das estruturas.
182. Cabe-me aqui lembrar a advertência do ex-Conselheiro do CADE e professor Luis Fernando Schuartz, que, em seu artigo "A Desconstitucionalização do Direito da Concorrência", concluiu que "os processos de decisão das autoridades responsáveis pela implementação da Lei Antitruste têm permanecido

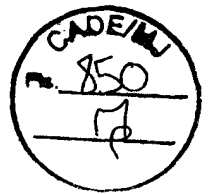


impermeáveis a argumentos substantivos de natureza constitucional", de forma que a comunidade jurídica deveria se atentar para o que chamou de "peculiar e notável fenômeno de impermeabilização" e "desconstitucionalização metodológica" do direito de defesa da concorrência brasileiro.⁵⁰ A principal razão da referida desconstitucionalização do direito da concorrência seria a ampla e irrefletida aceitação da análise antitruste baseada exclusivamente em critérios econômicos consequencialistas, que teria sido adotada no Brasil como "referencial normativo indisputado, pronto e acabado para uso imediato", tornando-se "uma norma quase-evidente."

183. Tal observação é especialmente relevante na atual fase do debate em torno do direito antitruste, quando já são bem conhecidos os problemas de se eleger critérios econômicos e puramente consequencialistas como o único norte da decisão antitruste.
184. Como bem lembra Heyer⁵¹, apesar dos avanços recentes e notáveis nas análises econômicas – incluindo a utilização de técnicas quantitativas, análises econométricas e modelos de simulação de fusões –, que adicionaram rigor à difícil tarefa de predizer e estimar efeitos sobre a competição, a confiabilidade e a acuidade de tais instrumentos ainda são de extrema fragilidade. Daí a sua conclusão de que a crescente aceitação da teoria microeconômica e das análises empíricas como bases para as decisões antitrustes não eliminaram nem a incerteza nem a imprecisão.
185. Isso explica por que a incorporação, ao discurso antitruste, das análises econômicas não conseguiu atingir nem mesmo o seu propósito principal de dar coesão e racionalidade ao direito da concorrência em torno de um único e coerente objetivo.
186. Daí já se falar, desde o início do novo século, na fase "pós-Chicago", marcada por uma atitude de maior humildade e desconfiança tanto em relação à perfeição dos mecanismos de mercado quanto em relação à adoção de métodos únicos e supostamente infalíveis.

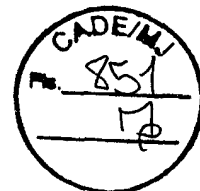
⁵⁰ SCHUARTZ, Luis Fernando. **A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência**. http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf. 2008. Acesso em 27.10.2013.

⁵¹ HEYER, Ken. "A world of uncertainty: economics and the globalization of antitrust." *Antitrust Law Journal*, v. 72, 2005, pp. 375-422.



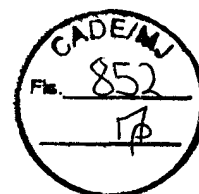
187. Não se está, com isso, questionando ou afastando a importância da análise econômica para o discurso antitruste, mas tão somente mostrando que ela pode ser insuficiente para abarcar todas as preocupações que dão ensejo ao controle do poder econômico, ainda mais diante de um setor tão complexo e problemático como o da saúde suplementar, que diz respeito a bem essencial em relação ao qual o consumidor deve ser protegido de forma diferenciada não apenas no que diz respeito ao preço, mas também no que diz respeito à oferta do serviço e à sua qualidade. Dessa maneira, o critério de eficiência não pode ser o único a ser utilizado para a caracterização da infração antitruste.
188. Frise-se, por oportuno, que a própria análise de aumento de bem estar do consumidor no caso ora analisado não é trivial. Como adverte Goldberg, há muito o direito antitruste tem reconhecido que o preço é apenas uma das dimensões do processo competitivo, no qual a qualidade também assume papel fundamental. No mercado de saúde suplementar, a conciliação desses dois aspectos é bastante delicada. Com efeito, avaliar os impactos da conduta em termos de qualidade envolve elevado grau de subjetividade, de difícil mensuração. Segundo o autor, parte da doutrina antitruste chegou a sustentar que, no mercado de saúde suplementar, haveria um conflito (*trade off*) entre o estímulo à competição via preço e a qualidade dos serviços prestados.
189. Não é sem razão que um dos principais argumentos utilizados pelas entidades médicas representadas em favor da negociação coletiva e da fixação de preços é justamente o fato de que o aumento no valor pago pelos honorários médicos se reverterá em maior qualidade nos serviços prestados ao consumidor, pois, remunerado adequadamente, o médico disporá de mais tempo para atender ao paciente.
190. De toda sorte, o que precisa ser reiterado é que o fato de o exercício do poder compensatório poder não levar a resultados eficientes não indica, por si só, que seja necessariamente ilícito. A caracterização da infração antitruste depende de outras considerações, como se exporá a seguir.

VI.3.6. A análise do poder compensatório sob um viés jurídico



191. Sob a ótica deontológica e vinculante do direito, ao analisar a conduta dos agentes econômicos, é imprescindível examinar se ela está em conformidade com os princípios e regras jurídicos pertinentes, ou seja, se pode ser considerada legítima diante da racionalidade própria do direito, a ser desenvolvida por um juízo de fundamentação e aplicação dos princípios constitucionais e demais normas jurídicas.
192. Neste contexto, a autoridade antitruste terá de avaliar necessariamente a reprovabilidade da conduta. O fato de a Lei 8.884/94 – aplicável ao caso concreto – e de a atual Lei 12.529/12 terem previsto que determinadas condutas constituirão infração à ordem econômica *“independentemente de culpa”* não invalida a conclusão. A própria lei, aliás, parece ter acolhido uma excludente de ilicitude, ao explicitar que *“a conquista de mercado resultado de processo natural, fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores”* não caracteriza o domínio abusivo de mercado.
193. Registre-se que a responsabilidade objetiva constitui uma técnica de socialização de danos, adequada ao direito civil, mas de aplicabilidade bastante duvidosa no âmbito do direito administrativo sancionador, que tem nítido viés punitivo. Com efeito, a responsabilidade objetiva está mais atrelada a uma discussão finalística, orientada pela necessidade de se assegurar a reparação de danos, que não devem ser suportados exclusivamente pela vítima.
194. É o que aponta Anderson Schreiber:
- “A responsabilidade objetiva parece revelar sua verdadeira essência na contemporaneidade: não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima – uma proposição, portanto, essencialmente negativa.”.⁵²
195. Mesmo sob o viés da responsabilidade civil, o art. 20 da Lei 8.884/94 não ficou isento de críticas. Para alguns autores, o dispositivo é manifestamente inconstitucional, pois inverte toda a concepção do ato ilícito, já que os atos ilícitos civis, por excelência, assentam-se na culpa, princípio básico do ordenamento

⁵² SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 31.

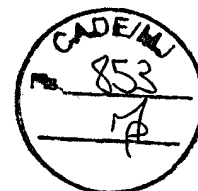


jurídico brasileiro, previsto no art. 186 do Código Civil. É o que afirma João Luiz Coelho da Rocha:

“Mais flagrante, porém, e aí autorizando perceber-se logo uma patente inconstitucionalidade é a absurda tipificação dos delitos contra a ordem econômica, expressa no *caput* do art. 20. (...) Não tem cabimento jurídico, pois, (...) que a Lei 8.884/94 defina como ilícitos civis (comerciais na espécie) atos não culposos. Fala-se aqui de ilícito, de tipificação de uma conduta antijurídica punível e não de criação de simples responsabilização patrimonial derivada do mero risco, como acontece nos casos de responsabilidade objetiva”.

196. Não é sem razão que o referido artigo foi impugnado em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Na ADI 1094⁵³, a Confederação Nacional da Indústria alegou que a expressão “*independentemente de culpa*”, prevista no *caput* art. 20 da Lei 8.884/90, afrontaria o art. 173, § 4º da CF, pois o texto constitucional só autorizaria a repressão a atos de abuso de poder econômico que tivessem por fim dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Essa previsão constitucional impediria que o legislador ordinário dispensasse a culpa ao disciplinar as infrações à ordem econômica.
197. Isso mostra que a questão tem realmente natureza constitucional, em estreita conexão com o princípio da individualização da pena. Com efeito, é princípio básico da pena que a reprovabilidade deve ser a medida da sanção, motivo pelo qual, ausente esse requisito – o que pode ocorrer com a responsabilidade objetiva, que pode envolver responsabilidade por ato lícito –, perde-se até mesmo o parâmetro fundamental da dosimetria.
198. O fato de a medida cautelar ter sido indeferida na referida ADI não abala a conclusão, seja porque não houve pronunciamento definitivo do STF sobre a matéria, seja porque a fundamentação da decisão cautelar foi notoriamente superficial. Com efeito, o Ministro Relator limitou-se a consignar que, por se tratar a livre concorrência de um princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170 da CF, qualquer ato que pudesse impedir seu livre exercício ofenderia a CF, de forma que, a princípio, não era possível vislumbrar inconstitucionalidade na previsão do art. 20. Assim, questões de manifesta relevância, como o princípio

⁵³ ADI 1094-8, Ministro Relator Carlos Velloso, DJe 20.04.2001.



da individualização da pena e da culpabilidade, acabaram sendo desconsideradas na análise.

199. Importante notar que o próprio Relator cita em seu voto informações prestadas pelo Presidente do Senado Federal, Júlio Campos, que deixam entrever que a preocupação do legislador, ao se valer da expressão “*independentemente de culpa*,” era evitar que a infração antitruste ficasse dependente da comprovação de dolo e não adotar a responsabilidade objetiva. É o que se depreende do seguinte trecho:

“A admitir-se que a negligência, imprudência ou imperícia pudessem justificar o abuso de poder econômico que o art. 173, p. 4º, da Constituição autorizou reprimir, então todos os implicados em tal prática estariam liberados, pois que sempre seria possível a atribuição de culpa aos empregados, à gerência ou mesmo à diretoria da empresa”.

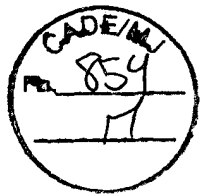
200. Tal raciocínio aplica-se com muita mais razão ao reconhecer que a análise de condutas no direito antitruste insere-se no âmbito do direito administrativo sancionador. Esse ramo do direito é, na verdade, apenas mais uma forma de manifestação do chamado poder punitivo do Estado, que não difere substancialmente do direito penal. Daí a absoluta inadequação da aplicação da responsabilidade objetiva na hipótese, ao menos para efeitos da aplicação de sanções. Ressalte-se que a diferença entre a sanção penal e a sanção administrativa é, muitas vezes, apenas de grau ou de opção legislativa, motivo pelo qual o direito administrativo sancionador compartilha com o direito penal vários princípios gerais de aplicação de suas normas.

201. É o que sustenta Fábio Medina Osório⁵⁴:

“A mais importante e fundamental consequência da suposta unidade de *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais.”

“Sustenta-se, em doutrina, a ideia de que não há diferenças substanciais entre normas penais e normas administrativas sancionadoras, esse foi o ponto de partida para uma série de construções teóricas e jurisprudenciais, inicialmente nos Tribunais Superiores, logo nas Cortes Constitucionais europeias e mais adiante no próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos.”

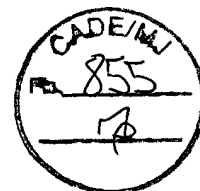
⁵⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2011, pp.113-114.



“Não haveria um só critério que justificasse um regime jurídico completamente independente e autônomo para as sanções administrativas.”

202. Obviamente, as garantias do direito penal e do direito processual penal não podem ser aplicadas de forma indistinta aos processos administrativos. Aliás, a complexidade da questão está justamente em definir de que forma essa matização deve ser feita. O desafio, contudo, não autoriza a total desconsideração das garantias constitucionais, especialmente aquela atinente à vinculação entre a sanção e culpabilidade.
203. Ao tratar da correlação entre direito administrativo sancionador e o direito penal, o professor Luís Roberto Barroso⁵⁵ destaca que as sanções previstas na legislação antitruste constituem restrições graves a direitos e liberdades e sua aplicação, “portanto, está condicionada não apenas pelos conteúdos mínimos inerentes ao devido processo legal, como também pelos princípios específicos aplicáveis ao direito sancionador em geral, e ao direito penal em particular”.
204. Por outro lado, considerando que a infração antitruste apresenta tipicidade aberta e ainda pode ser uma infração de perigo – já que não precisa ter produzido efeitos –, unir tais aspectos a uma responsabilidade sem reprovabilidade seria conferir à autoridade antitruste um poder punitivo desmensurado e ininteligível, dando margem para o arbítrio.
205. Dessa maneira, há apenas duas formas de se interpretar a expressão “independentemente de culpa”, em conformidade com os princípios constitucionais inerentes ao direito administrativo sancionador: ou se entende que poderia haver responsabilidade objetiva para outros fins que não a punição – como o da imediata cessação da conduta – ou se entende que, ao assim prever, a lei antitruste afasta a necessidade da comprovação da culpa – vista sob o aspecto psicológico, normalmente vinculado à cognoscibilidade, previsibilidade e evitabilidade dos efeitos da conduta –, mas não a demonstração da reprovabilidade da conduta.

⁵⁵BARROSO, Luís Roberto. Devido Processo Legal e Direito Administrativo Sancionador: Algumas notas sobre os limites à atuação da SDE e do CADE, p.125. In: GRADINO, João (coord). **Direito Econômico e Social: Atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.



206. A questão pode ser resolvida, portanto, com a interpretação do dispositivo legal em conformidade com os princípios constitucionais pertinentes, os quais exigem que apenas condutas ilícitas e reprováveis possam ser objeto de punição pelo Estado.
207. Daí por que Alejandro Nieto⁵⁶, em clássica obra sobre o tema, entende que o princípio da antijuridicidade é fundamental no Direito Administrativo Sancionador, de forma que são excludentes de ilicitude as causas de justificação da conduta, tais como exercício legítimo de direito, estado de necessidade e força maior.
208. O autor chega a citar decisão do Tribunal Supremo da Espanha que, reconhecendo que a natureza subjetiva da responsabilidade administrativa tem origem na Constituição, assim afirma:
- “El principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición de exceso o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho. Por consiguiente, tampoco en el ilícito administrativo puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa.”⁵⁷
209. No mesmo sentido, Fábio Medina Osório⁵⁸ aponta que:
- “Culpabilidade é uma exigência inarredável, para as pessoas físicas ou mesmo jurídicas, decorrente da fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e das sanções (...) No DAS, em termos de pessoas físicas, é pacífica a exigência de culpabilidade para imposição de sanções; ao menos tem sido assim na Espanha, Itália e Alemanha, em legislações recentes e em jurisprudência e manifestações doutrinárias antigas. O mesmo se diga das pessoas jurídicas, ainda que, em tais casos, a culpabilidade ganhe contornos mais elásticos, distintos.”
210. É o mesmo que defende Regis de Oliveira Fernandes⁵⁹, para quem a culpa é imprescindível para a caracterização da infração administrativa, de forma que, tal como no direito penal, na análise da conduta, será necessário considerar as excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade, dentre as primeiras é possível

⁵⁶ NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. Madrid: Tecnos, 2006, p. 364-368.

⁵⁷ Ibidem, p. 373.

⁵⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2011, p.338.

⁵⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: RT, 2012, pp. 40-45 e 180.



citar: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

211. A exigência da culpa decorre diretamente do caráter sancionador do processo administrativo regulado pela Lei 12.529/2011. Não faz sentido punir algo que não é ilícito nem reprovável. Como acertadamente aponta Luiz Flávio Gomes, “castigar a causa objetiva de resultados imprevisíveis e inevitáveis seria inútil, desnecessário e ineficaz”. Com efeito, um dos principais objetivos da aplicação de sanções é dissuadir o agente de praticar novamente as práticas nocivas. Não havendo, entretanto, possibilidade de agir de forma diversa, a função dissuasória fica nitidamente comprometida, além de haver uma clara violação às garantias individuais. É o que leciona o autor, como se depreende do trecho abaixo:

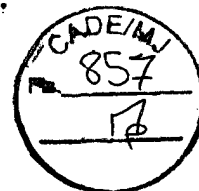
“Um Direito penal que pretendesse exigir responsabilidade por fatos que não dependem em absoluto da vontade do indivíduo merece ser qualificado de arbitrário e disfuncional, porque precisamente então a pena carece de poder motivador e o castigo perderia toda justificação.

(...)O princípio da responsabilidade subjetiva não só afasta a responsabilidade penal quando se produz um resultado fortuito como consequência de uma atividade lícita, senão também nas situações em que o resultado lesivo acontece em razão de outra atividade ilícita pela qual sim deve responder o autor.”⁶⁰

212. Essas lições são totalmente pertinentes ao direito administrativo sancionador, até porque já se viu que tanto esse ramo do direito quanto o direito penal integram o chamado poder punitivo estatal, não havendo justificativa para que seu tratamento possa ser completamente distinto, sobretudo no que se refere às garantias constitucionais que decorrem de seu caráter punitivo.
213. Em uma ordem jurídica assentada na dignidade da pessoa humana, a imputação de sanções só se justifica quando a responsabilidade decorre de uma análise deontológica da norma, sob pena de se tornar arbitrária. É o que esclarece Othon de Azevedo Lopes:

“Daí que para a imputação da sanção, o essencial esteja na fixação de âmbito de responsabilidade decorrente de uma construção advinda do conteúdo deontológico da norma. Em outras palavras, a que direcionamento de conduta o dever ser da

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. “Princípios constitucionais penais (III): Princípio da Ofensividade do Fato”; In: MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal. Fundamentos e Limites do Direito Penal**. Volume I. São Paulo: RT, 2012, pp.453-454.



norma obriga? Quais os resultados esse mesmo dever ser obriga a evitar? Essas são as perguntas essenciais para a imputação de responsabilidade jurídica que traz ínsita uma sanção e so é possível a partir de um sentido deontológico.”⁶¹

“Aplicar castigos aos cidadãos a partir de uma ordem jurídica ininteligível revela-se mera agressão e coisificação da pessoa humana.”⁶²

214. Viu-se, portanto, inclusive com base em forte apoio doutrinário, que a punição de uma infração administrativa não pode estar desvinculada da reprovabilidade da conduta.
215. E nem se afirme que a exigência de reprovabilidade, especialmente no direito antitruste, em que a obtenção das provas necessárias à comprovação do ilícito é bastante complexa, poderia comprometer a repressão das condutas lesivas à concorrência.
216. Em primeiro lugar, o fato de a necessidade da reprovabilidade da conduta tornar a análise antitruste mais complexa não faz com que tal critério possa ser descartado em prol da simplificação, já que se está diante de princípios constitucionais inafastáveis.
217. Em segundo lugar, a preocupação apontada também não se justifica. Com efeito, uma das tendências verificadas na responsabilidade civil extracontratual do século XX foi o progressivo reconhecimento de que a culpa não podia mais ser vista como um fato exclusivamente psicológico, mas sim como um fato social, revelador de que o agente descumpriu um dever jurídico quando poderia ter agido de forma diferente nas relações sociais. Consequentemente, o juízo sobre a culpa passou a envolver a avaliação sobre a reprovabilidade da conduta a partir de um critério abstrato de diligência.
218. Como explica Anderson Schreiber⁶³, preocupações com a consciência da lesão ao direito alheio, com a previsibilidade do dano e a com a reprovabilidade moral da conduta foram gradativamente perdendo espaço diante das dificuldades concretas de demonstrar esses aspectos, o que culminou com a consagração da denominada

⁶¹ LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica. Horizontes, Teoria e Linguagem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 279.

⁶² Ibidem, 313.

⁶³ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36 e ss.



culpa objetiva. Nas palavras do autor, “a culpa passou a ser entendida como o ‘erro de conduta’, apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação ao modelo geral de comportamento”.

219. Como já tive oportunidade de salientar em artigo doutrinário a respeito das convergências entre os modelos francês, alemão e anglo-saxão de responsabilidade civil⁶⁴, a culpa é hoje vista como um fato social, decorrente da comparação entre a conduta do agente e a que seria socialmente exigível:

“Um ponto no qual se observa a ampla convergência dos modelos diz respeito à concepção de culpa sob o viés objetivo ou normativo, ou seja, como um fato social, revelador de que o agente descumpriu um dever jurídico quando poderia ter agido de forma diferente:

Tal fenômeno de ‘objetivação’ ou ‘normatização’ da culpa ocorreu mesmo na França, motivo pelo qual se pode afirmar, que, na atualidade, é uma tendência geral do direito ocidental a de avaliação da culpa a partir de um critério abstrato de diligência. Logo, a análise da reprovabilidade da conduta desloca-se dos parâmetros da previsibilidade, cognoscibilidade e evitabilidade para a própria omissão do comportamento devido, juízo para o qual interferirão a probabilidade e a gravidade do dano, bem como os custos para preveni-lo.

Obviamente, tal abordagem não se confunde com a responsabilidade objetiva, pois a chamada “culpa normativa” continua vinculada ao pressuposto da ilicitude ou da reprovabilidade do ato; o que muda é o parâmetro para a aferição da ilicitude, que busca sair do “psicologismo”, em busca da averiguação dos padrões de conduta socialmente exigíveis dos agentes, ainda que em face de suas circunstâncias específicas.

Isso facilita a questão da prova da culpa pois, como ensina Massimo Bianca (1994, p. 581), a reprovabilidade da conduta deixa de depender de aspectos psicológicos complexos, passando a ser constatada a partir do cotejo da conduta observada com padrões objetivos.”

220. Com essa nova noção de culpa, evita-se o subjetivismo e facilita-se a comprovação da reprovabilidade. Obviamente, é muito mais fácil para a autoridade julgadora comparar, sob um viés normativo, a adequação da conduta

⁶⁴ FRAZÃO, Ana. “Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 77, nº 4, out/dez 2011, pp. 32-33.



com um modelo abstrato de comportamento do que proceder a uma investigação psicológica das intenções ou características pessoais do agente.

221. Dessa maneira, nada justifica que se interprete a expressão "independentemente de culpa" constante da legislação antitruste no sentido de se possibilitar a responsabilidade objetiva para efeitos de punição. Apenas se poderia cogitar da responsabilidade objetiva para outros aspectos, como a cessação da conduta e a indenização dos prejuízos. Mas jamais no tocante à aplicação da sanção, em relação à qual a necessidade da demonstração da reprovabilidade é fundamental.
222. Assim, no âmbito da análise antitruste, tão importante quanto saber se as condutas analisadas são ou não eficientes do ponto de vista econômico, é verificar se são ou não reprováveis do ponto de vista jurídico. Tais raciocínios não são necessariamente coincidentes. É claro que uma conduta eficiente, em princípio, é lícita. Tanto é assim que uma das excludentes de ilicitude previstas pela lei é a eficiência. Todavia, de forma contrária, uma conduta ineficiente pode se mostrar justificável ou não reprovável, caso em que não deverá ser punida.
223. Tais aspectos precisam ser necessariamente considerados no caso ora analisado, em que se observa que, além de haver indícios de que o exercício do poder compensatório poderia levar ao incremento do bem estar do consumidor, especialmente no que se refere à qualidade dos serviços médicos – possibilidade de a conduta ser eficiente do ponto de vista econômico –, ele pode atuar como uma excludente de ilicitude da conduta, pelo menos no que se refere à sua utilização a fim de dar suporte aos médicos em suas negociações com OPSs – possibilidade de a conduta ser lícita do ponto de vista jurídico.
224. Com efeito, a nítida assimetria de poder existente entre prestadores e operadoras indica que determinadas formas de utilização do poder compensatório – seja pela criação de organizações coletivas, seja pela imposição da tabela de honorários médicos em determinadas circunstâncias –, podem configurar, na verdade, o exercício regular de um direito, o direito de se contrapor a uma posição dominante existente, a fim de evitar que este abuse do seu poder, expropriando indevidamente a parte mais fraca na negociação. Sob essa perspectiva, o poder compensatório pode ser visto como uma legítima defesa contra a posição dominante da outra parte, circunstância idônea a afastar a reprovabilidade.



225. É por isso que, embora a análise da estrutura do mercado de saúde suplementar seja relevante para demonstrar a assimetria entre os médicos e as operadoras de saúde, a possibilidade de aplicar a tese do poder compensatório não depende, necessariamente, de haver monopólio ou oligopólio. É verdade que o exame da referida tese vem se concentrando nessas hipóteses, até porque, em geral, os estudos sobre o tema têm unicamente um viés econômico e preocupam-se, prioritariamente, com os efeitos da coordenação horizontal sobre os preços dos planos de saúde.
226. O que se sustenta, aqui, contudo, é que o poder compensatório também tem um conteúdo jurídico de extrema relevância, podendo e devendo ser aplicável aos casos de assimetrias evidentes – ainda que fora das hipóteses de monopólio/oligopólio –, de modo que, a depender da forma como é exercido, pode afastar a reprovabilidade da conduta, mesmo que não seja possível demonstrar a existência de eficiências. Nessa análise, critérios como a abusividade acabam ganhando destaque em relação a uma análise rigorosa da estrutura do mercado das operadoras de saúde, até porque é incontroverso que a negociação entre um grande agente econômico e um profissional liberal, individualmente, é naturalmente desigual.
227. A própria SG reconhece isso, como se depreende do trecho abaixo:
- “Consoante já pontuado acima, as tratativas coletivas entre representantes da classe médica e operadoras de planos de saúde tornaram-se circunstância bastante comum nas negociações de reajuste nos últimos anos. Isso porque, sob o argumento de que a negociação naturalmente desigual entre um grande agente econômico e um profissional individualmente acarreta, em verdade, ausência de acordo, com a inevitável imposição das condições de contratualização pela operadora de plano de saúde (*sic*). O descontentamento do profissional quanto ao conteúdo de quaisquer cláusulas determinadas pelas operadoras acarreta, assim, a substituição do médico por qualquer outro especialista, salvo os casos excepcionais dos profissionais com grande reconhecimento técnico”. (fl.983).
228. A conclusão ganha reforço quando se examinam as regras que regulam as operadoras de planos de saúde. As elevadas exigências econômico-financeiras do órgão regulador só poderiam ser suportadas por agentes que detivessem um porte minimamente razoável. Com efeito, além de impor capital e patrimônio líquido



exceder os limites do estritamente necessário para equilibrar a relação entre os médicos e as operadoras. Com efeito, a própria opção pela estrutura coletiva, por meio de tipos societários que, como é o caso das cooperativas e das sociedades empresárias, admitem a conjugação de esforços e capital, já representa um importante instrumento para reduzir o desequilíbrio desse mercado, de modo que a utilização de tabelas nessa hipótese deve ser vista com bastante rigor, sob pena de, a pretexto de resguardar o exercício do poder compensatório, inverter a assimetria nesse mercado, em detrimento da livre concorrência.

239. Aliás, é justamente para evitar essa inversão que as entidades médicas não poderão elaborar tabelas de preços que extrapolem os honorários médicos, estipulando valores para outros elementos que não estejam estritamente relacionados à remuneração desses profissionais. Com isso, obviamente, não se pretende dizer que as tabelas deverão ficar restritas ao valor das consultas. Há diversos procedimentos, notadamente exames, cirurgias e tratamentos, em que a participação do médico é indispensável. Ocorre que, em regra, o custo dos referidos procedimentos está associado não apenas ao trabalho desempenhado pelo médico, mas também à infraestrutura necessária para sua realização. Assim, eventual fixação de valores, para que não seja considerada abusiva, deve ficar restrita à parcela correspondente à remuneração dos médicos.
240. Isso porque os demais elementos têm um nítido viés empresarial e a fixação de valores, nesse caso, acabaria sendo utilizada por clínicas, hospitais e laboratórios, cuja estrutura coletiva e a organização senão extinguem, reduzem sobremaneira a assimetria com as operadoras de planos de saúde. Não é sem razão que, como mencionado anteriormente, a organização desses contratantes em cooperativas e sociedades empresárias pode até ser vista, por si só, como o exercício de poder compensatório suficiente para afastar outras formas de sua utilização.
241. A restrição quanto ao conteúdo das tabelas justifica-se com mais razão quando se observa que, geralmente, os agentes econômicos mencionados acima atuam em uma estrutura de mercado oligopolista.
242. Apenas a título de exemplo, vale ressaltar que, recentemente, no julgamento dos Atos de Concentração nºs 08012.0013191/2010-22, 08012.008447/2011-61 e



08012.008448/2011-61⁶⁶, o Conselheiro Relator, Márcio de Oliveira Júnior, afastou a possibilidade de aplicação da tese do poder compensatório como justificativa para a aprovação sem restrições da operação no mercado de Serviço de Apoio e Diagnóstico, ressaltando que diversas OPSs possuíam participações de mercado “relativamente modestas em relação ao grau de concentração identificado no mercado de SAD”.

243. A própria regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que obriga as operadoras a manter um número mínimo de prestadores de serviço em sua rede, sob pena de suspensão, aumenta o poder de barganha dos prestadores nas negociações com as operadoras, pois restringe a possibilidade de excluir hospitais de sua rede credenciada. Nos termos do art. 17, § 1º, da Lei 9.659/2011, a entidade hospitalar deverá ser sempre substituída por outra equivalente, devendo o fato ser comunicado à ANS e aos consumidores com, pelo menos, 30 dias de antecedência. Com a entrada em vigor da Lei 13.003/2014, publicada em junho de 2014, que alterou o referido dispositivo, a exigência de substituição também se aplicará aos médicos. Todavia, em razão da elevada pulverização, é inequívoco que a regra não se presta a atenuar o desequilíbrio nesse mercado no que se refere aos médicos/pessoas naturais e ou pequenas sociedades de médicos.
244. Daí a advertência da Superintendência Geral no Processo Administrativo nº 08012.005004/2004-99⁶⁷:

“Se existe uma preocupação de cartelização de indivíduos médicos diante de operadoras de planos de saúde, essa preocupação deve ser ainda maior com relação às práticas coordenadas entre hospitais, clínicas e laboratórios, pessoas jurídicas de maior porte que meros indivíduos. (...) Observa-se que, na maioria dos casos em que as operadoras negociam com prestadores de serviços hospitalares e laboratoriais, há uma situação de barganha bilateral e não de monopólio”. (fl. 1.435, autos públicos).

245. Assim, os conselhos profissionais e as entidades representativas dos médicos, em regra, só poderão negociar preços mínimos ou elaborar tabelas visando a assegurar um patamar mínimo de remuneração para esses profissionais. Para

⁶⁶ Atos de concentração nºs 08012.0013191/2010-22, 08012.008447/2011-61 e 08012.008448/2011-61, Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, julgados em 06 de agosto de 2014.

⁶⁷ Processo Administrativo nº 08012.005004/2004-99, Relatora Conselheira Ana Frazão, pendente de julgamento.

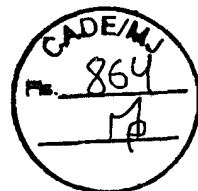


exercício deixa de ser legítimo e passa a ser abusivo, hipótese em que a conduta passaria a ser considerada lesiva à ordem concorrência.

234. Antes de analisar o conjunto probatório dos autos e a forma como foram praticadas as condutas imputadas às representadas, é importante examinar alguns parâmetros gerais de avaliação da abusividade do poder compensatório.

VI.3.7. Parâmetros gerais: o poder compensatório e suas formas de exercício

235. Como destacado anteriormente, o fato de se reconhecer a importância do poder compensatório na análise antitruste obviamente não indica que esta é uma defesa de fácil invocação nem que possa ser utilizada de maneira irrestrita. Pelo contrário, como todo poder, tanto pode ser exercido de forma regular, como de forma abusiva, motivo pelo qual seu exame precisa ser criterioso, já que deve estar restrito a hipóteses excepcionais nas quais a assimetria entre as partes seja evidente e, mesmo assim, sujeito a inúmeros limites e balizas para que possa ser considerado lícito.
236. De forma geral, o exercício lícito do poder compensatório pode ocorrer de duas formas: (i) pela criação de uma estrutura que atenua a assimetria entre os médicos e operadoras de planos de saúde, envolvidos no caso concreto, assegurando a possibilidade de uma negociação mais equânime; ou (ii) nas hipóteses em que não haja a referida estrutura, pela estipulação de critérios mínimos, tais como a tabela de preços.
237. No primeiro caso, os médicos organizam-se em cooperativas e sociedades empresárias, que se revestem de estrutura idônea para ampliar seu poder de barganha, de modo que o exercício do poder compensatório acaba assumindo um viés procedimental, cujo objetivo é assegurar uma negociação minimamente equilibrada. Na segunda hipótese, o exercício do poder compensatório apresenta um viés substantivo, já que parte da premissa de que não há estrutura apta a assegurar a negociação equânime, motivo pelo qual devem ser garantidas, ao menos, as bases mínimas que deverão pautar o resultado da negociação.
238. Os dois mecanismos acima, contudo, devem ser vistos como formas alternativas para o exercício do poder compensatório. Isso porque sua conjugação poderia



- mínimos, a ANS exige que as operadoras de saúde tenham uma margem de solvência e estipulem uma provisão técnica para reduzir os riscos de insolvência.
229. Vale ressaltar que, no principal precedente do CADE em que se discutiu a tese do poder compensatório⁶⁵, alguns conselheiros pareceram acolher, pelo menos de forma tímida, a tese aqui esboçada. Enquanto o Conselheiro Luís Schuartz afirmou que a atuação dos médicos seria “compreensível”, Roberto Pfeiffer argumentou que parecia “legítimo” que os médicos se organizassem por meio de cooperativas para ampliar seu poder de barganha.
230. Ao se acenar com a possibilidade de se reconhecer o poder compensatório como excludente de ilicitude, não se pretende, obviamente, dar “carta branca” às entidades representativas dos médicos”, para atuar de forma lesiva à concorrência. Em que pese a relevância da função exercida pelas entidades de classe e pelos órgãos profissionais, nenhum deles está isento da legislação antitruste.
231. Assim, para que se reconheça a inexistência de reprovabilidade, a conduta não poderá ser abusiva, mas deverá ser realizada de forma proporcional e adequada para atingir os fins legitimamente albergados pelo poder compensatório.
232. Isso porque, como aponta Furquim, “a adoção de conduta uniforme na comercialização é admissível em condições bastante restritivas”. Ao analisar a conduta de uma cooperativa de anestesiolistas, no voto proferido nos autos do PA 08012.007042/2001-33, já mencionado neste voto, o Conselheiro destacou três pressupostos, que também se aplicam ao caso ora em análise: (i) a existência de forte assimetria na negociação *ex ante* em desfavor daqueles que se buscam coordenar; (ii) a circunstância de que a negociação deixe de ser descentralizada para se transformar em uma barganha bilateral e (iii) a impossibilidade de que o poder compensatório inverta a relação de assimetria, que é o pressuposto para a sua tolerância.
233. O último requisito é especialmente relevante, pois deixa claro que o poder compensatório não constitui uma autorização irrestrita para as entidades coletivas. Sua análise, na mesma linha da teoria geral do abuso do direito, exige um delicado juízo de proporção a fim de verificar a partir de que momento seu

⁶⁵ PA 08012.007042/2001-33



efeitos do poder compensatório, só faz sentido que os referidos instrumentos tenham como beneficiários pessoas naturais e, excepcionalmente, sociedades de porte diminuto, constituídas por um número reduzido de sócios, em relação às quais seja inequívoca a inexistência de poder de barganha minimamente suficiente para afastar a razoabilidade do uso dos preços mínimos ou das tabelas de honorários, cuja prova ficará a cargo das pessoas jurídicas em questão.

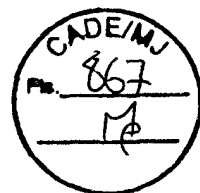
246. Embora distinguir entre quem pode ou não se valer da tabela seja uma tarefa delicada, especialmente quando se trata de avaliar, não apenas a forma jurídica, mas também o porte das sociedades constituídas pelos médicos, essa constatação, por si só, a meu ver, não significa que o Tribunal deva se furtar a essa análise. Justamente por envolver um exame criterioso das condições de seu exercício, o poder compensatório acaba exigindo que a autoridade antitruste examine com cautela as relações entre médicos e operadoras de saúde.
247. Ora, é fato notório que, muitas vezes, dois ou três médicos constituem sociedades simples, até mesmo para fins tributários, sem que o porte da referida sociedade permita inferir que a negociação nesse caso será equânime a ponto de tornar ilícito o uso da tabela. Assim, embora, obviamente, fosse mais simples admitir que o uso das tabelas de preços mínimos devesse ficar restrito unicamente aos médicos/pessoas naturais, a restrição poderia acabar por excluir uma considerável parcela de médicos que, mesmo reunidos, continuam diante de um patente desequilíbrio frente às operadoras de saúde. A simplificação, nesse caso, viria em prejuízo da livre concorrência, que é justamente o que a proteção ao poder compensatório visa a assegurar.
248. O que precisa ser destacado é que a modalidade de exercício do poder compensatório pelo resultado, como ocorre nas tabelas de preços, é excepcional e apenas será viável quando não houver estrutura que, sob a dimensão procedimental, possa ser utilizada para assegurar uma negociação minimamente equânime. Não se trata, portanto, de autorizar a utilização do poder compensatório sempre que houver qualquer tipo de assimetria ou diferença entre os poderes de barganha das partes, mas tão somente nas hipóteses excepcionais nas quais a disparidade for evidente e não possibilitar uma negociação minimamente equilibrada.



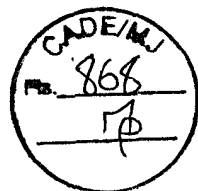
249. Consequentemente, para efeitos de legitimação do exercício do poder compensatório, tabelas de preços têm como destinatários "naturais" os médicos/pessoas físicas e, excepcionalmente, pequenas sociedades nas quais seja clara e indubitosa a assimetria e a inexistência de qualquer poder de barganha perante às OPSs.
250. Mesmo nesses casos, contudo, a análise deve ser cuidadosa. Isso porque até os médicos/pessoas naturais e as pequenas sociedades, a depender da estrutura do mercado em análise, podem não estar em situação de assimetria em relação às operadoras de saúde. Com efeito, é possível que, em determinado local, em razão da especialidade médica ou da especificidade do tratamento oferecido por determinado profissional e/ou clínica, esses agentes detenham poder de barganha em relação às OPSs, hipótese em que a utilização de tabela não encontraria justificativa *a priori*.
251. A elaboração de tabelas de preços mínimos para tutelar agentes sem nenhum poder de barganha mostra-se ainda mais razoável quando se verificam as dificuldades para a organização do poder compensatório. Como alertava Galbraith, embora o poder compensatório possa assumir diversas formas, “não se deve presumir que seja fácil a grande número de indivíduos se unirem e organizarem o poder compensatório”⁶⁸. Por isso mesmo, como lembra o autor, “não é surpresa que a ajuda governamental tenha sido muitas vezes solicitada para essa tarefa.”⁶⁹
252. Com efeito, como vários médicos não pertencem a nenhuma sociedade que, do ponto de vista da organização ou estrutura, assegure a negociação coletiva com um mínimo de poder de barganha, a única solução para compensar a assimetria de poder existente nesses casos entre a categoria médica e as operadoras de saúde é a utilização de tabelas, que garante o próprio resultado da negociação, ainda que em patamares mínimos.
253. A conclusão ganha reforço quando se observa a omissão da Agência Nacional de Saúde na tentativa de arbitrar de forma adequada o conflito triangular que se estabelece entre médicos, OPSs e usuários de planos de saúde.

⁶⁸ GALBRAITH, John Kenneth. Tradução: Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório. São Paulo: Novo Século, 2008, p. 105.

⁶⁹ Ibidem, p.106.



254. No caso em análise, a UNIDAS solicitou a interveniência do Ministério Público, que promoveu duas audiências com o objetivo de auxiliar na negociação. A intermediação, contudo, se deu unicamente em razão da UNIDAS e foi encerrada em pouco mais de um mês, por ter, segundo a Promotoria, se demonstrado infrutífera.
255. Em regra, nenhum órgão tem, de fato, agido para intermediar as negociações com as operadoras de saúde, de forma que a proibição do uso de tabelas médicas acabaria por eliminar a forma mais plausível de reduzir a assimetria de poder entre médicos e OPSs.
256. É claro que esse cenário pode ser alterado no futuro.
257. Recentemente, com o advento da Lei 13.003/2014, publicada em 25 de junho de 2014, a competência da ANS ganhou reforço. Além de estabelecer a obrigatoriedade de contratos escritos entre prestadores de serviços e OPSs, a lei exige que haja reajuste anual, no prazo improrrogável de 90 dias do início do ano-calendário, de acordo com um índice previamente estipulado no contrato. Não havendo a implementação no período mencionado, caberá à ANS, quando for o caso, definir o índice de reajuste.
258. Embora a referida Lei constitua um avanço importante na tentativa de solucionar os conflitos entre médicos e operadoras de saúde, sua promulgação, em princípio, não garante que haverá, de fato, uma redução relevante na assimetria entre médicos e OPSs, hipótese em que a implantação da CBHPM, mesmo no que se refere aos honorários médicos, se tornaria ilícita. Isso porque, em regra, os contratos celebrados com as OPSs são de adesão e, não havendo previsão na nova Lei de um índice de reajuste mínimo nem a vinculação do aumento da remuneração dos médicos aos reajustes nos preços cobrados do consumidor pelas operadoras de saúde, é razoável supor que as OPSs irão utilizar seu elevado poder de barganha para atenuar os efeitos pretendidos pela nova regra.
259. Como a Lei 13.003/2014 sequer entrou em vigor, não é possível analisar, com segurança, seus desdobramentos. Todavia, é importante ressaltar que, caso as premissas exaustivamente destacadas nesse voto, relativas à patente desigualdade sobre os médicos e sua repercussão sobre os honorários, não se mantenham, não haverá justificativa juridicamente válida para a edição de tabelas médicas.



260. O fato de determinadas entidades médicas apenas negociarem coletivamente, sem impor tabela de preços, obviamente, não prejudica a distinção entre as formas de exercício do poder compensatório descrita nesta seção. Admitir a possibilidade de elaboração de tabelas na hipótese não impede o uso da negociação coletiva. Afinal, quando conselhos profissionais e associações que representam médicos individuais negociam com OPSs sem vinculação a qualquer tabela ou a piso mínimo há, na verdade, uma minoração no seu poder de barganha, que atua em favor das próprias operadoras de saúde.
261. Na verdade, o que não se deve admitir é que, havendo uma estrutura que, por si só, já assegure equilíbrio no processo negocial – sociedades simples ou empresárias e cooperativas médicas – se busque utilizar da tabela, instrumento pensado exclusivamente para os agentes em relação aos quais a assimetria é evidente.
262. Importante registrar, todavia, que a negociação coletiva autorizada é apenas aquela realizada entre médicos – em geral, representados pelos conselhos profissionais, por associações de médicos e/ou por sindicatos de médicos – e operadoras de saúde. Já cooperativas e sociedades empresárias ou simples com algum poder de barganha, da mesma forma que não poderão, como regra, utilizar tabelas de preços mínimos, também não poderão se reunir para negociar coletivamente com as OPSs. Já se viu que a própria conformação dessas estruturas reduz a assimetria com as operadoras, de forma que sua atuação coordenada poderia extrapolar os limites do poder compensatório.
263. O exame de algumas características do setor de saúde suplementar, como será visto a seguir, reforça as conclusões acima.

VI.4. Das peculiaridades do mercado de saúde suplementar

264. A saúde é um direito fundamental, expressamente assegurado pelo art. 6º da Constituição Federal. Trata-se de um dos desdobramentos mais importantes do princípio da dignidade da pessoa humana. Não é sem razão que a partir do art. 196, o texto constitucional estabelece uma série de regras que regulam esse direito, destacando expressamente que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo

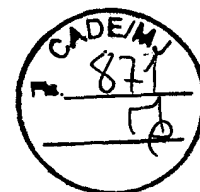


ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle”.

265. Nesse contexto, a proteção ao consumidor assume um papel ainda mais relevante para a análise antitruste, especialmente no que se refere à qualidade. Obviamente, em se tratando de bem essencial, que tem uma relação direta com a dignidade da pessoa humana, critérios como preço precisam ser analisados ao lado de outras preocupações igualmente importantes, como a qualidade do serviço prestado.
266. Assim, a regra geral de que o preço justo é aquele resultante do livre jogo de mercado deve ser vista com ressalvas, pois o preço baixo não deve ser o único critério na aferição do bem estar do consumidor. Isso porque ele pode ser resultado da oferta de serviços de baixa qualidade e da precarização da profissão médica. Não é sem razão que parte da doutrina, como lembra Goldberg, sustenta que, no mercado de saúde suplementar, há um *trade off* entre o estímulo à competição via preço e a qualidade dos serviços prestados.
267. Ademais, o fato de se tratar de uma profissão regulada, em relação não apenas ao acesso, como também à publicidade, à ética e ao próprio desempenho do serviço acaba impondo aos médicos ônus que não exigíveis dos demais agentes do mercado. Exatamente por isso, o mecanismo da livre formação de mercado pode ter algumas imperfeições nesse contexto. Não é sem razão que o próprio CDC submete os profissionais a outros parâmetros de responsabilização, exigindo expressamente a comprovação de culpa.
268. Daí por que a análise antitruste deve ser feita com bastante cuidado para verificar o potencial lesivo que a manutenção dos desequilíbrios entre médicos e OPSs pode representar para o mercado e, em última instância, para os consumidores.
269. Registre-se que, no mercado de saúde suplementar, há uma relevante assimetria de informação entre o consumidor final e as operadoras de saúde, que torna a preocupação com a qualidade ainda mais delicada.
270. Tal assimetria projeta-se tanto na contratação como na execução do contrato de saúde suplementar. Na contratação, ainda que as OPSs possam se encontrar em posição de desvantagem no que diz respeito às informações fáticas indispensáveis para o cálculo de risco, estão em evidente vantagem no que diz respeito às condições de negociação. Afinal, os contratos apresentados são todos de adesão,

elaborados unilateralmente por elas, de forma que cabe ao usuário final tão somente escolher um dentre os modelos e opções disponíveis, sem qualquer possibilidade de negociação das cláusulas.

271. Já no tocante à execução do contrato, a assimetria manifesta-se com maior intensidade: do ponto de vista jurídico, o usuário final dificilmente tem a precisa noção da extensão dos seus direitos quando contrata um plano de saúde – especialmente os relacionados à extensão da cobertura e aos critérios de reajuste dos planos coletivos –, circunstância que o coloca em posição de extrema vulnerabilidade diante de todos os prestadores de serviços envolvidos na cadeia.
272. Isso explica o altíssimo grau de litigiosidade relacionado à execução dos contratos de planos de saúde suplementar, bem como o grande número de planos de saúde que vêm sendo suspensos pela ANS e o elevado número de multas que vêm sendo aplicadas pelos PROCONs às operadoras e administradoras de saúde.
273. Daí por que o exercício do poder de polícia pelos Conselhos Regionais de Medicina, mais do que o de outras profissões, acaba exercendo um papel de inegável utilidade pública.
274. O referido poder de polícia foi expressamente assegurado pela Lei 3.268/1997, que, dentre outras coisas, estabelece que cabe a essas autarquias **“zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente”**. (grifo nosso).
275. A maior dificuldade é saber quais os limites dessa competência.
276. A discussão tem sido objeto de relevante controvérsia no Judiciário. Com efeito, há diversas decisões que rechaçam, de plano, a possibilidade de edição de tabelas de honorários mínimos pelo Conselho Federal de Medicina, sob os argumentos de que a conduta extrapola a competência prevista na Lei 3.268/1957, viola a livre concorrência, por interferir na livre formação de preços, e a liberdade contratual dos médicos e operadoras de saúde.
277. Outras, ao contrário, reconhecem a assimetria entre médicos e OPSs e destacam que a edição de tabelas sugestivas é uma forma de evitar que esses profissionais liberais, especialmente em razão de sua elevada pulverização, sejam expropriados pelas operadoras na negociação do valor dos honorários médicos. Assim, o



problema não estaria propriamente na fixação de valores mínimos, mas na imposição de punições éticas por seu descumprimento.

278. Recentemente, o STJ manifestou-se sobre o tema. Em acórdão publicado em fevereiro de 2014⁷⁰, o Tribunal decidiu que a Resolução nº. 1673/03 do Conselho Federal de Medicina, que adota a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos “como padrão mínimo e ético de remuneração dos procedimentos médicos para o sistema suplementar de saúde” viola o princípio da reserva legal. Segundo o Tribunal, a competência outorgada pela Lei 3.268/57 ao Conselho Federal de Medicina para regular os Conselhos Regionais não “abrange a organização quanto ao exercício em si da medicina”, pois, nos termos do art. 22, XVI da Constituição Federal, apenas a União pode legislar sobre o exercício das profissões.
279. As decisões contrárias à edição das tabelas de honorários, contudo, decorrem de conclusões apressadas. Já se viu, por exemplo, que o poder compensatório, desde que exercido de forma não abusiva, é, na verdade, uma forma de assegurar a livre concorrência. Ademais, o argumento de que a estipulação dos honorários viola a liberdade contratual também não se sustenta. Isso porque, como é fartamente reconhecido no direito privado, a liberdade de contratual depende da existência de uma relação minimamente equilibrada entre os contratantes.
280. No que se refere à competência dos Conselhos de Medicina, a interpretação restritiva sugerida em determinadas decisões judiciais só se justifica quando se está em condições normais de mercado, em que os médicos podem negociar, de fato, a prestação de seus serviços, sem que haja o risco de vilipêndio da profissão.
281. Quando se trata, entretanto, da negociação com as operadoras de saúde, a assimetria de poder coloca os médicos em evidente situação de vulnerabilidade, colocando em risco o “perfeito desempenho técnico e moral da medicina” que a Lei 3.628/1957 visa a proteger. Com efeito, a precarização do serviço médico pode comprometer gravemente o desempenho ético da profissão.
282. Registre-se que o art. 15, alínea “h”, da referida Lei autoriza expressamente os Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina a se valerem de **“todos os meios a seu alcance”**, para evitar que isso aconteça. Daí por

⁷⁰ AgRg no REsp nº 1.153.444, Rel. Benedito Gonçalves, DJe 24.02.2014.



que, nesse contexto, evitar a precarização da profissão médica diante das OPSs, ainda que por meio de tabelas de honorários mínimos, é competência que decorre implicitamente da autorização legal. Afinal, em se tratando de profissões liberais, não há como se negar que existe um liame entre a remuneração adequada e o atendimento dos padrões de ética e qualidade necessários à realização do serviço.

283. No caso ora analisado, embora o CRM-MS não figure no polo passivo do processo, observa-se que a conduta da representada SBOT-MS fazia parte de um movimento mais amplo de implantação da CBHPM, que teve início em 2003, coordenado pelo Conselho profissional e pelas demais entidades que integravam a Comissão Estadual de Honorários Médicos. Não é sem razão que foi instaurado processo administrativo pelo CADE contra o CRM-MS, contra a Associação Médica de Grande Dourados e contra a UNIDAS – PA 08012.002874/2004-14.
284. Carta encaminhada pela SBOT nacional recomendava às regionais, inclusive, que observassem as decisões da Comissão Estadual de Honorários Médicos, como se extrai do trecho a seguir:

“Os diretores de defesa profissional das Regionais deverão colher as assinaturas de todos os Ortopedistas, atendendo as decisões da Comissão Estadual de Honorários Médicos na adoção da CBHPM. As Regionais deverão iniciar as negociações com as empresas de medicina de grupo, seguradoras, empresas de auto-gestão, cooperativas e outras fontes pagadoras de serviço médico. (...) (fl. 104-105).

285. Ademais, constam dos autos notícias de que o Conselho Nacional de Defesa Profissional da SBOT estava se reunindo com as “principais entidades médicas do Brasil e com parlamentares ligados à área da saúde” (fls. 164-167).
286. Assim, verifica-se que a atuação da SBOT-MS pautou-se pela necessidade de valorização da classe médica e contava com o apoio e liderança do Conselho Regional de Medicina, que, como mencionado anteriormente, possui autorização legal para dispor de todos os meios a seu alcance para evitar a precarização do exercício da medicina, tarefa em que, a edição de tabelas médicas, nas circunstâncias ora analisadas, assume papel fundamental.
287. Acresce que a SBOT constitui associação civil sem fins lucrativos, que representa os médicos ortopedistas e traumatologistas que atuam no Mato Grosso do Sul, de forma que sua atuação não se confunde com a das cooperativas de especialidades



que, como visto, não podem se valer de tabelas de honorários médicos, sob pena de extrapolarem o poder compensatório.

288. A seguir será analisado o conjunto probatório dos autos e se as condutas imputadas às representadas configuram infração à concorrência.

VI.5. Do conjunto probatório dos autos

289. As provas colacionadas aos autos demonstram claramente a tentativa da SBOT-MS de influenciar a adoção da CBHPM, inclusive por meio da promoção de boicotes coletivos às OPSs, tendo sido representada em todos os atos investigados por seu presidente, Cláudio Wanderley Luz Saab.

290. Neste sentido, transcrevo trecho do ofício CIEFAS em 20 de março de 2003, notificando o Comitê de que, se não fosse aceita a proposta relativa ao reajuste nos honorários médicos, haveria o descredenciamento das operadoras de planos de saúde:

“Prezado Senhor,
(...) Desde logo, fica o CIEFAS notificado de que se não for aceita nossa proposta, o que iremos lamentar, a categoria deixará de prestar serviço aos usuários desta entidade, tudo porque o valor que recebemos está defasado e é injusto e inadequado (...) Superado o prazo de 15 dias sem que a SBOT-MS seja comunicada da aceitação da nossa proposta, comunicaremos o fato ao Conselho de Medicina e deixaremos de prestar atendimento ao CIEFAS”. (fl. 82).

291. Outra prova da negociação coletiva dos honorários médicos pela SBOT-MS é a carta encaminhada à UNIDAS em 10 de abril de 2003, que resume as reivindicações da categoria, como revela o trecho a seguir:

“Conforme deliberado em reunião realizada em 09/04/03, nas dependências dessa Instituição, vimos pela presente registrar que, (sic) o índice de correção para a nova Tabela de Honorários Médicos solicitado pela classe, (sic) é o da Tabela 96 + (mais) o IGPM acumulado do período de julho/96 a março/03, correspondendo ao total de 83,46%.

Dr. Cláudio Wanderlery Luz Saab.
Presidente da SBOT-MS” (fl. 83).

292. Consta dos autos, ainda, contraproposta enviada pela UNIDAS em 14 de abril de 2003, em que a associação propõe a implementação de um reajuste de 30% sobre

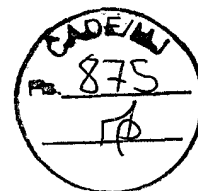


os preços em vigor e o aumento no valor da taxa de gesso de R\$ 21,60 para R\$ 40,00

293. Não tendo sido possível chegar a um acordo com as operadoras de planos de saúde filiadas à UNIDAS quanto ao valor dos honorários médicos, foram deflagrados movimentos de paralisação, como atesta o ofício SBOT-MS 048/03, encaminhado à UNIDAS em 16 de maio de 2003.

“A Unidas – União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde”
Prezados Senhores,
Como não houve acordo entre as partes, (*sic*) quanto ao acerto dos honorários médicos, onde (*sic*) nós utilizamos a Tabela AMB/96 e Unidas a Tabela CIEFAS, comunicamos que as Clínicas de Ortopedia tomarão as medidas necessárias para o descredenciamento dos convênios.
Atenciosamente,
Dr. Cláudio Wanderley Luz Saab.
Presidente da SBOT-MS” (fl. 85).

294. Em 6 de junho de 2003, a ameaça de descredenciamento foi reiterada em ofício remetido à UNIDAS (fl.86). Nos termos do referido documento, as clínicas de ortopedia iriam deixar de prestar serviços às operadoras de planos de saúde filiadas à UNIDAS no prazo de 60 dias, por não ter sido atendida sua reivindicação relativa ao reajuste no valor dos honorários médicos.
295. Diante da referida ameaça, a UNIDAS enviou um comunicado ao Ministério Público de Mato Grosso do Sul em 12 de junho de 2003, denunciando o movimento concertado dos médicos, orientado pela SBOT-MS, e requerendo a interveniência do órgão na negociação com as OPSs.
296. Constam dos autos as atas de duas reuniões realizadas na Promotoria de Justiça do Estado em 21 de julho de 2003 (fl. 90-91) e em 5 de agosto de 2003 (92-93). Na primeira, após ouvir as manifestações dos interessados, o Ministério Público sugeriu que fosse implementado um reajuste de 30% sobre o valor dos procedimentos médicos e de 20% sobre o preço das consultas. Na segunda, foram apresentadas as contrapropostas da UNIDAS e da SBOT-MS e, não tendo sido aceitas, a Promotoria declarou que a “conciliação restou infrutífera” e encerrou as negociações.



297. No dia seguinte à última audiência, em 6 de agosto de 2003, a SBOT enviou novo aviso à UNIDAS, anunciando o início da paralisação nos atendimentos dos usuários de operadoras filiadas a ela, conforme se depreende do trecho abaixo:

Campo Grande, 6 de agosto de 2003.

SBOT-MS 085/03

“Senhor Superintendente,

Como não foi possível chegar ao acordo pretendido, levamos a vosso conhecimento que, a partir desta data as Clínicas de Ortopedia e Traumatologia (bem como os médicos exercentes desta especialidade médica) deixarão de prestar serviços médicos à UNIDAS, observando-se o que está contido na Resolução CFM n. 1616/2001⁷¹ (...).

Atenciosamente,

Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia

Regional do Mato Grosso do Sul

Presidente: Dr. Claudio Wanderley Luz Saab”. (fl.94).

298. Em outubro de 2003, a SBOT-MS, representada por seu presidente, Cláudio Wanderley Luz Saab, encaminha ofício à Capesaúde, alertando que não era “do interesse das clínicas suspender os atendimentos, desde que fosse adotada a Lista Hierarquizada de Procedimentos Médicos 2003”, a CBHPM. (fl.95).

299. De acordo com o comunicado encaminhado pela SBOT-MS em 10 de outubro de 2003, haveria a suspensão nos atendimentos a partir do dia de dezembro para aquelas operadoras que não adotassem a CBHPM, como se depreende do trecho a seguir:

“Conforme contato, venho por meio desta comunicar que já estamos nos baseando na Lista Hierarquizada 2003, e que o atendimento pessoa jurídica será até o dia 2 de dezembro de 2003 (...)

Dr. Claudio Wanderley Luz Saab.

Presidente da SBOT-MS”.

⁷¹ Resolução CFM n. 1616/2001:“(…) Art. 1º É vedado o desligamento de médico vinculado por referenciamento, credenciamento ou associação à Operadora de Plano de Saúde, exceto por decisão motivada e justa, garantindo-se ao médico o direito de defesa e do contraditório no âmbito da operadora. Parágrafo único. Aplica-se também esta vedação em relação a pessoas jurídicas compostas por no máximo dois sócios, sendo obrigatoriamente um deles médico, constituída com o objetivo de execução de atos médicos, e que não mantenham contratação de serviços médicos a serem prestados por terceiros. (Redação dada pela Resolução CFM nº 1852, de 15.09.2008). Art. 2º - O desligamento voluntário do médico referenciado, credenciado ou associado obriga-o a comunicar sua decisão, com antecedência mínima de 60 dias, à Operadora de Plano de Saúde a qual está vinculado; e a disponibilizar aos seus pacientes os dados clínicos em seu poder, a fim de garantir-lhes a continuidade do tratamento médico. Art. 3º - A decisão de desligamento deverá ser homologada pelo Conselho Regional de Medicina, num prazo de 30 dias (...).”



300. O referido documento foi anexado à carta enviada pelo Hospital Adventista Pênfigo aos convênios em 20 de outubro de 2003, anunciando a suspensão nos credenciamentos a partir do dia 02 de dezembro (fl. 96).
301. Diversas notícias juntadas aos autos atestam os movimentos de paralisação em dezembro de 2003. No portal Dourado News, por exemplo, reportagem intitulada “Ortopedistas deixam de atender pacientes de 12 convênios” (fl. 103) esclarece que 93 ortopedistas já haviam suspenso o atendimento a pacientes de doze operadoras de planos de saúde por não ter sido aceito o reajuste pretendido pela SBOT-MS que, dentre outras coisas, estava exigindo que o valor da consulta passasse de R\$ 25,00 para R\$50,00.
302. Consta dos autos, ainda, documento intitulado “Carta aberta aos Ortopedistas do Brasil”, de 07 de janeiro de 2004, em que a Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia recomenda que as regionais iniciem as negociações com as OPSs e determina que os diretores de defesa profissionais das regionais recolham as assinaturas de todos os ortopedistas, autorizando a SBOT a atuar junto aos planos de saúde e se comprometendo a adotar a CBHPM, sob pena de sanção ético-disciplinar. Vale reproduzir alguns trechos do referido documento:

“Os diretores de defesa profissional das Regionais deverão colher as assinaturas de todos os Ortopedistas, atendendo as decisões da Comissão Estadual de Honorários Médicos na adoção da CBHPM.

As Regionais deverão iniciar as negociações com as empresas de medicina de grupo, seguradoras, empresas de auto-gestão, cooperativas e outras fontes pagadoras de serviço médico. (...)

O Conselho Nacional de defesa Profissional da SBOT alerta os Ortopedistas que os médicos que adotarem contratos com remuneração abaixo da CBHPM são passíveis de denúncia aos CRM, de acordo com os arts. 77 e 78 do Código de Ética Médica.

(...)

Termo de Autorização e Compromisso

Nós, os ortopedistas brasileiros, nos comprometemos a adotar a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) e autorizamos a Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia – SBOT a atuar junto aos planos de saúde com o objetivo de utilizar ações legais para a sua implantação” (...). (fl. 104-105).

303. A carta foi o resultado da primeira reunião do Conselho Nacional de Defesa Profissional, realizada nos dias 6 e 7 de janeiro, que contou com a participação do



presidente da Associação Médica Brasileira e do Conselho Federal de Medicina, dentre outros. Na ocasião, como relata o jornal da SBOT, acostado à fl. 106, foi discutida a implantação da CBHPM e elaborado o termo de Autorização e Compromisso descrito acima, além da Carta Aberta aos Ortopedistas.

304. Outra prova da participação da SBOT-MS na conduta ora analisada é a carta encaminhada pela representada aos ortopedistas em fevereiro de 2004, em que os médicos são notificados a não prestar serviços a determinadas operadoras de saúde, exceto nas hipóteses de urgência e emergência. Além de alertar que o descumprimento da referida orientação configura infração ética, a SBOT incita os médicos a denunciar os profissionais que não estejam obedecendo à determinação, como revela o trecho abaixo:

“Prezado Doutor,
Conforme é sabido por V. S^a, a SBOT (entidade representante dos ortopedistas de MS) está promovendo um movimento em defesa da dignidade da profissão, em busca da remuneração justa, adequada e compatível com o código de ética Médica para todos os Ortopedistas deste Estado. (...)

Feitas essas considerações, vimos através da presente **NOTIFICÁ-LO** para que não preste mais serviço médico aos usuários dos convênios UNIDAS/CIEFAS e CASSEMS, IMPGC, ASSEFAZ, GEAP, FUND, ENERSUL, PAMS CEF, EMBRATEL, ECT-CORREIOS, CASSI, EMBRAPA, CAPESAÚDE, FASSINCRA, FUNSERV, ou em qualquer outro estabelecimento (exceto nas hipóteses de emergência ou urgência), sob pena de cometimento das infrações de natureza ética constantes do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1246/98), conforme dispositivos abaixo (...)

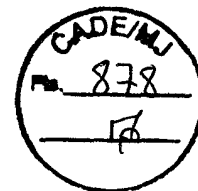
Caso se continue a atender por meio destes convênios, solicitamos que seja encaminhada (*sic*) a Diretoria da SBOT qualquer denúncia de colegas da capital ou do interior.

Atenciosamente,

Dr. Cláudio Wanderley L. Saab”. (destaques no original, fl. 112).

Presidente da SBOT-MS”.

305. As provas descritas acima deixam claro que a SBOT-MS, representada por seu presidente, Cláudio Wanderley Saab, negociou coletivamente com as operadoras de saúde e buscou implementar a CBHPM, tendo, inclusive, promovido movimentos de paralisação em massa diante da recalcitrância das operadoras de saúde em atender a suas reivindicações.



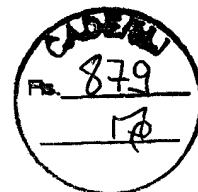
306. A confirmação dos fatos, contudo, não implica necessariamente o reconhecimento da ilicitude da conduta, ou, pelo menos, não nos moldes propostos pelos pareceres técnicos.
307. Isso porque, como ficou amplamente demonstrado no voto, é possível que a imposição das tabelas e mesmo a promoção dos boicotes, desde que tenham sido realizados de forma necessária, adequada e proporcional, estejam amparadas pela excludente de ilicitude identificada com o exercício do poder compensatório.
308. A seguir, serão analisadas, separadamente, cada uma das condutas imputadas aos representados no processo administrativo sob exame para verificar se, de fato, ficou configurada a prática de infração à ordem econômica.

VI.6. Análise da conduta da SBOT-MS

VI.6.1. A CBHPM como tabela de preços mínimos

VI.6.1.1. As características gerais da CBHPM

309. Como relatado, trata-se de processo administrativo instaurado para apurar suposta prática de infração econômica em razão da negociação coletiva de um reajuste mínimo sobre os honorários médicos pagos pelas operadoras de planos de saúde e, posteriormente, pela tentativa de implantação da lista de procedimentos médicos, denominada Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), inclusive por meio da coordenação de movimentos de paralisação do atendimento a beneficiários de operadoras de saúde no Mato Grosso do Sul.
310. A Classificação Brasileira Hierarquizada de Honorários Médicos (CBHPM) foi elaborada pela AMB, pelo CFM e por diversas sociedades de especialidade médica, com a assessoria da Fundação de Pesquisas Econômicas da Universidade de São Paulo (FIPE). Sua elaboração teve início em 2000, tendo sido concluída em 2003, ano em que foi oficialmente lançada.
311. Trata-se de uma lista que ordena os procedimentos médicos de acordo com o grau de complexidade técnica, o tempo de execução, a atenção requerida e o grau de treinamento necessário para a capacitação dos profissionais aptos a realizá-los. Com base nos critérios mencionados acima, os procedimentos são agrupados em portes (1 a 14) e subportes (A, B, C). Os portes constantes da tabela não



expressam valores monetários, mas apenas indicam a posição relativa de cada procedimento em comparação com os demais, conforme a complexidade, a tecnologia e a técnica envolvida em cada ato. Aspectos de mercado, tais como a frequência com que o procedimento é realizado ou a quantidade de profissionais aptos a desempenhá-lo, não são considerados na classificação.

312. Além dos portes, estabeleceu-se uma unidade de custos operacional (UCO), que leva em conta a depreciação dos equipamentos, manutenção, mobiliário, imóvel, aluguéis, folha de pagamento, etc. O custo foi calculado para os Serviços Auxiliares de Diagnóstico e Tratamento – SADT – de cada especialidade. Custos relativos a acessórios e descartáveis são ajustados diretamente e de comum acordo entre as partes.
313. Cada edição da tabela é acompanhada de um “Comunicado Oficial”, que informa aos profissionais os valores dos portes e das UCO’s, definidos pela Comissão Nacional de Honorários Médicos, composta por representantes da Associação Médica Brasileira - AMB, do Conselho Federal de Medicina - CFM e da Federação Nacional dos Médicos - FENAM. Admite-se uma flexibilização no valor dos portes divulgados pelo comunicado oficial de 20%, para mais ou para menos, para fins de regionalização. É em razão desse Comunicado que se tem entendido que a CBHPM constitui, na verdade, uma tabela de preços mínimos.
314. A introdução à CBHPM traz o texto integral da Resolução nº 1.673/2003 do CFM, que torna a lista referencial ético para a remuneração de honorários médicos, nos seguintes termos:

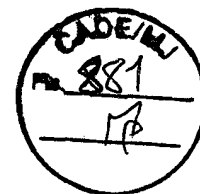
“O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045 (...) resolve: Art. 1º - Adotar como padrão mínimo e ético de remuneração dos procedimentos médicos, para o Sistema de Saúde Suplementar, a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos, incluindo suas instruções gerais e valores.

Art. 2º - “Os valores relativos aos portes dos procedimentos deverão ser determinados pelas entidades médicas nacionais, por intermédio da Comissão Nacional de Honorários Médicos.

Parágrafo único – As variações, dentro das bandas determinadas nacionalmente, serão decididas pelas Comissões Estaduais ou Regionais de Honorários Médicos, levando-se em conta peculiaridades regionais.”

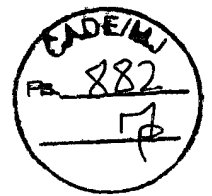


315. De agosto de 2003 a 2014, foram editadas seis versões da CBHPM, a última data de 2012. As revisões na valoração dos portes, assim como a inclusão ou exclusão de procedimentos são discutidas e aprovadas pela Câmara Técnica Permanente da CBHPM, órgão da AMB, de que participam o Conselho Federal de Medicina, a Federação Nacional dos Médicos, a UNIMED, a UNIDAS e Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE).
316. Além da revisão técnica da CBHPM, pode haver a atualização dos valores monetários atribuídos a cada porte. Desde que foi editada, em 2003, a CBHPM vem sendo atualizada anualmente pelo valor do INPC/IBGE. O valor da consulta (2B), por exemplo, passou de R\$ 42,00 reais em 2003 para R\$ 71,68 em 2013. Os referidos ajustes são realizados pela Comissão de Economia Médica, criada no âmbito da Associação Médica Brasileira.
317. O lançamento oficial da CBHPM, como mencionado anteriormente, ocorreu em julho de 2003. No mesmo ano, foi instituída a Comissão Nacional de Implantação da CBHPM, composta por representantes da AMB, do CFM e da FENAM, “cuja finalidade é definir estratégias para nortear ações em nível nacional, visando difundir e mobilizar a categoria, propiciando meios eficazes para negociação e implantação da CBHPM” (PA 08012.004276/2004-71, fl.6). A partir daí, movimentos pela implementação da CBHPM eclodiram em todo o território nacional.
318. Reunida na sede da AMB, em setembro de 2003, a Comissão Nacional de Mobilização decidiu que cada Estado deveria implantar a Comissão Estadual de Honorários Médicos – CEHM para negociar com as operadoras de saúde o processo de adoção da CBHPM.
319. No caso em análise, a Sociedade Brasileira de Ortopedia e de Traumatologia recomendava que os diretores de defesa profissional das regionais atendessem as decisões da Comissão Estadual de Honorários Médicos, conforme a “Carta Aberta aos Ortopedistas” acostada à fl. 104.



VI.6.1.2. A CBHPM como tabela de preços em relação aos médicos

320. Segundo a SG, como a Comissão Nacional de Honorários Médicos define e informa os valores monetários dos portes e das UCO's, a CBHPM deixa de ser uma lista de hierarquização dos procedimentos, tornando-se uma tabela de preços mínimos, que, dada a representatividade das acusadas, tem como consequência a produção de efeitos deletérios à concorrência.
321. De fato, em regra a edição de tabelas de preços constitui infração antitruste por objeto. Todavia, mesmo as infrações por objeto precisam ser analisadas diante das circunstâncias do caso concreto de modo a averiguar se “a sugestão de preços foi concretamente auxiliar, acessória e estritamente proporcional a outro objeto lícito e razoável distinto do próprio alinhamento de preços”, tal como expresso no voto do Conselheiro Marcos Paulo no PA nº 08012.006923/2002-18.
322. Assim, diante do que já se expôs, há que se questionar se, perante o poder de mercado das OPSs, não há nenhum fator de legitimidade e aceitabilidade da conduta que permitisse se cogitar do exercício regular de um direito, de forma a se afastar sua ilicitude.
323. Um dos argumentos suscitados pelos órgãos de defesa da concorrência para rechaçar a adoção de tabelas médicas é que estas criam uniformização de valores, impedindo diferenciações em razão de atributos técnicos (qualidade, especialização, experiência, reputação, etc) dos prestadores.
324. No estudo realizado pela SDE no Procedimento Administrativo nº 08012.001039/2010-05, entretanto, as respostas apontaram que não é prática recorrente adotar honorários diferenciados, em razão da qualificação, experiência e reputação do profissional. Basta dizer que 84% das operadoras oficiadas responderam que não adotam diferenciação nos honorários, segundo os referidos critérios.
325. Importante observar também que não consta dos autos nenhuma prova de que os valores exigidos eram abusivos. Ao contrário, os documentos juntados ao



processo demonstram que os valores pagos pelas operadoras de saúde aos prestadores estavam defasados, fato que não foi contestado durante a instrução.

326. De fato, em diversas oportunidades, ficou claro que o que as entidades médicas pretendiam era tão somente recompor as perdas inflacionárias do período. Aliás, a própria UNIDAS reconhece na representação que, dentre as reivindicações das entidades médicas, estava a adoção da Lista de Procedimentos Médicos – LMP 1996, elaborada pela AMB” e a correção linear da referida tabela pelo índice de 83,43%, corresponde ao IGPM acumulado de julho de 1996 a março de 2003.
327. A exigência é confirmada pelo ofício encaminhado à UNIDAS em 10 de abril de 2003, em que a SBOT-MS informa que “o índice de correção para a nova Tabela de Honorários solicitado pela classe é o da Tabela 96 + (mais) o IGPM acumulado do período de julho/96 a março/03, correspondente ao total de 83,46%”. (fl. 83).
328. Importante registrar que o CIEFAS havia implementado a tabela CIEFAS/2000, que estipulava valores inferiores àqueles estabelecidos pela tabela da AMB de 1996 para maioria dos procedimentos. Não é sem razão que, dentre as exigências que o CIEFAS se recusava a atender, estava a mudança no referencial dos honorários médicos.
329. Na ata da reunião realizada no dia 21 de julho de 2003, ao formular a proposta de conciliação entre a UNIDAS/CIEFAS e a SBOT-MS, o Ministério Público esclareceu que, para que houvesse a equiparação à tabela LMP 1996, elaborada há 7 anos pelas entidades médicas, seria necessário implementar um reajuste de pelo menos 30% sobre a tabela em vigor – tabela CIEFAS 2000.
330. A razoabilidade na exigência da SBOT-MS torna-se ainda mais evidente quando se observa o valor ínfimo que era pago por determinados procedimentos cirúrgicos pelo CIEFAS. A tabela abaixo ilustra a conclusão:



Procedimento	Preço previsto na Tabela CIEFAS/2002	Valor atualizado de acordo com o IGP-M
Cirurgia de apendicite	R\$ 165,00	R\$ 506,00
Retirada de nódulo da mama	R\$ 72,00	R\$ 220,00
Retirada da mama	R\$ 144,00	R\$ 441,00
Ponte de safena	R\$ 412,00	R\$ 1264,00
Retirada de tumor cerebral	R\$ 310,00	R\$ 941,00

331. Ademais, como se infere de diversas notícias juntadas aos autos, as operadoras de planos de saúde pagavam àquela época, em média, R\$ 25,00 pela realização de uma consulta. Atualizado, o valor equivaleria a aproximadamente R\$50,00 de acordo o IGPM, em setembro de 2014.
332. Com o lançamento da CBHPM, a SBOT-MS passou exigir que fossem implantados os valores previstos na referida tabela, como narra a representação.
333. Ocorre que, como já tive oportunidade de demonstrar nos outros casos relativos à matéria sob minha relatoria, a CBHPM tampouco apresentava valores abusivos. Ao contrário, a análise do valor de alguns procedimentos atesta que eles eram inequivocadamente módicos. É o que demonstra a tabela abaixo:



Custo de procedimentos		
Procedimento	Preço previsto na CBHPM em 2003	Valor atualizado de acordo com o IGP-M até 09/2014
Apendicectomia	Porte 8A = R\$ 368,00	R\$ 705,81
Exérese de nódulo mamário	Porte 3C = R\$ 100,00	R\$ 191,80
Mastectomia simples	Porte 8A = R\$ 368,00	R\$ 705,81
Transplante cardiopulmonar (receptor)	Porte 14C = R\$ 2100,00	R\$ 4.027, 73.

334. Aliás, a própria SDE ressaltou que “a preocupação com o encarecimento dos honorários a partir da implementação da CBHPM também permeou as atividades de seus idealizadores”, destacando trecho do Relatório de Atividades realizadas em setembro de 2001, elaborado pela FIPE:

“No mês de setembro, após a utilização da informação sobre as duplicidades dos procedimentos médicos, fornecidas pela AMB, as correções técnicas foram efetuadas, o que permitiu a construção de uma tabela com as valorações de todos os procedimentos existentes no ano de 2001. Posteriormente, com o intuito de comparar a nova tabela com aquela existente em 1992, a mais utilizada pelos médicos atualmente, buscou-se comparar as valorações oriundas da regressão econométrica, para todos os procedimentos existentes em ambas as tabulações. (...) Como resultado final, somando os valores existentes em 1992 e comparando com os valores recentes, obteve-se o resultado no qual a chamada nova tabela possui um acréscimo de 110% em relação à tabela de 1992, em CH’s.

Tendo em vista tal encarecimento da nova tabela em CH’s, fato este que provavelmente inviabilizará sua futura utilização, optou-se, posteriormente, pela construção de várias tabelas alternativas”.

335. Registre-se que a CBHPM foi fruto de um cuidadoso trabalho científico desenvolvido pela FIPE, que buscou classificar mais de 5.000 procedimentos médicos. Basta dizer que, ao ser oficiada para apresentar os estudos que

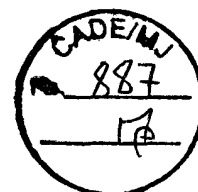


nortearam o referido trabalho, a Fundação apresentou mais de 500 páginas de relatórios, constantes de um CD-ROM acostado aos autos. Não é sem razão que as primeiras reuniões para a elaboração da tabela ocorreram em 2000 e seu lançamento só foi realizado três anos depois, em 2003.

336. Ademais, as revisões nos portes também não são feitas de forma aleatória. Na verdade, a alteração na valoração dos portes, assim como a inclusão ou exclusão de procedimentos previstos na lista devem ser discutidas e deliberadas na Câmara Técnica da CBHPM, de que participam não apenas as entidades representativas dos médicos, mas também a Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE) e a UNIMED.
337. No que se refere às consultas, é importante destacar que, de 2003 a 2014, o porte atribuído a elas sequer foi alterado, mesmo com as sucessivas edições da CBHPM. Assim, o valor das consultas foi reajustado tão somente para acompanhar o índice inflacionário do período. Como mencionado anteriormente, o valor da consulta passou de R\$ 42,00 (2B) em 2003, para R\$ 71,68 (2B) em 2013, atualização que foi realizada anualmente, de acordo o INPC, até se chegar ao valor cobrado hoje.
338. Ademais, a tabela também considera as peculiaridades regionais, ao admitir que os estados apliquem uma “banda” de 20% para mais ou menos sobre os valores divulgados no Comunicado Oficial. Embora possa ser considerada insuficiente para os procedimentos que exigem uma infraestrutura submetida a uma lógica empresarial, como exames, a variação pode ser considerada satisfatória em se tratando de honorários médicos, que, como já se viu anteriormente, em razão de suas inúmeras peculiaridades, podem não se subsumir perfeitamente a uma lógica de livre formação de preço, baseada unicamente na demanda e na oferta. Aliás, diante da patente assimetria entre médicos e OPSs, é até razoável imaginar que a variação da remuneração entre as localidades esteja atrelada não apenas à competitividade entre os médicos, mas à própria disparidade no poder de barganha entre as OPSs, que pode ser maior em determinados locais do que em outros.



339. Registre-se, ainda, que, no contexto sob análise, a suficiência ou não de bandas é de menor importância, uma vez que já se admitiu que o exercício do poder compensatório, desde que exercido com razoabilidade, afasta a ilicitude da adoção de conduta comercial uniforme no que se refere exclusivamente aos honorários médicos, quando há uma evidente assimetria entre os contratantes. Assim, o que se pretende é justamente impedir que, independentemente da localidade, o patamar da remuneração fique aquém do que seria minimamente razoável e, naturalmente adotado, em um contexto em que a disparidade entre o poder de barganha entre médico e OPSs não existisse ou fosse reduzido.
340. É comum afirmar-se, porém, que a análise da razoabilidade do preço extrapola os limites do direito antitruste, pois, em atenção à livre concorrência, o preço deve resultar da interação normal das forças de mercado. Neste sentido, o Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, no PA 62/92, salientou que “o preço justo é, por definição, aquele que surge como resultante (...) das condições de oferta e demanda.”. (PA 62/92).
341. Ocorre que, no caso ora analisado, a advertência não se aplica. Isso porque há evidências de que, diante da assimetria de poder econômico entre prestadores e operadoras de saúde, não havia propriamente negociação, sendo os honorários impostos pelas OPSs.
342. Tanto é assim que no estudo relativo às negociações no mercado de Saúde Suplementar, a SDE destacou que os contratos firmados, na maioria das vezes, são contratos de adesão, cujos valores e termos são definidos unilateralmente pela operadora, sem a participação do prestador, cabendo a ela aceitar, em bloco, as condições estipuladas ou recusá-las.
343. Deste modo, entender que a formulação de tabelas para honorários médicos é ilícita poderia acentuar as assimetrias nesse mercado, reforçando as preocupações concorrenciais. Ademais, já se viu que a aplicação de sanções pela autoridade antitruste pressupõe a existência de reprovabilidade da conduta. Trata-se de uma garantia constitucional inafastável, que não pode ceder espaço nem mesmo em razão do bem estar do consumidor.



344. Ora, contrapor-se a uma posição dominante previamente existente, nos exatos limites para evitar a indevida e abusiva expropriação da parte mais fraca, não pode ser considerado um ilícito, ainda mais quando já se viu que o exercício do poder compensatório pode levar inclusive a eficiências e à redução de preços para o consumidor. Todavia, ainda que assim não fosse, isso não afasta a existência de justificativa juridicamente válida para a conduta.
345. Mesmo que a negociação coletiva por parte dos médicos e a imposição de reajustes uniformes pudessem trazer prejuízos ao bem estar do consumidor – o que se admite unicamente em favor do debate – essa constatação, por si só, não poderia justificar a punição dos médicos. O bem estar do consumidor não pode ser obtido unicamente às custas do sacrifício da remuneração dos médicos, enquanto se protege o exercício do poder de mercado das operadoras de saúde, até porque estas últimas constituem o elo mais forte da cadeia produtiva.
346. O reconhecimento da função social dos contratos não infirma a conclusão. Embora os contratos tenham função social, não se resumem à ela, pois são igualmente legítimos instrumentos para a realização dos interesses pessoais dos contratantes. Assim, entender que os médicos teriam de renunciar, por completo, à busca dos seus interesses pessoais para perseguir exclusivamente os interesses dos consumidores levaria a uma indevida e total funcionalização do contrato, equiparando equivocadamente particulares a funcionários públicos, já que somente destes últimos se pode exigir ação direcionada exclusivamente ao atendimento do interesse público.
347. É pacífico que o desafio imposto pela função social dos direitos e liberdades não envolve o aniquilamento da autonomia privada. Pelo contrário, o desafio diz respeito a encontrar um equilíbrio entre a dimensão funcional e a dimensão individual das situações jurídicas colocadas em análise. O entendimento de que os médicos não poderiam exercer o poder compensatório pela simples razão de que isso poderia trazer maiores ônus aos consumidores ignora por completo a legítima dimensão individual do contrato, bem como a autonomia e a dignidade dos médicos, que deixam de ser fins em si mesmos – o que é o núcleo da dignidade da pessoa humana – e passam a ser meros meios para o atendimento do interesse público. Há, conseqüentemente, uma verdadeira instrumentalização dos médicos e



a transferência indevida para eles de compromissos que apenas poderiam ser exigidos do Estado.

348. Acresce, por fim, que esse tipo de argumento também ignora que a função social do contrato projeta-se sobre o consumidor, de forma que é razoável que ele suporte os ônus da remuneração adequada dos médicos, desde que se mostrem pertinentes e proporcionais.
349. A função social em contratos com esse grau de complexidade envolve, antes de tudo, um exame atento de todos os interesses envolvidos, numa perspectiva de conciliação e justiça, e não por um viés de exclusão de alguns interesses legítimos em detrimento de outros.
350. Não se discute aqui, portanto, a importância da proteção ao consumidor, mas sim as formas de se chegar a tal tutela e como compartilhar essa responsabilidade com todos os elos da cadeia de serviços.
351. Assim, o que se há que buscar é uma alternativa capaz de compor o conflito triangular – consumidores, médicos e OPSs – de forma mais equilibrada, sem que seja necessário comprometer as garantias constitucionais do processo administrativo sancionador para chegar a esse resultado nem os interesses individuais legítimos dos médicos.
352. Ocorre que, como mencionado anteriormente, a ANS tem sido omissa no que se refere às discussões sobre a remuneração dos honorários médicos. Nesse contexto, o poder compensatório aparece como a única alternativa viável capaz de reduzir as assimetrias entre médicos e OPSs, criando um contrapeso ao poder de mercado exercício por elas, evitando a expropriação dos primeiros e, em última análise, resguardando a própria concorrência.
353. Sendo assim, entendo que, na presença de um conjunto de elementos, descritos abaixo, é possível concluir pelo exercício lícito do poder compensatório:
- (i) profissão liberal regulamentada, com padrões técnicos e éticos acima do mercado;



- (ii) setor em que a qualidade dos serviços assume um papel preponderante, de forma que a própria proteção da saúde como direito fundamental não pode estar dissociada das condições em que os médicos exercem os seus serviços;
- (iii) manifesta assimetria entre as partes, reconhecida amplamente pelo SBDC, mesmo nos pronunciamentos nos quais se entendeu que tal circunstância não seria suficiente para justificar o exercício do poder compensatório;
- (iv) inexistência de indícios de que o exercício do poder compensatório levaria a resultados ineficientes do ponto de vista econômico;
- (v) existência de estudos que apontam a possibilidade de que o exercício do poder compensatório no setor de saúde suplementar possa levar a aumentos de bem-estar;
- (vi) iniciativa de mobilização a cargo de conselho profissional, que tem por competência legal zelar pelo exercício adequado da profissão;
- (vii) exercício de poder compensatório a partir de proposta de reajuste razoável, seja por pretender recompor unicamente as perdas inflacionárias, seja por jamais ter os seus critérios sido adequadamente impugnados, em seu mérito, pelas OPSs;
- (viii) exercício de poder compensatório tendo como objeto tão somente o valor dos honorários médicos e não outras verbas remuneratórias dos serviços de saúde cuja precificação depende inclusive de fatores empresariais;
- (ix) exercício de poder compensatório em prol daqueles que, como os médicos pessoas naturais, não possuem nenhum poder de barganha diante das OPSs, independentemente do tamanho destas;

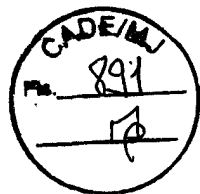
354. No caso em análise, contudo, observa-se que não estão presentes os requisitos (viii) e (ix), de forma que não seria possível cogitar da aplicação do poder compensatório como excludente de ilicitude em toda a sua extensão.
355. Isso porque, embora tenha ficado demonstrada a razoabilidade dos valores exigidos pela SBOT-MS, o que, em princípio, tornaria a conduta lícita, ao se analisar com atenção a LMP 96 e a CBHPM, observa-se que o conteúdo das tabelas extrapolava a reivindicação por honorários médicos não aviltantes, alcançando procedimentos médicos inseridos no mercado de SADT – Serviço de



Apoio, Diagnóstico e Terapia, conduta, que, como se verá adiante, desborda dos limites do adequado, necessário e proporcional no exercício do poder compensatório.

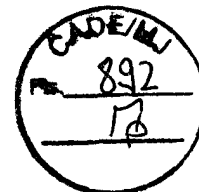
VI.6.1.3. A CBHPM como tabela de preços em relação a hospitais, clínicas e laboratórios

356. Toda a argumentação relativa ao poder compensatório exaustivamente explorada no voto, como já adiantado, não alcança os hospitais, clínicas e laboratórios, entes empresariais que, exatamente por isso, não se encontram na mesma posição de inferioridade e assimetria do médico individual e/ou, excepcionalmente, de pequenas sociedades de médicos, podendo até, conforme o caso, deter mais poder de mercado do que as próprias OPSs.
357. Já se viu anteriormente que, muitas vezes, hospitais, clínicas e laboratórios atuam em estruturas de mercado oligopolizadas, de forma que a autorização para a utilização de tabelas e/ou negociações coletivas poderia inverter a assimetria, levando ao desequilíbrio em desfavor das OPSs.
358. Aliás, a própria organização desses agentes econômicos, com a conjugação de esforços e capital, pode ser considerada uma forma de exercício do poder compensatório. Com efeito, a utilização de tabelas de preços mínimos só justifica em hipóteses excepcionais, quando não houver uma estrutura que assegure um poder de barganha minimamente razoável para fazer frente às OPSs.
359. É justamente por isso que as entidades representativas de médicos não poderão elaborar tabelas de preços que extrapolem os honorários médicos e possam ser utilizadas por outros agentes econômicos. Em última análise, haveria o estímulo à formação de um cartel. Com efeito, clínicas, hospitais e laboratórios sequer teriam de combinar preços, pois a tabela desempenharia essa função, abrindo margem para sérios efeitos anticoncorrenciais.
360. Com isso, obviamente, não se pretende dizer que as tabelas deverão ficar restritas ao valor das consultas. Há diversos procedimentos, notadamente exames, cirurgias e tratamentos, em que a participação do médico é indispensável. Ocorre



que, em regra, o custo dos referidos procedimentos está associado não apenas ao trabalho desempenhado pelo médico, mas também à infraestrutura necessária para sua realização. Assim, eventual fixação de valores, para que não seja considerada abusiva, deve ficar restrita à parcela correspondente à remuneração dos médicos.

361. Ao analisar a CBHPM e LPM/96, contudo, observa-se que essas premissas não estão presentes.
362. Com efeito, a CBHPM, além dos portes, também estipula uma unidade de custo operacional (UCO) para os serviços de terapia e diagnóstico – SDAT, cujo valor é definido nos comunicados oficiais. A UCO, conforme comunicados da Comissão Nacional de Honorários Médicos, considera a “depreciação de equipamentos, a manutenção, mobiliário, aluguéis, folha pagamento, etc”. A referida unidade deixa claro que a tabela não se aplica unicamente aos honorários dos médicos. Ao contrário, a análise da lista demonstra que há diversos procedimentos afeitos a hospitais, clínicas e laboratórios.
363. Na seção “Terapia e Serviços de Diagnóstico”, da CBHPM, por exemplo, há um capítulo dedicado unicamente à medicina laboratorial e transfusional. Na primeira, estão incluídos todos os exames que, tradicionalmente, são realizados em laboratórios. A cada um deles é atribuído um porte e uma UCO. No que se refere à transfusão, a lista chega a valorar “o material descartável (*kit*) e soluções para utilização em processos de transfusão automática de sangue”, “unidade de concentrado de hemácias”, “unidade de concentrado de plaquetas”, que nada têm a ver com os honorários médicos.
364. A tabela abaixo exemplifica diversos procedimentos previstos na CBHPM, que não têm relação com a remuneração dos honorários médicos:



Procedimentos clínicos/hospitalares			
Código	Procedimento	Porte	Custo Operacional
2.01.02.01-1	Holter de 24 horas - 2 ou mais canais – analógico	2A	8,100
2.01.02.02-0	Holter de 24 horas - 3 canais – digital	2A	12,000
2.01.02.06-2	Monitor de eventos sintomáticos por 15 a 30 dias (LOOPER)	2A	30,000
2.01.02.03-8	Monitorização ambulatorial da pressão arterial - MAPA (24 horas)	2A	12,000
2.01.02.07-0	Tilt teste	2A	12,000
2.01.03.15-8	Confecção de órteses em material termo-sensível (por unidade)	1B	0,420
2.01.03.16-6	Confecção de prótese imediata	1C	6,300
2.01.03.17-4	Confecção de prótese provisória	1B	5,500

365. O mesmo se diga da tabela LMP 1996, elaborada pela AMB e exigida pela SBOT-MS antes do lançamento da CBHPM. Dela, também constam diversos



exames laboratoriais e outros procedimentos hospitalares que extrapolam os honorários médicos.

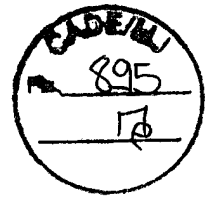
366. Além disso, é importante destacar que alguns procedimentos mencionados na CBHPM não se destinam à negociação com planos de saúde, como o exame de aptidão física e mental para a renovação da CNH, assim como a possibilidade de controle *antidoping* dentro e fora de competições esportivas. Ora, tratando-se de negociações realizadas sem a presença das OPSs no polo oposto, não há que se falar em poder compensatório, por não haver disparidade no poder de barganha dos contratantes.
367. Assim, não há como afastar a infração à ordem econômica em razão da tentativa de implantação da CBHPM, no que se refere aos procedimentos desempenhados no mercado de SADT e àqueles não cobertos por operadoras de planos de saúde, pois, nestas hipóteses, estão ausentes os pressupostos excepcionais que justificam a aplicação do poder compensatório.

VI.6.2. Dos movimentos de paralisação em massa

368. Para a SG, os chamados “boicotes” não podem ser admitidos, pois são altamente condenados na esfera do direito da concorrência, quer pelo prejuízo incontornável causado aos consumidores, quer porque não deixam qualquer alternativa aos tomadores de serviços, forçando-lhe a acatar preços e determinações até mesmo abusivas.
369. Todavia, ao contrário do que defende a SG, entendo que os descredenciamentos em massa não são, em princípio, abusivos. A possibilidade de atuação coletiva e concertada dos médicos para pressionar as operadoras de planos de saúde a reajustar os valores pagos constitui o núcleo do poder compensatório.
370. Com efeito, não faria sentido admitir a referida excludente de ilicitude, e, ao mesmo tempo, destituí-la de qualquer eficácia. A se entender, de plano, que os movimentos coletivos e as ameaças de descredenciamento em massa configuram infrações à ordem econômica, em última análise, se estaria negando a própria tese do poder compensatório.



371. Nos processos administrativos relativos à matéria julgados pelo CADE, é comum argumentar, porém, que o rompimento de contratos e a cessação da prestação de serviços apenas podem ser considerados lícitos quando expressem a vontade individual do profissional, de forma que quando a decisão parte de uma atitude concertada pelas entidades representativas dos médicos, a violação à ordem econômica é inafastável.
372. A conclusão, contudo, não se coaduna com a assimetria de poder amplamente demonstrada no voto. A cessação da prestação de serviços pelos médicos individualmente imputaria todo o ônus ao médico, acentuando o desequilíbrio nesse mercado. A própria SG, aliás, reconhece que o “descontentamento do profissional quanto ao conteúdo de quaisquer das cláusulas determinadas pelas operadoras acarreta, assim, a substituição do médico por qualquer especialista, salvo os casos excepcionais dos profissionais com grande reconhecimento técnico”.
373. Não se quer, com isso, afirmar que boicotes e paralisações sejam sempre uma alternativa legítima no âmbito do exercício do poder compensatório. Até por envolver terceiros, não podem os contratantes se utilizar de prerrogativas que não sejam necessárias, adequadas e proporcionais, sob pena de causarem danos injustificados aos usuários. A moderna principiologia contratual, lastreada na boa-fé objetiva e na função social dos contratos, igualmente impõe coerência e moderação aos contratantes em todos os âmbitos de ação.
374. O reconhecimento dessas cláusulas gerais, contudo, não significa que a alternativa extrema do boicote ou da paralisação não seja legítima, sobretudo diante de fatos que demonstrem a intransigência das OPSs. Já se viu, aliás, que o fato de os contratos terem função social não significa que se resumam a ela. Diante da autonomia privada, é necessário conciliar as dimensões individual e funcional, de forma que, eventuais boicotes, mesmo trazendo prejuízos ao consumidor, poderão ser considerados lícitos, desde que respeitados determinados limites.
375. Assim, a meu ver, o grande problema dos chamados “boicotes” não está propriamente na recusa, em massa, de negociar, mas sim (i) na razoabilidade da adoção dessa alternativa – o que apenas poderá ser observado no contexto da



negociação analisada, bem como (ii) na razoabilidade das medidas para assegurar a sua eficácia. No que diz respeito ao segundo aspecto, é fato notório e já discutido em inúmeros processos que hoje tramitam no CADE que, muitas vezes, os conselhos profissionais e entidades de classe coagem os médicos a suspenderem os atendimentos, o que certamente torna as paralisações coletivas ilícitas.

376. Se a paralisação, todavia, é proporcional diante da manifesta recusa à justa negociação por parte das OPSs e se ausente o instrumento coercitivo já descrito, está-se diante de hipótese em que mesmo a paralisação pode ser vista como razoável, sendo a única medida possível diante da intransigência das OPSs
377. Dessa maneira, é imprescindível investigar a forma como os referidos credenciamentos vêm sendo realizados, para determinar se a conduta das representadas foi ou não ilícita.
378. Ao analisar as negociações realizadas com o CIEFAS observa-se, em primeiro lugar, que as paralisações não foram o resultado da intransigência das entidades médicas e de sua recusa em negociar com o Comitê. Com efeito, os documentos juntados aos autos demonstram que as reivindicações das entidades médicas foram encaminhadas ao CIEFAS em janeiro de 2003 e a decisão de paralisar os atendimentos só ocorreu em 16 de maio de 2005, como descreve a própria UNIDAS no comunicado encaminhado ao Ministério Público (fl. 87-88).
379. A afirmação é corroborada pelo documento remetido à SBOT nacional pela SBOT-MS, em que a regional relata todo o processo de negociação realizado com as OPSs durante o ano de 2003. De acordo com o referido documento, as primeiras cartas relativas aos honorários médicos foram enviadas aos convênios em 27.01.2003. (fl. 138).
380. O lapso temporal, senão permite concluir, pelo menos sugere a abertura da SBOT-MS para negociar, antes de deflagrar os boicotes.
381. De fato, observa-se que, mesmo tratando-se de valores razoáveis, a SBOT-MS não se comportou de forma intransigente. Conforme se depreende da ata da segunda reunião realizada no Ministério Público, com o fim de chegar a um acordo com a UNIDAS, a SBOT-MS abriu mão do reajuste de 83% inicialmente



- pretendido, e aceitou a implantação da tabela LMP 1996 com um reajuste de 30%, o que, segundo a representada, equivaleria a um incremento de 55% sobre o valor dos procedimentos e consultas, índice inferior ao IGPM acumulado no período.
382. A UNIDAS, todavia, mesmo diante da patente defasagem nos valores pagos, recusou-se a aceitar as referidas reivindicações e propôs implementar um reajuste de 14,28% sobre o valor das consultas e a implantar a tabela 1996 da AMB, com um incremento de 5%, nos moldes sugeridos pelo MP.
383. Registre-se, contudo, que o próprio MP, ao propor o referido valor, fez questão de salientar que os preços deveriam ser revistos no prazo de seis meses, período em que deveriam ser realizadas novas negociações “para discussão e escalonamento dos **percentuais de correção previstos**”. (grifo nosso). No que se refere às consultas, a UNIDAS não chegou sequer a atender a sugestão do Ministério Público. Com efeito, enquanto a Promotoria recomendou um reajuste imediato de 20%, a UNIDAS manteve a proposta inicial de aumentar apenas 14, 28%, valor inferior àquele previsto na tabela da AMB de 1996.
384. Aliás, a falta de disposição para negociar das operadoras de saúde também se infere do ofício 028/03 encaminhado pela SBOT-MS em 20 de março de 2003. Nos termos do referido documento, a UNIDAS teria permanecido inerte diante dos pedidos de reunião da SBOT-MS, como se extrai do seguinte trecho:
- “Conforme contatos mantidos anteriormente, requerendo o agendamento de reunião que até agora não ocorreu, na defesa dos interesses legítimos dos médicos ortopedistas e traumatologistas, serve a presente para requerer um reajuste nos valores que vêm sendo pagos aos médicos dessa especialidade”. (fl. 82).
385. Importante notar, ainda, que os atendimentos de emergência e urgência foram mantidos. No informativo acostado à fl. 112, enviado aos ortopedistas pela SBOT-MS, é recomendado aos médicos que deixem de prestar serviço a diversas operadoras de saúde, ressaltando, contudo, expressamente “as hipóteses de urgência e emergência”.
386. No caso em análise, todavia, mesmo considerando os elementos apontados acima, não seria possível concluir pela ausência de abusividade nos boicotes. Isso porque



o segundo requisito, relativo à razoabilidade na utilização de medidas para assegurar a eficácia dos movimentos de paralisação, não está presente na hipótese.

387. De fato, há diversas provas nos autos de que os médicos estavam sendo ameaçados com a instauração de processos ético-disciplinares, caso descumprissem as deliberações e/ou cobrassem valores inferiores à CBHPM.
388. Na “Carta Aberta aos Ortopedistas do Brasil”, o Conselho Nacional de Defesa Profissional da SBOT, formado por representantes de todas as regionais, inclusive do Mato Grosso do Sul, adverte expressamente que a cobrança de valor em desacordo com o previsto na CBHPM constitui infração ética, passível de denúncia pelo CRM, como revela o trecho a seguir:

“O Conselho Nacional de Defesa Profissional da SBOT alerta os Ortopedistas que os médicos que adotarem contratos com remuneração abaixo da CBHPM são passíveis de denúncia de acordo com os artigos 77 e 78 do Código de Ética Médica” (fl. 104).

389. Outra prova da coação dos médicos é o comunicado encaminhado pela SBOT-MS em fevereiro de 2004, em que a associação proíbe os médicos de atenderem determinadas OPSs, sob pena de infração de natureza ética. No documento, a SBOT-MS solicita também que os médicos denunciem os dissidentes, nos termos a seguir:

“Prezado Doutor,
Conforme é sabido por V. S^a, a SBOT (entidade representante dos ortopedistas de MS) está promovendo um movimento em defesa da dignidade da profissão, em busca da remuneração justa, adequada e compatível com o código de ética Médica para todos os Ortopedistas deste Estado. (...)

Feitas essas considerações, vimos através da presente notificá-lo para que não preste mais serviço médico aos usuários dos convênios UNIDAS/CIEFAS e CASSEMS, IMPGC, ASSEFAZ, GEAP, FUND, ENERSUL, PAMS CEF, EMBRATEL, ECT-CORREIOS, CASSI, EMBRAPA, CAPESAÚDE, FASSINCRA, FUNSERV, ou em qualquer outro estabelecimento (exceto nas hipóteses de emergência ou urgência), sob pena de cometimento das infrações de natureza ética constantes do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1246/98), conforme dispositivos abaixo (...)

Caso se continue a atender por meio destes convênios, solicitamos que seja encaminhada (sic) a Diretoria da SBOT qualquer denúncia de colegas da capital ou do interior.

Atenciosamente,

Dr. Cláudio Wanderley L. Saab”. (grifos nossos, fl. 112).



390. Ao descrever a elevada adesão ao movimento, o representante da SBOT-MS no Conselho Nacional de Defesa Profissional, Marcos Henrique Marini, explicou que todos os ortopedistas haviam aderido aos descredenciamentos em Campo Grande e que aqueles que tentaram “furar” o movimento teriam desistido, depois de terem sido ameaçados com a apresentação de denúncias à SBOT ou ao CRM. Nas palavras do Sr. Marcos Henrique Marini, divulgadas no jornal da SBOT em janeiro de 2004 (fl. 109):

“Mato Grosso do Sul - Temos cerca de 80 ortopedistas em Campo Grande e todos aderiram. Alguns poucos tentaram furar o movimento, mas recuaram depois que ameaçamos denunciá-los à SBOT e ao CRM. (Marcos Henrique Marini)”.

391. Aliás, a constatação de que a cobrança de valores inferiores à CBHPM vinha justificando a instauração de sindicâncias e processos ético-disciplinares torna-se incontestável quando se observa o teor do Ofício nº 124/2004 do Conselho Federal de Medicina. No referido documento, o CFM, temeroso do resultado das ações judiciais propostas contra o movimento de implantação da CBPHM, solicita que os presidentes dos Conselhos Regionais de Medicina “sobrestem todos os feitos (sindicâncias e processos ético-profissionais que tenham como objeto a apuração de ilícitos éticos ligados à não observância da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – Resolução nº 1.673/003.”.
392. Ademais, há pelo menos três dispositivos no Código de Ética Médica – arts. 15, 77 e 142 – que fundamentavam a instauração de procedimentos administrativos contra médicos que aceitassem remuneração inferior à estipulada na CBHPM ou descumprissem as decisões das entidades médicas representativas da categoria. Vale reproduzir os artigos:

“Artigo 15 – Deve o médico ser solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração condignas, seja por condições de trabalho compatíveis com o exercício ético profissional e seu aprimoramento técnico.”

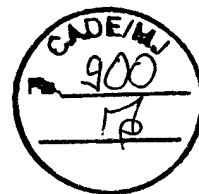
“Artigo 77 – É vedado ao médico: (...) Assumir emprego, cargo ou função sucedendo a médico demitido ou afastado em represália a atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria.”

“Artigo 142 – O médico está obrigado a acatar a respeitados os Acórdãos e Resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina”.



393. Em Mato Grosso do Sul, o Conselho Regional de Medicina chegou a editar uma Resolução, estipulando que a cobrança de valores em desconformidade com a CBHPM constituía infração ético-disciplinar. A Resolução n. 02/2004, contudo, foi declarada nula por sentença proferida na Ação Civil Pública nº 2004.60.00.006852-9⁷².
394. Cumpre ressaltar também que os movimentos de boicote vinham sendo implementados por hospitais e clínicas. No ofício SBOT-MS 048/03, por exemplo, acostado à fl. 85, a associação adverte a UNIDAS de que, caso não haja acordo as “Clínicas de Ortopedia tomarão todas as medidas necessárias para o descredenciamento dos convênios”. No mês seguinte, em novo ofício, de 6 de junho de 2003 (fl. 86), a SBOT-MS comunica que as “clínicas de Ortopedia deixarão de prestar serviços médicos aos convênios vinculados à UNIDAS”.
395. Mais claro ainda é o comunicado datado de 10 de outubro de 2003, em que a SBOT-MS afirma que o “atendimento pessoa jurídica” seria paralisado a partir do dia 2 de dezembro de 2003.
396. Prova inequívoca de que, de fato, os descredenciamentos em massa vinham sendo adotados por agentes empresariais é a carta do Hospital Adventista Pênfigo, em que o hospital informa aos convênios a decisão de suspender o credenciamento a partir do dia 2 de dezembro, anexando o comunicado da SBOT-MS descrito acima.
397. Assim, é forçoso reconhecer que, no caso sob análise, os movimentos de paralisação em massa promovidos pela representada não estão amparados pelo exercício lícito do poder compensatório. Com efeito, para afastar a abusividade era necessário que as entidades médicas não tivessem se valido de nenhum instrumento de coação, intimidação ou qualquer outra forma de admoestação dos médicos, limitando a convencer a categoria médica da importância da adesão voluntária ao movimento para que ele fosse bem sucedido.
398. Isso porque a referida excludente deve ser admitida para assegurar maior poder de barganha aos médicos, de forma a garantir maior simetria na relação entre prestadores e operadoras de saúde. Entretanto, a possibilidade de utilização de

⁷² Em 2009, foi interposto recurso de apelação da decisão que declarou a nulidade das Resoluções CFM nº 1.673/2003 e CRM-MS nº 02/2004. O recurso encontra-se ainda pendente de julgamento no Tribunal Regional Federal da 3ª Região



instrumentos de coerção para forçar médicos e, mais grave ainda, outros prestadores de serviços a aderirem ao movimento de implementação da tabela extrapola os limites do adequado, justificado e proporcional, configurando infração à ordem econômica.

399. Ora, não se pode impor à parte mais fraca a solução viabilizada pelo exercício do poder compensatório. Trata-se de uma opção de proteção que, como diz o próprio nome, deve estar sujeita à livre escolha por parte do beneficiado, não podendo lhe ser exigida de forma compulsória, ainda mais sob a ameaça de sanções disciplinares. Ademais, em se tratando de sociedades e/ou cooperativas cuja organização já assegura poder de mercado minimamente razoável, a coordenação de movimentos de boicotes a serem implementados por esses agentes é inequivocamente ilícita.

VI.7. Conduta do presidente da SBOT-MS

400. A ata da assembleia geral realizada pela SBOT-MS acostada à fl. 77-78 atesta que o Sr. Cláudio Wanderley Saab era o presidente da associação quando da prática dos atos ora analisados.
401. De fato, ao se analisar o conjunto probatório dos autos, verifica-se que todas as notas e ofícios encaminhados pela SBOT-MS eram assinados pelo representado. Daí sua inclusão no polo passivo.
402. Como mencionado anteriormente, o fato de não ter praticado “ato próprio”, ao contrário do que alega o representado não seria suficiente para afastar sua legitimidade passiva. Isso porque, em regra, os administradores estão sujeitos a um regime de responsabilidade pessoal, que lhes impõe deveres de diligência e lealdade no exercício da gestão. Não é sem razão que a Lei 8.884/94 prevê expressamente a responsabilidade individual dos administradores de pessoas jurídicas responsáveis direta ou indiretamente pela prática de infração à ordem econômica, nos termos do art. 16 e do art. 23, II, da Lei 8.884/94.
403. No caso em análise, contudo, entendo que essa constatação não seria suficiente para determinar a condenação do representado. Com efeito, ao se analisar os processos administrativos instaurados pelo CADE em razão da imposição da

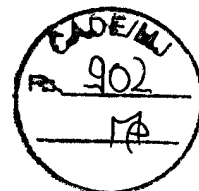


Classificação Brasileira de Honorários Médicos, observa-se que, em regra, os presidentes das pessoas jurídicas representadas não foram incluídos no polo passivo. Exemplificativamente, é possível citar os seguintes processos administrativos: (i) PA nº 08012.004020/2004-64, (ii) PA nº 08012.002866/2011-99, (iii) PA nº 08012.008477/2004-48, (iv) PA nº 08012.005374/2002-64, (v) PA nº 08012.001790-2004-55, (vi) PA nº 08012.005135/2005-57, (vii) PA nº 08012.007833/2006-70, (viii) PA nº 08012.002985/2004-12, (ix) PA nº 08012.005101/2004-81, (x) PA nº 08012.003568/2005-78, etc.

404. Levando em consideração que a conduta do representado Cláudio Wanderley Saab em nada se diferencia dos atos praticados pelos presidentes das pessoas jurídicas representadas nos processos mencionados acima meu ver, sua condenação representaria uma grave violação à isonomia, motivo pelo qual entendo que deverá haver o arquivamento do processo em relação a esse representado.
405. Aliás, no próprio processo administrativo sob análise, verifica-se que o presidente da UNIDAS também não foi incluído no polo passivo, deixando ainda mais evidente a ausência de isonomia.
406. Tal constatação é especialmente relevante em se tratando de pessoa física, cujos desdobramentos da pena devem ser analisados com maior cuidado e rigor pela autoridade antitruste.

VI.7.1. Conduta da UNIDAS

407. A instrução realizada pela SDE não deixa dúvidas de que a UNIDAS negociava coletivamente o valor dos honorários médicos em nome de suas filiadas. Com efeito, todos os documentos mencionados anteriormente no voto atestam que o processo negociado foi integralmente realizado com a intermediação da UNIDAS.
408. Como prova, é possível citar o ofício UNIDAS/SUP/MS/036/2003 de 14 de abril de 2003, em que a representada oferece contraproposta à reivindicação dos médicos, deixando claro seu papel na negociação dos valores pagos pelas OPSs. (fl. 84). Ademais, no ofício acostado à fl. 85, de 16 de maio de 2003, a SBOT-MS afirma expressamente que as OPSs adotavam tabela de preços elaborada pelo CIEFAS, a tabela CIEFAS 2000.



409. A participação da UNIDAS nos fatos ora investigados se extrai, ainda, da ata da reunião realizada no Ministério Público no dia 05 de agosto de 2003, em que a associação, representada pelo Sr. Célio, esclarece que, “em assembleia, suas filiadas aceitaram manter a proposta de equiparação à tabela 96 mais 5% de reajuste para os honorários médicos, excluídas a consultas (...)”. (fl. 92).
410. Não bastasse isso, em sua defesa, a própria representada reconhece a prática:
- “Os parâmetros referenciais, livremente negociados, servem apenas como um farol, um critério, uma referência que as autogestões poderão se pautar nas suas negociações, porém sem qualquer força vinculativa, pois os contratos são celebrados de forma individualizada, como já mencionado, tendo as autogestões total liberdade para estabelecer as suas negociações dentro de seus interesses e condições”. (fl. 459).
411. Em relação à conduta da UNIDAS, obviamente, não se aproveitam nenhuma das ressalvas relativas ao poder compensatório aplicadas às entidades médicas. Na verdade, a UNIDAS é a detentora do poder de mercado original, não havendo que se falar em excludente de ilicitude no caso da conduta praticada por ela.
412. O fato de os valores negociados não serem vinculantes para suas filiadas e de a tabela ser meramente sugestiva não afasta a conclusão.
413. Com efeito, salvo em casos excepcionais, a ingerência por parte das entidades de classe na atividade dos seus associados, por não propiciar que os agentes econômicos negociem livremente os valores dos bens e serviços contratados, representa, como regra, uma incontestável afronta aos princípios estruturantes da ordem econômica competitiva.
414. No Processo Administrativo n. 08012.006923/2002-18⁷³, já mencionado no voto, o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo apontou que a sugestão de preços e de práticas uniformes é capaz de afetar a livre determinação de preços, de forma que a conduta deve estar sujeita a “**um regime razoavelmente rígido de presunção de ilegalidade**” (grifo nosso). Isso porque a referida conduta dificilmente terá outro propósito que não a restrição da concorrência.
415. Trata-se, portanto, de conduta ilícita pelo objeto, bastando para a configuração da infração a divulgação de preços, sendo desnecessário investigar seus efeitos,

⁷³ Voto-Vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no PA n.º 08012.006923/2002-18, julgado em 20 de fevereiro de 2013.

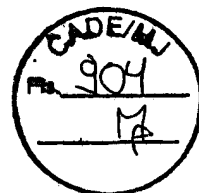


mesmo que potenciais, salvo se os representados trouxerem elementos que, afastando a presunção relativa de ilegalidade da conduta, possam apontar benefícios racionais e legítimos para a adoção do referido comportamento.

416. Todavia, os representados não afastaram a referida presunção de ilegalidade, já que não se desincumbiram do ônus de demonstrar que sua conduta poderia ter outra justificativa razoável que não a pretensão de uniformizar preços e práticas comerciais.
417. Acresce que o poder de mercado relacionado a condutas de fixação conjunta de preços ou de influência sobre preços decorre da própria materialidade da conduta, como vem decidindo o CADE.
418. Ademais, arquivar o processo em relação à UNIDAS, além de não encontrar amparo na jurisprudência do CADE, poderia ter consequências particularmente graves para a livre concorrência. Como exaustivamente demonstrado no voto, a interferência da autoridade antitruste no poder compensatório, deixando incólume o poder de mercado original, acentua as distorções no mercado e pode trazer sérios prejuízos para o funcionamento da economia.
419. Daí o incontestável equívoco, da conclusão dos pareceres técnicos, que condenou a entidade médica representada e arquivou o processo em relação à UNIDAS. A referida conclusão, aliás, se enquadra perfeitamente na crítica de Galbraith, já descrita no voto, de que tem havido uma discriminação favorável ao poder de mercado original e hostil ao poder compensatório.
420. Assim, tratando-se de uma conduta ilícita por objeto e não havendo nenhuma justificativa razoável e legítima para sua prática, é forçoso reconhecer que a UNIDAS praticou infração à ordem econômica, prevista no art. 20, I c/c 21, II, da Lei 8.884/94.

VII. DOSIMETRIA

421. Como demonstrado anteriormente, a conduta SBOT-MS tem a capacidade de influenciar a adoção de comportamento uniforme não só pelos médicos, como também por clínicas, hospitais e outros prestadores de serviços de apoio, influenciando a ação privada destes com as OPS. Ademais, a associação participou de movimento caracterizado pela coação aos médicos para adotar a



CBHPM, ameaçando-os com a imposição de sanções ético-disciplinares. Diante disso, é forçoso reconhecer que a conduta praticada pela SBOT-MS, ao menos, em parte, configura infração à ordem econômica. No que se refere à UNIDAS, como ficou amplamente demonstrado, a referida entidade negociava coletivamente os valores dos honorários médicos em nome de suas filiadas, infringindo o art. 20, I c/c art. 21, IV, da Lei 8.884/94.

422. Quanto à dosimetria da pena, decidiu esse Conselho, no julgamento do Processo Administrativo n. 08012.009834/2006-57, que é aplicável a Lei n. 12.529/11 quando ela se mostrar mais favorável aos representados em processos pendentes de julgamento, relativos a condutas ocorridas sob a vigência da Lei n. 8.884/94.
423. No referido processo, notei que o cotejo entre a Lei n. 8.884/94 e a Lei n. 12.529/11 permite presumir que “os parâmetros estabelecidos na Lei 12.529/11 para condenação de associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial não são mais benéficos que os anteriormente previstos na Lei 8.884/94 e, por isso, não há que se cogitar da sua aplicação.”
424. Ainda no que toca à quantificação da pena, venho ressaltando em meus votos a dificuldade de se estabelecer parâmetros objetivos para a fixação da penalidade em casos de infrações cometidas por entidades de classe. Nota-se, todavia, em relação aos casos mais antigos, maior rigor nas penas aplicadas pelo Tribunal, o que se justifica em razão da necessidade de se evitar a atuação anticoncorrencial por parte dessas entidades, como, corriqueiramente, vem se observando na experiência do CADE.
425. De forma geral, verifica-se que, nos casos mais graves, como os de cartéis *hardcore*, a multa aplicada às associações de classe tem sido fixada pelo CADE em montantes de aproximadamente 300.000 (trezentos mil) UFIRs. Já os casos de tabelamento de preço têm sido apenados com multa pecuniária que varia de 100.000 (cem mil) UFIRs a 120.000 (cento e vinte mil) UFIRs, a depender da análise dos elementos previstos no art. 27 da Lei 8.884/94 (correspondente ao art. 45 da Lei 12.529/2011).
426. Todavia, parte das condutas imputadas à SBOT-MS, como a negociação coletiva dos honorários médicos, estava legitimamente amparada pelo poder



compensatório, constatação que deverá ser considerada no cálculo da multa aplicada.

427. Feitas essas considerações, passo a analisar os elementos previstos no art. 45 da Lei 12.529/2011 para aplicação das penas.

Gravidade da infração

428. O conjunto probatório demonstra que os atos das representadas voltaram-se a influenciar a adoção de conduta comercial uniforme, prática, normalmente, considerada grave. Não se pode desconsiderar, todavia, que parte da conduta imputada à SBOT-MS – no que diz respeito ao exercício do poder compensatório para a defesa dos interesses dos médicos pessoas naturais e/ou, excepcionalmente, pequenas sociedades médicas– é legítima e está amparada por excludente de ilicitude, constatação que deverá incidir no cálculo da multa.
429. No que se refere à UNIDAS, a gravidade da conduta é mais acentuada, por não estar amparada, nem mesmo parcialmente, pelo poder compensatório.

Boa-fé do infrator

430. No que diz respeito aos atos ilícitos ora apontados, não há que se falar em boa-fé da SBOT-MS, especialmente diante da existência de inúmeras decisões no CADE que deixam clara a ilicitude da ameaça de imposição de sanções ético-disciplinares por associações como forma de pressão para a adoção de conduta uniforme.
431. O mesmo raciocínio se aplica à UNIDAS. Quando da prática da conduta, o próprio CIEFAS já havia sido condenado pela prática influência de conduta uniforme e pela elaboração de tabelas de preços.

A vantagem auferida ou pretendida pelo infrator

432. Não foi possível verificar as vantagens auferidas no presente caso.

A consumação ou não da infração:

433. Do ponto de vista das entidades médicas, a infração investigada foi consumada pela simples negociação coletiva que extrapolou os limites do poder



compensatório e pela ameaça da imposição de sanções ético-disciplinares para coagir os médicos a aderirem ao movimento.

434. Em relação ao CIEFAS, a conduta consumou-se pela intermediação das negociações em nomes das OPSs e pela elaboração e divulgação da Tabela CIEFAS.

Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros:

435. No que diz respeito à SBOT-MS, o grau de lesão deve ser considerado alto, seja em razão da tentativa de negociar coletivamente vários aspectos que não dizem respeito aos honorários médicos, seja em razão da existência de sanções ético-disciplinares, que impediam que os médicos pudessem fixar livremente os preços com as OPSs, caso assim desejassem.
436. Em relação ao CIEFAS, o grau de lesão também deve ser considerado elevado, por ter impedido a livre negociação dos honorários médicos pelas operadoras de saúde e por terem exercido abusivamente seu poder de mercado contra as entidades médicas.

Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado:

437. Não foi possível aferir pelas provas constantes dos autos.

Situação econômica do infrator:

438. De acordo com documentos constantes dos autos, é possível verificar que SBOT-MS congregava um elevado número de médicos ortopedistas e traumatologias, critério que deverá ser considerado quando da aplicação da pena.
439. Já a UNIDAS possui atuação em todo o território nacional, congrega mais de 140 operadoras de saúde e detém um número bastante elevado de beneficiários, se revestindo, portanto, de porte avantajado.

Reincidência

440. Não há reincidência por parte da SBOT-MS.



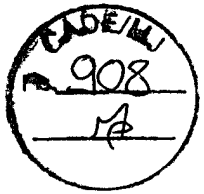
441. Em relação à UNIDAS, contudo, observa-se que o CIEFAS já fora condenado no PA 08000.020425/1996-71, julgado em 10 de outubro de 2001, pela influência de conduta uniforme, nos termos do art. 20, I e IV c/c art. 21, inciso II, da Lei 8.884/94, de forma que a multa deverá ser majorada em razão da reincidência. Recorde-se que a conduta sob exame ocorreu entre 2003 e 2004, antes, portanto, de transcorridos cinco anos da decisão mencionada.

Conclusão sobre a dosimetria

442. Diante dos critérios mencionados acima, **imponho multa no valor de 60.000 (sessenta mil) UFIRs à SBOT-MS.**
443. Em relação à UNIDAS, **ante a reincidência, fixo multa de 200.000 (duzentas mil) UFIRs**, já considerando que o valor final corresponde ao dobro da multa que entendo adequada para o caso (100.000 UFIRs).

VIII. CONCLUSÃO

444. Ante o exposto, voto pela condenação da SBOT-MS e da UNIDAS pela prática de infração à ordem econômica prevista no art. 20, inc. I c/c art. 21, inc. II da Lei n. 8.884/94. Determino, contudo, o arquivamento do processo em relação ao presidente da SBOT-MS, Cláudio Wanderley Saab.
445. Destaco, todavia, que a negociação coletiva pela SBOT-MS no que se refere exclusivamente aos honorários relativos a serviços prestados pelos médicos está acobertada pela excludente de ilicitude, relativa ao exercício do poder compensatório, de forma que, nessa parte, entendo que não houve prática de infração à ordem econômica.
446. Assim, nos termos do art. 23, inc. III da Lei 8.884/94 imponho à UNIDAS e à SBOT-MS, pela prática das condutas não amparadas pelo poder compensatório, o pagamento de multas nos valores discriminados no Anexo I deste voto.
447. As multas impostas deverão ser pagas no prazo de 30 (trinta) dias da publicação da decisão.
448. Adicionalmente, determino, com base no art. 24 da Lei 8.884/94, que a UNIDAS:
- Abstenha-se de negociar coletivamente honorários médicos em nome de suas filiadas e/ou de elaborar, divulgar e/ou negociar quaisquer tabelas



sugestivas de preço, entre filiadas ou não, bem como de praticar qualquer outra conduta que implique o controle da livre formação dos preços ou que resulte na uniformização de práticas comerciais.

- b. Disponibilize síntese desta decisão em seu sítio eletrônico.
- c. Divulgue a suas filiadas seu teor, por qualquer meio a sua escolha, comprovando seu cumprimento perante o CADE no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação da decisão.

449. Em relação à SBOT-MS, além da multa pecuniária discriminada no anexo I, determino que:

- a. Abstenha-se de instaurar regulamentos sindicâncias e processos administrativos disciplinares ou de utilizar-se de qualquer outro expediente para punir, ameaçar, coagir, ou retaliar os médicos que deixem de adotar as deliberações das entidades médicas representadas relativas a honorários médicos.
- b. Abstenha-se de promover negociações coletivas que tenham por objeto reivindicações que não estejam exclusivamente relacionadas à remuneração dos médicos pelo valor do seu trabalho.
- c. Disponibilize síntese desta decisão em seu sítio eletrônico.
- d. Divulgue aos seus filiados seu teor, por qualquer meio a sua escolha, comprovando seu cumprimento perante o CADE no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação da decisão.

É o voto.

Brasília, 29 de outubro de 2014.


ANA FRAZÃO

Conselheira Relatora



ANEXO I - MULTAS IMPOSTAS

Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia – MS	
Condenação em Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	60.000 (sessenta mil)
Valor da Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	1,0641
Valor da condenação	R\$ 63.846,00

União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde	
Condenação em Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	200.000 (duzentos mil)
Valor da Unidades Fiscais de Referência (UFIR)	1,0641
Valor da condenação	R\$ 212.820,00