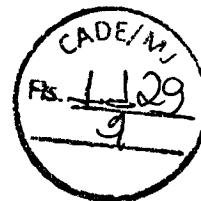




MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE
Gabinete da Conselheira Ana Frazão



Processo Administrativo nº 08012.002866/2011-99

Representante: SDE *ex officio*

Representados: Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira e Federação Nacional dos Médicos.

Advogados: Giselle Crosara Lettieri, Ana Luiza Brochado Saraiva Martins Porto, Emiliana Forte Souza, Kellyane Notine Peixoto, Rosimari Aparecida Elias Camargo, Roberto Augusto de Carvalho Campos, Lucas de Assis Loesch, Ulisses Riedel de Resende, Marcos Luis Borges de Resende, Antonio Alves Filho, Marco Antonio Bilibio Carvalho, Patrícia de Andrade Sá, Luiz Felipe Buaiz de Andrade.

Relatora: Conselheira **Ana Frazão**

EMENTA: Mercado de saúde suplementar. Imposição de tabela de preços mínimos. CBPHM. Movimentos de boicote caracterizados pela ameaça de sanções ético-disciplinares. Pareceres da Superintendência-Geral, da ProCADE e do MPF pela condenação dos representados. Reconhecimento de exercício regular de poder compensatório em relação a parte das condutas imputadas aos representados. 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 Direito Econômico em 06 de maio de 2011 contra o Conselho Federal de Medicina-CFM, a Associação Médica Brasileira - AMB e a Federação Nacional dos Médicos - FENAM, para apurar suposta prática de infração à ordem econômica, prevista no art. 20, incisos I, II e IV c/c art. 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/94.
2. A instauração do processo ocorreu em razão de denúncia anônima encaminhada ao SBDC no dia 17 de março de 2011, informando que a Associação Paulista Médica de Indaiatuba – APM Indaiatuba estaria fixando o valor dos honorários médicos pagos pelas operadoras de planos de saúde - OPSs e promovendo movimentos de paralisação aos atendimentos de OPSs que não aceitassem os valores estipulados por ela. Ademais, os médicos estariam sendo coagidos a agir em conformidade com as deliberações da entidade, sob pena de abertura de processos ético-disciplinares no Conselho Regional de Medicina de São Paulo.
3. Acompanharam a denúncia diversos documentos extraídos da página eletrônica da APM Indaiatuba, comunicando os médicos sobre o andamento das negociações com as operadoras de saúde, esclarecendo as reivindicações da categoria e listando as OPSs cujos atendimentos estavam suspensos.
4. Às fls. 40-191, foram acostados documentos, notícias e relatórios retirados das páginas eletrônicas do Conselho Federal de Medicina, da Associação Médica Brasileira e da Federação Nacional dos Médicos, assim como de diversos Conselhos e entidades médicas regionais.
5. Em 06 de maio de 2011, a SDE decidiu instaurar processo administrativo contra o CFM, a AMB e a FENAM. Em que pese a denúncia anônima que motivou o início das investigações pela autoridade antitruste restringir-se exclusivamente a supostas condutas anticompetitivas praticadas na cidade de Indaiatuba, a SDE entendeu que o material acostado aos autos aponta no sentido de que o movimento organizado pela APM Indaiatuba, para pressionar as operadoras de planos de saúde, faz parte de um movimento médico bem mais amplo, coordenado pelas entidades médicas nacionais que, através de diversos

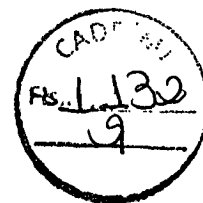


mecanismos, visavam a impulsionar o aumento da remuneração dos prestadores de serviços médicos em todo o Brasil.

6. Segundo a SDE, havia fundados indícios nos autos de que o CFM, a AMB e a FENAM (i) estariam coordenando um movimento nacional para impor às operadoras de saúde um valor mínimo de consulta e honorários médicos; (ii) estariam impondo a suspensão dos atendimentos àquelas operadoras que se recusassem a implementar os valores por eles definidos; (iii) estariam fixando valores uniformes cobrados de usuários de planos de saúde para complementar a remuneração recebida das OPSs pelas consultas médicas.
7. A SDE decidiu, ainda, adotar medida preventiva para determinar a cessação imediata da conduta por considerar que estavam presentes os requisitos dos *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* na hipótese. Em linhas gerais, ordenou-se que os representados se abstivessem de utilizar os artigos 18,48 e 49 do Código de Ética Médica para fundamentar a instauração de Sindicâncias e Processos Administrativos Disciplinares e/ou coagir médicos que não aderissem às decisões das entidades médicas; deixassem de promover ou coordenar qualquer movimento de paralisação coletiva nos atendimentos e de fixar ou divulgar valores de honorários médicos, dentre outras coisas.
8. Importante notar que o presente processo administrativo não se confunde nem se sobrepõe ao PA nº 08012.004276/2004-7. Embora neste último, também figurem no polo passivo o CFM, a AMB e a FENAM, além da Confederação Médica Brasileira – CMB, foram investigados fatos relativos à implantação da CBHPM e à coordenação de movimentos de boicotes ocorridos até 21 de julho de 2004, data em que foi instaurado o processo. Assim, as condutas que o ensejaram não se confundem nem material nem cronologicamente com as ora sob análise, que tratam de fatos ocorridos em 2011, referentes à adoção da CBHPM 6ª Edição.

II. DA DEFESA DOS REPRESENTADOS

9. Instaurado o processo administrativo, os representados foram regularmente notificados para apresentar sua defesa no prazo legal, conforme atestam os avisos de recebimento acostados às 347-349.



10. Às fls. 352-356, foi juntada decisão interlocutória do juiz Titular da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que, em sede de tutela antecipada, determinou a suspensão do Despacho do Secretario de Direito Econômico, até que fosse julgado o mérito da ação.
11. A referida decisão foi proferida nos autos da ação anulatória de ato administrativo promovida pelo Conselho Federal de Medicina, com pedido de antecipação de tutela, movido em face do Despacho nº 336, que determinou a instauração do processo administrativo ora analisado e a adoção de medida preventiva.
12. A AMB também obteve tutela antecipada para suspender os efeitos do referido ato administrativo, como atesta a decisão acostada às fls.411-412.
13. Posteriormente, contudo, foi acostada aos autos a decisão exarada no Agravo de Instrumento nº 0030650-79.2011.4.01.000-DF, cassando a decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal e devolvendo parcial eficácia à decisão mandamental da SDE, reformando apenas as imposições de publicação em jornal de grande circulação às expensas das representadas.
14. Às fls. 389-409, a FENAM apresentou sua defesa. Em primeiro lugar, alegou que a SDE seria incompetente para intervir na conduta sob exame por se tratar de relação de trabalho, que deveria ser analisada pelo Ministério Público do Trabalho e pela Justiça do Trabalho. Ressaltou, ainda, que a FENAM desempenharia prerrogativas constitucionais e institucionais típicas das entidades sindicais, de modo que, ao exercer esse mister, sua atuação seria insuscetível de escrutínio antitruste. No mérito, alegou que a CBHPM representa um esforço conjunto das entidades de classe de todo o país para estabelecer um referencial mínimo remuneratório digno e que o processo de definição de honorários médicos ocorreria sem sua interferência direta. Argumentou, por fim, que as paralisações decorreriam do exercício da autonomia de vontade de cada sindicato e de cada associado e que não haveria a imposição de qualquer punição ético-disciplinar.
15. Já o Conselho Federal de Medicina (fls.462-560), preliminarmente, alegou que o ato administrativo que instaurou o processo administrativo era nulo por ausência de fundamentação e que teria havido cerceamento de defesa por ter sido emitido juízo de (des)valor das condutas sem a oitiva das representadas. Argumentou,



ainda, que não havia prova nos autos de que estavam sendo instaurados processos disciplinares contra os médicos que não aderiram à “luta pela valorização profissional” e que a adesão dos médicos teria sido espontânea, dado seu natural interesse por uma remuneração melhor.

16. A Associação Médica Brasileira, por sua vez, requereu a extinção do processo, sob o argumento de que a Lei 8.137/90 teria como destinatários empresas e que, por não ter fins lucrativos ou econômicos, a AMB estaria fora do âmbito de incidência das normas protetivas à livre concorrência. No mérito, sustentou que não teria praticado infração à ordem econômica. Negou que tivesse fixado ou divulgado valores de consultas, portes ou quaisquer outros indexadores que repercutissem nos valores pagos pelas operadoras de saúde aos médicos ou interferido na negociação entre os médicos e os tomadores de serviços. Alegou, ainda, que não detinha competência legal para determinar a instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar contra médicos e que não havia nos autos provas de que teria promovido, fomentado ou coordenado movimentos de descredenciamento em massa ou paralisações coletivas.

III. INSTRUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

17. Após a apresentação das defesas, tanto a AMB quanto o CFM manifestaram sua intenção de fazer celebrar acordo junto ao CADE.
18. Em abril de 2012, as representadas foram regularmente intimadas para especificar as provas que pretendiam produzir. A AMB requereu a produção de prova testemunhal e documental, o CFM solicitou o depoimento pessoal de seu presidente e a FENAM deixou transcorrer *in albis* o prazo.
19. A SDE procedeu à intimação das pessoas físicas indicadas. Foram ouvidos os senhores Carlos Ruiz, Florisval Meinão e Florentino da Araujo Cardoso Filho, cujos depoimentos foram reduzidos a termo e acostados aos autos (fls.907-926). O Senhor Roberto Luiz D’Avila, contudo, não foi ouvido, em razão de o Conselho Federal de Medicina ter desistido expressamente da prova.
20. Em março de 2012, os representados AMB, FENAM e CFM protocolaram pedido de Termo de Cessação de Conduta e requereram a suspensão do processo por 90 dias, motivo pelo qual houve o sobrestamento do feito até o dia 31 de



agosto de 2012. Entretanto, não tendo havido a celebração do acordo, a SDE deu prosseguimento ao processo após o transcurso do prazo estipulado.

21. Posteriormente, foi realizada audiência de instrução, em janeiro de 2013, em que estiveram presentes apenas os representantes da FENAM. Na mesma data, o Superintendente-Geral determinou o encerramento da fase instrutória e a notificação dos representados para a apresentação de alegações finais, oportunidade em que o CFM e a FENAM, de forma geral, reiteraram os argumentos apresentados quando de sua defesa. Já a AMB, além de repisar os fundamentos já apresentados, alegou que existiria questão prejudicial à análise do mérito por estar em trâmite no Judiciário ações que, se julgadas procedentes, poderiam levar à nulidade do processo administrativo em análise. Afirmou, ainda, que teria havido cerceamento de defesa por não terem sido enviados os ofícios requeridos pela AMB aos Conselhos Regionais de Medicina, de forma a comprovar sua incapacidade para punir e exigir condutas dos médicos.

IV. PARECERES DA SG, DA PROCADE E DO MPF

22. A Superintendência-Geral concluiu pela condenação de todos os representados. Destacou que as entidades ora representadas, utilizando-se de suas prerrogativas representativas, de seu poder de mercado e de seu poder de coerção sobre os médicos associados, mesmo buscando um objetivo, em princípio, legítimo, acabaram promovendo uma efetiva prática concertada entre profissionais autônomos.
23. A infração à ordem econômica teria ocorrido (i) primeiramente, por meio da fixação de uma tabela de honorários médicos; (ii) depois, por meio da promoção de paralisações, boicotes e ameaças de descredenciamento coletivo, aliados a uma estratégia de coerção que obrigou todos os médicos a aderirem ao movimento colusivo.
24. Segundo a SG, a conduta dos representados teria invertido a relação de hipossuficiência entre médicos e operadoras de planos de saúde, assegurando “poder de barganha excessivamente alto para as entidades médicas”, em prejuízo da livre concorrência. De acordo com a Nota Técnica, a prática levaria ao aumento dos honorários médicos e, conseqüentemente, dos custos das OPSs, que seriam repassados ao consumidor final.



25. A ProCADE também se manifestou em favor da condenação dos representados. Após rechaçar as preliminares arguidas pelos representados, a ProCADE destacou que o caráter impositivo ou não da tabela afigura-se irrelevante para a aferição da tipicidade da conduta, de modo que, ainda que a tabela fosse meramente sugestiva, estaria configurada a prática de infração à ordem econômica.

Por fim, o MPF reiterou os argumentos da Superintendência-Geral e da ProCADE e pugnou pela condenação dos representados.

V. PRELIMINARES

26. Em relação às preliminares, acolho as razões da Superintendência-Geral para afastar todas as arguições das representadas. Alguns pontos, entretanto, merecem maiores considerações, razão pela qual serão examinados a seguir.

V.1. Da subsunção das entidades representativas de categorias profissionais à legislação da concorrência

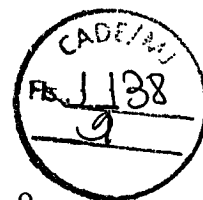
27. As associações e conselhos profissionais, usualmente, argumentam que sua atuação foge ao conceito de *conduta comercial* ou de atividade econômica, motivo pelo qual a Lei 8.884/94 não seria aplicável a elas.
28. A alegação não merece prosperar. Como acertadamente apontou a SDE, é pacífico no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a submissão das entidades representativas, inclusive Conselhos Profissionais, associações e sindicatos à legislação antitruste.
29. O entendimento encontra amparo no art. 15 da Lei 8.884/94 (art. 31 da Lei 12.529/2011), que dispõe expressamente: “*Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituída de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal*”.
30. Assim, qualquer um que pratica ato restritivo à concorrência está sujeito à legislação antitruste, ainda que sua atividade não tenha fins lucrativos e,



- independentemente de se tratar de pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado.
31. O fato de a atuação das representadas estar amparada pela liberdade de associação, direito fundamental expressamente assegurado na Constituição Federal, não afasta a conclusão. O referido direito, obviamente, não é absoluto, e deve ser interpretado à luz do princípio da unidade da Constituição, daí a necessidade de compatibilizá-lo com os princípios constitucionais da ordem econômica, notadamente a livre concorrência e a livre iniciativa.
 32. Ademais, como acertadamente destacou a SDE, os médicos, ao disponibilizarem um serviço no mercado e assumirem os riscos de sua atividade, exercem atividade econômica, caracterizando-se como concorrentes. Dessa forma, a atuação das representadas, ao estipular e negociar coletivamente os preços dos honorários médicos, pode afetar a concorrência no mercado de serviços médico-hospitalares. Daí por que não há dúvidas de sua submissão à Lei 8.884/94.
 33. A FENAM, contudo, alega a incompetência da SDE para investigar condutas relativas à negociação entre médicos e operadoras de saúde, em razão de se tratar de relação de trabalho, conforme decisão proferida pelo TST em 2013. Assim, eventuais controvérsias, segundo a representada, deveriam ser analisadas pelo Ministério Público do Trabalho ou pela Justiça do Trabalho.
 34. Registre-se, em primeiro lugar, que a decisão mencionada pela FENAM não constitui jurisprudência consolidada do Tribunal. Aliás, como se depreende do próprio *site* da FENAM, essa foi a primeira vez em que o TST se manifestou sobre a matéria.
 35. Todavia, ainda que a referida competência fosse inequívoca, a constatação não afastaria a competência da autoridade antitruste. Como mencionado anteriormente, é pacífico no CADE a subsunção dos sindicatos e demais entidades de classe à Lei 8.884/94.
 36. Para se contrapor a esse raciocínio, a FENAM cita trecho de voto-vista do conselheiro Luis Fernando Schuartz no PA nº 08012.007042/2001-33, segundo o qual negociações de associações de empregadores e sindicatos não estariam sujeitas ao escrutínio da legislação antitruste, em razão de serem reguladas pela CLT.



37. De fato, a negociação coletiva, além de ter contornos constitucionais, suscita discussões sobre a delicada relação entre o direito antitruste e o direito do trabalho. No voto-vista proferido no PA 08012.005524/2010-40, destaquei a importância de compatibilizar “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, desafio lançado no art. 1º da Constituição Federal e reiterado na parte relativa à ordem econômica constitucional, oportunidade em que o art. 170, *caput*, da Constituição, elenca como princípios orientadores da ordem econômica, tanto a defesa da livre da concorrência (inciso IV) como a busca do pleno emprego (inciso VIII).
38. Naquela ocasião, salientei que, justamente diante da necessidade de interpretar a Constituição como um todo unitário e coerente, era necessária uma reflexão acurada sobre as competências da autoridade antitruste, de forma, que sua atuação se submeteria a algumas restrições, especialmente no que se refere à intervenção no conteúdo material das convenções coletivas e à aplicação de instrumentos de controle típicos do direito concorrencial.
39. Mesmo fazendo essas ressalvas, contudo, destaquei que, se ficasse comprovado que as partes agiram contrariamente à boa-fé objetiva, desviando-se dos propostos específicos do direito do trabalho e utilizando a convenção para objetivos anticoncorrenciais, a intervenção a autoridade antitruste não apenas seria possível como necessária.
40. Obviamente para se chegar a essa constatação, a autoridade antitruste terá de analisar cuidadosamente a forma como se deu a negociação coletiva e seus efeitos sobre o mercado, não havendo, portanto, como descartar, de plano, sua competência.
41. O caso ora em análise, contudo, sequer suscita esse tipo de discussão. Com efeito, a decisão mencionada pelo TST reconheceu tão somente a existência de relação de trabalho, não sendo aplicável, portanto, à situação a CLT nem havendo que se falar em negociação coletiva regulada pelo Direito do Trabalho.
42. Não é sem razão que a própria representada, ao tentar defender seu argumento, cita, enganosamente, voto-vista que se refere especificamente a relação de emprego, fazendo menção expressa à CLT e a “empregadores”.
43. Com efeito, com a Emenda Constitucional nº 45, houve a ampliação da competência da justiça do trabalho, de forma que seu traço distintivo deixou de



ser a existência de relação de subordinação. Como esclarece a decisão do TST, o que caracteriza a relação de trabalho é o cerne do contrato ser a prestação de serviços profissionais.

44. Ora, se nem a existência de relação de emprego afastaria *a priori* a competência da autoridade antitruste, com mais razão não se pode descartar a análise concorrencial no caso de relações de trabalho.
29. Importante notar que tanto a justiça do trabalho quando a justiça comum têm finalidades evidentemente diversas da análise concorrencial. Enquanto a via judicial visa a compor o conflito de interesses que se estabelece entre autor e réu, a autoridade antitruste busca verificar se as condutas praticadas pelas representadas foram abusivas, prejudicando a livre concorrência. Aliás, a atuação da autoridade antitruste, em regra, incide justamente naquelas hipóteses em que os agentes econômicos agem por contra própria.
30. Embora se trate de competências nitidamente diversas, isso não significa que a existência de eventual processo judicial não tenha implicações sobre a análise antitruste. Obviamente, a promoção de boicotes e paralisações deve ser vista com maior rigor, quando se observa que os representados estavam amparados por decisão que tornava desnecessária o uso dos referidos instrumentos, até porque, como se verá, adiante, para afastar a infração à ordem econômica, os descredenciamentos coletivos só poderão ser utilizados de forma excepcional.
45. Diante das considerações, acima é forçoso reconhecer a competência da autoridade antitruste para analisar as condutas praticadas pelas representadas. Com isso, não se quer dizer que eventuais peculiaridades das atividades exercidas por profissionais liberais sujeitos à regulação de conselhos profissionais criados por lei devam ser totalmente desconsideradas na análise. Ocorre que tais características não se prestam para afastar a incidência da lei antitruste, mas sim para assegurar que a aplicação desta ocorra de forma coerente, como se verá mais à frente

V.2. Do cerceamento de defesa da AMB

46. A AMB alegou que teria havido o cerceamento em seu direito de defesa, por não terem sido enviados os ofícios aos Conselhos Regionais de Medicina requeridos como prova documental.



47. Não assiste razão à representada.
48. Como se depreende da requisição da AMB, o objetivo dos referidos ofícios era tão somente demonstrar que a representada não detinha competência legal ou estatutária para editar normas e resoluções nem para instaurar processos ético-profissionais. Ora, as referidas informações poderiam ser facilmente obtidas pela análise do Estatuto Social da AMB e das leis pertinentes a essa associação, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa unicamente por não terem sido remetidos os numerosos ofícios aos Conselhos Regionais de Medicina.
49. Ademais, a referida prova sequer era pertinente, pois, em nenhum momento, o CADE afirmou que a AMB detinha competência legal para impor punições aos médicos que deixassem de aderir às suas deliberações, o que, por si só, não afasta a possibilidade de prática de infração à ordem econômica. Como acertadamente explicou a ProCADE, a representada não responde pela conduta específica de instaurar processo disciplinar ético-profissional, mas sim por organizar movimentos para a implantação de tabela de honorários, valendo-se, para tanto, de meios coercitivos empreendidos pelas demais entidades que coordenavam o movimento.
50. No que se refere às resoluções, é inequívoca a possibilidade de sua edição pela AMB, pois o próprio art. 49, VI, de seu Estatuto Social, estabelece expressamente a competência da Diretoria para “cumprir e fazer cumprir regulamentos, normas e resoluções da Assembleia de Delegados”.
51. Os argumentos acima demonstram que não houve cerceamento no direito de defesa da AMB.

V.3. Termo de compromisso de cessação de conduta.

52. Em março de 2012, os representados AMB, FENAM e CFM protocolaram proposta de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, motivo pelo qual houve o sobrestamento do processo até o dia 31 de agosto de 2012. Entretanto, não tendo havido a celebração de acordo, a SDE deu prosseguimento ao feito após o transcurso do prazo estipulado, sem que tenha havido qualquer manifestação dos representados contrária à medida.



53. Registre-se que os Requerimentos, autuados sob os nºs 08700.005040/2011-23 e 08700.001117/2012-77, não tiveram nenhum andamento desde julho de 2012, quando foi realizada a última reunião no Tribunal. Desde então, os requerentes não trouxeram qualquer manifestação aos autos que permitisse sequer inferir que haveria o mínimo de interesse em dar continuidade às propostas. Houve, portanto, uma evidente desídia do CFM, da AMB e da FENAM, de forma que não haveria qualquer justificativa para que a autoridade antitruste deixasse de julgar o caso analisado, mormente após o decurso de quase três anos após a apresentação da proposta, até porque o prazo de suspensão inicialmente requerido era de 90 dias e foi devidamente atendido pela Secretaria de Direito Econômico.
54. Ainda que assim não fosse, é necessário registrar que a celebração de termos de compromisso, de acordo com a Lei 12.529/2011, além de atender aos parâmetros legais, se submete a um juízo de conveniência e oportunidade pelo CADE. No caso ora analisado, contudo, não haveria conveniência e oportunidade em celebrar o referido TCC. Isso porque, como ficará amplamente demonstrado no voto, os conflitos entre médicos e operadoras vêm se intensificando, de forma que a relevância de seu julgamento transcende o caso concreto. Evidência disso é o elevado número de processos em trâmite no Tribunal relativo ao tema. Assim, é extremamente importante que o CADE possa proferir juízo de mérito sobre a questão, sinalizando para o mercado os comportamentos que devem ser ou não considerados ilícitos, o que não poderia ser feito na hipótese de se admitir a celebração do TCC.
55. É o que ressalta a Superintendência-Geral, ao alertar que o conflito entre médicos e prestadores vem se alastrando, de modo que “as instituições do Estado, cada qual em sua seara, precisam articular-se em busca de soluções **eficientes e definitivas**, cabendo ao SBDC “buscar formas efetivas para o cumprimento de suas decisões e emitir orientações **claras e consistentes** sobre as ações não toleradas diante dos ditames da Lei 8.884/94/94”. (fl. 1044). Obviamente, tal finalidade não poderia ser cumprida por meio da celebração de um TCC.
56. Feitas essas considerações, passo à análise de mérito.



VI. ANÁLISE DE MÉRITO

57. Como relatado, trata-se de processo administrativo instaurado para apurar suposta prática de infração econômica em razão da elaboração e da imposição, pelas entidades médicas representadas, da lista de procedimentos médicos, denominada Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), por meio da promoção de negociações coletivas e da coordenação de movimentos de paralisação no atendimento a beneficiários de operadoras de saúde em todo o Brasil.
58. 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. Da jurisprudência do CADE.

59. 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 decisões 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.
60. Um dos primeiros casos analisados pelo SBDC sobre o tema foi o Processo Administrativo nº 53/1992¹, 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 Eduardo Vieira de Carvalho, votou pela condenação da representada, destacando que a existência da tabela de preços, por si só,

¹ Processo Administrativo nº 53/92, Conselheiro Relator Carlos Eduardo Viera de Carvalho.



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.*”

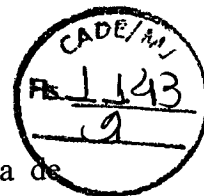
61. No mesmo sentido, é possível citar o voto da Conselheira Relatora Neide Terezinha Mallard, no PA nº 61/92², em que a Associação Médica Brasileira – AMB figurava como representada, acusada de influenciar a uniformização de conduta entre os concorrentes, por meio da elaboração, divulgação e recomendação 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.”

62. Destaca-se, ainda, o Processo Administrativo nº 08000.011520/94-40³, em que o Conselheiro Ruy Santacruz 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 acima. Em seu voto, o Conselheiro Relator salientou que a elaboração de tabela não constitui infração *per se*, mas que, “diante das

² Processo Administrativo nº 0061/1992, Conselheira Relatora Neide Terezinha Mallard, julgado em 14 de fevereiro de 1996.

³ Processo Administrativo nº 08000.011520/94-40, Conselheiro Relator Ruy Afonso de Santacruz Lima, julgado em 14/10/1998.



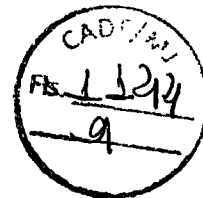
restrições impostas pela racionalidade econômica”, a aceitação de tabela de preços pelo CADE exigiria (i) a demonstração da ausência de capacidade dos associados para impor a tabela aos consumidores ou (ii) a comprovação de que a conduta não tinha por objeto unificar preços nem poderia produzir efeitos no mercado, requisitos ausentes na hipótese.

63. 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.
64. Como exceção a esse posicionamento, podemos citar o voto proferido nos autos do PA nº 08000.020294/1996-03⁴, 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.”

65. No referido voto, acolhido pelo Tribunal, o Relator salientou que a negociação através de algum tipo de representação coletiva poderia trazer ganhos para a sociedade, na medida em que “permitiria uma transação mais equilibrada, em

⁴ Processo Administrativo nº 08000.020294/1996-03, Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/7/2006.



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.

66. 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.
67. Todavia, como registrou o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18⁵, 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”.
68. 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.
69. O voto do Conselheiro Paulo Furquim no Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33⁶ 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

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

⁶ Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33, Conselheiro-Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, julgado em 30/8/2006.



saúde, devido à 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.

70. Dessa forma, apesar de os Conselhos Regionais de Medicina possuírem elevado poder 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.”

71. No exame da jurisprudência do Conselho, cabe ainda destacar o voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo 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)

72. Recentemente, no julgamento do PA nº 08012.014463/2007-14⁷, 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 quem as conduza e dos propósitos que as justifiquem. (...) Essa união pode se

⁷ Processo Administrativo nº 08012.014463/2007-14, Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz, julgado em 22/01/2014.



concretizar para fazer frente a outro agente econômico, detentor de maior poder, assim como para compensar as assimetrias do mercado.”⁸

73. 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. Mercado de saúde suplementar

74. 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.
75. 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.
76. 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.
77. 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

⁸ Voto-vogal no Processo Administrativo nº 08012.014463/2007-14, Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz, julgado em 22/01/2014.



Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor apontou que o reajuste dos planos coletivos costuma ser muito alto.⁹

78. 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.¹⁰
79. 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

⁹ Informação 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>,

¹⁰ Nos 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.



80. 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).

81. 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%.
82. 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 21,7.¹¹
83. 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 abaixo¹²:

¹¹ 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.

¹² Ibidem, p.3.



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

Classe	15,5	10,8	4,4	3,0	3,0
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.

84. 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.¹³

85. 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 representam mais de 50% do total de beneficiários do país. As duas maiores operadoras, por sua vez, juntas, reúnem, aproximadamente, 14% do número de

¹³ FERNANDES JUNIOR, Hugo. TEIXEIRA, Luciana. Concentração no setor de planos de saúde, p.7. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/>.



beneficiários nacionais, o equivalente a uma cobertura de 7.483.802 milhões de pessoas¹⁴

86. 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 Benef.Dez/2013

Faixa de Benef.	Ops. com Benef.
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

Fonte: ANS.

Operadora x Nº de Beneficiários

Dez/2013

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

¹⁴ Fonte dos dados: ANS – Tabnet. Consulta em 07/07/2014.



368253-Hapvida ASSISTENCIA MEDICA LTDA	1.838.759
393321-UNIMED-RIO COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO	1.043.890
000701-UNIMED SEGUROS SAUDE 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 ESTADUAL	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 MÉ	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 MED	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

Fonte: ANS.

87. 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.
88. A tendência é que esse movimento de concentração se intensifique nos próximos anos. Isso porque, como advertem Furquim e Almeida¹⁵, 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.
89. 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 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

¹⁵ 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>.



referenciada, já que o custo marginal pela utilização é próximo de zero, após a aquisição do plano.

90. 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.
91. 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 Almeida¹⁶, 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 2011¹⁷.
92. 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 irre recuperáveis. 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.
93. 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 dos prestadores de serviços. Com efeito, a grande assimetria informacional

¹⁶ Id.

¹⁷ 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.



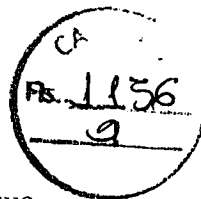
existente nesse mercado faz com que as migrações tenham custos de transação elevados, pois nem sempre os usuários são devidamente informados quanto à possibilidade de migração, às condições em que a migração poderia ocorrer e às suas principais consequências, tais como a portabilidade de direitos e as 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.

94. 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.¹⁸
95. 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.¹⁹ Além disso, o C4 vem aumentando reiteradamente, tendo passado de 17,08, em 2006, para 19,73 em 2008²⁰.
96. 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.

¹⁸RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. MACHADO, Kenys Menezes. **Desafios da análise do CADE no setor de planos de saúde**, p.1. Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/12.

¹⁹ ALMEIDA, Silvia Fagá de. **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/>.

²⁰ 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).



97. 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 reconhecida 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.
98. 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).
99. 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 Brasil, ao alertar 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.” (fl. 230).
100. 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:

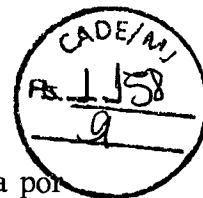


Processos julgados no CADE que tiveram a participação da UNIDAS		
Tipo	Representante	Rpresentada
Arquivada	4	1
Condenada	24	3
Total	29	4

Elaboração: Secretaria de Direito Econômico

101. 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.
102. 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”²¹.
103. Vale ressaltar que a questão da negociação coletiva pelas OPSs é fato absolutamente incontroverso. Basta lembrar os resultados do estudo realizado pela SDE, em 2010, em que foram encaminhados ofícios a 43 operadoras de planos de saúde, cujo número de beneficiários representava mais de 30% do mercado de planos de saúde brasileiro.
104. 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% da amostra, realizam ou já realizaram negociações em

²¹ 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%ADvia%20Fag%C3%A1%20de%20Almeida.pdf?sequence=1>.



bloco, seja com representantes das categorias médicas e hospitalares, seja por intermédio de entidades representativas das operadoras de saúde.

105. Observou-se, ainda, que 9 operadoras de saúde, o que representa 23% das empresas que responderam aos ofícios, 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.
106. 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”. (fl. 1906 a 1907). (grifo nosso).

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

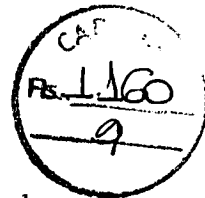
“A FUNASA SAÚDE paga aos fornecedores os valores em torno daqueles negociados pela entidade representativa do segmento de autogestão no Estado da Paraíba (...) Unidas PB e os representantes das entidades médicas – AMBPB e Sindicatos dos Médicos do Estado da Paraíba – por meio de negociações paritárias”.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

107. Outro exemplo dessa afirmação pode ser encontrado no Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71²², no qual se verifica que, dentre as exigências apresentadas pela UNIDAS, quando da apresentação de sua proposta de

²² PA 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.



- 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)
108. 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”.
109. 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 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, PAs nº 08012.001098/2001-84, nº 08012.009443/1998-15 e 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.
110. 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.



111. 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.

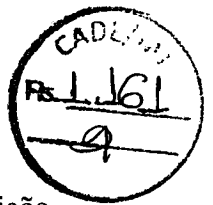
Há, portanto, elementos claros da possibilidade de incidência da tese do poder compensatório como excludente da ilicitude da prática de influência de conduta concertada para a prestação de serviços médicos: (i) grande representatividade dos planos coletivos, em relação aos quais o reajuste é fixado livremente 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

112. A tese do poder compensatório ganhou proeminência no célebre livro do economista norte-americano John Kenneth Galbraith, *Capitalismo Americano*²³. 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.

²³ GALBRAITH, John Kenneth. Tradução: COLOTTO, Clara A. *Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório*. São Paulo: Novo Século, 2008.



113. 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”.²⁴
114. 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.
115. Neste sentido, Blair e DePasquale²⁵ afirmam que, enquanto fusões que levam à criação de monopólios ou monopólios 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.
116. 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.
117. 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.
118. 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.

²⁴ Ibidem, p.96.

²⁵ BLAIR, Roger.D; DEPASQUALE, Cristina. Considerations of Countervailing Power. In: **Review of Industrial Organization**, August 2011, Volume 39, Issue 1-2, pp. 137-143



119. 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*.
120. O poder compensatório acabou justificando outras hipóteses de isenção antitruste. Na Europa, como lembra Goldberg²⁶, qualquer acordo conjunto de compra entre fabricantes, 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.
121. 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 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*)”²⁷.
122. 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.

²⁶ GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2006, p.152.

²⁷ Sobre isso, ver BLAIR, Roger D; HARRISON, J. L. **Monopsony in Law and Economics**. Cambridge University Press, 2010, p. 124.

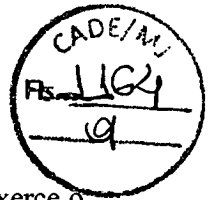


123. Entretanto, como explicam Furquim e Almeida²⁸, a referência aparece apenas de forma secundária, até porque não se trata de um poder compensatório que resulta da concentração horizontal associada a um ato de concentração ou de uma conduta concertada, mas sim de um elemento que já existe no mercado e pode atuar de forma compensatória, equilibrando a barganha que o comprador tem em relação ao vendedor na negociação comercial.
124. 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.
125. 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.
126. Quando isso não é observado, pode ocorrer uma série de distorções. Como adverte Galbraith²⁹, 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.
127. 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,

²⁸ 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.

²⁹ GALBRAITH, John Kenneth. Tradução: COLOTTO, Clara A. *Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório*. São Paulo: Novo Século, 2008, p.115.



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.”³⁰

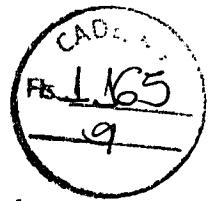
128. Daí sua conclusão de que há uma discriminação favorável ao poder original e hostil ao poder compensatório.
129. No direito brasileiro, verifica-se que a tese do poder compensatório só recentemente vem ganhando maior espaço e, mesmo assim, de forma bastante tímida, especialmente no controle de condutas.
130. Como apontam Furquim e Almeida³¹, 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 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).

131. 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.
132. 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

³⁰ Ibidem, p. 117.

³¹ 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.



- 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.
133. 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

134. 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.
135. 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.
136. 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 aos repassados pelas operadoras aos beneficiários finais, como sequer compensam o índice de inflação do período.
137. Assim, com a finalidade de se contrapor ao poder econômico das tomadoras de serviço, os médicos organizam-se 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.

138. 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 monopólio exercido pelas operadoras de saúde levava à fixação de preços inferiores ao nível competitivo, reduzindo a qualidade dos serviços prestados aos consumidores.
139. 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.
140. 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.
141. A objeção, contudo, como ressaltam Blair e DePasquale³² é falaciosa, pois o que equilibra a relação entre a categoria médica e o 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.
142. 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

³² BLAIR, Roger D. DEPASQUALE, Christina. Considerations of Countervailing Power. In: Review of Industrial Organization August 2011, Volume 39, Issue 1-2, p.142.



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.

143. 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.
144. 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.

VI.3.3. O problema da dupla margem

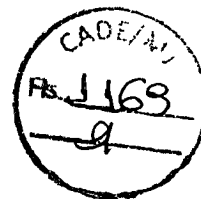
145. Em que pesem os argumentos mencionados acima, verifica-se que o poder compensatório tem sido ou ignorado ou rechaçado, de plano, pelas autoridades de defesa da concorrência.
146. No setor de saúde suplementar, a dupla margem tem sido o principal argumento utilizado para fundamentar a ilicitude das tabelas de honorários médicos.
147. 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.
148. 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 do poder de monopólio e não conceder imunidade às condutas concertadas por parte dos médicos.

149. Trata-se da mesma solução proposta pelas autoridades de defesa da concorrência norte-americanas. A importância do tema nos 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.³³
150. De fato, não há dúvida de que o melhor seria evitar a formação do monopólio ou, uma vez existente, impedir 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.
151. 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.
152. Por outro lado, a prova do 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, inexecutável, não se pode ignorar a realidade e adotar soluções paliativas que não compõem adequadamente o conflito de interesses.

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. 742.



153. 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.
154. 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.
155. 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 impor tabelas de honorários mínimos às OPSs.
156. 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.”³⁴

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

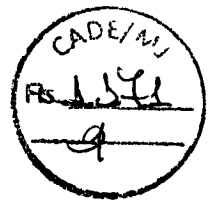
“Entretanto, dado que há mercados em que as condições de concorrência perfeita são irreplicáveis, seja por características tecnológicas e informacionais, seja porque a posição dominante de uma empresa foi legitimamente conquistada, não há possibilidade de intervenção antitruste. Ao explicitamente assumir 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 Willianson (1996), segundo o qual a noção de eficiência deve levar em consideração apenas as alternativas viáveis.”³⁵

158. Da mesma forma, Blair e Harrison³⁶ indicam que não há nenhum remédio no direito antitruste capaz de controlar os efeitos do exercício não abusivo do monopsonio. 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.
159. A primeira solução não é razoável, pois poderia resultar em uma ineficiência produtiva, nas hipóteses em que o monopsonio foi alcançado naturalmente. Já a regulação dos preços obrigaria a autoridade antitruste a afastar-se do seu papel

³⁴ GALBRAITH, John Kenneth. Tradução: COLOTTO, Clara A. **Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório**. São Paulo: Novo Século, 2008, p.121.

³⁵ 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. 744.

³⁶ BLAIR, Roger D. HARRISON, Jeffrey L. Antitrust Policy and Monopsony. In: **Cornell Law Review**, 1996.

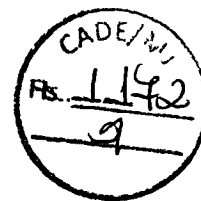


tradicional. Ao eliminar a possibilidade de lucros supracompetitivos, a regulação acabaria por afastar também os incentivos para que novos agentes entrem no mercado. Ademais, o que direito da concorrência proíbe é o exercício abusivo do poder de mercado e nem sempre o uso desse poder para influenciar preços será abusivo.

160. 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 problema do repasse de eventuais aumentos dos planos ao consumidor é ainda bastante controverso, havendo, inclusive, estudos que demonstram o oposto.
161. Acresce que, ainda que houvesse o referido aumento a ser repassado aos consumidores, tal circunstância não encerraria 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.
162. 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

163. 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.



164. Nesse sentido, Furquim e Almeida³⁷ 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.
165. 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.
166. 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.

³⁷ 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>.



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.³⁸

167. 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.
168. 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 entre 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)

169. 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:

³⁸ Ibidem, pp.17-18.



“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”.³⁹ (grifos nossos).

170. Furquim e Almeida⁴⁰ destacaram, ainda, que o benefício social líquido associado à criação do poder compensatório decorre diretamente da redução dos custos 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.”
171. Embora não venham sendo acolhidas pela jurisprudência, as referidas conclusões encontram apoio em outros autores, como é o caso de Heloísa Lima⁴¹, 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.”

172. 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 saúde⁴²:

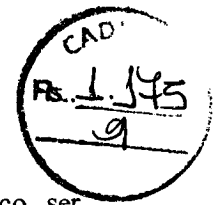
“Um claro propósito dos esforços legislativos é equalizar o poder compensatório entre médicos e planos de saúde. Nesse sentido, o exercício da barganha coletiva será permitido somente nas áreas geográficas onde o segurador detiver algum (não-específico) grau de poder de compra dos serviços de saúde.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

³⁹ Ibidem, pp.2-3.

⁴⁰ Ibidem, p. 12.

⁴¹ 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.

⁴² Ibidem, 132-134.

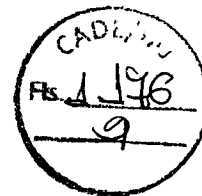


Na hipótese de o mercado de prestação de serviço médico ser competitivo do lado da oferta e monopsonista do lado da demanda, os acordos horizontais (countervailing power) produzirão resultados econômicos positivos. A estrutura do mercado então montada é conhecida como monopólio bilateral (isto é, monopólio sob o lado da oferta e monopsonio 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 monopsonio de fato produz bem-estar social."

173. 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.
174. 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 idiosincrasias destes tipos de organizações sugerem análise específica e a aplicação da *regra da razão* por parte das autoridades antitruste.”

175. 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 jurisprudência⁴³.
176. É também essa a advertência de Heloísa Lima⁴⁴, para quem decisões do CADE que vêm considerando ilícitas 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.”
177. 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* 150).
178. 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

⁴³ FURQUIM, Paulo. ALMEIDA, Silvia Fagá de. **Cooperativas médicas: ilícito antitruste ou ganho de bem estar?**, p.6.

⁴⁴ 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



desequilíbrio no mercado de saúde complementar, fortalecendo o poder de monopsonio das operadoras de saúde e causando sérias distorções.

179. A própria SG no PA 0812.004276/2004-71, quando analisou a imposição de tabelas de honorários médicos pelas entidades nacionais ora representadas, em 2004, 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.”
180. 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.
181. 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” (...).

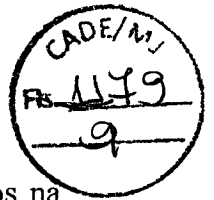
“é inviável a negociação direta com cada médico, dificultando a operacionalização, pois incide (sic) diversos encargos trabalhistas, além de não possuímos uma estrutura administrativa para controlar o cadastro de tal quantitativo de profissionais da área médica”.



“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”.

182. 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.
183. 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 Harrison⁴⁵, 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.
184. 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.
185. Todavia, como advertem os autores, não há correlação entre a diminuição nos custos e um benefício geral a longo prazo para os consumidores.
186. 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

⁴⁵ BLAIR, Roger D. HARRISON, Jeffrey L. Antitrust Policy and Monopsony. In: *Cornell Law Review*, 199,6, p.2 e ss.



nesse mercado, os preços serão mais altos do que os que seriam cobrados na ausência de monopólio.

187. Os efeitos do monopólio 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 monopólio.
188. Alguns autores, como Goldberg⁴⁶, 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.
189. Ainda que se admitisse o alerta acima, isso não significa que o monopólio 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 monopólio 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.
190. 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 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).

191. Outro ponto preocupante na análise do poder de monopólio é que, ao se concentrar unicamente no preço, muitas vezes, se ignora o efeito do monopólio 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

⁴⁶ GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 284.



qualidade, que, no mercado ora analisado, assume um papel extremamente relevante, por ser a saúde direito fundamental, expressamente assegurado pela Constituição Federal.

192. 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).

193. 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.
194. Caso contrário, poderá haver muitas distorções, como advertem Furquim e Almeida⁴⁷:

"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 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."

195. 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

⁴⁷ 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>.



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

196. 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.
197. 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.
198. 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."⁴⁸ 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

⁴⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. **A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência.** Disponível em http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf. 2008. Acesso em 27.10.2013.

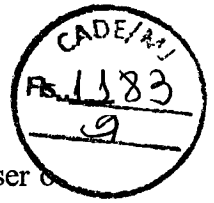


"referencial normativo indisputado, pronto e acabado para uso imediato", tornando-se "uma norma quase-evidente."

199. 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 de decisão.
200. Como bem lembra Heyer⁴⁹, 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 prever e estimar efeitos sobre a competição, a confiabilidade e a acuidade de tais instrumentos ainda é de extrema fragilidade⁵⁰. 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.
201. 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.
202. 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.
203. 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

⁴⁹ HEYER, Ken. "A world of uncertainty: economics and the globalization of antitrust." *Antitrust Law Journal*, v. 72, 2005, pp. 375-422.

⁵⁰Id.

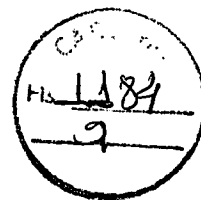


serviço e à sua qualidade. Dessa maneira, o critério de eficiência não pode ser o único a ser utilizado para a caracterização da infração antitruste.

204. 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.
205. 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.
206. De toda sorte, o que precisa ser reiterado é que a possibilidade de o exercício do poder compensatório 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

207. 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.



208. 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 constituam 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.
209. 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.
210. 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.”⁵¹
211. 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 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

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 31.



simples responsabilização patrimonial derivada do mero risco, como acontece nos casos de responsabilidade objetiva”.

212. Não é sem razão que o referido artigo foi impugnado em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Na ADI 1094⁵², 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.
213. 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 da conduta deve ser a medida da sanção, motivo pelo qual, não havendo reprovabilidade da conduta – o que pode ocorrer com a responsabilidade objetiva, que pode envolver responsabilidade por ato ilícito –, perde-se até mesmo o parâmetro fundamental da dosimetria.
214. O fato de a medida cautelar⁵³ 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 Constituição Federal, de forma que, a princípio, não era possível vislumbrar inconstitucionalidade na previsão do art. 20. Assim, questões de manifesta relevância, como o princípio da individualização da pena e da culpabilidade, acabaram sendo desconsideradas na análise.
215. 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

⁵² ADI 1094-8, Ministro Relator Carlos Velloso.

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



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”.

216. 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.

217. 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.”

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

218. 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

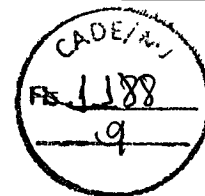
⁵⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2011, pp.113-114.



- 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.
219. 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”.
220. 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.
221. 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.
222. 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 sejam objeto de punição pelo Estado.
223. Daí por que Alejandro Nieto⁵⁶, em clássica obra sobre o tema, entende que o princípio da antijuridicidade é fundamental no direito administrativo

⁵⁵ BARROSO, 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

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



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.

224. 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

225. 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.”

226. 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 citar: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.
227. 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 Gomes⁶⁰,

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.

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



“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.”⁶¹

228. 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.
229. 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 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 insita uma sanção e so é possível a partir de um sentido deontológico.”⁶²

“Aplicar castigos aos cidadãos a partir de uma ordem jurídica ininteligível revela-se mera agressão e coisificação da pessoa humana.”⁶³

⁶¹Id.

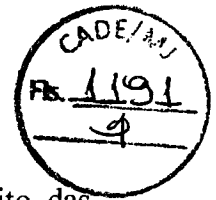
⁶²LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade Jurídica. Horizontes, Teoria e Linguagem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 279.

⁶³Ibidem, p. 313.



230. 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.
231. E nem se afirme que a exigência de reprovabilidade, especialmente no direito antitruste, em que a obtenção das provas necessárias à comprovação do ilícito anticoncorrencial é bastante complexa, poderia comprometer o exercício da competência da autoridade concorrencial de reprimir as condutas lesivas à concorrência.
232. Em primeiro lugar, o fato de a necessidade de comprovar a reprovabilidade 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.
233. 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.
234. Como explica Anderson Schreiber⁶⁴, 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 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”.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36 e ss.



235. Como já tive oportunidade de salientar em artigo doutrinário a respeito das convergências entre os modelos francês, alemão e anglo-saxão de responsabilidade civil, a culpa é hoje vista como um fato social, decorrente da comparação entre a conduta do agente e a que seria socialmente exigível⁶⁵:

"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."

236. Com essa nova noção de culpa, evita-se o subjetivismo e facilita-se a comprovação da reprovabilidade da conduta. Obviamente, é muito mais fácil para a autoridade julgadora comparar, sob um viés normativo, a adequação da conduta com um modelo abstrato de comportamento do que proceder a uma investigação psicológica das intenções ou características pessoais do agente.
237. 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

⁶⁵ FRAZÃO, ANA. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 77, nº 4, out/dez 2011, pp. 32-33.

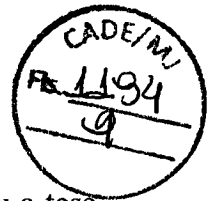


relação à qual a necessidade da demonstração da reprovabilidade da conduta é fundamental.

238. 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.
239. 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 –, também 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 as OPSs – possibilidade de a conduta ser lícita do ponto de vista jurídico.
240. 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 esta 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 ilicitude da conduta.
241. 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 vêm 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.
242. 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, ainda 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 em que atuam as operadoras de saúde, até porque é incontroverso que a negociação entre um grande agente econômico e um profissional liberal, individualmente, é naturalmente desigual.
243. 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.854).
244. 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 mínimos, a ANS exige que as OPSs tenham uma margem de solvência e estipulem uma provisão técnica para reduzir os riscos de insolvência.



245. Vale ressaltar que, no principal precedente do CADE em que se discutiu a tese do poder compensatório⁶⁶, 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.
246. 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.
247. 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.
248. 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 anestesiológicos no 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 de 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.
249. 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

⁶⁶ Processo Administrativo nº 08012.007042/2001-33, Conselheiro Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, julgado em 30/8/2006.



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

250. 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 no exercício do poder compensatório.

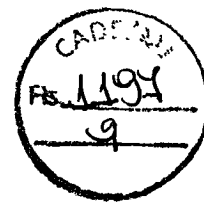
VI.3.7. Parâmetros gerais: o poder compensatório e suas formas de exercício

251. 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.
252. 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.
253. 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.
254. Os dois mecanismos acima, contudo, devem ser vistos como formas alternativas para o exercício do poder compensatório. Isso porque sua conjugação poderia



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.

255. 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.
256. 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.
257. 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.
258. 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



- 08012.008448/2011-61⁶⁷, 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”.
259. 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 prestará a atenuar o desequilíbrio nesse mercado no que se refere aos médicos/pessoas naturais e ou pequenas sociedades de médicos.
260. Daí a advertência da Superintendência Geral no Processo Administrativo nº 08012.005004/2004-99⁶⁸:
- “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 monopsonio”. (fl. 1.435, autos públicos).
261. Assim, os conselhos profissionais e as entidades representativas dos médicos, em regra, só poderão elaborar tabelas visando a assegurar um patamar mínimo de remuneração para esses profissionais. Para efeitos do poder compensatório,

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Processo Administrativo nº 08012.005004/2004-99, Conselheira Relatora Ana Frazão, pendente de julgamento.



- 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 das tabelas de honorários, cuja prova ficará a cargo das pessoas jurídicas em questão.
262. 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.
263. 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.
264. 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.



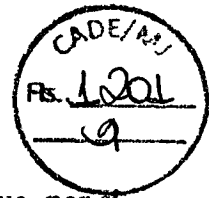
265. Consequentemente, para efeitos de legitimação do exercício do poder compensatório, tabelas de preços têm como destinatários "naturais" os médicos/pessoas físicas e, excepcionalmente, pequenas sociedades nas quais seja clara e indubitosa a assimetria e a inexistência de qualquer poder de barganha perante as OPSs.
266. 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*.
267. 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”⁶⁹. Por isso mesmo, como lembra o autor, “não é surpresa que a ajuda governamental tenha sido muitas vezes solicitada para essa tarefa.”⁷⁰
268. 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 patamares mínimos.
269. A conclusão ganha reforço quando se observa a omissão e/ou a dificuldade da Agência Nacional de Saúde em arbitrar de forma adequada o conflito triangular que se estabelece entre médicos, OPSs e usuários de planos de saúde.

⁶⁹ Ibidem, p.106.

⁷⁰ Id.



270. É claro que esse cenário pode vir a ser alterado no futuro.
271. 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 contados 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.
272. 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.
273. 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 CBHPM.
274. 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 da 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.



275. 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.
276. 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 extrapola os limites do poder compensatório.

VI.4. Das peculiaridades do mercado de saúde suplementar e das funções institucionais do Conselho Regional de Medicina

277. 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”.
278. 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.



279. 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.
280. 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.
281. 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.
282. 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.
283. 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.
284. 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.
285. 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.
286. 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.
287. 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).
288. A maior dificuldade é saber quais os limites dessa competência.
289. 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.
290. 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.
291. Recentemente, o STJ manifestou-se sobre o tema. Em acórdão publicado em fevereiro de 2014⁷¹, o Tribunal decidiu que a Resolução nº. 1673/03 do Conselho Federal de Medicina, que adota a Classificação Brasileira

⁷¹ AgRg no REsp nº 1.153.444, Rel. Benedito Gonçalves, DJe 24.02.2014.



- 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.
292. 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.
293. 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.
294. 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.
295. 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 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.
296. Não se quer com isso afirmar que os conselhos profissionais são livres para estabelecer sanções ético-disciplinares pela não implementação das tabelas de honorários médicos. Como se verá adiante, tal iniciativa extrapola os limites do adequado e proporcional, não sendo possível entender, sob qualquer hipótese, que a Lei 3.278/1957 autorize esse tipo de atuação pelos conselhos profissionais. Mesmo as decisões judiciais que reconhecem a legalidade da CBHPM, ressaltam os casos em que há ameaças e atos de coerção.
297. Ademais, não é meramente o fato de se tratar de uma profissão liberal que justifica a conduta ora analisada, relativa à elaboração de tabela de preços mínimos de honorários médicos. Na verdade, a incidência da tese do poder compensatório exige, dentre outras coisas, que exista um poder de mercado original a ser contrabalançado, aqui representado pelas OPSs, cuja assimetria em relação aos médicos é incontroversa.
298. Importante registrar, contudo, que o fato de, em princípio, se admitir que o Conselho Regional de Medicina, diante das distorções no mercado que ameaçam a qualidade do serviço prestado, possa utilizar tabela de preços mínimos, por si só, não afasta a ilicitude da conduta. Para isso é necessário analisar, cuidadosamente, os atos praticados pelas representadas.
299. Com efeito, a previsão da Lei de que o Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais “são os órgãos supervisores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios a seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina” não pode servir de guarida para a prática de condutas lesivas à concorrência.
300. A seguir será analisado o conjunto probatório dos autos e se as condutas imputadas às representadas configuram infração à concorrência.

VI.5. Conjunto probatório.

301. O movimento nacional pela implantação da CBHPM foi inaugurado pelas entidades médicas nacionais com o lançamento da 1ª edição da CBHPM, em



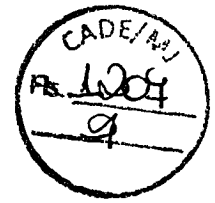
julho de 2003. O marco normativo para a mobilização da categoria foi a Resolução nº 1.673/2003 do Conselho Federal de Medicina. A Resolução torna a lista referencial ético para a remuneração dos honorários médicos, como se nota a seguir:

“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.”

302. Por meio da referida resolução, o CFM estabeleceu um padrão de remuneração a toda a classe médica, a CBHPM, cujos valores seriam definidos, como será visto em detalhes posteriormente, pelas entidades médicas nacionais por meio da Comissão Nacional de Honorários Médicos, de que faziam parte todas as representadas.
303. Para implantar a CBHPM, foram deflagrados diversos movimentos de descredenciamento em massa em vários estados brasileiros, inclusive por meio da ameaça de sanções ético-disciplinares aos médicos que descumprissem as deliberações das entidades representativas ou aceitassem valores inferiores àqueles fixados na CBHPM, como se depreende dos diversos processos relativos à matéria em trâmite no Tribunal.
304. De acordo com a SDE, as iniciativas decorreriam de um movimento nacional organizado pela AMB, pelo CFM e pela FENAM para impor às operadoras de planos de saúde valores mínimos de consulta e de honorários médicos, inclusive por meio da suspensão nos atendimentos a usuários de planos de saúde que se recusassem a adotar os valores previstos na tabela. As representadas foram acusadas, ainda, de fixar valores padronizados, que deveriam ser cobrados dos beneficiários de OPSs, como forma de complementar a contraprestação oferecida pelas operadoras de planos de saúde.



305. Como prova, consta dos autos informativo retirado do *site* da AMB intitulado “Saúde Suplementar – Médicos definem calendário de mobilização”, que informa que as entidades médicas nacionais estavam organizando um Dia Nacional de Mobilização, ocasião em que todas as entidades médicas regionais deveriam paralisar os atendimentos às operadoras de saúde como forma de protesto. É o que confirma o trecho transcrito abaixo:

“Foi marcado para o dia 07 de abril o dia nacional de protesto em defesa dos médicos que trabalham na saúde suplementar, pois na mesma data é comemorado o Dia Mundial da Saúde. A decisão foi tomada durante reunião organizada pela Comissão de Consolidação e Defesa da CBHPM, com a Comissão de Saúde Suplementar. (...) Primeiro, será feita uma avaliação da condição econômica em cada estado. Depois, em 07 de abril, haverá protestos para alertar a população sobre a situação dos médicos na saúde suplementar. A seguir, assembleias estaduais para analisar as propostas comandada em cada estado pelas Comissões de Honorários”, explicou Florisval Meinão, coordenador da Comissão de Consolidação e Defesa da CBHPM. (fl. 41).

306. O “Comunicado urgente” encaminhado aos presidentes dos CRMs, assinado pela AMB, pelo CFM e pela FENAM, deixa clara a participação das representadas na organização da mobilização nacional descrita acima, conforme se extrai do seguinte trecho:

“Conforme já divulgado, os médicos de todo o País suspenderão o atendimento aos planos e segurados de saúde no próximo dia 07 de abril, Dia Mundial da Saúde. Na ocasião, não realizarão consultas e outros procedimentos. Os pacientes previamente agendados serão atendidos em nova data. Todos os casos de urgência e emergência receberão a devida assistência. A paralisação é uma estratégia da luta por honorários dignos, instituição nos contratos de cláusulas de reajustes anuais, além de exigir o fim de interferência de planos e segurados saúde no exercício da medicina. A manifestação é referendada pela Associação Médica Brasileira (AMB), Conselho Federal de Medicina (CFM), Federação Nacional dos médicos e pelo conjunto das sociedades de especialidades médicas. (...) Para que o que o dia 07 de abril seja muito bem sucedido, sugerimos que as Comissões Estaduais (...) repassem a suas regionais, delegadas, sindicatos locais e demais entidades (sic) elas ligadas as seguintes recomendações:

1. Divulgação consente em todos os veículos disponíveis. (...) Pedimos ampla divulgação da Carta aos médicos e Carta à população, disponíveis nos sites da AMB, CFM e FENAM; (...).
3. Envio à Comissão Nacional de Saúde Suplementar (COMSU), impreterivelmente até o dia 26 de março de informações sobre as ações e atividades de mobilização. (...)



O sucesso da mobilização no dia 07 de abril é fundamental para fortalecer nossas ações futuras.
Pedimos, portanto, o máximo envolvimento e colaboração da sua entidade. (fl. 42).

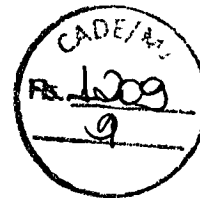
307. Consta dos autos, ainda, informativo divulgado no *site* da FENAM em 06 de abril de 2011, informando a programação do Dia Nacional de Mobilização em cada estado. No documento, a representada esclarece que 160 mil profissionais iriam participar do movimento, cuja principal finalidade era alertar a sociedade para os problemas apontados pelos médicos, por meio de reuniões, assembleias, passeatas e coletivas de imprensa que ajudariam a dar visibilidade à paralisação. (fl. 45). É o que se depreende dos seguintes trechos:

“Alagoas – O Conselho Regional de Medicina de Alagoas distribuirá equipes nos diversos locais de atendimento médico, hospitais, centros médicos, clínicas, consultórios e laboratórios de exames de diversas especialidades. Carros de som esclarecerão o motivo do protesto dos médicos à população. Haverá manifestação em frente aos escritórios das operadoras de planos de saúde no Estado. Também serão usados panfletos e faixas. O trabalho acontecerá em parceria com o Sindicato dos Médicos e Sociedade de Medicina de Alagoas.

Amapá - No Amapá, a classe médica vai se reunir durante toda a quinta feira, a partir das 08 h da manhã, na sede do Conselho Regional de Medicina do Amapá (CRM-AP) para debater a interferência dos planos de saúde na autonomia médica e a remuneração dos honorários. A partir do dia 19, no mesmo local, será realizada uma assembleia com a participação dos presidentes das associações e sociedades de especialidades, além da classe em geral”. (fl. 46).

308. Outro elemento que comprova a coordenação do Dia Nacional de Mobilização pelas representadas é o comunicado intitulado “Mobilização urgente” remetido aos médicos, que convoca a categoria a participar do movimento. No documento, assinado pelo CFM, pela AMB e pela FENAM, as representadas esclarecem sobre as diretrizes nacionais do movimento que, dentre outras coisas, incluíam a organização da luta por reajustes de honorários, tendo como baliza a CBHPM – 6ª Edição, e a exigência de regularização dos contratos entre médicos e OPSs, conforme a Resolução nº 71 da ANS, como se infere dos trechos transcritos abaixo:

(...) Assim contamos com seu inestimável empenho em mobilizar os médicos para o Dia Nacional de Paralisação do Atendimento aos Planos de Saúde, marcado para o próximo dia 07 de abril, data em que é comemorado o Dia Mundial da Saúde.



A estratégia integra a nossa agenda de lutar para 2011, definida pelas entidades médicas nacionais (AMB, CFM e FENAM), em reunião ampliada realizada em São Paulo, com a participação de inúmeras entidades estaduais e sociedades de especialidades.

São três as diretrizes nacionais do movimento: organizar a luta por reajustes de honorários, tendo como balizador os valores da CBHPM/6ª Edição; exigir a regularização dos contratos entre operadoras e médicos, conforme a Resolução da ANS nº 71/2004; e promover ações no Congresso Nacional, visando a aprovação de projetos de lei que contemplem a relação entre médicos e planos de saúde”.

Sugerimos que as Comissões Estaduais (...) concluam, até o final de março, uma avaliação da situação econômica com levantamento dos valores pagos pelos planos de saúde que atuam no Estado. A partir daí, que seja definida a meta de reajustes para 2011. Nos meses de abril e maio, deve ser iniciado o processo de negociação com os planos de saúde mencionados.”. (fl. 50).

309. À fl. 54, foi acostada aos autos notícia publicada no *site* da FENAM, informando que cerca de 80% dos médicos credenciados a operadoras de planos de saúde em todo o país aderiram ao movimento. A notícia avaliava, ainda, os resultados dos movimentos nos estados. No Paraná e em Pernambuco, a descrição refere-se expressamente à possibilidade de paralisações em massa, caso não fossem atendidas as reivindicações da classe médica, como esclarecem os seguintes trechos:

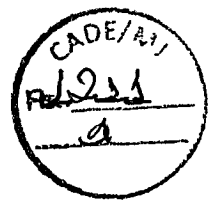
“Paraná – Segundo presidente do Sindicato dos Médicos do Paraná e secretário geral da FENAM, a adesão dos médicos que atendem por planos de saúde ao movimento de paralisação foi de 85%. (...) Pela manhã, na sede da Associação Médica do Paraná, os médicos participaram de plenárias para discutir, entre outros assuntos, um possível descredenciamento individual de cada profissional, se não houver contrapartida das operadoras de planos de saúde.”.

Pernambuco – Durante todo o dia, várias atividades foram desenvolvidas e marcaram o protesto dos profissionais. (...) Segundo o presidente da Comissão Estadual de Honorários Médicos, Mário Fernando Lins, a paralisação nacional foi estrategicamente marcada para hoje, data em que se comemora o Dia Mundial da Saúde, com o objetivo de alertas às operadoras dos planos de saúde e à população sobre os baixos honorários médicos praticados, o que poderá ocasionar um movimento de descredenciamento em massa”. (fl. 56-57).

310. A notícia descrita acima transcreve, ainda, declaração do presidente da FENAM informando que, na ausência de negociação, “as instituições poderão



- programar paralisações mais longas ou adotar várias outras medidas** como ações junto ao Judiciário (para o cumprimento dos contratos), **órgãos fiscalizadores**, Ministério do Trabalho, Ministério Público Federal e Estaduais, **descredenciamento setorizado ou universal dos médicos de alguns ou de todos os planos de saúde**, além de outras alternativas que serão discutidas durante a avaliação do movimento em Brasília”. (, grifos nossos, fl. 58).
311. Informativo elaborado pela AMB, pela FENAM e pelo CFM deixa claro que as entidades nacionais tinham conhecimento de que, em diversos estados, vinham ocorrendo descredenciamentos em massa, como esclarece o trecho a seguir:
- “Paralisação: Movimento por reajuste dos valores pagos pelos planos de saúde.
(...) Na pauta dos (sic), constam itens que estão comprometendo a qualidade da assistência em saúde oferecida aos usuários dos planos de saúde. Com o atendimento das reivindicações já encaminhadas às empresas do setor, os profissionais de medicina acreditam ser possível **evitar o descredenciamento de médicos dos planos, como vem acontecendo em vários estados e dar condições de melhora nos atendimentos dos pacientes**”. (fl.72).
312. A mesma conclusão se extrai de outro Boletim Informativo divulgado pela Comissão de Saúde Suplementar, acostado à fl. 79, identificado com o logotipo de todas representadas:
- “A insatisfação dos médicos com os planos de saúde não é recente. Ao longo dos últimos meses, foram vários os sinais de que a crise se instalava no segmento. Protestos e reclamações aconteceram em diversos estados, envolvendo especialidades distintas (...). A seguir são relacionados alguns exemplos de manifestações que demonstram, em ordem decrescente, a tensão entre profissionais e empresas:
Descredenciamento no Paraná (fevereiro de 2011) – Os médicos de Ivaiporã, município de 380 km de Curitiba, decidiram pedir individualmente o descredenciamento de todos os 20 planos de saúde que operam na cidade. A saída dos médicos estava prevista para ocorrer 60 dias após o pedido oficial. De acordo com a Associação Médica do Paraná, os médicos pediam o reajuste dos valores das consultas, para no mínimo, R\$90,00. (...).
Pediatras em Sergipe (fevereiro de 2011) – Os médicos que atendiam por oito planos de saúde no estado solicitaram o descredenciamento por insatisfação com os valores defasados pagos pelas operadoras para consultas e outros procedimentos.
(...)
Oftalmologistas do DF: No DF, houve a ameaça de estender o boicote dos pediatras aos planos de saúde também para os oftalmologistas. O movimento para exigir uma melhor remuneração das consultas serviu como incentivo para profissionais de outras áreas que também reivindicam o reajuste da tabela de convênios.



313. Importante citar, ainda, a declaração do 1º Tesoureiro da AMB, mencionada em reportagem divulgada no *site* do CREMESP:

“Esperávamos reabrir as negociações desde o ano passado, quando já havíamos requisitado reuniões com representantes dos planos de saúde na busca de honorários mais dignos, mas não houve nenhuma proposta, relata Florisval Meinão, 1º Tesoureiro da Associação Médica Brasileira. De acordo com ele, o movimento espera, nos próximos dois meses, convocar reuniões específicas com cada operadora. Se não houver acordo, as entidades médicas pretendem tomar atitudes como a exposição pública das operadoras e mobilizar os médicos para o descredenciamento”.

314. As entidades médicas nacionais chegaram, inclusive, a elaborar um modelo de carta para ser enviado às operadoras de planos de saúde, quando da negociação com as Comissões Estaduais de Honorários Médicos, como se verifica abaixo:

“MODELO DE PROPOSTA

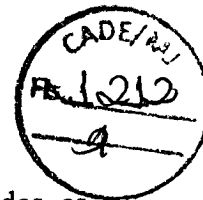
A Comissão Estadual de Honorários Médicos, constituída pela Associação Médica, pelo Conselho Regional de Medicina, pelo Sindicatos dos Médicos e pelas Sociedades de Especialidade, dirige-se a V.S, no sentido de solicitar:

- (...) Proposta de reajuste para consultas e procedimentos médicos;
- (...) Proposta que atenda a IN 71 da ANS, estabelecendo critérios de periodicidade para os reajustes nos próximos anos
- (...) Solicitamos que nos seja enviada uma resposta esclarecendo a sua posição a respeito destas demandas até o final de maio, pois em junho deveremos convocar uma assembleia dos credenciados a sua empresa para deliberações”. (fl.62).

315. Informação publicada no *site* da Associação Paulista de Medicina reforça a existência de um calendário nacional relativo às negociações com as operadoras de saúde, como se verifica a seguir:

“Temos um calendário definido, temos unidade e disposição caos os avanços não ocorram, avalia Florisval Meinão, 1º vice-presidente da APM e diretor da Associação Médica Brasileira`
(...) Em 28 de abril, será realizada uma reunião nacional sobre o movimento em Brasília”.

316. Na mesma linha, é possível citar também informativo publicado pelo CRM-PR em seu *site* sob o título “COMSU divulga próximos passos do movimento médico”. De acordo com a notícia, a Comissão de Saúde Suplementar, integrada pela CFM, pela AMB e pela FENAM, havia divulgado o 9º Boletim Informativo, informando que em junho terminaria o prazo para as negociações



com as operadoras de planos de saúde, mês em que seriam convocadas as assembleias médicas regionais para definir as próximas ações.

317. Constam dos autos, ainda, inúmeras notícias descrevendo a adesão dos médicos em diversos estados ao dia de paralisação nacional organizado pelas representadas, como se infere dos documentos acostados às fls. 90-191.
318. Os elementos de prova descritos acima demonstram que as representadas estavam, de fato, buscando implementar a CBHPM - 6ª edição, por meio de um movimento nacional, tendo, inclusive, promovido o Dia Nacional de Paralisação no dia 07 de abril de 2011, data em que os médicos de todos os estados brasileiros foram incitados a deixar de atender os usuários de todos os planos de saúde como sinal de alerta e como forma de pressionar as OPSs a negociarem o valor dos honorários com as Comissões Estaduais de Honorários Médicos que, como se verá adiante, detinham competência para aplicar um deflator de 20%, para mais ou para menos, nos valores estabelecidos pela Comissão Nacional de Honorários, integrada pelo CFM, pela FENAM e pela AMB.
319. Embora a decisão relativa aos boicotes em cada estado não tenha sido tomada diretamente pelas entidades médicas nacionais ora representadas, é inegável que as medidas contavam com seu beneplácito. O próprio Dia Nacional de Mobilização, embora se revestisse mais de um caráter simbólico, cuja finalidade era divulgar o movimento pela valorização da classe médica, indicava claramente que esse tipo de iniciativa tinha o apoio das entidades nacionais e que era de seu conhecimento inequívoco. Com efeito, o balanço dos movimentos nos estados, divulgado periodicamente pela AMB, informava claramente que, em determinadas regiões, estava havendo o boicote àquelas OPSs que deixassem de cumprir as reivindicações.
320. A influência das entidades nacionais fica ainda mais explícita quando se observa que, após a imposição de Medida Preventiva, o CFM prontamente se mobilizou para solicitar que os CRMs revogassem as Resoluções que exigiam a implementação da CBHPM, até porque, muitas delas, tinham por fundamento a Resolução n. 1.673/2003 do CFM, que erigia os valores da CBHPM a "referencial ético" para a categoria.
321. As próprias circulares encaminhadas pelo Conselho Federal de Medicina revelam sua influência no movimento. Com efeito, em setembro de 2004, o



CFM encaminhou comunicado a todos os Conselhos Regionais determinando o sobrestamento de *“todos os feitos (sindicâncias e processos ético-profissionais), que tenham por objeto a apuração de ilícitos éticos à não observância da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – Res. CFM nº 1673/2003”*.

322. Posteriormente, o documento foi retificado pela Circular nº 129/2004, que esclareceu que a determinação de sobrestamento dos processos não impedia a instauração de novos procedimentos, mas apenas o seu julgamento. Vale reproduzir trecho da referida circular: *“Entretanto, não existe qualquer impedimento para que sejam instauradas e processadas novas sindicâncias sobre o tema, sendo que somente o julgamento deverá ser sobrestado até um novo posicionamento sobre a matéria”*.
323. Em relação à conduta de influenciar a adoção de cobrança de valores padronizados suplementares dos beneficiários de operadoras de planos de saúde, há elementos nos autos que demonstram que o CFM buscou dissuadir essa prática. Em nota publicada em sua página eletrônica, o Conselho Federal reiterou que a cobrança extra de pacientes de plano de saúde não estava autorizada (fl.523), como se observam dos trechos abaixo:
- “O Conselho Federal de Medicina reitera a informação de que os médicos não está autorizados a cobrar taxas extras nas consultas dos pacientes que pagam planos de saúde. A entidade amparada pelo Código de Ética Médica – proíbe este tipo de ação por parte dos profissionais (...)
A decisão de Justiça Federal que suspendeu os efeitos de medidas preventivas adotadas pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) não autoriza os médicos a cobrarem valores adicionais de seus pacientes conveniados aos planos de saúde” (fl. 523).
324. Registre-se que o referido informativo foi divulgado em 26 maio de 2011, momento em que os efeitos da Medida Preventiva adotada pela Secretaria de Direito Econômico estavam suspensos por decisão judicial, de forma que não se pode atribuir a manifestação do CFM unicamente às imposições da Medida Preventiva.
325. Na ação anulatória proposta contra a referida medida, o CFM já havia consignado que a orientação de cobrar valores adicionais dos usuários jamais foi *“ventilada pelo CFM, quanto mais imposta ou defendida”* e esclareceu que se tratava de *“procedimento isolado e contrário à orientação do CFM”*, cuja



revogação já fora providenciada pelo CRM-DF. De fato, não constam dos quaisquer indícios de que a conduta tenha sido incentivada pelas representadas.

326. O conjunto probatório descrito, portanto, comprova que as representadas (i) buscaram implementar a CBHPM e (ii) promoveram movimentos de boicotes e paralisações em massa. Essa constatação, contudo, não significa, por si só, que tenha havido a prática de infração à ordem econômica. 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.
327. A seguir, serão analisadas, separadamente, as condutas imputadas às representadas no processo administrativo sob exame.

VI.6. Da análise da infração à ordem econômica.

VI.6.1. A CBHPM como tabela de preços mínimos.

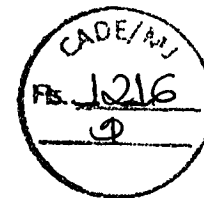
VI.6.1.1. As características gerais da CBHPM

328. Como relatado, trata-se de processo administrativo instaurado para apurar suposta prática de infração econômica em razão da imposição, pelas entidades médicas representadas, da lista de procedimentos médicos, denominada Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), por meio da promoção de negociações coletivas e da coordenação de movimentos de paralisação do atendimento a beneficiários de operadoras de saúde.
329. 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.



330. 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. Critérios como 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.
331. 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 Terapia – SADT – de cada especialidade. Custos relativos a acessórios e descartáveis são ajustados diretamente e de comum acordo entre as partes.
332. 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.
333. 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.

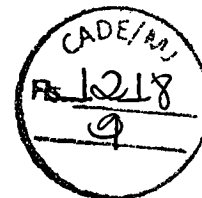
Parágrafo único – As variações, dentro das bandas determinadas nacionalmente, serão decididas pelas Comissões Estaduais ou Regionais de Honorários Médicos, levando-se em conta peculiaridades regionais.”

334. 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).
335. 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.
336. 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” (fl.6). A partir daí, movimentos pela implementação da CBHPM eclodiram em todo o território nacional.
337. 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. A Comissão Estadual deveria buscar implementar os valores divulgados no comunicado oficial, admitindo-se a aplicação de uma “banda” de 20% para mais ou para menos sobre os preços estipulados pelas entidades nacionais.



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

338. 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.
339. 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.
340. 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.
341. 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.
342. 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.
343. Importante observar também que não consta dos autos nenhuma prova de que os valores da CBHPM 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.
344. Segundo um estudo realizado pelas representadas, em São Paulo e em Belo Horizonte, o valor médio pago por consulta era de R\$40,00, enquanto uma cesariana e um cateterismo asseguravam ao médico, respectivamente, R\$162,00 e R\$150,00. De acordo com o levantamento, em sete anos, o valor dos planos de saúde teria sofrido um reajuste de 129%, enquanto o valor das consultas médicas, de acordo com a média apurada pela ANS, subiu 44%, índice que não cobre sequer a inflação do período.
345. Isso explica por que uma das principais reivindicações dos médicos era a implementação de um índice de reajuste anual. Os documentos acostados aos autos, de fato, deixam claro que, uma das diretrizes nacionais do movimento era a exigência de que fosse cumprida a Resolução nº 71 da ANS, publicada em 2004, que, dentre outras coisas, exige que nos contratos celebrados entre médicos e operadoras de saúde constem os critérios e a periodicidade de reajuste.
346. A inexistência de abuso nos valores estipulados na CBHPM ganha reforço quando observamos o valor dos procedimentos médicos descritos na tabela. Utilizando os valores divulgados pelo Comunicado Oficial de 2010, foi possível elaborar a tabela abaixo:

Custo de procedimentos		
Procedimento	Preço previsto na CBHPM em 2011	Valor atualizado de acordo com o IGP-M de 09.2001 a 01.2014
Apendicectomia	Porte 8A = R\$ 552,48	R\$ 648,29
Exérese de tumor e enxerto cutâneo ou mucoso.	Porte 5B= R\$ 260,18	R\$305,30
Mastectomia simples	Porte 9A = R\$ 653,13	R\$ 766,39
Transplante cardiopulmonar (receptor)	Porte 12B = 1.441,16	R\$ 1.691,08

347. Como se depreende tabela, os valores eram inequivocamente módicos, não havendo que se falar em abuso na sua exigência, mormente quando se tem em consideração as alegações das representadas de que os valores não eram reajustados há muitos anos.

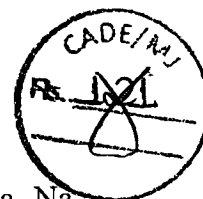


348. Não é sem razão que o movimento contou com o apoio do Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e da Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Pro Teste).
349. O Dia Nacional de Mobilização, aliás, chegou a mobilizar até o Senado, que organizou audiência pública especial em torno das reivindicações dos médicos. Na ocasião diversos parlamentares saíram em defesa da classe médica, ressaltando, sobretudo, a defasagem dos honorários médicos e os elevados reajustes que as operadoras vinham repassando aos usuários. Recentemente, como já mencionado, foi publicada a Lei 13.003/2014, que, dentre outras coisas, trata dos reajustes nos contratos de credenciamento.
350. 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”.

351. 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.



352. 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 e a UNIMED.
353. 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. Em 2011, ano das condutas investigadas, o valor das consultas era de 64,24.
354. 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.
355. 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 em um contexto em que a disparidade entre o poder de barganha entre médico e OPSs não existisse ou fosse reduzido.
356. 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).
357. 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.
358. 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 ele aceitar, em bloco, as condições estipuladas ou recusá-las. (Levantamento de Informações sobre negociações no mercado de saúde suplementar, Procedimento Administrativo nº 08012.001039/2015-10).
359. 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.
360. 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 de tal 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
361. 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.
362. 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.
363. 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.
364. 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.

365. 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.
366. 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.
367. 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.
368. 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 exercido por elas, evitando a expropriação dos primeiros e, em última análise, resguardando a própria concorrência.
369. 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 negociação coletiva e 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 terem 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;

370. 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.
371. Isso porque, embora tenha ficada demonstrada a razoabilidade dos valores exigidos pela CBHPM, o que, em princípio, tornaria a conduta lícita, ao se analisar com atenção a referida lista, observa-se que o conteúdo da tabela extrapola 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

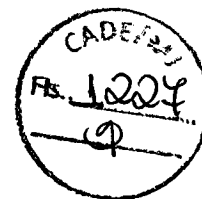
372. Toda a argumentação relativa ao poder compensatório exaustivamente explorada no voto, como já adiantado, não alcança os hospitais, clínicas e laboratórios, entes empresariais que, exatamente por isso, não se encontram na mesma posição de inferioridade e assimetria do médico individual e/ou, excepcionalmente, de pequenas sociedades de médicos, podendo até, conforme o caso, deter mais poder de mercado do que as próprias OPSs.
373. 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.
374. 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.
375. 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.
376. 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.

377. Ao analisar a CBHPM, contudo, observa-se que essas premissas não estão presentes.
378. Com efeito, a CBHPM, além dos portes, também estipula uma unidade de custo operacional (UCO) para os serviços de apoio, 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.
379. 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”, etc, que nada têm a ver com os honorários médicos.
380. 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

381. Evidência de que a CBHPM ultrapassa a remuneração pelos serviços prestados pelos médicos é o fato de que, em diversos estados, os movimentos de paralisação contaram com o apoio de hospitais, clínicas e laboratórios. Segundo informativo da AMB, no Rio Grande do Norte, por exemplo, “os médicos visitam hospitais e clínicas para verificar o andamento da paralisação”. Em Pernambuco, segundo o informativo, “hospitais e clínicas que apoiam o movimento serão envolvidos com faixas de paralisação”.
382. 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.
383. 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.
384. 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



385. 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
386. 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.
387. 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.
388. Nos processos administrativos relativos à matéria julgados pelo CADE, é comum argumentar 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.
389. 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”.
390. 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.

391. 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.
392. 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.
393. 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
394. Dessa maneira, é imprescindível investigar a forma como os referidos descredenciamentos vêm sendo realizados, para determinar se a conduta das representadas foi ou não ilícita.
395. No caso em análise, consta dos autos prova do Dia Nacional de Mobilização, organizado pelas representadas, em que foram paralisados os atendimentos a todas as operadoras de planos de saúde em todos os estados. Como mencionado, anteriormente, contudo, o referido ato não foi propriamente um



- descredenciamento em massa, tendo servido unicamente como forma de alerta às OPSs e para divulgar o movimento de valorização da classe médica.
396. Ao se analisar o balanço do movimento, verifica-se que ele se pautou, sobretudo, pela transparência. De fato, foram realizadas inúmeras passeatas, com faixas, carros de som, coletivas à imprensa e assembleias para dar visibilidade à manifestação.
397. Ademais, as entidades nacionais solicitaram expressamente que os atendimentos de urgência e emergência fossem mantidos, em uma clara evidência de que não houve abuso no movimento.
398. Todavia, mesmo afastando o abuso no Dia Nacional de Mobilização, não é possível encerrar a análise das condutas imputadas às representadas. Isso porque, como se viu anteriormente, os descredenciamentos em massa que foram desencadeados no processo de implementação da CBHPM eram de conhecimento inequívoco das entidades nacionais que, como coordenadoras do movimento, nada fizeram para impedi-los.
399. Embora a análise de cada paralisação deva ser feita casuisticamente, há um elemento nos autos que não permite afastar a ilicitude do movimento nacional: o fato de o CFM ter editado Resolução instituindo a CBHPM como referencial ético.
400. A referida resolução, assim como os artigos 15, 77 e 142 do Código de Ética Médica, sob o beneplácito do CFM, acabaram sendo utilizados pelo CRM como subsídio para a instauração de processos administrativos contra médicos que não aderiram ao movimento pela implantação da CBHPM. Vale reproduzir os dispositivos citados.

“Artigo 15 – Deve o médico ser solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração condigna, 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**”.



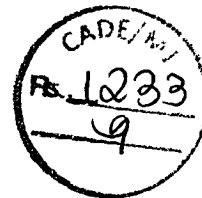
401. O art. 142 deixa claro que eventual descumprimento da Resolução n. 1673/2003 poderia ser considerado infração ética, sujeita a processo disciplinar.
402. De fato, após a edição da Resolução n. 1673/2003, diversos Conselhos Regionais editaram Resoluções semelhantes, determinando expressamente que o descumprimento da CBHPM constituía infração ética, dentre os quais é possível citar, meramente a título exemplificativo, o Conselho Regional de Roraima, o Conselho Regional do Distrito Federal, o Conselho Regional da Paraíba, o Conselho Regional de Minas Gerais, o Conselho Regional de Pernambuco, etc.
403. Chama atenção também o fato de que, logo após a imposição de Medida Preventiva, o Conselho Federal não tardou a encaminhar correspondência aos Conselhos Regionais, solicitando a revogação das Resoluções que tratavam sobre a CBHPM, o que evidencia sua influência sobre as condutas praticadas nos estados.
404. Prova inequívoca da influência do Conselho Federal de Medicina sobre a instauração dos processos, aliás, são as circulares nº 125 e nº 129. A primeira, enviada, em setembro de 2004, a todos os Conselhos Regionais pelo CFM, determinou o sobrestamento de *“todos os feitos (sindicâncias e processos ético-profissionais), que tenham por objeto a apuração de ilícitos éticos à não observância da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – Res. CFM nº 1673/2003”*.
405. Posteriormente, o documento foi retificado pela Circular nº 129/2004, que esclareceu que a determinação de sobrestamento dos processos não impedia a instauração de novos procedimentos, mas apenas o julgamento. Vale reproduzir trecho da referida circular: *“Entretanto, não existe qualquer impedimento para que sejam instauradas e processadas novas sindicâncias sobre o tema, sendo que somente o julgamento deverá ser sobrestado até um novo posicionamento sobre a matéria”*.
406. Assim, não merece prosperar a alegação do CFM de que a tabela seria meramente sugestiva, em virtude de não ter havido punições desde 01.09.2004. Com efeito, a mera possibilidade da instauração de processos ético-profissionais funcionava como instrumento de coerção aos médicos que decidissem não participar do movimento de implantação da CBHPM.



407. Assim, é forçoso reconhecer que, de forma geral, os descredenciamentos que faziam parte do movimento nacional de implantação da CBHPM não estão acobertados pela excludente de ilicitude relativa ao poder compensatório, por não terem preenchido o segundo requisito descrito nesta seção, referente à razoabilidade das medidas utilizadas para assegurar a efetividade dos boicotes.
408. Com efeito, 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 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.
409. Com efeito, 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.
410. No que se refere à conduta da FENAM e da AMB, é importante ressaltar que o fato de não deterem competência legal para instaurar processos ético-disciplinares, não afasta a prática de infração à ordem econômica. Como bem ressaltou a ProCADE em seu parecer, a conduta imputada às representadas não se refere propriamente à imposição de sanções ético-disciplinares nem à instauração de processos para apurar a conduta dos médicos, mas sim à participação em movimento para implantação de tabela de honorários que se valeu de estratégia coercitiva para garantir a adoção da conduta uniforme.
411. Fazer distinções entre as condutas das representadas poderia levar a sérias distorções, na medida em que, indiretamente, estar-se-ia admitindo que as associações se valessem da estrutura legal para incitar a adesão ao movimento e, ao final, fossem submetidas a penas bem menos gravosas.

VII. DA DOSIMETRIA DA PENA

412. Como demonstrado anteriormente, a conduta dos representados 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, os representados participaram de movimento caracterizado pela coação aos médicos para adotar a CBHPM, ameaçando-os com a imposição de sanções ético-disciplinares, tendo, inclusive, sido editada Resolução que erigia a CBHPM a “referencial ético”. Diante disso, é forçoso reconhecer que a conduta praticada pelos representados, ao menos, em parte, configura infração à ordem econômica.

413. 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.
414. 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.”
415. 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.
416. 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).



417. Desta forma, os seguintes elementos devem ser levados em consideração na aplicação das penas:

Gravidade da infração

418. O conjunto probatório demonstra que os atos dos representados voltaram-se a uniformizar conduta comercial, prática considerada, normalmente, grave. Não se pode desconsiderar, todavia, que parte da conduta – no que diz respeito ao exercício do poder compensatório para a defesa dos interesses dos médicos/ pessoas naturais e, excepcionalmente, pequenas sociedades de médicos – é legítima e está amparada por excludente de ilicitude, constatação que deverá incidir no cálculo da multa.

Boa-fé do infrator

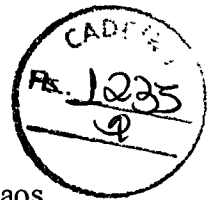
419. No que diz respeito aos atos ilícitos ora apontados, não há que se falar em boa-fé dos representados, especialmente diante da existência de inúmeras decisões no CADE que deixam clara a ilicitude da ameaça de imposição de sanções ético-disciplinares por associações como forma de pressão para a adoção de conduta uniforme. Ademais, a AMB já havia sido condenada anteriormente pelo Tribunal pela elaboração de tabela de preços de honorários médicos.

A vantagem auferida ou pretendida pelo infrator

420. Não foi possível verificar as vantagens auferidas no presente caso. Tudo indica, contudo, que os preços previstos na tabela se mostravam razoáveis, principalmente diante de um contexto em que os serviços médicos permaneceram muitos anos sem reajuste.

A consumação ou não da infração

421. A infração investigada foi consumada pela simples influência na adoção da CBHPM, cujo conteúdo, como visto, extrapola os limites do exercício do poder compensatório, por estipular preços para procedimentos médicos realizados por clínicas, hospitais e laboratórios.



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

422. O grau do perigo de lesão deve ser considerado alto, seja em razão da tentativa de negociar coletivamente vários aspectos que não dizem respeito aos honorários médicos, tendo havido, inclusive a promoção de boicotes por laboratórios, clínicas e hospitais, seja em razão da existência de sanções ético-disciplinares, que impediam que os médicos e os demais agentes econômicos mencionados acima pudessem fixar livremente os preços com as OPSs, caso assim desejassem. Ademais, os atos foram praticados no mercado de saúde suplementar, que diz respeito a direito fundamental, expressamente assegurado na Constituição, em que a vulnerabilidade dos consumidores é evidente, fator que agrava a conduta.

Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado

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

Situação econômica do infrator

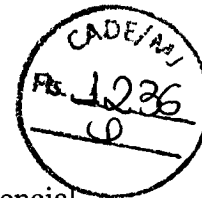
424. O elevado número de médicos associados/filiados/credenciados à AMB, à FENAM e ao CFM, que detinham representatividade nacional, deverá ser utilizado como critério para agravar a pena, em relação às multas aplicadas às entidades regionais.

Reincidência

425. Não há reincidência, em razão de o processo relativo à AMB referente à elaboração da Tabela AMB/1992 ter sido julgado há mais de cinco anos da prática da conduta ora analisada.

Conclusão sobre a dosimetria

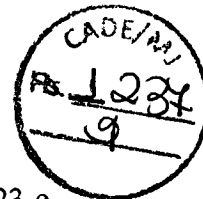
426. Assim, considerando os critérios expostos acima, fixo a multa no valor de 100.000 (oitenta e cinco mil) UFIRs ao CFM e de 80.000 à AMB e à FENAM. A aplicação de penalidade mais gravosa ao CFM deve-se à publicação da



Resolução nº 1.673/2003, que instituiu os valores da CBHPM como “referencial mínimo e ético”.

VIII. CONCLUSÃO

427. Ante o exposto, voto pela condenação do CFM, da AMB e da FENAM 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.
428. Destaco, contudo, que a elaboração de tabela pelos representados, 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.
429. Assim, nos termos do art. 23, inc. III da Lei 8.884/94, imponho aos representados, pela prática das condutas não amparadas pelo poder compensatório, o pagamento da multa no valor discriminado no Anexo I deste voto.
430. Além da multa pecuniária, determino que os representados:
- 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;
 - Abstenha-se de tentar implementar tabelas e/ou de promover negociações coletivas que tenham por objeto reivindicações que não estejam exclusivamente relacionadas à remuneração dos médicos pelo valor do seu trabalho;
 - Disponibilize síntese desta decisão em seu sítio eletrônico;
 - Divulgue aos médicos credenciados 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.



431. Declaro, por fim, a perda de objeto dos Requerimentos nºs 08700.005040/2011-23 e 08700.001117/2012-77, em razão do julgamento do processo em análise, a que se referiam.

É o voto.

Brasília, 15 de outubro de 2014.


ANA FRAZÃO
Conselheira Relatora



ANEXO I - MULTAS IMPOSTAS

Federação Nacional dos Médicos	
Condenação em Unidades Fiscais de Referência (Ufir)	80.000 (oitenta mil)
Valor da Unidades Fiscais de Referência (Ufir)	1,0641
Valor da condenação	R\$85.128,00

Associação Médica Brasileira	
Condenação em Unidades Fiscais de Referência (Ufir)	80.000 (oitenta mil)
Valor da Unidades Fiscais de Referência (Ufir)	1,0641
Valor da condenação	R\$85.128,00

Conselho Federal de Medicina	
Condenação em Unidades Fiscais de Referência (Ufir)	100.000 (cem mil)
Valor da Unidades Fiscais de Referência (Ufir)	1,0641
Valor da condenação	R\$106.410,00